



LAS CIENCIAS PENALES EN LA ACTUALIDAD

Eduardo Pérez Alonso
Ricardo Rodríguez Luna

Coordinadores



SECULARTE A.C.

Las ciencias penales en la actualidad

Las ciencias penales en la actualidad

Eduardo Pérez Alonso
Ricardo Rodríguez Luna
COORDINADORES



Campus Guanajuato | División de Derecho,
Política y Gobierno



SECULARTE A.C.

Servicios en Educación, Cultura y Arte

Las ciencias penales en la actualidad

Primera edición, 2019

D.R. © De los textos: los autores.

D.R. © De la presente edición:

División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato
Lascurain de Retana #5, zona centro, C.P. 36000, Guanajuato, Gto.

Secularte A. C. Servicios en Educación, Cultura y Arte
Pastita núm. 140, int. 6, C.P. 36090, Guanajuato, Gto.

Coordinadores: Eduardo Pérez Alonso y Ricardo Rodríguez Luna

Diseño de portada y maquetación: Luis Villalobos

Corrección y cuidado de la edición: Flor E. Aguilera Navarrete

ISBN: 978-607-441-631-2

Advertencia: ninguna parte del contenido de este ejemplar, incluido el diseño de portada, puede reproducirse, almacenarse o transmitirse total o parcialmente de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste electrónico, fotoquímico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, ya sea para uso personal o de lucro, sin la previa autorización por escrito de los editores.

Impreso y hecho en México • *Printed and made in Mexico*

Índice

Presentación	9
Introducción	11
Regulación de las consecuencias jurídico-penales bajo un modelo de Código Penal Único para la República Mexicana <i>Raúl Arredondo Sáenz</i>	15
Invasión de la política criminal del Estado mexicano en la política económica: legitimidad de los delitos fiscales <i>Nordin Calvo González</i>	37
El Sistema Nacional Anticorrupción: ¿penalización de infracciones administrativas o administrativización de ilícitos penales? <i>María Corazón Camacho Amador</i>	59
Las posibilidades normativas del derecho a la ciudad en el contexto del constitucionalismo <i>Édgar Alejandro Cruz Mendoza</i>	79
Mecanismos alternos y formas de terminación anticipada en la justicia administrativa-sancionadora: adeudos legislativos con la nación mexicana <i>Adriana de Santiago Álvarez</i> <i>José Jafet Noriega Zamudio</i>	107
La autonomía del Ministerio Público en el estado de Guanajuato. Antecedentes de derecho comparado sobre modelos de autonomía de fiscalías generales de justicia <i>Elvia Oralia del Pilar Durán Isaís</i>	129

La importancia de la mediación comunitaria para la prevención del delito <i>Mgda. Gabriela Espinosa Castorena</i>	153
Algunas notas en torno al tipo penal de feminicidio en México. Análisis dogmático y político-criminal <i>Zuce Anastacia Hernández Martínez</i> <i>René Urrutia de la Vega</i>	173
Argumentación, discurso y derecho penal <i>Claudia Jiménez González</i> <i>Everardo Rodríguez Durón</i>	195
La acción penal por particular en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Discusiones actuales en torno a su procedencia <i>Bertha Maciel García</i> <i>Gerardo Montejo Aragón</i>	217
Derecho humano a la determinación del lugar de inicio de la prisión: omisión de la regulación <i>Javier Eduardo Molina Gallegos</i>	235
Penas mayores a quince años de prisión contravienen al principio pro persona <i>Laura Nallely Sandoval Mújica</i>	251
Algunas reflexiones sobre la prueba ilícita en materia penal y sus excepciones a la regla de exclusión <i>Hilda Araceli Soteno Mena</i>	275
Breve análisis de la política anticorrupción y la responsabilidad administrativa de los servidores públicos para el estado de Guanajuato <i>Ma. Isabel Tinoco Torres</i>	295
Panorama sobre la delincuencia económica <i>Irma Katia Zamora González</i>	325

Presentación

El presente libro, *Las ciencias penales en la actualidad*, reúne los esfuerzos colectivos de profesores, profesoras, alumnos y alumnas pertenecientes, principalmente, al programa educativo de la Maestría en Ciencias Jurídico Penales de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

Los coordinadores de esta obra agradecen las colaboraciones recibidas, especialmente aquellas que fueron escritas por alumnos y alumnas pues, no obstante que cursan el último semestre de su maestría (el texto que hoy se publica fue presentado para su dictamen en el semestre julio-diciembre de 2018), decidieron afrontar los retos académicos y metodológicos que supone la redacción de un trabajo inédito.

En el libro participaron quince autores. Por este motivo, comprende una amplitud de temas que giran en torno al ámbito penal y se abordan problemáticas disímiles, aunque es posible ubicarlos bajo dos grandes rubros: por un lado, aquellos que se centran en aspectos dogmático-jurídicos; por otro, los que adoptan una perspectiva socio-jurídica.

Los textos aquí compilados y las problemáticas desarrolladas en cada uno de ellos, consideramos, constituyen en diversos sentidos un reflejo de las importantes transformaciones que han acontecido en el sistema de justicia penal en México, en particular las que ha tenido lugar en los últimos años, tal como lo atestiguan diferentes reformas constitucionales y respectivas modificaciones de diversas leyes.

Esperamos que esta experiencia colectiva, de una u otra forma contribuya al interés por la escritura. Deseamos haber favorecido, aunque sea mínimamente, el gusto por la investigación. Ambas cuestiones son parte importante de los objetivos de este libro.

Agradecemos la participación de quienes colaboraron en este proyecto y, por su puesto, todo el apoyo recibido por la Universidad de Guanajuato.

Los coordinadores

Introducción

El derecho penal —junto con otras ramas afines con las que comparte naturaleza y principios, como el derecho administrativo sancionador— persigue el delicado propósito de proteger, desde su puesta en peligro, los bienes jurídicos más preciados para la sociedad.

En este contexto, durante los últimos años, los órganos parlamentarios de México han impulsado reformas estructurales que se han traducido en la construcción y el diseño de una forma distinta de concebir la ciencia del derecho, destacando las enmiendas en materia de justicia para adolescentes, la de justicia penal y seguridad pública, la de derechos humanos y, más recientemente, aquella que combate la corrupción, entre otras.

Por supuesto, no somos ajenos a que la conducta de algunos miembros de la sociedad ha cambiado. Observamos que en todo el mundo han detonado acontecimientos relevantes para las ciencias jurídico-penales, dado que el fenómeno delictivo se ha extendido e inclusive se ha reconfigurado, por lo que no puede atenderse con estrategias que ocasionen una mayor agresión y violación a los derechos humanos bajo ninguna circunstancia. De ahí que sea menester escudriñar otras formas de preservar la tranquilidad y el patrimonio de la colectividad.

En el mismo sentido, la patología social de la corrupción ha permeado a gran escala en el ámbito internacional. Si bien es cierto que dicho concepto se escucha con asiduidad, también es verdad que aún hay muchas áreas de oportunidad para consolidar un auténtico y eficaz sistema nacional anticorrupción en el que la corresponsabilidad para su adecuado funcionamiento sea atribuible al binomio indisoluble conformado por el gobierno y la sociedad.

Así pues, con la obra colectiva que se pone a su disposición se da un fiel testimonio de la armonización de las funciones sustantivas de la Universidad de Guanajuato, a través de su División de Derecho, Política y Gobierno, puesto que en sus páginas se ofrece un conjunto de textos producto de encomiables investigaciones que ahora se difunden entre una gran comunidad, no solo de juristas, sino de cualquier persona que, posterior a la lectura y análisis que emprenda, podrá coincidir o disentir, pero en ningún caso dejar de reconocer que el derecho se construye, como otras cosas en la vida, solo con la convicción y la decisión de hacer algo.

Para la integración definitiva de este ejemplar se utilizaron filtros de selección muy exigentes para tener únicamente los mejores trabajos en cuanto a su contenido y arquitectura de estilo. Si bien es cierto que en la cotidianidad a veces es difícil reunir a personas tan talentosas, con beneplácito atestigo que aquí encontrarán una verdadera tertulia con los siguientes participantes:

Raúl Arredondo Sáenz nos comparte su artículo *Regulación de las consecuencias jurídico-penales bajo un modelo de Código Penal Único para la República mexicana*. Por su parte, Nordin Calvo González nos ofrece su colaboración *Invasión de la política criminal del Estado mexicano en la política económica: legitimidad de los delitos fiscales*.

Enseguida, María Corazón Camacho Amador pone a nuestro alcance su artículo denominado *El Sistema Nacional Anticorrupción: ¿penalización de infracciones administrativas o administrativización de ilícitos penales?* Édgar Alejandro Cruz Mendoza expone su trabajo bajo el título *Las posibilidades normativas del derecho a la ciudad en el contexto del constitucionalismo*.

Posteriormente, Adriana de Santiago Álvarez y José Jafet Noriega Zamudio nos hacen partícipes de su investigación titulada *Mecanismos alternos y formas de terminación anticipada en la justicia administrativa-sancionadora: adeudos legislativos con la nación mexicana*. Luego, Elvia Oralía del Pilar Durán Isaís escribió acerca de *La autonomía del Ministerio Público en el estado de Guanajuato. Antecedentes de derecho comparado sobre modelos de autonomía de fiscalías generales de Justicia*.

Magda Gabriela Espinosa Castorena entrega su investigación a *La importancia de la medicación comunitaria para la prevención del delito*. Por su parte, Zuce Anas-

tacia Hernández Martínez y René Urrutia de la Vega escriben *Algunas notas en torno al tipo penal de feminicidio en México. Análisis dogmático y político-criminal*.

Mientras tanto, Claudia Jiménez González y Everardo Rodríguez Durón presentan el texto *Argumentación, discurso y derecho penal*. En otro tenor, Bertha Maciel García y Gerardo Montejo Aragón redactaron con una visión auténtica sobre *La acción penal por particular en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Discusiones actuales en torno a su procedencia*.

En otro contexto, Javier Eduardo Molina Gallegos nos obsequia su postura sobre el *Derecho humano a la determinación del lugar de inicio de la prisión: omisión de regulación*. Por su parte, Laura Nallely Sandoval Mújica propone el texto intitulado *Penas mayores a quince años de prisión contravienen el principio pro persona*.

Luego, Hila Araceli Soto Mena escribe *Algunas reflexiones sobre la prueba ilícita en materia penal y sus excepciones a la regla de exclusión*. En seguida, Ma. Isabel Tinoco Torres, con una perspectiva acuciosa y con su puntual experiencia, pone a nuestro alcance un *Breve análisis de la política anticorrupción y la responsabilidad administrativa de los servidores públicos para el estado de Guanajuato*. Finalmente, Irma Katia Zamora González presenta la investigación *Panorama sobre la delincuencia económica*.

Así, como quedó apuntado y como podrán advertir directamente, la obra contiene quince artículos de los que enfatizo su calidad, pues reflejan opiniones, estudios, análisis y críticas que impulsan el dinamismo con el que el derecho debe responder como instrumento a las proclamas de la ciudadanía, particularmente por lo que hacen a la protección y cuidado de los bienes de más valor.

Para finiquitar estas sucintas líneas, quiero dejar constancia de mi reconocimiento a todas y todos los articulistas, de quienes destaco su esfuerzo, su intención noble y decidida para generar y difundir conocimiento y, sobre todo, su profesionalismo.

Eduardo Pérez Alonso
 Director de la División de Derecho, Política y Gobierno
 Universidad de Guanajuato

Regulación de las consecuencias jurídico-penales bajo un modelo de Código Penal Único para la República Mexicana

Raúl Arredondo Sáenz

INTRODUCCIÓN

A finales del siglo xx, Claus Roxin publicó un texto titulado *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, traducido al español como *El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo*. En esta obra, Roxin planteó los retos que enfrentaría el derecho penal en los próximos años, señalando, entre cinco puntos centrales, el aumento de disposiciones penales.¹ Actualmente, la legislación mexicana es un claro ejemplo del fenómeno descrito por Roxin al observar un aumento en el número de supuestos reconocidos como delitos en diferentes ordenamientos jurídicos que ocupan desde códigos, hasta leyes de carácter general, estatal y federal, donde se contemplan los tipos aplicables en el actual Sistema de Justicia Penal.

¹ Véase Roxin, Claus, “El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo”, en *Dogmática penal y política criminal*, Lima, Idemsa, 1998, p. 440.

Buscar las causas que han propiciado este aumento de tipos penales y su dispersión en diferentes ordenamientos jurídicos penales sería materia de una investigación individual enfocada en el estudio del delito no solo desde un ámbito político-criminal,² sino incluso desde un esfuerzo multidisciplinario que involucre estudios psicológicos o antropológicos relacionados con la situación actual del fenómeno delictivo.

Ante este escenario, en el presente artículo se aborda de manera específica la regulación de las consecuencias jurídico-penales a partir de una de las propuestas políticas más importantes que se han planteado para solucionar las problemáticas señaladas: la creación de un Código Penal único para toda la República Mexicana, también denominado como Código Penal Nacional. Esta breve tarea se realiza a través de cuatro apartados que desarrollan, en primer lugar, un aspecto general de lo que implica la dispersión penal como problemática en el actual derecho penal mexicano, y con ello presentar la unificación de la legislación penal como una posible solución. Finalmente, al admitir la unificación penal a través de un Código Penal Nacional se expone la forma en que se regulan las consecuencias jurídico-penales en este tipo de ordenamiento, permitiendo plantear tres hipótesis que modifican el papel que tendrían las entidades federativas de aprobarse una legislación sustantiva única en materia penal.

LA DISPERSIÓN PENAL EN EL ESTADO MEXICANO

Los Estados Unidos Mexicanos, de conformidad con el texto constitucional, se constituyen como una “República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación”.³ La libertad y la soberanía que el texto constitucional le otorga a las entidades federativas ha

² Véase Roxin, Claus, *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, México, UBIJUS, 2008, p. 18.

³ Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 2018.

generado dos problemáticas que dan origen al presente artículo, y que incluso fueron observadas por autores como Claus Roxin⁴ y Sergio García Ramírez:⁵ el aumento de disposiciones penales, acompañado de una grave dispersión legislativa penal.

En otras palabras, el actual derecho penal mexicano se ve gravemente afectado por el aumento de delitos y, a su vez, el aumento de ordenamientos jurídicos encargados de establecer estos tipos penales, generando más conductas prohibidas y más ordenamientos jurídicos que contemplan aspectos jurídico-penales.

Esta situación se encuentra presente desde 1835, cuando las entidades federativas comenzaron a legislar en materia penal,⁶ y se vio reforzado con la Constitución de 1857, donde en un primer momento la federación “no se reservó el derecho a legislar en materia penal, como aconteció en materia de comercio, y se dejó que las diversas entidades de la federación pudieran legislar en el aspecto penal”,⁷ otorgándole a cada Estado la libertad de crear su propia normatividad y, con ello, una política criminal a través de sus consecuencias jurídico-penales,⁸ siguiendo la idea de que las facultades no reservadas a la Federación quedan otorgadas a los estados.

Como solución a esta dispersión penal, de acuerdo con lo descrito por García Ramírez, el 1 de diciembre de 2012 el poder ejecutivo federal propuso unificar en un solo ordenamiento jurídico la materia procesal penal,⁹ lo cual conllevó a la

⁴ Véase Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 1, p. 440.

⁵ Véase García Ramírez, Sergio, *Temas del nuevo procedimiento penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*, México, UNAM, 2016, p. 11.

⁶ Franco Guzmán, Ricardo, “Unificación del Derecho Penal”, en Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, México, Inacipe, 2006, p. 36.

⁷ *Ibidem*, p. 37.

⁸ Al utilizar el término *consecuencias jurídico-penales* nos referimos a las penas y medidas de seguridad que serán impuestas por el juzgador a las personas que cometen un supuesto que la ley señala como delito.

⁹ Véase García Ramírez, Sergio, “Comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVII, núm. 11, México, UNAM, 2004, p. 1090.

publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales el 5 de marzo de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*. Sin embargo, diversos frenos impidieron que esta unificación llegara al ámbito sustantivo, perjudicando el desarrollo de la reforma penal.¹⁰ Esta reforma penal comenzó el 18 de julio de 2008, cuando se modificaron diversos artículos constitucionales que dieron paso a la creación de un sistema de justicia penal de carácter procesal acusatorio,¹¹ mismo que se vio reforzado con la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, llegando a su total implementación el 19 de junio de 2016,¹² acompañado de un Código Nacional de Procedimientos Penales y 33 Códigos Penales diferentes.

En este sentido, es importante resaltar que el artículo 73, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹³ establece la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia penal, identificando tres tipos de legislaciones:

- Leyes generales, que establecen como mínimo los tipos penales y sus consecuencias jurídico-penales para ciertos delitos considerados como graves por el constituyente, así como la distribución de competencias y formas de coordinación con las entidades federativas.
- Legislación de carácter federal, que incluye los tipos penales y sus consecuencias jurídico-penales propias del ámbito federal, así como la legislación en materia de delincuencia organizada.
- Las leyes de carácter único en materia procedimental penal, mecanismos alternos de solución de conflictos, ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes.

Bajo este tenor, un proceso de unificación penal en materia sustantiva tendría

¹⁰ Véase García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 5, p. 11.

¹¹ Véase Díaz Madrigal, Ivonne Noemí, “Diseño de un Código Procesal Penal Único. Trabajos legislativos para la consolidación de un nuevo sistema de justicia”, en *Letras Jurídicas*, núm. 28, Veracruz, Universidad Veracruzana, 2013, pp. 70-71.

¹² Artículo transitorio segundo del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³ Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de agosto de 2018.

como objetivo sustituir el texto constitucional del artículo 73, fracción XXI, y con ello eliminar las legislaciones de carácter general y federal en materia penal, ampliando el trabajo legislativo del Congreso de la Unión de los cuatro instrumentos legislativos ya existentes, la propuesta descrita de un Código Penal Único, también denominado Código Penal Nacional.

Este Código Penal Nacional vendría a reemplazar los 33 códigos penales estatales, uno por cada entidad federativa, así como la legislación penal de la Ciudad de México y el Código Penal Federal, causantes de la citada dispersión normativa.¹⁴ En lo que respecta a las leyes generales relativas a delitos considerados como graves, aún no existe un consenso sobre la forma de regular los delitos ahí descritos, toda vez que estas pueden ser unificadas al Código Penal Nacional o dejar su regulación, tal cual lo señala el texto constitucional.

A pesar de lo anterior, se debe considerar que la creación de un Código Penal Nacional responde a la necesidad de regular en un solo instrumento legislativo el aspecto sustantivo del derecho penal, por lo cual, aunque se puede considerar como algo utópico que en un primer ejercicio legislativo se concentren todos los tipos penales bajo un solo ordenamiento, los delitos regulados en estas leyes generales deben pasar al Código Penal Nacional siguiendo esta línea de unificación.

Por otro lado, aunque los actuales fenómenos criminales generan diversas circunstancias de inseguridad que imponen a la autoridad la obligación de atender nuevas “necesidades de corresponsabilidad persecutoria”,¹⁵ no se debe caer en el error de considerar al Código Penal Nacional como un instrumento que desatiende los ámbitos de competencia o, en todo caso, que no busca reconocer el papel de la entidades federativas en el sistema de justicia penal.

En este sentido, se debe tomar como punto de partida la necesidad de transitar de un “federalismo dual”¹⁶ a un sistema mixto para la adecuada aplicación

¹⁴ Véase Chaires Zaragoza, Jorge, *Federalismo mixto en México. De un federalismo dual a un federalismo nacional*, Guadalajara, CUCSH, 2018, p. 61.

¹⁵ Véase García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 5, p. 11.

¹⁶ Chaires Zaragoza, Jorge, *op. cit.*, nota 14, p. 35.

de esta codificación penal única.¹⁷ Lo anterior, con el propósito de permitir que las entidades federativas tengan injerencia en las reformas sustantivas en materia penal, sin perder de vista el objetivo principal de crear un Código Penal Nacional, supuesto en el que se ahonda en el tercer apartado del presente trabajo.

Por último, se debe apuntar que el Instituto Nacional de Ciencias Penales y la Procuraduría General de la República presentaron en 2017 un Proyecto de Código Penal Nacional, instrumento al cual se hará referencia a lo largo del artículo y que representa una codificación unificadora que sigue la línea marcada por el vigente Código Penal Federal, pero aplicable para todas las entidades federativas.

LA UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL

La intención de crear legislaciones nacionales que unifiquen la materia penal no es propiamente mexicana, debido a que se pueden encontrar ejemplos de este proceso en otros países como Alemania, donde sus estados renunciaron en el siglo XIX a contar con un sistema de justicia penal propio con el objeto de pasar a un sistema centralizado para todo el país, pero permitiendo que la mayoría de los tribunales sean administrados por los estados.¹⁸

En este sentido, en la República mexicana persiste esta necesidad de modernizar, profesionalizar y sanear los sistemas de justicia penal de la influencia política y los problemas de corrupción, con lo cual esta unificación representa una estrategia que permite racionalizar y sistematizar el Derecho Penal bajo una sola visión,¹⁹

¹⁷ *Ibidem*, pp. 46-47.

¹⁸ Sieber, Ulrich, “Unificación, armonización y cooperación: buscando soluciones para los sistemas federales y supranacionales de la justicia penal”, en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, México, Inacipe, 2006, pp. 12-13.

¹⁹ Véase Tornó, Michael, “¿Debe México armonizar su sistema punitivo y de Derecho Penal?”, en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, México, Inacipe, 2006, p. 770.

permitiendo una mejor estructuración de criterios jurisprudenciales y del estudio dogmático penal.²⁰

Por otro lado, no se puede omitir que hay otras entidades federativas que poseen una política criminal propia, y la unificación bajo un sistema a cargo de la federación podría representar un gran cambio en su autorregulación y la forma en que atienden el fenómeno delictivo, llamando la atención, para el caso concreto, en cómo afectaría a su política el no poder determinar libremente la punibilidad de ciertos delitos. Sin embargo, para llegar a esta conclusión es necesario comprender qué implica la existencia de un Código Penal y qué importancia tiene la regulación de estas consecuencias jurídico-penales.

Un Código Penal es “un mecanismo de control de las conductas antisociales, pero no es el único, y ni siquiera el mejor”.²¹ No obstante, no cabe duda que la legislación penal debe ser “un sistema normativo claro y preciso para que pueda ser consultado, interpretado y aplicado de manera sencilla, racional e inexorable”.²²

El término *código* proviene del latín *codex*, que puede ser traducido como “código” o “códice”, y se define como un manuscrito antiguo en forma de libro encuadernado.²³ Desde el siglo VI d.C. el término *codex* pasó a convertirse en un concepto propio del área jurídica debido a que en el año 534 d.C. el emperador Justiniano mandó elaborar el Código Justiniano, una recopilación de ordenamientos jurídicos aplicables en la época, dando de la misma manera la vinculación con la idea de fijación escrita, única y totalizadora de los Códigos.²⁴

²⁰ Véase Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, 2ª. edición, México, CNDH, 2017.

²¹ Islas de González Mariscal, Olga, “Lineamientos sobre un Código Penal Tipo”, en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, México, Inacipe, 2006, p. 179.

²² *Ibidem*, p. 180.

²³ “Código”, en Rubio, Helios (coord.), *Enciclopedia ilustrada Time Life*, México, Thema, 2003, p. 272.

²⁴ Véase “Código”, en *Diccionario Jurídico Mexicano A-CH*, 14.ª edición, México, Porrúa/UNAM, 2000, p. 489.

Asimismo, el concepto de *código* se puede estudiar desde un punto de vista histórico, como toda aquella compilación de preceptos jurídicos;²⁵ o desde un punto de vista más actual, definiéndolo como “la fijación escrita que comprende el derecho positivo en alguna de sus ramas con unidad de materia, plan, sistema y método”.²⁶

Así, se puede definir al Código Penal como “el texto legal en el que se encuentran las disposiciones relativas a los delitos, a las penas y medidas de seguridad, donde el catálogo de delitos varía según la región, lugar, avance social, tecnológico, científico y cultural”.²⁷

Por lo tanto, al hablar de un Código Penal Nacional se puede conceptualizar como el texto legal donde se encuentran reguladas las disposiciones relativas a los delitos y a las consecuencias jurídico penales que serán aplicadas en toda la República mexicana, siguiendo en todo momento un triple sustento:

- a) En lo normativo, debe ceñirse a la Constitución y a la normatividad internacional adoptada.
- b) En lo fáctico, ha de ser un reflejo de la realidad social para estar en posibilidad de ser una respuesta a las necesidades manifestadas por la propia sociedad, en los términos que determine la política criminal.
- c) Teóricamente, debe asumir lo mejor de las teorías modernas más avanzadas y coherentes.²⁸

Con base en esta conceptualización, se puede analizar el Código Penal Federal o el Código Penal de algunas entidades federativas como Guanajuato o San Luis Potosí, y observar que se conforman por dos partes o dos libros: el primero, relacionado con la parte general del derecho penal abordando los temas de la norma, el delito y la autoría, por mencionar algunos; y un segundo apartado que incluye los delitos y sus consecuencias.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 490.

²⁷ “Código Penal”, en Núñez Martínez, Ángel (ed.), *Nuevo Diccionario de Derecho Penal*, 2a. edición, México, Editorial Valle, 2004, p. 25.

²⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 21, p. 179.

En este sentido, una codificación única tiene la posibilidad de seguir la misma construcción que contienen los instrumentos ya señalados, o modificarla con el fin de adoptar nuevos esquemas, fines o ideologías. Ejemplo de lo anterior se encuentra en el proyecto de Código Penal Nacional del Instituto Nacional de Ciencias Penales, que además de los dos libros citados en el párrafo anterior incluye un tercer segmento que aborda los delitos, pero desde un ámbito internacional.

La adición de este tercer apartado se puede deber a la necesidad, señalada por Sieber, de “adoptar sistemas de justicia penal adecuados a la naturaleza transnacional del delito, al transferir los poderes de diversos sistemas de Derecho Penal Nacional o regional a organizaciones más grandes”.²⁹ Sin embargo, al observar este apartado se puede apreciar que mantiene una regulación similar a lo ya descrito por los Códigos Penales existentes, donde la punibilidad es regulada junto al supuesto de hecho y utilizando como punto de medida la pena de prisión.

La elaboración de este Código Penal Nacional viene acompañada de diversos debates en cuanto a los conceptos y teorías que deberán ser plasmados en su contenido, en especial por las diferencias que existen entre los Códigos Penales de carácter estatal. Por lo tanto, para fines del presente trabajo se continuará bajo el supuesto de un Código Penal Nacional que logra unificar el primer libro precitado.

Por lo tanto, los siguientes argumentos no buscan ahondar en el debate sobre la parte general del Código Penal, sino que se centralizan en la problemática que representa la unificación de la parte especial o libro segundo de este instrumento, con énfasis en la regulación de las consecuencias jurídico-penales.

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES EN UN CÓDIGO PENAL NACIONAL

La norma penal se concibe como un sistema conceptual que se integra necesariamente por un tipo y una punibilidad. Mientras que el tipo es una figura elaborada

²⁹ Sieber, Ulrich, *op. cit.*, nota 18, p. 11.

por el legislador, que describe un determinado supuesto de acción u omisión para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos; la punibilidad es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador y determinada por el bien jurídico tutelado para un fin específico.³⁰

Este fin puede ser señalado de distinta manera según la teoría o ideología que contemple necesaria la legislación. En este tenor, la teoría que considero más acertada es la propuesta por Claus Roxin llamada teoría dialéctica de la unión, donde señala que “ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena”.³¹ Así, para la teoría dialéctica de la unión la pena tiene un fin preventivo, pero durante la aplicación del derecho penal esta prevención puede ser general o especial,³² conforme al criterio aplicado por Roxin, quien establece:

En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales. Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial.³³

La pena no tiene un solo fin, sino que depende del momento en que se aplique, es decir, si se encuentra concebida como pena, punibilidad o punitión. De acuerdo con esta teoría, cada momento de la pena depende de la existencia del momento anterior, por lo que su aplicación específica surge y depende del momento de su creación.³⁴

³⁰ Véase Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 21, p. 191.

³¹ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña *et. al.*, Madrid, Civitas, 1997, Tomo I, p. 94.

³² *Ibidem*, p. 97.

³³ *Idem*.

³⁴ Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Introducción al Derecho Penal*, México, Oxford–Universidad de Guanajuato, 2012, p. 12.

Por lo tanto, entendemos que el fin de la pena es la reinserción social³⁵ de las personas privadas de su libertad, previo a un aspecto de aplicación como amenaza en perjuicio de la personas que consideren cometer alguna conducta delictiva y con ello otorgar una seguridad y certeza a las y los ciudadanos a partir de un proceso legislativo a cargo de los órganos legislativos de carácter estatal y federal.

De tal suerte, se puede señalar a las y los legisladores como las personas encargadas de dar inicio a los diferentes fines de la pena, al ser ellos los encargados de dictaminar y establecer en la legislación penal tanto el supuesto de hecho como la punibilidad aplicada al caso genérico.

Sin embargo, no se puede negar que en la actualidad se advierte una marcada tendencia legislativa para intentar resolver los problemas sociales causados por el fenómeno delictivo a través de la normatividad penal, a pesar de las reiteradas recomendaciones en contra de aumentar los tipos penales e impedir el establecimiento de punibilidades realmente proporcionales.³⁶

Es de esta reflexión de donde surge una de las primeras consecuencias que trae consigo la unificación penal a través de un Código Penal Nacional como el presentado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales: que la tarea de definir la función de la pena, y su papel como parte integral de la política criminal, solo corresponderá al Congreso de la Unión, debido a que las entidades federativas no tendrán oportunidad de legislar sobre las penas o de adecuarlas a sus políticas internas.

Por otro lado, aunque bajo esta unificación penal los congresos locales de las entidades federativas tendrían una menor participación, es importante resaltar que la elaboración y publicación de reformas para esta codificación se realizarían bajo el proceso señalado por el artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,³⁷ con la intervención de ambas cámaras del Congreso de la Unión, y por lo tanto se involucran de manera indirecta los intereses de cada entidad federativa a través de sus representantes.

³⁵ Concepto que surge del artículo 18, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como fin del sistema penitenciario en México.

³⁶ Véase Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 21, p. 194.

³⁷ Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 2018.

De la misma manera, a través de este modelo los discursos académicos y sociales se enfocarían en trabajar para el desarrollo de penas proporcionales al bien jurídico tutelado y que tengan como último fin la reinserción social, o en los casos donde el cumplimiento de una pena no consiga una reinserción social, no se vulneren derechos humanos o preceptos constitucionales al incrementar las punibilidades³⁸ o modificarlas por penas de carácter totalmente retributivo que sean omisas con la función de prevención general en la búsqueda de una mayor represión.³⁹

Pero, como bien señala Olga Islas de González Mariscal, “el problema de la inseguridad que padece la sociedad mexicana ha determinado que esta clame por penas irracionalmente elevadas”.⁴⁰ Esta situación ha permitido que incrementen los discursos que abogan por cadenas perpetuas o penas de muerte para determinados delitos considerados graves. Asimismo, continua la autora, se le da la posibilidad al legislador de no meditar sobre las razones jurídicas que fundamentan el incremento de las penas y las consecuencias de tal incremento, por lo que adopta esta medida de manera inmediata para dar la impresión de eficacia en la solución de los graves problemas.⁴¹

Otro aspecto a considerar es el uso actual de la pena de prisión, que además de ser utilizada como parámetro de gravedad al momento de establecer la punibilidad de un delito, generando el pensamiento de que la única consecuencia jurídico-penal de un delito es la pena privativa de libertad, ha provocado a su vez que se convierta en una pena de los más variada entre las entidades federativas.⁴²

Una posibilidad que permitiría superar la pena de prisión como punto de partida al momento de definir la gravedad de una pena sería reemplazarla por un concepto general de unidad de pena. De esta manera, en la parte general

³⁸ Véase Cervelló Donderis, Vicenta, “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 219-220.

³⁹ Véase Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 21, p. 193.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 194.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Véase Franco Guzmán, Ricardo, *op. cit.*, nota 6, p. 38.

se presentaría un catálogo donde para cada unidad se permitan ciertos tipos de consecuencias jurídico-penales, siendo labor de las y los legisladores colocar cuál unidad de pena corresponde a tal delito, en lugar de señalar un mínimo y máximo de pena de prisión.

No obstante, en el proyecto del Código Penal Nacional se siguen utilizando reglas generales que rigen la aplicación de consecuencias jurídico-penales por parte del juzgador, disponiendo en diversas fracciones pautas muy concretas y precisas para que el juez esté en posibilidad de cumplir con su alta responsabilidad de aplicar, de manera individualizada, las penas y medidas de seguridad.⁴³

Asimismo, el juez tiene la posibilidad de prescindir de la imposición de la pena privativa de libertad, de manera parcial o total, cuando su aplicación sea notoriamente innecesaria e irracional.⁴⁴ Empero, aunque la aplicación de la pena recaiga en última instancia sobre el juez, se debe regresar al punto señalado al principio del apartado, debido a que las reglas y el margen que tiene el juez para aplicar la pena en particular dependen totalmente de la punibilidad señalada por el legislador.

HIPÓTESIS DE REGULACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES

El Código Penal Nacional como legislación encargada de unificar los aspectos sustantivos del derecho penal no se presenta como una opción imposible, pero se enfrenta a los diversos problemas que representa delimitar la soberanía de los estados para su construcción, dejando esta labor al Congreso de la Unión, incluyendo la posibilidad de determinar sus consecuencias jurídico-penales.

Sin embargo, a partir del planteamiento presentado se pueden analizar diferentes hipótesis, como la posibilidad de contar con una codificación que unifique todos los aspectos del ámbito general de un Código Penal, pero permitiendo una nueva forma de regular el apartado especial de manera similar a las vigentes leyes generales.

⁴³ Véase Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, nota 21, p. 190.

⁴⁴ *Idem.*

Las legislaciones de carácter general presentan un caso muy particular. Son ordenamientos creados por el Poder Legislativo federal, pero que inciden válidamente en las entidades federativas, quienes tienen la obligación de aplicarlas⁴⁵ y, en todo caso, armonizar sus legislaciones y atribuciones con base en los parámetros dictados por estas leyes generales.

Bajo este análisis, se desarrollan tres posibles hipótesis sobre los alcances de este Código Penal Nacional a partir del nivel de intervención que tendrán las entidades federativas, en específico los congresos locales, en la regulación de su parte especial, con énfasis en las consecuencias jurídico-penales.

Un Código Penal Nacional que se asemeje al actual Código Penal Federal, cuya parte especial se conforme del catálogo de delitos aplicables en todo el territorio mexicano, acompañado de las consecuencias jurídico-penales.

1. Un Código Penal Nacional cuya parte especial se conforme del catálogo de delitos aplicables en todo el territorio mexicano, pero en lugar de señalar la consecuencia jurídico-penal de cada delito, como ocurre en los actuales Códigos Penales, señale un mínimo y un máximo de punibilidad que podrá ser posteriormente regulado por cada entidad federativa conforme a sus necesidades, pero sin salir de los parámetros fijados por el Código Nacional.
2. Un Código Penal Nacional cuya parte especial se conforme del catálogo de delitos aplicables en todo el territorio mexicano, pero no señale la consecuencia jurídico-penal aplicable a cada delito, dejando a las entidades federativas la total libertad de determinar la punibilidad para cada tipo penal.

La primera hipótesis engloba los trabajos realizados en el proyecto de Código Penal Nacional presentado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, al desarrollar un Código Penal cuya parte especial contempla la descripción del delito y la consecuencia jurídico-penal aplicable para cada supuesto.

⁴⁵ Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.

Un aspecto positivo que descansa sobre esta hipótesis es que responde a la problemática sobre la dispersión legislativa, al concentrar la materia sustantiva penal en un solo ordenamiento jurídico, permitiendo además un mayor control por parte del Congreso de la Unión al convertirse en la única autoridad con la facultad para decidir qué supuestos serán delitos en la República mexicana. Bajo esta figura, la regulación de las consecuencias jurídico-penales se realizaría de manera similar a lo que actualmente realizan los Códigos Penales, señalando al final del supuesto el mínimo y máximo mediante la pena de prisión.

Bajo este entendido, la intervención de las entidades federativas sería únicamente a través del Congreso de la Unión, incluyendo la delimitación de la punibilidad para cada delito. En este tipo de Código se podría realizar el cambio de pena de prisión por el de unidad de pena, pero en caso seguir la pauta marcada por las actuales legislaciones penales y el proyecto del Código Penal Nacional, la pena de prisión se mantendría como el modo de medir la gravedad de un delito.

Como forma de ejemplificar el punto anterior, se puede partir del delito de feminicidio, ubicado académicamente en dos categorías, de acuerdo con el modo en que los Códigos Penales atienden este fenómeno delictivo: como una agravante del homicidio o mediante una regulación específica a través de un tipo penal de feminicidio.⁴⁶

En este sentido, para 2016 solo el 28% de las entidades federativas tipificaban de manera idéntica el feminicidio, con base en el articulado contemplado por el Código Penal Federal,⁴⁷ mientras que las consecuencias jurídico-penales contempladas por las entidades federativas presentan variación en su punibilidad, con penas que abarcan desde los 20 hasta los 70 años de prisión.⁴⁸

⁴⁶ Guerrero Agripino, Luis Felipe, “Consideraciones sobre la tipificación del feminicidio”, en *Revista General de Derecho Penal*, España, núm. 20, 2013, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413968&d=1

⁴⁷ CNDH-Universidad Autónoma Metropolitana, *Diagnóstico Nacional de Acceso a la Justicia y Violencia Feminicida*, México, CNDH-Universidad Autónoma Metropolitana, 2016, <http://igualdaddegenero.cndh.org.mx/Content/doc/Publicaciones/DAJVF.pdf>, p. 88.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 91.

Como propuesta para unificar estos criterios, el proyecto de Código Penal del Instituto Nacional de Ciencias Penales nos presenta un tipo penal único que debe ser observado en su totalidad por las entidades federativas, toda vez que contempla los supuestos de hecho y la punibilidad bajo el siguiente texto:

Artículo 161.- Comete el delito de feminicidio quien, por razones de género, prive de la vida a una mujer. Existen razones de género cuando se presente cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previas o posteriores a la privación de la vida;
- III. Existan datos que establezcan que se han cometido amenazas, acoso, violencia o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. El cuerpo de la víctima sea expuesto, depositado o arrojado en un lugar público;
- V. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a su fallecimiento.

A quien cometa feminicidio se le impondrán de veinte a cuarenta años de prisión.⁴⁹

La segunda hipótesis corresponde, conforme a lo expuesto anteriormente, a un Código Penal Nacional que le permita ciertas atribuciones a las entidades federativas al momento de regular las consecuencias jurídico-penales aplicables a un delito y donde se hace patente la necesidad de modificar el uso de la pena de prisión como pauta para marcar la gravedad de un supuesto.

Bajo esta opción, se observan las posibilidades que ofrece emplear el concepto de *unidades de pena* al momento de definir la punibilidad de un delito, al permitir que el Congreso de la Unión establezca los parámetros que deberán seguir las y los legisladores locales cuando regulen las consecuencias jurídico-penales en su legislación estatal sin el parámetro de la pena de prisión.

⁴⁹ *Proyecto de Código Penal Nacional*, México, Inacipe-PGR, p. 102.

El desarrollo de estas unidades de pena requiere de un mayor grado de estudio, investigación y análisis, sin embargo, y con el objeto de ejemplificar correctamente su uso en la segunda hipótesis previamente descrita, se presenta de manera condicional y con fines ilustrativos la siguiente redacción:

Las consecuencias jurídico-penales aplicables en todo el territorio mexicano serán las siguientes:

Unidad 1.- Asistencia a cursos o grupos de trabajo de asistencia social, así como multas menores en delitos que no requieran una reparación integral del daño de carácter económica.

Unidad 2.- Multas o trabajo a favor de la comunidad que garanticen una reparación integral del daño.

Unidad 3.- Pena privativa de libertad entre 10 y 15 años.

Unidad 4.- Pena privativa de libertad entre 15 y 30 años.

Unidad 5.- Pena privativa de libertad entre 30 y 45 años.

Ahora bien, utilizando como base las unidades antes descritas, sin omitir que son únicamente ilustrativas para el presente trabajo, se puede modificar el tipo penal de feminicidio del proyecto de Código Penal Nacional, conservando el supuesto de hecho y los supuestos de razones de género, pero modificando el último:

Artículo 161.- Comete el delito de feminicidio quien, por razones de género, prive de la vida a una mujer.

[...]

A quien cometa feminicidio se le impondrá las consecuencias jurídico penales correspondientes a la unidad de pena 3 a 5.

De esta manera, se mantiene la misma descripción del delito de feminicidio y los supuestos de razones de género para toda la República mexicana, pero con base en este supuesto cada entidad federativa podrá decidir bajo qué unidad de pena sancionar el delito en su demarcación territorial.

Bajo este supuesto, si en una entidad federativa se identifican nulas o pocas situaciones de riesgo que conlleven a feminicidios, su política criminal y su legislación interna atenderán este fenómeno mediante las consecuencias jurídico-penales comprendidas en la unidad 3, al no requerir un largo plazo en prisión para la reinserción social de las y los sentenciados.

De la misma manera, si en otra entidad federativa se identifican una gran cantidad de feminicidios o se emite una Declaratoria de Alerta de Violencia de Género⁵⁰ por parte de la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, su congreso local tendrá la facultad de modificar la punibilidad de los delitos de feminicidios cometidos en su territorio al englobarla en la quinta unidad, con penas privativas de libertad que van de 30 y 45 años.

Esta propuesta tiene como principal punto en contra el no poder eliminar el problema de la dispersión legislativa, debido a que cada entidad federativa tendría que elaborar una legislación penal para regular las consecuencias jurídico-penales aplicables en su territorio. Sin embargo, permite que cada entidad federativa tenga una mayor participación al establecer las punibilidades de cada delito, respetando los límites establecidos por el Código Penal Nacional.

Finalmente, la tercera hipótesis representa una postura que otorga mayores facultades a los congresos locales sin contar con una regulación por parte del Código Penal Nacional en lo referente a delimitar los mínimos y máximos de punibilidad aplicables a cada delito.

Así, la propuesta de manejar unidades de pena no tendría una justificación, pues al otorgarle una absoluta libertad a cada entidad federativa no existe la necesidad de establecer límites en el Código Penal Nacional, es decir, su texto no incluiría la última línea que señala “A quien cometa feminicidio se le impondrán de veinte a cuarenta años de prisión”.⁵¹ Aunque en esta hipótesis persisten como límites a la punibilidad los preceptos constitucionales en materia de proporcio-

⁵⁰ Figura contemplada en los artículos 22, 23, 24 y 25 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de abril de 2018.

⁵¹ Inacipe-PGR, *op. cit.*, nota 49, p. 102.

alidad de la pena y derechos humanos, no representa una solución para la dispersión legislativa.

CONCLUSIÓN

La situación actual del derecho penal mexicano ha generado que la discusión respecto a la necesidad de unificar el ámbito sustantivo del derecho penal vuelva a tomar importancia y con ello continuar con la pauta marcada por la reforma constitucional del 8 de octubre de 2013 y la posterior publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Al presentar tres posibles hipótesis sobre la forma en que se podrían regular las consecuencias jurídico-penales en un Código Penal Nacional, el presente artículo busca demostrar que existen otras posibilidades al momento de crear una codificación única sin decantarse en su totalidad por los lineamientos que existen en el vigente derecho penal mexicano.

Esto no representa que todas las hipótesis deban ser consideradas de la misma manera, siendo el caso específico la tercera construcción planteada en el presente trabajo, que brinda una total libertad a las entidades federativas para regular las consecuencias jurídico-penales sin límites impuestos por el Congreso de la Unión, debido a que permite un mayor grado de estudio al representar un menor campo de aplicación de los lineamientos que se encuentran en nuestra actual legislación.

Por otro lado, las otras propuestas brevemente desarrolladas son un tema de mayor interés al ofrecer la oportunidad de crear una codificación penal que desarrolle una unificación de todos los aspectos sustantivos del derecho penal, incluyendo la regulación de consecuencias jurídico-penales o, en su caso, dar pauta a un nuevo punto de estudio al dividir los aspectos que puede regular una legislación penal única y la posibilidad de introducir las unidades de pena como límites a las facultades legislativas de las entidades federativas.

Al admitir la creación de un Código Penal Nacional que, a diferencia de su homólogo procedimental, otorgue a los congresos locales una participación más activa al permitir un espacio de regulación estatal en lo referente a las consecuen-

cias jurídico-penales, se abre la posibilidad de generar un discurso distinto al presentado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), sin abandonar por completo la idea de unificación.

Sin embargo, no se debe dejar de lado que esta opción no soluciona de manera satisfactoria la problemática que representa la dispersión legislativa, pero al ofrecer la oportunidad de regular las consecuencias jurídico-penales bajo ciertos límites brinda la pauta para que la unificación penal sea aceptada con mayor facilidad por la entidades federativas, y con ello unificar el sistema de justicia penal mexicano.

BIBLIOGRAFÍA

- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia, Universidad de Valencia, 2005.
- CHAIRES ZARAGOZA, Jorge, *Federalismo mixto en México. De un federalismo dual a un federalismo nacional*, Guadalajara, CUCSH, 2018.
- CNDH-UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA, *Diagnóstico Nacional de Acceso a la Justicia y Violencia Feminicida, México*, CNDH-Universidad Autónoma Metropolitana, 2016, <http://igualdaddegenero.cndh.org.mx/Content/doc/Publicaciones/DAJVF.pdf>.
- DÍAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemi, “Diseño de un Código Procesal Penal Único. Trabajos legislativos para la consolidación de un nuevo sistema de justicia”, en *Letras jurídicas*, núm. 28, Veracruz, Universidad Veracruzana, 2013.
- Diccionario Jurídico Mexicano*, 14.^a edición, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- FRANCO GUZMÁN, Ricardo, “Unificación del Derecho Penal”, en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, México, Inacipe, 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de marzo de 2004”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVII, núm. 11, México, UNAM, 2004.

- Temas del Nuevo Procedimiento Penal. Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*, México, UNAM, 2016.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, “Consideraciones sobre la tipificación del feminicidio”, en *Revista General de Derecho Penal*, España, núm. 20, 2013, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413968&d=1.
- Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, 2.^a Edición, México, CNDH, 2017.
- INACIPE-PGR, *Proyecto de Código Penal Nacional*, México, Inacipe, 2017.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, “Lineamientos sobre un Código Penal Tipo”, en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, México, Inacipe, 2006.
- NÚÑEZ MARTÍNEZ, Ángel (ed.), *Nuevo Diccionario de Derecho Penal*, 2.^a edición, México, ed. Valle, 2004.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña *et. al.*, tomo I, Madrid, Civitas, 1997.
- “El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo”, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, *Dogmática penal y política criminal*, Lima, Idemsa, 1998.
- *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, trad. de Miguel Ontiveros Alonso, México, UBIJUS, 2008.
- RUBIO, Helios (coord.), *Enciclopedia ilustrada Time Life*, México, Thema, 2003.
- SIEBER, Ulrich, “Unificación, armonización y cooperación: buscando soluciones para los sistemas federales y supranacionales de la justicia penal”, en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, México, Inacipe, 2006.
- Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.
- TORNY, Michael, “¿Debe México armonizar su sistema punitivo y de Derecho Penal?”, en *Hacia la unificación del derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, México, Inacipe, 2006.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Introducción al Derecho Penal*, México, Oxford–Universidad de Guanajuato, 2012.

Invasión de la política criminal del Estado mexicano en la política económica: legitimidad de los delitos fiscales

Nordin Calvo González

INTRODUCCIÓN

La implementación de la política criminal aplicada por cada Estado necesariamente se encuentra afectada por el momento y el lugar donde se concibe, es decir, el grado de actuación punitiva se encuentra supeditado a las necesidades que cada sociedad exige. De ello deviene la relevancia del estudio que constantemente se debe hacer a fin de que sea legitimada la política criminal al momento de ser desplegada. La tendencia vigente debe ser analizada por lo menos desde los parámetros que se imponen sobre cinco ámbitos primordiales: el ámbito penal económico, el riesgo creado, el derecho penal del enemigo, la construcción de tipologías de peligro abstracto y la globalización, ámbitos que, aun sin tener una relación aparente, se encuentran intrínsecamente vinculados, de tal manera que resulta imposible un estudio que aisle a uno de otro. El presente artículo no es un estudio abstracto de la política criminal del Estado mexicano, sino que se centra concretamente en la creciente expansión que esta política presenta sobre diversas áreas, como la concerniente al ámbito económico. La relación que resulta de ello se da a través de los llamados delitos fiscales, por lo que a partir

de los parámetros previamente establecidos se resuelve la probable deslegitimación tanto del sistema tributario como del sistema penal. Sin que pierda relevancia el terror social generado, es imperante ahondar en el estudio de la transgresión desplegada sobre principios y derechos humanos que desde el ámbito penal se realiza hacia los contribuyentes, con el fin de determinar si el pretendido incremento en la recaudación tributaria justifica la violación de dichos derechos y principios en un Estado constitucional de derecho.

TENDENCIAS ACTUALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Existen dos formas de abarcar la política criminal, ya sea como una política pública, vista desde el interés de los partidos políticos que tienen mayoría representativa en el poder legislativo, o como un área de estudio y de conocimiento.¹ Se señala:

Mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en términos negativos, a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos no penales, del otro. Para decir que la finalidad de la política criminal es unívoca debemos hacer una puntualización: hasta un pasado no muy lejano ésta se entendió constantemente como la finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones delictivas. A partir del desarrollo de las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, el campo de acción de la política criminal se extiende (por lo menos potencialmente) también hacia el control de las consecuencias del crimen, además de su prevención.²

En su aspecto de política pública, las víctimas, como es de notar, desempeñan un papel primordial en la determinación de la política criminal aplicada en un Estado, en tanto que las prácticas desplegadas se constituyen en la efectiva materialización,

¹ Arzola Silva, Gerardo Rafael, *Curso de política criminal y criminología*, 2018, Maestría en Ciencias Jurídico Penales en Universidad de Guanajuato, agosto-diciembre.

² Baratta, Alessandro, *Delito y seguridad de los habitantes*, México, Programa Sistema Penal Derechos Humanos, Ilanud y Comisión Europea, 1997, p. 1.

dentro del ámbito político, de los derechos humanos.³ Lo anterior resulta de la manifestación que sobre dichos derechos realiza Alain Badiou, quien los considera prácticas sociales⁴ cuya realización repercute directamente en los acontecimientos políticos.⁵ Esos acontecimientos políticos a su vez determinan el respeto efectivo que de los derechos humanos tiene cada Estado, y trasciende, a partir de ello, a la concepción de la política criminal como un área de estudio y de conocimiento. Esto deviene en la relación que tiene el derecho penal con la política criminal, ya que a su vez acarrea modificaciones sustantivas y adjetivas que se deben llevar a cabo en el ámbito penal, a fin de hacer prevalecer intereses individuales y colectivos, cuestión que consecuentemente lo define ya sea como un Estado de tintes totalitarios, en el cual se relajan las garantías y se violentan los derechos de los ciudadanos, con lo que se les deja en segundo término en aras de hacer prevalecer la construcción del mismo Estado, o bien, como un verdadero Estado de derecho.

El alcance de la noción de víctima se encuentra aparejado a la expansión de la noción de la política criminal, y en la actualidad se deja a un lado la concepción que de ellas se tenía meramente desde el derecho penal; no obstante, esa expansión, en cuanto a la noción de víctima se trate,⁶ no será estudiada en el presente artículo.

La política criminal como un área de conocimiento puede ser abordada desde el derecho penal moderno, ya sea a través de su parte general o de la especial. En cuanto a la general, tiene impacto en el derecho penal económico y en el derecho penal del riesgo, el derecho penal del enemigo, la construcción de tipologías de peligro abstracto y en la globalización.

La primera vertiente mencionada, el derecho penal económico, deriva de una ampliación del actuar punitivo del Estado sobre los delitos patrimoniales. De ahí la importancia de definir precisamente qué conducta corresponde a

³ Arzola Silva, Gerardo Rafael, *op. cit.*, nota 1.

⁴ Arias Marín, Alán, “La víctima y el sujeto de los derechos humanos”, en *Derechos Humanos México*, año 13, núm. 34, septiembre-diciembre de 2018, p. 33. “Prácticas de resistencia al abuso de poder [...], esto es, eventos y/o situaciones que alteran y modifican las relaciones de dominio prevalentes y las correlaciones de fuerza que las configuran”.

⁵ *Idem.*

⁶ Arias Marín, Alán, *op. cit.*, nota 4, p. 33.

cada ámbito, así como determinar el bien jurídico que, ya sea a través de una prohibición o un mandato, se busca salvaguardar. El derecho penal económico se encarga de regular las conductas relacionadas con las estructuras financieras globalizantes de la economía.⁷ A fin de diferenciarlos de manera clara, se les puede identificar, tal y como indica Juan María Terradillos, como conductas desplegadas por unos pocos que afectan de manera directa las capas sociales más vulnerables, e indirectamente, en razón de la redistribución de los tributos o impuestos, a toda la sociedad.⁸ Además se debe atender al desmedido daño que generan, lo que, por ende, repercute en la protección de bienes jurídicos inmateriales, institucionalizados, de materialidad colectiva.⁹ La política desplegada en esta rama se delimita primordialmente en cuanto a las acciones que cada Estado toma, encaminadas a combatir la delincuencia situada en dicho ámbito, considerando el contexto económico del cual surge dicha criminalidad.¹⁰ Cada estructura social genera su propia criminalidad, por lo que las conductas constitutivas de delitos económicos se encuentran condicionadas por la estructura socioeconómica concreta de un lugar y un momento determinados.¹¹ Dichas conductas no solo deben ser comprendidas en un ámbito de territorialidad nacional, por lo que se tiene un impacto en el derecho penal internacional, punto en donde la vertiente en mención comienza a relacionarse con la ya señalada globalización y constituye, a fin de regular el alcance de ambas vertientes, una política económica globalizadora.

Por otra parte, se encuentra el derecho penal del riesgo, el cual se materializa

⁷ Terradillos Basoco, Juan María, “Derecho penal económico. Lineamientos de política penal”, en *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IX, núm. 35, enero-junio de 2015, p. 14.

⁸ Falconi, Ramiro, *Derecho penal económico*, Buenos Aires, Rubinzal, 2012, p.122.

⁹ Terradillos Basoco, Juan María, (coord.), “Delitos contra el orden socioeconómico”, en *Derecho Penal Parte Especial. Derecho Penal Económico*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 17-18.

¹⁰ *Ibidem*, p. 8.

¹¹ Mejías Rodríguez, Carlos Alberto, “El ámbito de protección en el derecho penal económico”, en *Revista Ius*, vol. 9, núm. 35, enero-junio de 2015, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187021472015000100058#fn5

en la parte general del derecho penal a través de la aplicación de políticas preventivas consecuentes con la exigencia social. Se refleja, a su vez, en la parte especial, mediante la creación de tipos de peligro y tentativas que se pueden definir como políticas de reacción al riesgo, es decir, se construyen figuras protectoras ante sujetos y cuestiones consideradas peligrosos. La sociedad exige que se actúe en contra de dichas cuestiones y, en consecuencia, se crea una política criminal del riesgo.

El riesgo no solo abarca lo relativo a los implementos mecánicos y tecnológicos, además de la imprudencia de una persona, sino que trasciende a considerar a las personas como sujetos peligrosos, mismos que generan focos de riesgo, lo que consecuentemente conlleva a la creación de tipos encaminados a neutralizarlos. Es así como dentro de la política criminal moderna desplegada por el Estado mexicano se llega al modelo del derecho penal del enemigo al normativizar una serie de supuestos encaminados tanto a “flexibilizar” de manera justificada su actuar previo en contra de actos delictivos, como a tipificar actos que resultan intrascendentes en cuanto a la afectación de un bien jurídico relevante, con lo que se contraponen su límite de aplicación al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, toda vez que el derecho penal debe ser utilizado como *ultima ratio*, es decir, únicamente cuando sea imposible aplicar otra forma de solución.¹²

El derecho penal del enemigo se conceptualiza como las conjeturas dables cuando los individuos que se desarrollan en sociedad despliegan un comportamiento carente de sentido humano, en virtud de lo cual se les cataloga como enemigos del Estado. Ello motiva el actuar punitivo del Estado en un estadio previo, mediante el cual se justifica la sanción de actos preparatorios delictivos, la aplicación de penas desproporcionadas, la inobservancia del respeto a diversos derechos humanos, así como la creación de delitos de tipo abstracto en aras de penalizar actos que llevan a lesionar bienes jurídicos que no deberían

¹² Gunther, Jakobs y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 73-74.

ser objeto de tratamiento dentro del derecho penal.¹³ Lo anterior ha resultado en una serie de críticas y consideraciones respecto a la constitucionalidad de las normas encaminadas a la aplicación del derecho penal del enemigo, ya que, como se afirma, “Las normas del derecho penal del enemigo tienden a criminalizar a sujetos considerados peligrosos para la sociedad, aun y cuando su comportamiento no haya causado lesión a bien jurídico alguno”.¹⁴ Dicho despliegue punitivo del Estado no solo está en abierta contradicción con un Estado de derecho garantista, sino que además deviene en un actuar corrupto del Estado, ya que ese despliegue puede ser utilizado como una herramienta encaminada a subsanar el deficiente actuar en el orden administrativo judicial; es decir, el derecho penal del enemigo es aplicado no como un medio coercitivo transgresor de derechos humanos que busca la disminución de un conflicto socialmente relevante para ser tratado por el ámbito del derecho penal, sino como un medio de coacción que, sin dejar a un lado la afectación de derechos humanos, trasciende al ámbito del derecho fiscal, esto es, meramente con fines de recaudación tributaria.

Como se puede vislumbrar hasta este punto, las vertientes de la política criminal moderna se encuentran relacionadas unas con otras, por lo que no hay excepción al respecto en cuanto a la construcción de tipologías de tipo abstracto. En un análisis dogmático de tipos penales, si se atiende al bien jurídico protegido los tipos pueden clasificarse en delitos consumados o de tentativa, en uniofensivos o pluriofensivos y en tipos de lesión o tipos de peligro. En cuanto a la última clasificación señalada, es dable entender que el derecho penal no puede satisfacerse únicamente en cuanto a la lesión de un bien jurídico, sino que debe actuar de forma punitiva, ya sea para evitar o para sancionar todas aquellas conductas que, sin lesionar un bien jurídico, lo ponen en peligro. A su vez, el peligro presenta

¹³ Garrido Moreira, Sebastián Ignacio, *Comparación crítica entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal liberal*, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales-Universidad de Chile, 2008, p. 73.

¹⁴ Astraín Bañuelos, Leandro Eduardo, *El derecho penal del enemigo en un estado constitucional: especial referencia en México*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2017, p. 186.

una doble variante: el peligro concreto, donde la puesta en peligro se constituye como la conducta típica, y el peligro abstracto, para el cual el legislador establece la prohibición de una conducta determinada cuando es considerada peligrosa, con la posibilidad de basarse en aspectos probabilísticos para llegar a dicha consideración, o bien, sin necesidad de prueba alguna, figura en la cual el resultado de la puesta en peligro debe constituirse aisladamente de la conducta desplegada. En ambas variantes la sanción recae sobre la conducta realizada, sin existir una afectación real al bien jurídico protegido. No obstante, se podría cuestionar: pese a la imposibilidad de materializar dicha afectación, ¿un Estado democrático de derecho debe tolerar tales conductas?

Diversas posturas señalan la existencia de una tercer variante referida como los delitos de aptitud, de peligro potencial o hipotéticos, los cuales, como refiere Carlos Martínez Bujan Pérez, se caracterizan por incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, elementos mediante los cuales se tipifica un comportamiento idóneo para producir peligro hacia el bien jurídico protegido.¹⁵ En ellos, el legislador debe señalar claramente la conducta idónea desplegada para producir potencialmente un resultado. Los tipos de peligro hipotético limitan el libre actuar del legislador en cuanto a la desmedida tipificación de conductas nacidas meramente de su voluntad.¹⁶

El peligro no es una relación de causalidad donde una conducta produce un resultado, sino que es un concepto cuyo alcance concierne a aspectos probabilísticos con respecto a la producción de un resultado. Se deduce pues la probabilidad de que un resultado ocurra, es decir, es un resultado incierto, pero se puede dar. Aunado a dicha probabilidad, se debe considerar que dicho resultado sea capaz de producir un daño. Esto lleva a la siguiente interrogante: ¿cómo se construye un concepto jurídico que describa el peligro? Es aquí donde el juicio de valor cobra relevancia en cuanto a su carácter normativo. Primeramente el legislador establece

¹⁵ Bogado, María Gracia y Ferrari, Débora Ruth, *Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2009, p. 3.

¹⁶ Arzola Silva, Gerardo Rafael, *op. cit.*, nota 1.

de forma previa un juicio de valor, constituyendo un tipo de riesgo concreto, siendo este un primer momento del peligro. En un segundo momento ese juicio de valor, constituido como un elemento normativo, trasciende a la interpretación que de él lleva a cabo el juzgador, con lo que se constituye como un tipo de peligro abstracto.

Por último, se encuentra la globalización como área de estudio de la política criminal. Como se ha señalado hasta este punto, es de notar que desde un aspecto económico globalizado las diversas áreas se encuentran relacionadas entre sí. Las políticas criminales globalizadoras pueden ser consideradas desde la creación de legislaciones y tribunales internacionales y el fortalecimiento de la seguridad nacional, con miras a solventar conductas como el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional, hasta lo que en la actualidad surge como consecuencia del cambio de un Estado fordista a uno postfordista, en el cual existe una amplia concentración de recursos en pocas manos, un pequeño grupo social que posee el control de las riquezas y que marca las pautas sobre las que el Estado genera políticas públicas encaminadas a velar por la seguridad y los intereses de unos cuantos particulares. Estos factores devienen en la aplicación de políticas intolerantes o de tolerancia cero,¹⁷ en la aplicación de un derecho penal de autor, de un derecho penal simbólico,¹⁸ e incluso en la expansión del derecho penal, generando la invasión de esferas de otros ámbitos jurídicos hasta el punto de dar tintes administrativos al derecho penal; es decir, cuestiones que deben ser tratadas en el campo del derecho administrativo se regulan a través del derecho penal, o bien, modelos aplicados en el derecho penal están siendo adecuados para

¹⁷ Wilson, James Q. y Kelling, George L., *Broken windows: the police and neighborhood safety*, 1982, https://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf. Término acuñado para referir a la teoría de las ventanas rotas, mediante la cual se explica la necesidad respecto a una pronta actuación, que de manera retributiva castigue severamente la más mínima expresión del delito. Ello a fin de evitar un aumento gradual en la comisión de delitos o incluso, de faltas administrativas.

¹⁸ A mayor demanda de seguridad, el legislador se ve obligado a aparentar velar por ella, construyendo un derecho que dé la apariencia de eficaz, es decir, construye tipos penales ineficientes que no buscan la protección de bienes jurídicos.

realizar un control agresivo en el derecho administrativo. Podría afirmarse que se crea un derecho penal del enemigo de aplicación fiscal, o que surge un derecho administrativo del enemigo. Ese exceso de regulación penal consecuentemente deviene en una disminución o deslegitimación de los principios rectores dentro de dicho ámbito.

EXPANSIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL SOBRE LA POLÍTICA ECONÓMICA

La expansión de la política criminal no solo debe entenderse a partir de los alcances utilitarios y funcionales que se verifican mediante el control de las consecuencias y la prevención del crimen, sino que además comprende la invasión a otro tipo de políticas, como lo es la económica y la social. Mientras la primera “representa al conjunto de normas y lineamientos con los que el Estado regula y orienta la dinámica económica del país, además de establecer criterios que [...] engloban el comportamiento de diversos ámbitos de la vida nacional y los instrumentos correspondientes para su operación a través de políticas como la fiscal, monetaria y exterior [...], interviene sobre la dimensión económica”, mientras que “la segunda sobre la social en cumplimiento de leyes que se expresan en la aplicación de programas sociales”.¹⁹ De tal manera que el modelo de desarrollo económico actual convierte a la política social en una mera herramienta para corregir los efectos negativos de la política económica.²⁰ De forma similar se da la relación con la política criminal; esta también es utilizada como una herramienta, lo que ha llevado a una invasión del derecho penal en otros ámbitos jurídicos, como el fiscal. Entonces se despliega una práctica de actividades administrativas, entre ellas la recaudación tributaria, donde al momento de llevarlas a cabo y al interpretar su legalidad se deja de observar el debido respeto a los derechos humanos que el Estado de derecho mexicano reconoce. La tendencia de la política criminal implementada está encaminada a hacer uso del derecho penal como un medio para alcanzar fines,

¹⁹ Torres, Felipe y Rojas, Agustín, “Política económica y política social en México: desequilibrio y saldos”, en *Revista Problemas del Desarrollo*, núm. 182, julio-septiembre de 2015, p. 44.

²⁰ *Idem*.

para los que es innecesario desplegar el actuar punitivo del Estado; es decir, el derecho penal se ha desnaturalizado, se rebasa la barrera infranqueable de la política criminal y se utiliza como mera herramienta político-económica.

El impacto que ha tenido la política criminal desplegada por el Estado mexicano sobre normas generales, tanto federales como locales, ha pasado de un actuar punitivo a emplear medidas coercitivas de control de recaudación tributaria, medidas que traspasan la barrera infranqueable del derecho penal, por ser impuestas en contraposición a los principios de mínima intervención en su doble carácter fragmentario y subsidiario o de última ratio y de lesividad, por ser incapaces de constatar por las ciencias empírico-sociales, es decir, por no existir una clara exteriorización de los hechos tipificados.²¹ Es así que debido al detrimento en la recaudación fiscal, y derivado de la inminente necesidad del Estado por hacerse de recursos públicos, se han desplegado y establecido dentro del actuar punitivo del Estado una serie de figuras restrictivas o transgresoras, como lo son aquellas normas que violan los derechos humanos y que van en contra de los principios rectores del ámbito penal, así como las figuras delictivas abstractas que constituyen mecanismos secundarios que dan soporte a los procedimientos jurídico-fiscales encaminados a la regulación recaudatoria de los contribuyentes y a evitar la fuga de contribuciones. Es decir, se penalizan situaciones de control meramente jurídico fiscales. El impacto de estas actividades estatales recae directamente sobre la legitimidad del sistema tributario, mismo que a su vez encuentra su justificación en el principio de destino al gasto público y la finalidad de lograr una justa redistribución de la riqueza y del sistema penal. Así, se afirma que el Estado mexicano busca soluciones a todo conflicto dentro del derecho penal, en lugar de aplicarlo como último medio en razón de las gravosas consecuencias a las que conlleva.²²

El derecho penal transita con un efecto parecido al de un péndulo, entre un derecho penal liberal, en donde se protegen bienes jurídicos individuales con la debida observancia de los principios que limitan el actuar punitivo del Estado,

²¹ Garrido Moreira, Sebastián Ignacio, *op. cit.*, nota 11, p. 68.

²² *Ibidem*, p. 73.

por lo que para este se vuelve impráctico, y entre un derecho penal de seguridad que relativiza los principios. La tendencia actual del derecho penal sobrepasa el carácter excepcional del que se la ha dotado los últimos años, un carácter derogador de los principios básicos del derecho penal en un Estado de derecho.²³ Ello implica que la inobservancia de principios y de derechos recaiga no solo sobre un grupo de personas consideradas amenazantes, o sobre situaciones específicas consideradas peligrosas, sino que dichas prácticas se han expandido y repercuten de forma general en la sociedad. Al ser la ley penal una respuesta a conflictos graves que atentan contra los bienes jurídicos de mayor relevancia, en atención al carácter fragmentario²⁴ del principio de intervención mínima,²⁵ no debe utilizarse como el principal medio en la lucha contra criminales de ciertas características, privatizando y politizando los conflictos,²⁶ sino como recurso de última ratio cuando otros medios resultan ineficaces, en observancia del carácter subsidiario²⁷ del principio en mención, lo cual impone la necesidad de agotar previamente recursos no penales cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que pueden resultar más eficaces para la protección de bienes jurídicos.²⁸ En ello se funda la crítica a la regulación gradual que se hace a través del derecho penal sobre cuestiones administrativas, o como se ha acuñado, a la administrativación del derecho penal, lo que deviene en la deslegitimación de los principios referidos. En ese sentido, se cita:

²³ Muñoz Conde, Francisco, “De nuevo sobre el ‘derecho penal del enemigo’”, en *Revista Penal*, núm. 16, 2005, pp. 123-124.

²⁴ Gonzalez Salas-Campo, Raúl, *Teoría del bien jurídico en el derecho penal*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2001, p. 97.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 91-116.

²⁶ Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal, compilación in memoriam*, Buenos Aires, Argentina, B de F, *passim*, 2004.

²⁷ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 73.

²⁸ Moreno Hernández, Moisés, *Principios rectores en el derecho penal mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998, p. 1332.

Si el Derecho penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación, y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos o normas de correcta administración, o que produzcan daños o bienes no primarios, o que sean sólo abstractamente presumidas como peligrosas, evitando, obviamente, el conocido “engaño de las etiquetas” consistentes en llamar “administrativas” sanciones que son sustancialmente penales porque restringen la libertad personal. Solo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al mínimo necesario puede reestablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho penal.²⁹

Sobre la misma línea, dicha tendencia además transgrede el principio de presunción de inocencia en su carácter sustantivo, el cual limita el actuar legislativo en cuanto a la construcción de tipos que atenten contra la misma presunción. Esa limitante se constituye como una de las garantías que, como señala El-Khoury Jacob, presenta el principio de lesividad,³⁰ el cual, por otro lado, en un Estado democrático de derecho dota de certeza y eficacia al bien jurídico, “que en razón de las necesidades del sistema social en su conjunto” es determinado por el legislador.³¹

No debe pasar desapercibida la responsabilidad derivada tanto de la comisión de delitos como de infracciones en cuanto a la posible violación del principio *non bis in idem*, el cual supone la prohibición de ser juzgado dos veces cuando en el caso concreto converjan la identidad del sujeto, de hechos y fundamentos.³² La

²⁹ Ferrajoli, Luigi, “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, año 4, núm. 5, marzo-junio de 1992.

³⁰ Arguedas Rojas, Fernando y Salas Rodríguez, Monicka, *La importancia de la teoría del bien jurídico como herramienta para la construcción de una política criminal democrática*, San José Costa Rica, 2007, p. 50.

³¹ Díez Ripollés, José Luis, “La contextualización del bien Jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 10, núm. 15, diciembre de 1998.

³² Martínez Rodríguez, José Antonio, “El principio *non bis in idem* y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal”, en *Noticias Jurídicas*, 2011, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4617-el-principio-non-bis-in-idem-y-la-subordinacion-de-la-potestad-sancionadora-administrativa-al-orden-jurisdiccional-penal/>

política criminal repercute en los criterios emitidos por las autoridades judiciales del Estado, en razón de permitir una doble sanción, por un lado administrativa y por otro penal, cuando, pese a subsistir la identidad de hechos, se presente una variación en el fundamento, la naturaleza, los fines y los objetivos, es decir, sustenta la inobservancia a dicho principio en la diferenciación del bien jurídico protegido.³³

ASPECTOS DOGMÁTICOS LEGITIMADORES DE LOS DELITOS FISCALES EN EL ESTADO MEXICANO

La relación jurídico-tributaria que sustenta el deber contributivo deriva de las obligaciones de los mexicanos para contribuir a los gastos públicos, de manera proporcional y equitativa,³⁴ así como de la imposición a las personas físicas y morales conforme a las leyes fiscales respectivas.³⁵ De ahí que toda conducta encaminada a eludir tal obligación contributiva se califica como un delito fiscal. Los delitos fiscales se conceptualizan como “cualquier acto u omisión realizado por el contribuyente o el responsable solidario de la obligación contributiva; mediante actos orientados a evadir el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, produciendo un daño en el patrimonio del Estado,³⁶ o bien, como “todo aquel comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual)”.³⁷

³³ Tesis I.4o.A.114 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. IV, junio de 2018, p. 3199.

³⁴ Fracción cuarta del artículo trigésimo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁵ Artículo primero del Código Fiscal de la Federación.

³⁶ Zuñiga Malvarez, Jorge Alberto, “Curso de delitos fiscales y financieros”, en *Instituto Nacional de Ciencias Penales*, marzo-abril de 2016.

³⁷ Tiedemann, Klaus, *Derecho penal económico: introducción y panorama en derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. de Vázquez Abanto, Manuel, Lima, Idemsa, 2000, p. 16.

Los delitos fiscales se abordan en el capítulo segundo del Código Fiscal de la Federación. Ahí se denotan descripciones típicas que resultan ser figuras de peligro abstracto, como el contrabando y las conductas equiparadas a este,³⁸ en las que se castiga la simple extracción de mercancías sin considerar el destino que se les dé en razón de su comercialización o falta de ella, o por la simple tenencia de un vehículo, por lo que no existe una afectación real del bien jurídico que se tutela. En el mismo sentido, la fracción XII del artículo 102 del ordenamiento ya referido³⁹ denota el aspecto económico globalizante que la política criminal tiende a regular y en donde, además, se muestra la carencia de afectación al bien jurídico en cuanto a la literalidad de dicha figura, ya que la afectación se constituye contra un sujeto pasivo ajeno al bien jurídico protegido.

La defraudación fiscal,⁴⁰ que se hace referencia a los diferentes grados de punición que el legislador estima conveniente fijar para dicha conducta, muestra la desproporción entre los montos utilizados para constituir el grado de afectación causado, pues “se sanciona con tres meses a dos años de prisión cuando el monto de lo defraudado no exceda de \$1,734,280.00”. Salta a la vista el innecesario despliegue del actuar punitivo del Estado en dichos supuestos. ¿Ello se sitúa en la expansión del derecho penal al derecho administrativo? ¿La multa, como sanción, surtiría los mismos efectos que la pena de prisión estimada para dicho caso?

Los diversos supuestos de la defraudación fiscal equiparada se incluyen en el artículo 109,⁴¹ donde se ejemplifica la trascendencia de la política criminal

³⁸ Esta descripción típica se incluye en el artículo 102 del Código Fiscal de la Federación: “Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías:

Fracción I. Omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse [...]”.

³⁹ Descripción en el artículo 102 del Código Fiscal de la Federación: “Quien introduzca mercancías a otro país desde el territorio nacional omitiendo el pago total o parcial de los impuestos al comercio exterior que en ese país correspondan”.

⁴⁰ Descripción en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación: “Comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal”.

⁴¹ Se encuentra en la segunda parte de la fracción primera del artículo 109 del Código Fiscal

en el campo del derecho penal del enemigo y donde claramente se observa una supresión de derechos, concretamente, una afectación al principio de presunción de inocencia en su vertiente de carga probatoria. En el mismo supuesto que en la fracción previamente mencionada se encuentra la descripción de la conducta contenida en la fracción cuarta del numeral en mención,⁴² donde si bien, la descripción típica no lo denota, para determinar que un beneficio obtenido haya derivado de actos o contratos simulados es necesario que previamente se acuda a las disposiciones del Código Fiscal Federal, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, así como de sus respectivos reglamentos y misceláneas, es decir, deberá determinarse previamente dentro del ámbito administrativo la ilegalidad de dichos actos o contratos, en atención al principio de exacta aplicación de la ley penal.

El artículo 110 contiene las conductas que siendo constitutivas de delito se relacionan con el Registro Federal de Contribuyentes (RFC). En dicho apartado se refleja la constitución de figuras tanto de peligro concreto, por considerar el legislador la simple omisión de cuidado como una afectación al bien jurídico tutelado, como de peligro abstracto, en las que la conducta prohibida no genera la concreta afectación a dicho bien.

A su vez, el artículo 111 dispone las conductas típicas relacionadas con las operaciones contables, mismas que muestran acciones encaminadas a expandir la actuación del derecho penal por encima del administrativo.

Como se puede inducir, los delitos fiscales están encaminados a la protección del patrimonio estatal recaudado en forma de tributo, el cual debe ser concebido de manera colectiva y que a su vez conlleve a que dicho patrimonio sea empleado en pro del bienestar social. Ante dicho fin se debe tener presente el principio de

de la Federación: “En la misma forma será sancionada aquella persona física que perciba ingresos acumulables, cuando realice en un ejercicio fiscal erogaciones superiores a los ingresos declarados en el propio ejercicio y no compruebe a la autoridad fiscal el origen de la discrepancia en los plazos y conforme al procedimiento establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta”.

⁴² Se expresa ahí lo siguiente: “[...] Simule uno o más actos o contratos obteniendo un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.”

vinculación al gasto público, señalando que solo se deben pagar contribuciones para que el Estado haga del gasto público el instrumento decisivo para el cumplimiento de sus fines, por lo que las erogaciones públicas únicamente están dirigidas a cubrir los servicios públicos y a atender las necesidades del Estado.

La teoría del bien jurídico, en cuanto al valor tutelado por los delitos fiscales, es relevante para determinar la legitimidad de las figuras encaminadas a la recaudación tributaria construidas a partir de la política criminal moderna. Es así que el bien jurídico puede ser concebido de diversas maneras. Destacan las que lo caracterizan como el tributo, al considerarlo “un medio fundamental por el cual el Estado cumple con las actividades de otorgar servicios y bienestar social”. A falta de tributo, la distribución de la riqueza se ve mermada, al igual que el erario, el cual juega un papel de contraprestación en aras de recibir, por su pago, los servicios públicos brindados por el Estado, esto es, se persigue un interés patrimonial supraindividual; y al igual que el sistema tributario, puesto que es necesario “proteger el correcto y eficaz funcionamiento del sistema tributario, el sistema de recaudación de los ingresos y de la distribución o redistribución de los egresos que forman parte del erario público”, se afecta la función recaudadora del sistema fiscal.⁴³

En México, la postura de los órganos judiciales en cuanto al bien jurídico tutelado por los delitos fiscales es aquella que considera al patrimonio del fisco como el bien de valor a proteger.⁴⁴ A fin de delimitar la designación de valor al bien a proteger en el ámbito económico penal, es relevante distinguir entre los bienes jurídicos individuales y los supraindividuales,⁴⁵ distinción que no se aleja de la que se hace con respecto a los bienes jurídicos colectivos,⁴⁶ de los que la sociedad en su conjunto tiene la titularidad.⁴⁷ Como señala Alexy, estos

⁴³ González Salas-Campo, Raúl, *op cit.*, nota 36, p. 69.

⁴⁴ Tesis 4198, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octava época, t. II, p. 2047.

⁴⁵ Tiedemann, Klaus, *Lecciones de derecho penal económico*, Barcelona, Ppu, 1998, p. 31.

⁴⁶ Muñoz Conde, Francisco, “Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal español de 1994”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, San Pablo, núm. 11, 1994, pp. 11-12.

⁴⁷ Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Gra-

bienes se encuentran ligados a la no distributividad, esto es, que “un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir en partes iguales y asignar una porción de este a un individuo, no pueden ser detentados individualmente”.⁴⁸ Con ello se puede determinar el campo de actuación en cuanto al alcance de las prohibiciones o mandatos en la materia económico penal.

Según González-Salas Campos, doctrinariamente el bien jurídico se ha conceptualizado a partir de las posturas de Karl Binding y Franz von Liszt. Para el primero, el bien jurídico resulta del interés del legislador y, consecuentemente, de la verificación de dicho interés a través de la ley; para el segundo, el interés del legislador no es el único factor determinante de los bienes jurídicos, sino que cobra relevancia el interés y reconocimiento que la comunidad haga de dichos valores.⁴⁹ Como señala Von Liszt, el interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el derecho.

El papel del bien jurídico dentro de la política criminal resulta determinante, pues, como señala Arroyo Gutiérrez (2004), tiende a limitar el actuar punitivo del Estado. Por ello, considero acertada la postura que dota al bien jurídico protegido por los delitos fiscales de una trascendencia que sobrepasa las cuestiones patrimoniales, con lo que su sentido se aproxima a la protección del orden financiero, pilar de la organización social.⁵⁰ Al referirse al principio de vinculación del gasto público, la política social dota de sentido a la política criminal, sin aceptar con ello alguna invasión entre dichos campos. No obstante, tratándose del nexo entre la política criminal y las dos últimas políticas en mención, se debe confirmar que no exista menoscabo de principios al momento de relacionarse.

nada, 2000, p. 194.

⁴⁸ Villegas Paiva, Elky A., *Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*, Astrea, 2010, p. 7.

⁴⁹ Argueda Rojas, Fernando y Salas Rodríguez, Monicka, *op. cit.*, nota 42, p. 30.

⁵⁰ Díaz Giraldo, William, “El derecho penal societario. Delitos de fraude en la administración de personas jurídicas”, en *Revista Peruana de Derecho Económico*, Lima, 2010, pp. 179-185.

CONCLUSIÓN

La política criminal desplegada por el Estado mexicano actualmente se inclina hacia un Estado de derecho de seguridad. Esto implica que tanto la observancia como el respeto que su actuar punitivo debe guardar hacia los derechos humanos y los principios de derecho, en los ámbitos fiscal y penal, sean considerados obstáculos para alcanzar sus diversos fines. Derivado de ello es que hay una clara vulneración de derechos en la realización de dichos fines, no importando que rebasen los límites impuestos por el derecho penal a la política criminal, así como una contraposición de los principios del derecho penal a los del derecho fiscal, como lo son primordialmente el de lesividad, de presunción de inocencia y de mínima intervención penal en su doble carácter, fragmentario y subsidiario.

Para evitar la deslegitimación de ambos sistemas, derivada de la relativización de principios, surge la imperante necesidad de regular o suprimir diversas disposiciones normativas en el actuar recaudatorio del Estado, a fin de optar por modelos menos gravosos en relación con la vulneración de los derechos humanos de los contribuyentes. Con ello se afirma el innecesario establecimiento de una pena, en razón de que la imposición de una multa produciría el mismo efecto inhibitorio, siempre y cuando el monto al que ascienda la afectación real se encuentre proporcionalmente delimitado. Aunado a ello, la exacta definición que se haga del bien jurídico tutelado en el ámbito económico penal evitaría la creación de tipologías de peligro abstracto, así como la expansión del derecho penal sobre el ámbito fiscal, contribuyendo a la legitimidad de los sistemas.

La importancia que presenta al caso el estudio sobre la observancia de los principios aludidos define la licitud de los medios utilizados para combatir los peligros que, convertidos en amenazas, resultan tolerables dentro de un Estado de derecho. No obstante, es cuestionable el régimen especial en el cual a ciertas construcciones del derecho penal se les permite pasar por alto el respeto a los derechos humanos y a los principios ya mencionados. La permisibilidad sobre los supuestos en los que se consiente el despliegue de un derecho penal de excepción conlleva a que ese actuar punitivo especial no solo sea aplicado sobre el

sector considerado como amenazante, sino sobre la sociedad en general. Claro ejemplo de ello fue el nacional-socialismo. De tal manera, se afirma la necesidad de humanizar al sistema y de retomar la esencia mínima de la política criminal y económica, para que, “cambiando de naturaleza, dejen de estar orientadas y motivadas por el interés del capital, teniendo en su lugar la satisfacción de necesidades, aspiraciones y el bienestar del ser humano como meta fundamental”.⁵¹

BIBLIOGRAFÍA

- ARGUEDA ROJAS, Fernando y Salas Rodríguez, Monicka, *La importancia de la teoría del bien jurídico como herramienta para la construcción de una política criminal democrática*, San José Costa Rica, 2007.
- ARIAS MARÍN, Alán, “La víctima y el sujeto de los derechos humanos”, en *Derechos Humanos México*, año 13, núm. 34, septiembre-diciembre de 2018.
- ARZOLA SILVA, Gerardo Rafael, “Curso de política criminal y criminología”, en *Maestría en Ciencias Jurídico Penales en Universidad de Guanajuato*, agosto-diciembre de 2018.
- ASTRAÍN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2017.
- BARATTA, Alessandro, *Delito y seguridad de los habitantes*, México, Programa Sistema Penal Derechos Humanos, Ilanud y Comisión Europea, 1997.
- Bogado, María Gracia y Ferrari, Débora Ruth, *Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2009.
- DÍAZ GIRALDO, William, “El derecho penal societario. Delitos de fraude en la administración de personas jurídicas”, en *Revista Peruana de Derecho Económico*, Lima, 2010.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La contextualización del bien Jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 10, núm. 15, diciembre de 1998.
- FALCONI, Ramiro, *Derecho penal económico*, Buenos Aires, Rubinzal, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, año 4, núm. 5, marzo-junio de 1992.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000.

⁵¹ Mutsaku Kamilamba, Kande, *La globalización vista desde la periferia*, México, Miguel Ángel Porrúa Editores, 2002, pp. 7-30.

- GARRIDO MOREIRA, Sebastián Ignacio, *Comparación crítica entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal liberal*, Departamento de derecho penal, Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales-Universidad de Chile, 2008.
- GONZÁLEZ SALAS-CAMPO, Raúl, *Teoría del bien jurídico en el derecho penal*, 2.a ed., México, Oxford University Press, 2001.
- GUNTHER, Jakobs y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.
- MARTINEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, “El principio *non bis in idem* y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal”, *Noticias Jurídicas*, 2011, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doc-trinales/4617-el-principio-non-bis-in-idem-y-la-subordinacion-de-la-potestad-sancionadora-administrativa-al-orden-jurisdiccional-penal/>
- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “El ámbito de protección en el derecho penal económico”, en *Revista Ius*, vol. 9, núm. 35, enero-junio de 2015, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187021472015000100-058#fn5
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Principios rectores en el derecho penal mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el ‘derecho penal del enemigo’”, en *Revista Penal*, núm. 16, 2005.
- y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- MUTSAKU KAMILAMBA, Kande, *La globalización vista desde la periferia*, México, Miguel Ángel Porrúa Editores, 2002.
- SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2000.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Derecho penal económico. Lineamientos de política penal”, en *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IX, núm. 35, enero-junio de 2015.
- , (coord.), “Delitos contra el orden socioeconómico”, en *Derecho penal. Parte especial. Derecho penal económico*, Madrid, Iustel, 2012.
- Tesis 4198, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octava época, t. II.
- TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal económico: introducción y panorama en derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. de Vázquez Abanto, Manuel, Lima, Idemsa, 2000.
- TORRES, Felipe y Rojas, Agustín, “Política económica y política social en México: desequilibrio y saldos”, en *Revista Problemas del Desarrollo*, núm. 182, julio-septiembre de 2015.
- VILLEGAS PAIVA, Elky A., *Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*, Astrea, 2010.

WILSON, James Q. y Kelling George L., *Broken windows: the pólíce and neighborhood safety*, 1982, https://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf

ZUÑIGA MALVAREZ, Jorge Alberto, *Curso de delitos fiscales y financieros*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, marzo-abril de 2016.

SJFG, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octava época, t. II.

El Sistema Nacional Anticorrupción: ¿penalización de infracciones administrativas o administrativización de ilícitos penales?

María Corazón Camacho Amador

La patología social de la corrupción es inherente, de manera lamentable, a las personas. Sin embargo, es imperativo convencional y nacional acabar o, por lo menos, disminuir los índices de este fenómeno lacerante para la sociedad.

Tan generalizada es la corrupción que incluso el profesor español Jorge Malem sostiene que durante los últimos veinte años el comercio internacional ha venido acompañado de una corrupción sin precedentes, lo que ha sido denominado como la *gran corrupción*.¹

Así pues, el Poder Revisor de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos generó enmiendas al texto constitucional en materia del combate frontal a la corrupción,² mismas que se encuentran aún en etapa de consolidación, pese a su anterior inicio de vigencia.

Partiendo del contexto de la citada reforma constitucional, en el presente artículo de manera sucinta pretendemos cuestionar si el derecho administrati-

¹ Malem, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 39.

² Véase http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015

vo sancionador ahora es más penal, o si, en su caso, el derecho penal es más administrativo sancionador, de acuerdo con la calificación de la gravedad de las faltas administrativas en el vigente sistema de responsabilidades.

ORIGEN CONSTITUCIONAL Y REFERENTES CONVENCIONALES DEL SISTEMA ANTICORRUPCIÓN MEXICANO

A partir de la difusión oficial de la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción se cimentaron las bases del Sistema Nacional Anticorrupción, precisándose lo siguiente: “[...] es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos”.³

Lo anterior encuentra una considerable importancia en virtud de que, con la adecuación constitucional que se comenta, se buscó construir un nuevo diseño institucional que desarrollara la rendición de cuentas en todos los órdenes de gobierno y que implementara un sistema que active los mecanismos de prevención, el control interno y la investigación y la sanción que generen un sometimiento de cuentas horizontal en el cual el poder se disperse y que no exista un monopolio legal de ninguna institución.⁴

Por otra parte, es destacable que, inclusive en vía de interpretación, los tribunales del Poder Judicial de la Federación han edificado en diversas tesis y jurisprudencias la política acerca de la pertinencia de consolidar los cimientos de la transparencia en la gestión pública como un esquema que contribuya

³ Decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015.

⁴ Consúltese la iniciativa con *proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, presentada por legisladoras y legisladores federales integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional en la Cámara de Senadores de la LXII Legislatura del Congreso de la Unión: http://www.senado.gob.mx/comisiones/anticorrupcion/docs/corrupcion/PAN_LGSNA.pdf

frontalmente al combate a la corrupción,⁵ puesto que es bien sabido que la transparencia y la rendición de cuentas son cosas distintas.

Ahora, en otro orden de ideas, en la propia carta magna se dispuso que para el cumplimiento del objeto del Sistema Nacional Anticorrupción, este contaría con un comité coordinador integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, de la secretaría del Ejecutivo federal responsable del control interno, así como por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el presidente del organismo garante que establece el artículo 6o. de la Constitución, y por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana.⁶

Adicionalmente quedó señalado que las entidades federativas establecerán sistemas locales anticorrupción con el objeto de coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción,⁷ lo que, en suma, integraría el multicitado Sistema Nacional.

Bajo este contexto, y además con la envergadura que, con mayor acentuación, desde junio de 2011 se reconoció a rango constitucional, con independencia de que se hayan suscrito de manera previa, México forma parte de diversos instrumentos internacionales que de alguna manera sentaron el precedente del combate a la corrupción, como lo veremos enseguida.

⁵ Tesis I.7o.A.812 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. 5, libro III, diciembre de 2011, p. 3879, de rubro “RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. CONFORME AL ARTÍCULO 37, PÁRRAFO SEXTO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, DEBE SANCIONARSE CON INHABILITACIÓN POR UN AÑO TANTO LA OMISIÓN ABSOLUTA DE PRESENTAR LA DECLARACIÓN PATRIMONIAL DE CONCLUSIÓN DEL ENCARGO COMO EL CUMPLIMIENTO EXTEMPORÁNEO DE ESA OBLIGACIÓN”.

⁶ Integrado por cinco ciudadanos que hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción y serán designados en los términos que establezca la ley.

⁷ Márquez Gómez, Daniel, *El marco jurídico para la operación del Sistema Nacional Anticorrupción*, México, Liber Iuris Novum, 2017, pp. 62 y 63.

Al respecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción adoptada por la Conferencia Especializada sobre Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, en la ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996,⁸ entre otras persigue la finalidad de que a través de la academia se promueva la prevención y la lucha contra la corrupción de manera eficaz y eficiente mediante diversas actividades, verbigracia, el fomento de la cooperación internacional y la creación de redes en relación con la lucha contra la corrupción.

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁹ tiene como finalidades las siguientes: *a)* promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, *b)* promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos, y *c)* promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Además, México signó el acuerdo para la constitución de la Academia Internacional contra la Corrupción como Organización Internacional, con el que se pretende promover la prevención y la lucha contra la corrupción de manera eficaz y eficiente, mediante *a)* la enseñanza y la formación profesional en materia de lucha contra la corrupción, *b)* la investigación de todos los aspectos relativos a la corrupción, *c)* la prestación de otras formas pertinentes de asistencia técnica en la lucha contra la corrupción, y *d)* el fomento de la cooperación internacional y la creación de redes en relación con la lucha contra la corrupción.

Lo anterior, sin duda, otorga una muestra en el ámbito internacional de la importante tarea de acabar con la corrupción, implementando prácticas de transparencia y rendición de cuentas.

⁸ Véase en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1998 el Decreto de Promulgación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada por la Conferencia Especializada sobre Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, en la ciudad de Caracas, Venezuela.

⁹ Consúltese en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de diciembre de 2005 el Decreto Promulgatorio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en la ciudad de Nueva York, el 31 de octubre de 2003.

También es relevante tomar en cuenta que las normas convencionales no proponen un régimen sancionador en sí mismo, sino medidas de prevención para atenuar el fenómeno de la corrupción, lo que a nuestro criterio inquieta en cuanto al diagnóstico que debió efectuarse de manera preliminar a la emisión del marco jurídico secundario para, precisamente, impulsar prácticas preventivas y, en su caso, detectivas de corrupción, máxime si, como lo veremos, hay conductas que ya recibían tratamiento punitivo, en su carácter de delitos.

IMPLEMENTACIÓN ESTATAL DEL SISTEMA ANTICORRUPCIÓN

En nuestro contexto actual se genera el debate constitucional acerca de la limitación de la soberanía de los estados, contraviniendo así el régimen previsto en la Constitución general de la República, en su numeral 40, al referir:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

De tal manera que lo apuntado encuentra mayor impacto si revisamos cuántas ocasiones se ha modificado en los últimos años el contenido normativo del artículo 73 constitucional, particularmente en su fracción XXIX, en donde, incluso, ya recorrió como parte de su composición desde la letra *a* hasta la *z* del alfabeto, centralizando diversos temas de la agenda estadual de cada entidad federativa.

Así pues, por una parte, es apremiante reconocer y garantizar el régimen soberano y, por otro lado, parece que hoy por hoy los Estados enfrentan mayores limitaciones en cuanto a generar políticas públicas en el rubro de la emisión de su propia normatividad.

Lo anterior encuentra congruencia con el pronunciamiento que realizó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia que dice:

AUTONOMÍA FINANCIERA LOCAL. SE DESPRENDE DE LOS ARTÍCULOS 40 Y 41, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.— La autonomía financiera de los Estados no se prevé expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a diferencia de la de los Municipios, respecto de los cuales explícitamente se establece su potestad de gasto; sin embargo, aquélla puede desprenderse de la expresión de que los Estados son libres y soberanos en su régimen interior, contenida en los artículos 40 y 41, primer párrafo, constitucionales, pues dicha autonomía es una parte inherente e imprescindible de su soberanía política, así como de su marco de libertades, ya que es evidente que sin capacidad para administrar recursos públicos aquélla quedaría reducida o limitada, autonomía que se manifiesta a través de la potestad de gasto que implica que no cabe injerencia alguna de otros poderes públicos en la elaboración, aprobación y aplicación de su propio presupuesto, es decir, puede desarrollarse en libertad y en un plano democrático, sin depender del centralismo político-económico, aunque es evidente que esa libertad de administración, como cualquier prerrogativa, no puede contrariar los postulados y principios constitucionales.¹⁰

En tal virtud, lo reseñado merece especial atención para el tópico que ahora se aborda, dado que, bajo el argumento del carácter concurrente de las leyes generales, el artículo 36 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción¹¹

¹⁰ Tesis: P/J. 12/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIX, abril de 2009, p. 1106.

¹¹ Artículo 36. Las leyes de las entidades federativas desarrollarán la integración, atribuciones, funcionamiento de los Sistemas Locales atendiendo a las siguientes bases:

I. Deberán contar con una integración y atribuciones equivalentes a las que esta Ley otorga al Sistema Nacional;

II. Tendrán acceso a la información pública necesaria, adecuada y oportuna para el mejor desempeño de sus funciones;

III. Las recomendaciones, políticas públicas e informes que emita deberán tener respuesta de los sujetos públicos a quienes se dirija;

IV. Deberán contar con las atribuciones y procedimientos adecuados para dar seguimiento a las recomendaciones, informes y políticas que emitan;

V. Rendirán un informe público a los titulares de los poderes en el que den cuenta de las acciones anticorrupción, los riesgos identificados, los costos potenciales generados y los resul-

prescribe que las leyes de las entidades federativas desarrollarán la integración, atribuciones y funcionamiento de los sistemas locales, atendiendo a las bases que ahí se dispusieron.

Desafortunadamente, en bastantes casos las leyes generales se han convertido en el marco de réplica fiel en la legislación estatal,¹² lo que no abona, por una parte, a hacer patente la soberanía de los estados de la República mexicana ni tampoco a crear o reconocer más derechos fundamentales.¹³ Esto no incentiva al avance de insumos de acceso a la justicia constitucional estatal,¹⁴ pero sugerimos dejar encorchetado este asunto tan delicado para otro momento.

EJE DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS EN EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Derivado de los ajustes constitucionales comentados, encuentra relevancia especial para los fines propuestos en este documento la *miscelánea normativa* que se debió generar a consecuencia de la difusión oficial del sistema, lo que produjo la reforma de diversas normas jurídicas que, por su objeto, tienen impacto estruc-

tados de sus recomendaciones. Para este efecto deberán seguir las metodologías que emita el Sistema Nacional;

VI. La presidencia de la instancia de coordinación del Sistema Local deberá corresponder al Consejo de Participación Ciudadana, y

VII. Los integrantes de los consejos de participación ciudadana de las entidades federativas deberán reunir como mínimo los requisitos previstos en esta Ley y ser designados mediante un procedimiento análogo al previsto para el Consejo de Participación Ciudadana.

¹² Al respecto, se sugiere consultar, por las razones que la integran, la jurisprudencia de rubro “LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES”, tesis: P./J. 5/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2322.

¹³ Se sugiere profundizar, en cuanto a la interpretación de la progresividad de los derechos humanos, en la tesis jurisprudencial de rubro “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD. ES APLICABLE A TODOS LOS DERECHOS HUMANOS Y NO SÓLO A LOS LLAMADOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES”, tesis: 1a./J. 86/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 191.

¹⁴ Camacho Amador, María Corazón, “Breves apuntamientos acerca de inacabados esquemas de la justicia constitucional estatal”, en Pérez Alonso, Eduardo y Olguín Torres, Antonio (coords.), *Temas actuales de derecho constitucional*, México, Universidad de Guanajuato, 2016, pp. 43 a 63.

tural para la coadyuvancia del porvenir del sistema nacional, verbigracia, las leyes General de Transparencia y Acceso a la Información, la de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados y la de Responsabilidades Administrativas, como pilares para asegurar la transparencia, rendición de cuentas e, inclusive, las sanciones a servidores públicos y a particulares por la comisión de faltas graves y no graves.

En congruencia con la emisión de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se otorgó mayúscula acentuación a agravar aquellas conductas cometidas por servidores públicos o particulares con las que se afecta al erario del Estado.

Por otra parte, en la Ley General se estableció un catálogo de faltas graves y aquellas que no lo son, aunado a que se modificó el esquema de impartición de justicia mediante la independencia de la autoridad investigadora y la substanciadora y resolutora.

TRATAMIENTO PENAL A COINCIDENTES FALTAS GRAVES EN LA LEY GENERAL Y ESTATAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Hoy en día se encuentra vigente el aún llamado “novedoso” Sistema de Responsabilidades Administrativas, como suele ocurrir en México, donde se llama “nuevo” a lo que décadas previas se creó. La materia viva de dicho andamiaje normativo se configura cuando se comete algún ilícito denominado falta administrativa que, en su esencia más pura, es un hecho contrario a la ley.

Bajo este orden de ideas, conviene advertir que, en materia de responsabilidades administrativas, Guanajuato tanto la Ley General como la estatal son más idénticas que dos copias fieles, exceptuando, desde luego, su nombre. Esto tiene la ventaja de que al estudiar los postulados de una de ellas se presupone la comprensión de ambas. De la misma forma, los problemas de una apodóticamente lo serán para la otra, con los matices propios que puedan surgir por razón de competencia de las autoridades aplicadoras.

Dicho lo anterior, en el marco jurídico mencionado se aprecia en su objeto que se establecen las faltas administrativas graves y no graves de los servidores públicos, las sanciones aplicables a las mismas, así como los procedimientos para su

aplicación y las facultades de las autoridades competentes para tal efecto.¹⁵ Luego, queda claro que sujetos cualificados como servidores públicos pueden cometerse faltas graves y no graves, y ante esta dicotomía surge una inquietud natural: ¿cuáles son precisamente esas faltas?

Así, con el propósito de ser más exhaustivos, propongo establecer un cuadro comparativo (páginas siguientes) de aquellos supuestos jurídicos que, por una parte, son considerados graves, y al mismo tiempo una columna en donde podrá advertirse su eventual coincidencia o correspondencia con algún delito por similares hechos, anotando únicamente, en el caso del Código Penal Estatal, el artículo y la nomenclatura del delito, en aras de evitar una excesiva e innecesaria transcripción para lo que aquí se intenta.

En el cuadro propuesto podemos apreciar la total similitud que guardan entre sí las descripciones típicas de algunas conductas que reprocha el derecho penal y ahora también el derecho administrativo sancionador, lo que genera la interrogante siguiente: ¿es adecuado jurídicamente dar tratamiento diverso a conductas que ya se encuentran castigadas en algún ordenamiento legal?

Para intentar dar respuesta a esta pregunta, parece que cada vez con mayor auge de interpretación los tribunales del Poder Judicial de la Federación corroboran que el derecho disciplinario de manera válida debe recurrir a matices esencialmente penales,¹⁶ lo que de pronto permite justificar, al menos desde la interpretación del derecho positivo, se reitera, que es jurídicamente adecuado lo que está aconteciendo en nuestro país, en cuanto al paralelismo cada vez más cercano entre el derecho penal y el derecho administrativo, so justificación de que el derecho debe verse como un medio o mecanismo de control social para dirigir

¹⁵ Véase el artículo 2, fracción II de la Ley General de Responsabilidades Administrativas y, el mismo precepto y fracción de la Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato.

¹⁶ Recomiendo consultar la tesis de rubro “PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE SE APLICA EL DERECHO DISCIPLINARIO. SON INDEPENDIENTES Y AUTÓNOMOS DE AQUELLOS QUE, A PESAR DE ENCONTRARSE RELACIONADOS O BASADOS EN LOS MISMOS HECHOS, SEAN SOLUCIONADOS CON FUNDAMENTO EN EL DERECHO PENAL”, Tesis: I.4o.A.115 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. IV, junio de 2018, p. 3117.

CUADRO COMPARATIVO

LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS (FALTAS GRAVES)	CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO (DELITOS)
<p><i>Artículo 52. Incurrirá en cohecho el servidor público que exija, acepte, obtenga o pretenda obtener, por sí o a través de terceros, con motivo de sus funciones, cualquier beneficio no comprendido en su remuneración como servidor público, que podría consistir en dinero; valores; bienes muebles o inmuebles, incluso mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que se tenga en el mercado; donaciones; servicios; empleos y demás beneficios indebidos para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte.</i></p>	<p><i>Cobhecho Artículo 247.</i></p> <p><i>Concusión Artículo 249.</i></p>
<p><i>Artículo 53. Cometerá peculado el servidor público que autorice, solicite o realice actos para el uso o apropiación para sí o para las personas a las que se refiere el artículo anterior, de recursos públicos, sean materiales, humanos o financieros, sin fundamento jurídico o en contraposición a las normas aplicables.</i></p>	<p><i>Peculado Artículo 248.</i></p>
<p><i>Artículo 54. Será responsable de desvío de recursos públicos el servidor público que autorice, solicite o realice actos para la asignación o desvío de recursos públicos, sean materiales, humanos o financieros, sin fundamento jurídico o en contraposición a las normas aplicables.</i></p>	<p><i>Sin referente específico</i></p>
<p><i>Artículo 55. Incurrirá en utilización indebida de información el servidor público que adquiera para sí o para las personas a que se refiere el artículo 52 de esta Ley, bienes inmuebles, muebles y valores que pudieren incrementar su valor o, en general, que mejoren sus condiciones, así como obtener cualquier ventaja o beneficio privado, como resultado de información privilegiada de la cual haya tenido conocimiento.</i></p>	<p><i>Tráfico de Influencias Artículo 258.</i></p>
<p><i>Artículo 57. Incurrirá en abuso de funciones el servidor público que ejerza atribuciones que no tenga conferidas o se valga de las que tenga, para realizar o inducir actos u omisiones arbitrarios, para generar un beneficio para sí o para las personas a las que se refiere el artículo 52 de esta Ley o para causar perjuicio a alguna persona o al servicio público.</i></p>	<p><i>Usurpación de Funciones Públicas Artículo 251. Abuso de Autoridad Artículo 261.</i></p>

<p>LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS (FALTAS GRAVES)</p>	<p>CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO (DELITOS)</p>
<p><i>Artículo 58.</i> Incurre en <i>actuación bajo Conflicto de Interés</i> el servidor público que intervenga por motivo de su empleo, cargo o comisión en cualquier forma, en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga Conflicto de Interés o impedimento legal. Al tener conocimiento de los asuntos mencionados en el párrafo anterior, el servidor público informará tal situación al jefe inmediato o al órgano que determine las disposiciones aplicables de los entes públicos, solicitando sea excusado de participar en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de los mismos. Será obligación del jefe inmediato determinar y comunicarle al servidor público, a más tardar 48 horas antes del plazo establecido para atender el asunto en cuestión, los casos en que no sea posible abstenerse de intervenir en los asuntos, así como establecer instrucciones por escrito para la atención, tramitación o resolución imparcial y objetiva de dichos asuntos.</p>	<p><i>Sin referente específico</i></p>
<p><i>Artículo 59.</i> Será responsable de <i>contratación indebida</i> el servidor público que autorice cualquier tipo de contratación, así como la selección, nombramiento o designación, de quien se encuentre impedido por disposición legal o inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público o inhabilitado para realizar contrataciones con los entes públicos, siempre que en el caso de las inhabilitaciones, al momento de la autorización, éstas se encuentren inscritas en el sistema nacional de servidores públicos y particulares sancionados de la Plataforma digital nacional.</p>	<p><i>Sin referente específico</i></p>
<p><i>Artículo 60.</i> Incurrirá en <i>enriquecimiento oculto u ocultamiento de Conflicto de Interés</i> el servidor público que falte a la veracidad en la presentación de las declaraciones de situación patrimonial o de intereses, que tenga como <i>fin ocultar, respectivamente, el incremento en su patrimonio o el uso y disfrute de bienes o servicios que no sea explicable o justificable, o un Conflicto de Interés.</i></p>	<p><i>Enriquecimiento Ilícito Artículo 250.</i></p>

<p>CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO (DELITOS)</p>	<p>LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS (FALTAS GRAVES)</p>
<p><i>Tráfico de Influencias</i> Artículo 258.</p>	<p>Artículo 61. Cometerá tráfico de influencias el servidor público que utilice la posición que su empleo, cargo o comisión le confiere para inducir a que otro servidor público efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia, para generar cualquier beneficio, provecho o ventaja para sí o para alguna de las personas a que se refiere el artículo 52 de esta Ley.</p>
<p><i>Encubrimiento</i> Artículo 274.</p>	<p>Artículo 62. Será responsable de encubrimiento el servidor público que cuando en el ejercicio de sus funciones llegare a advertir actos u omisiones que pudieren constituir Faltas administrativas, realice deliberadamente alguna conducta para su ocultamiento.</p>
<p><i>Abuso de autoridad</i> Artículo 253.</p>	<p>Artículo 63. Cometerá desacato el servidor público que, tratándose de requerimientos o resoluciones de autoridades fiscalizadoras, de control interno, judiciales, electorales o en materia de defensa de los derechos humanos o cualquier otra competente, proporcione información falsa, así como no dé respuesta alguna, retrase deliberadamente y sin justificación la entrega de la información, a pesar de que le hayan sido impuestas medidas de apremio conforme a las disposiciones aplicables.</p>
<p><i>Encubrimiento</i> Artículo 274.</p>	<p>Artículo 64. Los Servidores Públicos responsables de la investigación, substanciación y resolución de las Faltas administrativas incurrirán en obstrucción de la justicia cuando: I. Realicen cualquier acto que simule conductas no graves durante la investigación de actos u omisiones calificados como graves en la presente Ley y demás disposiciones aplicables; II. No inicien el procedimiento correspondiente ante la autoridad competente, dentro del plazo de treinta días naturales, a partir de que tengan conocimiento de cualquier conducta que pudiera constituir una Falta administrativa grave, Faltas de particulares o un acto de corrupción, y III. Revelen la identidad de un denunciante anónimo protegido bajo los preceptos establecidos en esta Ley. Para efectos de la fracción anterior, los Servidores Públicos que denuncien una Falta administrativa grave o Faltas de particulares, o sean testigos en el procedimiento, podrán solicitar medidas de protección que resulten razonables. La solicitud deberá ser evaluada y atendida de manera oportuna por el Ente público donde presta sus servicios el denunciante.</p>

e incentivar comportamientos, a fin de realizar o consumir resultados sociales y metas que son distintas en el ámbito penal y en el administrativo sancionador.

De ahí que los procedimientos en los que se aplica el derecho disciplinario son independientes y autónomos de aquellos que, a pesar de encontrarse relacionados o basados en los mismos hechos, sean solucionados con fundamento en el derecho penal. Sin embargo, estimamos que esta aparente justificación es una verdad por demás obvia y que no soluciona en modo alguno el problema que se propone en este documento, puesto que la materia a dilucidar debe afrontarse al dar argumentos y razones de peso para no “replicar” conductas en ámbitos distintitos al mismo derecho. De hacerlo así podríamos llegar al absurdo de que solo haya una rama de derecho sustantivo y, en su caso, una amplia diversidad de derechos adjetivos. Tampoco tiene caso generar instituciones lingüísticamente sinónimas y esencialmente antónimas o contradictorias, dado que, esto confunde a los aplicadores de la norma y podría generar impunidad bajo la óptica de juzgar dos veces un mismo hecho con independencia de su nombre en las diversas ramas del derecho desde alguna concepción de los derechos humanos, puesto que no está en duda si es menester dar respuesta a problemas sociales a través del derecho. Más bien, habrá que pensar con una mejor técnica cómo deben elaborarse las soluciones normativas sin que nuestro derecho, en general, pierda el enfoque armónico entre los cánones, inclusive de su reproche contra los infractores, en vías de no menoscabar la hegemonía extraordinaria del derecho penal sobre otras disciplinas que podrían intentar otros remedios menos severos y más contundentes para la convivencia dentro del tejido social.

Además, es necesario preparar bastantes comentarios para no reducir el debate que pudiera propiciarse acerca de tópicos como la diferencia del bien jurídico tutelado¹⁷ en ambas ramas del derecho —el penal y el administrativo sancionador—, pues este tipo de aristas no resuelven de raíz la preocupación de que el “nuevo” derecho disciplinario

¹⁷ González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología jurídica*, 2ª ed., México, Porrúa, 2003, pp. 93 a 100.

no es más que derecho penal, inclusive sin mecanismos alternos de solución de conflictos que estén bien regulados. Desde nuestro punto de vista, esta situación coloca al derecho administrativo sancionador como la rama de derecho público más agresiva, incluso más que el derecho penal, desde la perspectiva del castigo hacia el infractor, al no permitírsele la recomposición del tejido social de manera ordinaria.

IDONEIDAD DE LA “REPLICACIÓN” DE CONDUCTAS GRAVES
EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Como quedó mostrado, el sistema de responsabilidades administrativas en México, y al menos en el estado de Guanajuato, duplicó la concepción sustancial de conductas consideradas ahora como faltas graves partiendo de descripciones típicas que ya se contenían en las codificaciones penales, derivado quizá del principio de asimilación, nombrado así por Guerrero Agripino.¹⁸

En este orden de ideas, surge la inquietud acerca de la idoneidad de que en nuestra “nomósfera”¹⁹ haya el concurso semántico de instituciones, pero más aún, que a esa coincidencia voluntaria del legislador se le impriman tratamientos procesalmente distintos con consecuencias jurídicas, desde luego, distintas, que deba padecer una misma persona.

Así las cosas, en nuestra cotidianeidad, inclusive desde la interpretación judicial, se exige al derecho administrativo sancionador el cumplimiento de los estándares constitucionales que rigen al derecho penal,²⁰ pero, además, convencional y constitucionalmente, todo derecho interno debe apegarse a la amplia doctrina de los derechos humanos.

¹⁸ Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, pp. 154 a 159.

¹⁹ Cossío Díaz, José Ramón, “Orden jurídico y *nomósfera*”, *El País*, 30 de mayo de 2018, https://elpais.com/autor/jose_ramon_cossio_diaz/

²⁰ Tesis: P./J. 99/2006, *Semanario Judicial del Poder de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1565, de rubro “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO”.

Ahora bien, no pasa inadvertido que en nuestro país, en materia de infracciones, hay un vasto marco jurídico²¹ que establece la factibilidad de que la aplicación de sanciones administrativas se realice, sin soslayar que también pueda actualizarse la responsabilidad penal por los mismos hechos, lo que nos lleva a cuestionarnos si acaso esta situación no atenta o contraviene la pauta constitucional del *non bis in idem*, sin dejar de lado las diferencias por lo que ve a la institución de la cosa juzgada en materia penal y en materia administrativa.²²

Tampoco se deja de mencionar, para robustecer la crítica que aquí se plasma, que derivado de esa inercia legislativa de “engordar” la legislación penal, recientemente en el Estado de Guanajuato²³ se amplió el inventario de delitos, ahora para “combatir” la corrupción, justificando tal adecuación en el loable hartazgo colectivo por no apreciar resultados objetivamente diversos al amplio espectro de impunidad y delincuencia. Sin embargo, estamos seguros de que esa estrategia de alterar el contenido de las normas de pronto propicia más incertidumbre jurídica que certeza.

²¹ Artículo 109, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²² Veamos, la tesis 2a./J. 198/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 661, de rubro “COSA JUZGADA INDIRECTA O REFLEJA. SU EFICACIA DENTRO DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”.

²³ Decreto número 37, expedido por la Sexagésima Tercera Legislatura Constitucional del Congreso del Estado Libre y Soberano de Guanajuato, mediante el cual se reforman la denominación del Título Segundo de la Sección Cuarta del Libro Segundo, para quedar como “De los Delitos por Hechos de Corrupción”, en consecuencia, el actual Título Segundo denominado “De los Delitos contra la Administración Pública”, para como Título Tercero, recorriéndose en su orden los subsecuentes títulos; así como los artículos 247 primer párrafo; 248; 249; 250, primer párrafo; y 258 y 261, que además se reubican como 252 y 253, respectivamente, con la consecuente reubicación de los capítulos que los contiene. Se adicionan los artículos 253-a; 253-b; 253-c; 253-d; y 253-e, con la integración de sus respectivos capítulos, al nuevo Título Segundo. Se reubican en su orden, con igual contenido normativo, los artículos 252; 253; 254; 255; 256; 257; 259 y 260, para quedar como 254; 255; 256; 257; 258; 259; 260 y 261, respectivamente, con la consecuente reubicación de todos los capítulos que integrarán el título Tercero, del Código Penal del Estado de Guanajuato; consultable en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato*, número 191, Cuarta Parte de fecha 24 de septiembre de 2018, en http://periodico.guanajuato.gob.mx/downloadfile?dir=anio_2018&file=PO_191_4ta_Parte_20180925_0053_23.pdf

Así, coincidimos con Fonseca Luján²⁴ en que hay una falla en nuestro orden jurídico al coexistir dos sistemas normativos (por una parte el penal y por otra el administrativo sancionador), que subyacen de un mismo *ius puniendi* estatal, por lo que admitir la compatibilidad de ambas expresiones de poder se equipara a expresar que el Estado puede válidamente, y amparado por el derecho mismo, ejercer dos veces su fuerza y, consecuentemente, imponer por lo menos dos sanciones a una misma persona por la comisión de un mismo hecho que, claro, se estudia desde dos aparentes cristales, pero de unos mismos anteojos (la potestad punitiva del Estado).

Por ende, se reitera que la tendencia en nuestro Estado mexicano, *lato sensu*, ha sido socavar las demandas ciudadanas de justicia y seguridad pública mediante el aumento desmedido de tipos penales en los códigos punitivos,²⁵ y en las normas administrativas disciplinarias, pues, como quedó apuntado, al menos ahora encontramos los ilícitos de cohecho, peculado, abuso o usurpación de funciones públicas, tráfico de influencias y encubrimiento, con doble tratamiento. Justo, considero que es necesario emprender una concienzuda revisión al marco jurídico nacional —en su concepción más amplia—, a fin de racionalizar el ejercicio del poder sancionador del Estado, pues se ha configurado una réplica de instituciones con aristas distintas y con consecuencias atroces, desde el ámbito de los derechos humanos, para cualquier persona que se coloque como sujeto activo de aquellas.

CONCLUSIONES

México enfrenta un momento histórico de gran calado por lo que hace a la reforma a diversas instituciones de la vida política, jurídica y social del país. Preci-

²⁴ Fonseca Luján, Roberto Carlos, “*Non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador”, en *Revista Hechos y Derechos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 13, 2013, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6781/8717>

²⁵ Noriega Zamudio, José Jafet, “La mínima intervención o última ratio del derecho penal: ¿necesaria tipificación de los delitos contra la vida y la integridad de los animales en el Estado de Guanajuato?”, en Rodríguez Luna, Ricardo y Pérez Alonso, Eduardo (Coords.), *Temas actuales de derecho penal*, México, Universidad de Guanajuato, 2017, pp. 205 a 219.

samente, lo relevante es que aún hay sesgos de esperanzas de que el porvenir sea mejor que el presente, sobre todo con respecto a la consolidación de un auténtico esquema de respeto y protección a los derechos humanos.

De tal manera, en el alardeado Estado constitucional de derecho en el que vivimos, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador convergen del mismo “sistema sancionador constitucional”. Empero, a la luz de las enmiendas constitucionales que buscan combatir de manera frontal la corrupción encontramos la duplicidad de tipos penales, pero ahora con un tratamiento aparentemente administrativo, lo que perturba la interpretación y concepción del derecho al prever tratamientos distintos a instituciones aparentemente iguales.

En este sentido, se vislumbra que, derivado de los ajustes desmedidos del texto constitucional, se han elevado a tal rango los aparentes implementos necesarios para operar la reforma en materia del combate a la corrupción, lo que quizá ha construido el denegatorio acceso efectivo a un nuevo régimen administrativo y fiscalizador, trayendo consigo violaciones a derechos humanos,²⁶ e inclusive, lo que es peor, la configuración de antinomias e inconsistencias al texto jurídico, político y social primario en México.²⁷

Precisamente, derivado de lo anterior, estamos convencidos que la tendencia a penalizar, aunque ahora “administrativamente”, nos lleva a cuestionarnos profunda y seriamente ¿cuál es el rumbo que el derecho debe seguir?, toda vez que se antoja pensar que es un juego peligroso oscilar o mutar las mismas conductas en el derecho punitivo, ya sea disciplinario o penal, propiamente, pero que, más allá de la indefinición del legislador, trae aparejado un exceso de sanciones que hacen nugatorias las prerrogativas fundamentales de los sujetos activos de las conductas ilícitas.

Por otro lado, hoy el derecho administrativo sancionador retoma el criticado “derecho penal disciplinario”, dado que el derecho penal puro se encontraba limitado a garantizar públicamente los intereses protegidos por el derecho, con

²⁶ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, 2ª ed., México, Porrúa, 2015, pp. 33 a 36.

²⁷ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 36a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 4.

el fin de propugnar por la justicia mediante una sanción punitiva o aseguradora de índole afín. Por eso mismo, el calificativo “disciplinario” no es derecho penal propiamente dicho,²⁸ sin embargo, dejo a consideración de los lectores su opinión con respecto a lo que acontece en nuestro presente.

Por otra parte, guardamos la esperanza de conocer la interpretación judicial por lo que hace a otros aspectos que inciden en la consolidación de la reforma estructural del Estado mexicano sobre la que gravita este sumario artículo; por ejemplo, respecto a la manera de investigar, substanciar y resolver adecuadamente los procedimientos de responsabilidades administrativas al tenor de la Ley General en la materia, y las normas estatales que, desafortunadamente, han sido una réplica fiel de la primera.

Finalmente, nos encontramos inmersos en un momento fundamental para cavilar a dónde queremos conducir al país desde la trinchera que cada uno desempeñamos, ya sea pública o, incluso, como ciudadanos de esta nación con legado valioso en cuanto a su patrimonio cultural y a su ecosistema humano y natural. Esperemos pues que la reconfiguración del Estado mexicano sea en beneficio de todos, disminuyendo el abrazo avasallador del derecho penal y reconfigurando las instituciones a las necesidades sociales más imperantes, bajo el aprovechamiento de novedosas herramientas técnico-jurídicas, pues pareciera que el derecho ha quedado estancado en una dinámica viciosa de darle vueltas a las mismas normas, con modulaciones muy específicas, para combatir nuevos problemas.

²⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. I, 5.^a edición, actualizada, Buenos Aires, Argentina, Editorial Losada, 1985, p. 45.

BIBLIOGRAFÍA

Textos

- CAMACHO AMADOR, María Corazón, “Breves apuntamientos acerca de inacabados esquemas de la justicia constitucional estatal”, en Pérez Alonso, Eduardo y Olguín Torres, Antonio (coords.), *Temas actuales de derecho constitucional*, México, Universidad de Guanajuato, 2016, pp. 43 a 63.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Orden jurídico y *nomósfera*”, *El País*, 30 de mayo de 2018, https://elpais.com/autor/jose_ramon_cossio_diaz/al
- FONSECA LUJÁN, Roberto Carlos, “*Non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador”, *Revista Hechos y Derechos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, núm. 13, 2013,
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 36.^a ed., México, Porrúa, 1984.
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios, *Epistemología jurídica*, 2.^a ed., México, Porrúa, 2003.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. I, 5.^a edición, actualizada, Buenos Aires, Argentina, Editorial Losada, 1985.
- MALEM, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, GEDISA, 2000.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *El marco jurídico para la operación del Sistema Nacional Anticorrupción*, 1.^a ed., México, Liber Iuris Novum, 2017.
- NORIEGA ZAMUDIO, José Jafet, “La mínima intervención o última ratio del derecho penal: ¿necesaria tipificación de los delitos contra la vida y la integridad de los animales en el Estado de Guanajuato?”, en Rodríguez Luna, Ricardo y Pérez Alonso, Eduardo (coords.), *Temas actuales de derecho penal*, México, Universidad de Guanajuato, 2017.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, 2.^a ed., México, Porrúa, 2015.

Marco jurídico

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Interamericana contra la Corrupción adoptada por la Conferencia Especializada sobre Corrupción de la Organización de los Estados Americanos.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- Acuerdo para la constitución de la Academia Internacional contra la Corrupción

como Organización Internacional.
Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.
Ley General de Responsabilidades Administrativas.
Ley General de Transparencia y Acceso a la Información.
Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.
Código Penal del Estado de Guanajuato.
Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato.

Sitios web

<http://www.dof.gob.mx>
<https://www.juridicas.unam.mx/>
<http://periodico.guanajuato.gob.mx>
http://www.senado.gob.mx/comisiones/anticorrupcion/docs/corrupcion/PAN_LGSNA.pdf
<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>

Las posibilidades normativas del derecho a la ciudad en el contexto del constitucionalismo

Édgar Alejandro Cruz Mendoza

En los últimos dos siglos, los seres humanos hemos modificado la lógica de nuestra existencia, desarrollo y condiciones de socialización. Estas transformaciones son de tal modo importantes, que uno de los aspectos en donde de manera más palpable se aprecia la huella del hombre es en las condiciones generales de deterioro sobre el medio ambiente.¹ Los problemas ambientales, sociales y culturales son los grandes desafíos que plantea el siglo XXI, ya que dentro de la lógica de la posmodernidad los centros urbanos denominados ciudades han aglutinado dentro de su territorio grandes concentraciones humanas, lo que ha traído como consecuencia graves tensiones entre el ciudadano y su gobierno, sobre todo por el incremento de los problemas que supone la convivencia colectiva. Uno de los aspectos donde tales complicaciones son más evidentes es, precisamente, el ámbito de las relaciones entre el individuo y los mercados. El advenimiento

¹ López Sela, Pedro Luis y Ferro Negrete, Alejandro, *Derecho ambiental*, México, Iure Editores, 2006, p. 1.

del capitalismo salvaje parece ser incompatible con el concepto de *ciudad* como centro de acción y agencia compartida. Esto es así porque las reglas salvajes del mercado se encuentran sustraídas del diálogo y la lógica de los derechos humanos. En efecto, resulta que quienes dictan el orden del crecimiento y desarrollo de una ciudad son los mercados de conformidad con la ley de la oferta y la demanda, a partir de bases como los principios incentivados por la especulación económica y el deseo de ganancias económicas. Por ello, es claro que los intereses y deseos de las personas que a diario conviven en las ciudades ha quedado a merced de los poderes privados, poco complacientes con el discurso de los derechos.²

Desde ahora conviene advertir que, al hablar de las cuestiones jurídicamente relevantes relacionadas con el derecho a la ciudad, se hace referencia también a un conjunto de cambios en el diseño institucional y en la forma de entender las relaciones entre las personas, en un plano de coordinación; y entre estas y el Estado, en lo que hace a los vínculos de imperio. Como quedará claro más adelante, el derecho a la ciudad forma parte de una nueva serie de pretensiones jurídicamente garantizadas que imponen al poder público nuevas exigencias, específicamente en la forma de prestaciones positivas, sin las cuales los sujetos al poder del Estado no podrían concebirse como personas dotadas de dignidad y autonomía para cumplir su propio plan de vida.

En relación con el tema concreto que abordaré en el resto de este estudio, es importante no perder de vista que el derecho a la ciudad participa de la naturaleza de los derechos fundamentales cuyo cumplimiento va más allá de la conducta negativa del poder público, en la forma de abstenciones de interferencia, sino que este derecho requiere de un mínimo de condiciones positivas para su eficacia real. Precisamente con tal propósito, en el siglo xx y xxi nacieron movimientos sociales que pretendieron reivindicar un derecho colectivo frente al mercado y su lógica de especulación y exclusión social. Como ejemplo de lo anterior, en 1960 surgió en Francia un movimiento social que buscó reivindicar, a través de las teo-

² Ferrajoli, Luigi, *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 53.

rías de Henri Lefebvre, lo que desde entonces se denominó como “un derecho a la ciudad”. Las connotaciones de este derecho son sumamente profundas y ricas en implicaciones desde el momento en que la ciudad es vista como un espacio social encargado de mantener los tejidos comunitarios para propiciar espacios de convivencia y existencia común, ya que, en caso contrario, nos encontraríamos ante ciudades y ciudadanos producto, los cuales tienen un valor en la medida en que participan en relaciones de intercambio de bienes o servicios a cambio de prestaciones económicas. Pensar la ciudad como un mero reflejo de las condiciones del mercado supondría aceptar los presupuestos de un capitalismo inicuo que tiene en el desarrollo urbano un factor de beneficio de unos pocos y en agravio de unos muchos.

La lógica de la oferta y la demanda que se expone en este momento, contemplada desde la perspectiva de la dialéctica marxista, genera tensiones sociales en el contexto de la lucha de clases, pues la proliferación de altos índices de conductas antisociales pone en peligro a los ciudadanos y sus valores más fundamentales. Con la finalidad de romper la lógica expuesta, es que las ciudades deben de ser guiadas desde una visión de respeto de los derechos fundamentales, porque la única manera de hacer frente a los problemas expuestos es mediante la implementación de políticas públicas respetuosas de los derechos fundamentales y la concesión de garantías suficientes a favor del ciudadano, y que les permitan hacer frente a los intereses del mercado, ya que esta es la única manera de generar una dialéctica fundamentada en la razonabilidad de las pretensiones de los sectores sociales.

Es así que, dentro de este contexto general, en los últimos años la sociedad civil ha expuesto la necesidad de proclamar una carta mundial por el derecho a la ciudad. Esta iniciativa ha sido impulsada por redes internacionales, organizaciones sociales y no gubernamentales, gremiales y académicas, quienes señalan la necesidad de corregir los excesos y los daños sociales que se causarían si el único parámetro para calificar la corrección de las acciones de la agencia pública fuera dejada a las reglas del mercado. El conjunto de agrupaciones que impulsan la promulgación de la carta mundial por el derecho a la ciudad ante la UNESCO

y el programa Hábitat de las Naciones Unidas³ son particularmente insistentes sobre el hecho de que es preciso sacar a la luz y abrir al debate sobre el tema de la exclusión social tolerada por el Estado y la forma en la cual las ciudades se han convertido, contra su esencia, también en sitios de exclusión generada por procesos deficientes de socialización. Debido a lo anterior, resulta de vital importancia analizar el concepto del derecho a la ciudad, no solo para delimitar con precisión sus confines, sino principalmente para analizar las posibilidades de eficacia jurisdiccional de este derecho, especialmente dentro de los sistemas constitucionales que, como el nuestro, están dotados de una constitución rígida y judicialmente garantizada de la cual se puede, por medio de un ejercicio interpretativo, desprender una amplia gama de derechos tutelados.

El debate de una cuestión como el derecho a la ciudad resulta complejo y no existe un posicionamiento claro por parte de la academia y los operadores jurisdiccionales sobre lo que debe entenderse por tal derecho, especialmente cuando nos damos cuenta que este tiene la fisonomía de las pretensiones de carácter difuso, lo que genera una amplia serie de cuestiones (relacionadas, por ejemplo, con los intereses difusos, el alcance de los fallos protectores o los efectos del incumplimiento de estas sentencias) que deben ser previamente resueltas antes de cuestionarse sobre la naturaleza de tal derecho y sus mecanismos de justiciabilidad. El derecho a la ciudad presenta un cariz programático y exige acciones con cargo al ejercicio del presupuesto público. En este sentido, guarda una semejanza con otros derechos prestacionales como el derecho al agua potable, el derecho al medio ambiente, el derecho de acceso a la red Internet o al crecimiento urbano ordenado, entre otros. Esta semejanza remite al debate sostenido sobre la justiciabilidad de los derechos sociales y la posible invasión de esferas de competencia que implica su protección a manos de la judicatura. En este contexto, algunos autores pugnan por la eficacia jurisdiccional sin más de los derechos prestacionales.⁴ Sin embargo, lo cierto es que dentro de las ciudades podemos observar que

³ Nehls Martínez, Nadia, (comp), *El derecho a la ciudad en el mundo*, México, Coalición Internacional para el Hábitat, 2008, p. 17.

⁴ “La justiciabilidad de los derechos sociales en México: 90 años de carreras con obstáculos”

se cometen múltiples violaciones a los derechos fundamentales bajo el pretexto de que el margen de discrecionalidad administrativa en la aplicación de los recursos públicos no determina un sentido unívoco a la acción del Estado. Empero, ese velo de aparente discrecionalidad no es excusa para que se cometan violaciones constantes a los derechos humanos.⁵

El desarrollo que he realizado hasta ahora sirve para delimitar de manera un poco más precisa el objeto central de este estudio, donde me centraré en la tarea de analizar el concepto de derecho a la ciudad, así como su implementación en los ordenamientos jurídicos a nivel internacional y nacional, para finalmente reflexionar un poco sobre las posibilidades que plantea su eficacia jurisdiccional. Considero que un estudio de este talante es pertinente en la situación actual, sobre todo debido a que en nuestro medio el estudio del derecho a la ciudad ha sido objeto de una teorización deficiente, además que en los espacios judiciales parece que no se le ha dado la importancia que amerita el derecho a la ciudad en el contexto de una sociedad globalizada e interdependiente.

¿QUÉ ES EL DERECHO A LA CIUDAD?

El lector que me haya seguido a lo largo del apartado inicial podrá tener ya una referencia tácita de cuál es el contenido adscrito en relación con el derecho a la ciudad. Sin embargo, en este apartado quiero ocuparme de refinar esta noción central. En ese tenor, cabe destacar que el derecho a la ciudad nace como una contrapropuesta al mercantilismo urbano del siglo xx. El manifiesto en torno al derecho a la ciudad podría encontrarse formado en el enfoque actual a partir de 1967, cuando el filósofo y sociólogo francés Henri Lefebvre publicó su libro titulado *El derecho a la ciudad*, introduciendo con esta obra al debate de las ciencias sociales el concepto de ciudad.⁶ Antes que Lefebvre, podrían rastrearse antece-

los”, https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/185/Becarios_183.pdf, 19 de octubre de 2016.

⁵ *Idem*.

⁶ Lefebvre, Henrie, *El derecho a la ciudad*, Barcelona, Península, 1969, pag. 138.

dentes sobre la discusión del derecho a la ciudad en diversas consideraciones del sociólogo alemán Max Weber. Según el reconocido autor de *Economía y sociedad*:

[...] la ciudad es un espacio de libertad ya que esta permite fraternizar, desde la individualidad del ciudadano burgués en una comunión con los demás integrantes, esto a partir del juramento en una paridad de derechos frente al exterior. Esa posibilidad de comunión y de definición frente a otros —externos— surge a partir de la supresión de las restricciones mágico-religiosas que, por otro lado, si se daban en las ciudades de oriente permitiendo la organización de personas ahora definida como grupos iguales y que consistía principalmente en la unión de propietarios de tierras en defensas de sus intereses. Un segundo elemento de definición de la ciudad es la fraternización comunitaria fundada en el Juramento de Occidente, que la identifica como el espacio que facilita y proporciona la convivencia conjunta.⁷

Las referencias anteriores constatan que la ciudad puede ser entendida como el cúmulo de personas que habitan en un determinado espacio territorial, el cual se conforma principalmente de áreas excluyentes del dominio público, pero también se conforma de espacios públicos de vital importancia en el concepto de ciudad y en las relaciones intersubjetivas de los individuos. Según Patricia Rodríguez Aloma, el espacio público es el lugar de la ciudad de propiedad y dominio de la administración pública, cuyo cuidado y garantía de uso y disfrute (usufructo equitativo de las personas) es responsabilidad del Estado.⁸ A partir de lo anterior, es importante hacer notar que el ciudadano, cuando abandona el espacio privativo, forma parte de un gran cuerpo denominado *nosotros urbano*, el cual es un espacio de lucha entre los intereses privados y públicos.

Los intereses en pugna que se generan en el espacio público pueden ser de una fisonomía muy variada. Sin pretender agotar si quiera los temas más representa-

⁷ Weber, Max, *La ciudad*, España, La Piqueta, 1987.

⁸ Álamo Rodríguez, Patricia, “El espacio público es protagonista de la ciudad”, en *Plataforma Urbana*, 14 de noviembre de 2013, <http://bit.ly/1Dx2SHl>, consultado el 14 de noviembre de 2017.

tivos podrían enlistarse el derecho de subsistencia económica mediante el uso del espacio público regulado, el derecho a centrar la movilidad en las posibilidades de cada persona, el derecho a la preservación, modificación o construcción del espacio público de manera colectiva, el derecho a un transporte de calidad con condiciones mínimas de preservación de individualidad, el derecho a conciliar la libertad de la inversión inmobiliaria y la garantía de la suficiencia de infraestructura urbana, el derecho a la preservación cultural, el derecho al diseño de sistemas de vialidad que preserven el tejido social y garanticen la cercanía de sus habitantes y el derecho a la complementación salarial mediante el suministro de servicios públicos de calidad. Como se ve, el llamado derecho a la ciudad es un haz de posiciones normativas que en realidad se proyecta sobre un amplio conjunto de condiciones que permiten asegurar las exigencias elementales para que la urbe sea un espacio de convivencia colectiva del *nosotros urbano*, pero también un espacio donde la libre personalidad individual pueda expresarse de manera libre y espontánea. No siempre las exigencias del derecho a la ciudad se presentan en una síntesis armónica entre la faceta colectiva del *nosotros en la ciudad* en relación con la faz particular de la *ciudad para mí*.

En realidad, el debate filosófico, generado desde que el concepto de ciudad es una cuestión de interés, puede presentarse como una brega para encausar la lucha por el espacio público dentro de los márgenes de la ley. Ejemplo de ello es la “Carta mundial por el derecho a la ciudad”.⁹ Este el primer documento de carácter internacional que pretende reivindicar el derecho a la ciudad, definiéndolo como el usufructo equitativo de la ciudad, en consonancia con los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Dentro de la citada carta, la ciudad es entendida como un espacio físico y un espacio político. El primero —espacio físico— consagra a la ciudad como toda metrópoli, urbe, villa o poblado que está organizada institucionalmente como unidad local de gobierno de carácter municipal o metropolitano, incluyéndose el entorno rural y semiurbano. El segundo

⁹ “Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad”, http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=67, 24 de octubre de 2016.

concepto —espacio político— define la ciudad como el conjunto de instituciones y actores que intervienen en su gestión, como las autoridades gubernamentales, los cuerpos legislativo y judicial, las instancias de participación social institucionalizada, los movimientos y organizaciones sociales y la comunidad en general. Dentro de la misma carta se establece que el derecho a la ciudad es colectivo y que debido a esto la titularidad del mismo recae en sus habitantes. Empero, existe una especial atención que se dirige a los grupos vulnerables y desfavorecidos, confiriéndoles dentro de la misma legitimidad de acción y de organización, con el objeto de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y nivel adecuado de vida.

Así planteadas las cosas, podríamos convenir con Juan José García Ochoa, para decir que, en síntesis, el derecho a la ciudad es “un derecho de carácter colectivo que implica que todos los habitantes de una determinada demarcación territorial pueden gozar de una manera incluyente de todos los servicios y de este modo se pueda disfrutar de una manera plena de la ciudad”.¹⁰ Tan pronto como se repara en el hecho de que el derecho a la ciudad es una pretensión jurídicamente garantizada, cosa en la que ya he insistido bastante, nos damos cuenta también de que el espectro de protección del citado derecho humano incluye en el mismo toda la amplia serie de posiciones que también ya se han descrito, como es el caso del derecho al desarrollo de un medio de ambiente sano, al disfrute y preservación de los recursos naturales, a la preservación y planificación y gestión urbana, así como a la herencia histórica y cultural. Este hecho ya ha sido advertido desde hace algunas décadas por la literatura especializada en la materia, que poco a poco tiende a concebir al derecho a la ciudad, acentuando su faceta meramente jurídica como derecho justiciable. De este modo, aunque la “Carta mundial por el derecho a la ciudad” no es un documento jurídico vinculante *per se*, no por eso se le puede restar eficacia a la exigencia y cumplimiento de alguno de los derechos humanos consagrados dentro de la misma. Lo anterior es así en la medida en que su contenido se fundamenta en un conjunto de derechos humanos previamente reconoci-

¹⁰ García Ochoa, Juan José, *op. cit.*, nota 3, p. 11.

dos por diversas naciones, los cuales aglutinan una variada cantidad de posiciones normativas de carácter positivo y negativo que pueden desprenderse como obligaciones exigibles derivadas del propio orden constitucional de los estados, o bien, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

A estas alturas, el lector atento podrá preguntarse por qué resulta necesario elaborar un documento jurídico vinculante tan especializado como la carta mundial, si el derecho a la ciudad puede extraerse interpretativamente por la vía sistemática a partir de las conductas y prestaciones garantizadas por otra serie de posiciones reconocidas en el orden jurídico interno. La tesis que quiero defender en esta parte es que tal reconocimiento internacional es, pese a lo anterior, necesario porque de este modo se contribuye a que el derecho a la ciudad aparezca como un principio iusfundamental que pueda ser asociado con una específica disposición y no simplemente como un derecho implícito, un tanto confiado a la interpretación judicial y expuesto, por ejemplo, a ponderaciones volátiles de la jurisdicción. Tal previsión permitirá dar eficacia en el conocimiento y reconocimiento de los derechos que integran el derecho a la ciudad a fin de sustraer este principio de las fuerzas privadas del mercado y la especulación territorial.

En función de lo dicho, se afirma que solo se puede hablar de derechos y obligaciones dentro del lenguaje normativo.¹¹ De ahí que todos los derechos humanos plenamente reconocidos deben contar con eficacia y garantía jurisdiccional,¹² ya que en caso contrario nos encontraríamos frente a normas de carácter religioso o moral, las cuales no cuentan con medios coactivos de protección. Si lo anterior resulta cierto es categórico que las normas que consagran derechos de carácter social deben contar con medios eficaces de protección jurisdiccional, ya que, de no ser así, en realidad no se estaría confiriendo ningún derecho a favor del gobernado.¹³ Únicamente se puede afirmar que a una persona le asiste un derecho

¹¹ Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 1987.

¹² Guastini, Ricardo, *Estudio de teoría constitucional*, 4.^a ed., México, Fontamara, 2013, pp. 13 y 14.

¹³ Véase “El concepto de integridad en Dworkin”, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141844.pdf>, 24 de octubre de 2016.

cuando existe un ordenamiento que respalda su exigencia frente a un tercero, el cual se encuentra obligado a dar cumplimiento a lo ordenado por la ley. A esta tesis del derecho se le denomina *tesis de la correlatividad*, y establece que al asistirle un derecho a un individuo es porque otra persona tiene un deber frente a él.¹⁴ No obstante lo anterior, no resulta suficiente que se cuente con un derecho frente al tercero y que este tenga una obligación correlativa, sino que es necesario que el titular del derecho cuente con las herramientas jurídicas que permitan su exigencia y materialización, es decir, que se cuente con el respaldo legítimo del uso de la fuerza pública, ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante cualquier cosa menos frente a una norma jurídica.¹⁵ El derecho a la ciudad representa las condiciones mínimas bajo las cuales el ser humano puede desarrollarse y de esta forma cumplir sus metas, expectativas y derechos dentro del entorno urbano; de ahí la importancia de contar con medios jurisdiccionales eficaces que permitan materializar las aspiraciones sociales de los integrantes de una comunidad. Los derechos humanos, como en su especie, el derecho a la ciudad, establecen una serie de obligaciones a cargo del estado y de la sociedad. Obligaciones que son catalogadas de tres tipos: generales negativas, especiales negativas y por último especiales positivas.¹⁶ Se afirma que el derecho a la ciudad cuenta con una doble naturaleza, debido a que se desprende que tanto el estado como sus habitantes se encuentran obligados a abstenerse de actuar de forma alguna que se lesionen los derechos contenidos dentro de la carta. Asimismo se desprende que el estado debe efectuar acciones positivas que permitan la protección de los bienes constituidos a favor de los ciudadanos. En suma, el derecho a la ciudad pertenece a la categoría de derechos emergentes, ya que estos comprenden una nueva concepción en la participación ciudadana, la cual pretende superar el déficit de político y la impotencia que sufren los habitantes entre el cambio que desean en sus comunidades y las precarias condiciones a las que se enfrentan.¹⁷

¹⁴ Francisco, Laporta, *op. cit.*, nota 9, p. 25.

¹⁵ *Ibidem*, p.26.

¹⁶ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷ “Declaración de los derechos humanos emergentes”, <http://www.idhc.org/es/investiga->

EL DERECHO A LA CIUDAD EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Además del relato de corte histórico realizado al principio del apartado anterior, las referencias internacionales del derecho a la ciudad son abundantes. A lo largo de este apartado me ocuparé de esta cuestión y, para tales efectos, comenzaré por el que se considera el primer antecedente en la materia, esto es, el referente a lo que la doctrina denomina como *asentamientos humanos*. En 1976 se llevó a cabo en la ciudad de Vancouver, Canadá, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Hábitat I). En dicho encuentro internacional se abordaron diversas cuestiones referentes a la planeación urbanística de las grandes ciudades, de acuerdo con las pautas establecidas en el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), para después cambiar su denominación al de Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (CNUAH), con sede en la ciudad de Nairobi, Kenia.¹⁸ La conferencia Hábitat I tuvo por objeto buscar la mejora en las condiciones de vida y trabajo, mediante la gestión eficiente, participativa y transparente de los asentamientos humanos, estableciéndose como objetivo general de la citada institución la reducción de la pobreza y exclusión social. Dichos objetivos serían alcanzados mediante la elaboración de programas técnicos y proyectos desarrollados por el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat), centrados en aspectos relacionados con el desarrollo urbano, reducción de pobreza urbana, las actividades de reconstrucción posteriores a catástrofes naturales, el establecimiento de infraestructura en los medios rurales y urbanos, la evaluación de técnicas de construcción de bajo costo y la gestión del agua, por mencionar solo algunos de los temas más importantes de la agenda del organismo perteneciente al sistema de las Naciones Unidas. En general, los programas diseñados por esta instancia

cion/publicaciones/derechos-humanos-emergentes/declaracion-universal-de-derechos-humanos-emergentes.php, 24 de octubre de 2016.

¹⁸ “Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos Habitat I”, http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_content&view=article&id=72&Itemid=85, 25 de mayo del 2016.

internacional son llevados a cabo junto con gobiernos y autoridades locales, organizaciones no gubernamentales y actores del sector privado.¹⁹ Así, queda claro que lo que importa destacar ahora es que la reflexión sobre el derecho a la ciudad en el ámbito internacional es, en realidad, ya de una ascendencia temporal respetable.

Tan es así que veinte años después de celebrada la Conferencia Internacional de Hábitat I se llevó a cabo una segunda conferencia en la ciudad de Estambul, en junio de 1996, denominada Conferencia Hábitat II, con el objeto de aprobar e implementar el programa Hábitat, así como la Declaración de Estambul, mediante la cual los gobiernos se comprometieron a establecer los mecanismos necesarios para lograr que las personas tuvieran acceso a una vivienda adecuada para todos y asentamientos humanos sostenibles.²⁰ A partir de la segunda conferencia, el programa Hábitat reconoce la necesidad de mejorar la calidad de los asentamientos humanos, para que de este modo se genere un beneficio directo a los individuos y se contribuya al desarrollo sustentable de las naciones. Este par de cuestiones centrales del programa son sumamente relevantes en la medida que la optimización de los recursos naturales es una prioridad para todas las naciones que se encuentran comprometidas seriamente con la supervivencia de la especie humana.²¹

La entrada del nuevo milenio también supuso la fecha de nacimiento de múltiples movimientos sociales que enarbolaron la bandera de la defensa de un catálogo de derechos novedosos, donde concebían a la humanidad como un grupo social dependiente en su escala global, modificando de este modo el paradigma social que imperaba en el siglo xx. Por esta causa, en 2000 se emitió la “Carta europea de salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad”. En este documento se reconoce a la ciudad como aquel espacio primordial de convivencia humana, donde se pueden encontrar todas las contradicciones posibles, derivadas de una

¹⁹ “Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos”, <http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/otros/habitat.htm>, 25 de octubre del 2016.

²⁰ “Segunda Conferencia de Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Habitat II), http://www.un.org/es/events/pastevents/unchs_1996/, 25 de octubre de 2016.

²¹ “The Habitat Agenda Goals and Principles, Commitments and the Global Plan Action”, http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/habitat_agenda.pdf, 25 de mayo de 2016.

mala distribución de riquezas y recursos, los cuales deben ser potencialmente abatidos por medio de la acción ordenada y sistemática del Estado.²² Dentro de la “Carta europea” se reconoce que las ciudades modernas enfrentan los más grandes males de los últimos doscientos años, como son la ausencia de servicios públicos de calidad, el crecimiento de la violencia, el desarrollo urbano desordenado y el incremento de los cinturones de pobreza en torno a las grandes urbes, problemas que ocupan a los gobiernos de las naciones firmantes de la “Carta europea”. Sin embargo, no basta con que se expidan documentos internacionales que se limiten a reconocer los efectos nocivos de la falta de planeación urbanística y las condiciones de miseria en que discurre la existencia de cientos de miles de personas si estos esfuerzos no son acompañados en el nivel jurídico por la eficacia jurisdiccional de tales declaraciones de derechos reconocidos también por la Convención Europea de Derechos Humanos.

Además de lo anterior, en la sexta sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada el 9 de junio de 2001, se adoptó la resolución S-25/2 “Declaración sobre las ciudades y otros asentamientos humanos en el nuevo milenio”, donde los Estados miembros de la ONU refrendan los compromisos contraídos en la agenda Hábitat I. Las naciones firmantes son conscientes de que las decisiones adoptadas tienen por objeto hacer frente al crecimiento desbordante de la mancha urbana global, la contaminación, la exclusión y marginación de las ciudades y comunidades, y que si desde ahora no se generan los mecanismos para ordenar el crecimiento de las ciudades, se pondrá en riesgo grave el desarrollo armónico y sostenible entre los pueblos del mundo.²³ Por eso, en 2004 se llevó a cabo el Foro Social de las Américas y el Foro Mundial Urbano; el primero se celebró en Quito y el segundo en Barcelona. Ambos encuentros internacionales abordaron la problemática urbana que acontecía dentro de todas las ciudades del mundo y propusieron la necesidad de fomentar una cultura respetuosa de los derechos humanos.

²² “La igualdad y sus garantías”, <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>, 25 de octubre de 2016.

²³ “Declaración sobre las ciudades y otros asentamientos humanos en el nuevo milenio”, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/S-25/2>, 25 de mayo de 2006.

Haciendo eco de esta necesidad, en 2005 se emitió en Montreal la “Carta de derechos y responsabilidades de Montreal”.²⁴ En ella se consagran a favor de sus habitantes un conjunto de derechos de corte social, los cuales pretenden favorecer la seguridad en la ciudad, las relaciones de buena vecindad, el respeto de los espacios comunes y medio social, así como el respeto y la conservación del medio ambiente. En ese mismo año se llevó a cabo el Foro Social Mundial, para después emitirse, en septiembre de 2005, la “Carta mundial por el derecho a la ciudad”.²⁵ Este documento establece dentro de su preámbulo que la tasa de urbanización total de la tierra para el 2050 será del 65%, de ahí que la mitad de la población mundial vivirá en ciudades. Bajo esta tesis se observa que el fenómeno de la urbanización crece a pasos acelerados poniendo en riesgo la concepción del espacio urbano y al medio ambiente.

Otro antecedente internacional en este sentido data de 2011, cuando se dictó la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes.²⁶ Esta declaración tiene por objeto salvaguardar los derechos humanos plenamente reconocidos dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Declaración reconoce que a lo largo de dos siglos han surgido grandes cambios sociales y económicos, los cuales han impactado de manera directa en la dinámica de los medios de protección de los derechos humanos. En ese sentido, se dice que actualmente el principal enemigo de los derechos fundamentales, por así decirlo, son las grandes transnacionales y los particulares que, como antes lo hicieron las autoridades públicas, están en condiciones de afectar de forma directa y eficaz los derechos de las personas. Si ello es así, entonces la teoría de los derechos debe adaptarse a las nuevas circunstancias a fin de que la protección de los derechos humanos prevalezca frente a terceros. Ello implica, como se ve, una modificación

²⁴ “Carta de derechos y responsabilidades de Montreal”, http://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/page/charte_mtl_fr/media/documents/carta-de-derecho-y-responsabilidades.pdf, 25 de octubre de 2016.

²⁵ “Carta mundial por el derecho a la ciudad”, http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=67, 25 de octubre de 2016

²⁶ “Declaración universal de derechos humanos emergentes”, <http://www.world-governance.org/article906.html?lang=es>, 25 de octubre de 2016.

de la teoría tradicional de protección de los derechos fundamentales, que en principio fue ideada únicamente para efectuar la tutela de los derechos frente a las agresiones del poder público. Sin embargo, lo cierto es que de unos años a la fecha hemos atestiguado un incremento de los centros de poder en la esfera privada, los que no solo han puesto en predicamento la soberanía del Estado, sino que han mostrado su potencialidad lesiva contra los derechos reconocidos que ahora no solo son desconocidos o violados por los agentes de la autoridad, sino también, por ejemplo, por los dueños del poder económico.

El desarrollo anterior resulta relevante porque de no implementarse las directrices contenidas dentro de los múltiples documentos invocados se estaría acrecentando la brecha de la desigualdad urbana, aparejando de este modo una latente vulneración a la democracia y sus libertades. Ahora bien, de los citados documentos se colige que tanto los habitantes como las naciones se encuentran preocupadas por el crecimiento desmesurado de las ciudades, el agotamiento de recursos, la marginación de las comunidades rurales, la concentración de pobreza y la exclusión social.

EL DERECHO A LA CIUDAD EN EL CONTEXTO NACIONAL

Dentro del contexto nacional no existe un ordenamiento positivo vigente que haga referencia directa al denominado derecho a la ciudad. No obstante, el 13 de junio del 2010 se firmó oficialmente por parte del gobierno local del Distrito Federal las delegaciones políticas de la capital de la República, la Asamblea Legislativa, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los organismos públicos autónomos, las entidades educativas, los organismos de la sociedad civil, las organizaciones sociales, el sector privado y las personas en general, la “Carta de la ciudad de México por el derecho a la ciudad”, siendo este el primer esfuerzo por parte de la sociedad y gobierno que pretende materializar el citado derecho. Desde 2007, la sociedad civil presentó ante el gobierno local la iniciativa de reconocimiento del derecho a la ciudad, y un año más tarde se constituyó un grupo promotor integrado por representantes de organizacio-

nes del Movimiento Urbano Popular de la Convención Nacional Democrática (MUP-CND), la Dirección General de Concertación Pública y Atención Social y Ciudadana del Gobierno del Distrito Federal, la Coalición Internacional para el Hábitat-América Latina (HIC-AL), la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), el Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Espacio DESC) y la Procuraduría Social del Distrito Federal. Todos estos organismos fueron los encargados de socializar la propuesta que finalmente culminó en la emisión del documento antes citado.²⁷

Dentro de este documento se propone una serie de medidas de carácter político y social. Con él se pretende materializar los derechos contenidos en el documento, los cuales se orientan principalmente a concretar el derecho al ejercicio pleno de la ciudadanía, la función social de la ciudad, de la tierra y la propiedad, la gestión democrática de la ciudad, así como la producción democrática de la misma, el manejo sustentable y responsable de los bienes comunes naturales, patrimoniales y energéticos y del entorno y, por último, el tema referente al disfrute democrático y equitativo de la ciudad.²⁸ En la citada carta se establecen los siguientes principios:

- a) *Ejercicio pleno de la ciudadanía.* Una ciudad donde todas las personas tienen el derecho de disfrutar y realizar todos los derechos humanos y libertades fundamentales, mediante la construcción de condiciones de bienestar colectivo con dignidad, equidad y justicia social.
- b) *Función social de la ciudad, tierra y propiedad.* Una ciudad donde sus habitantes participan para que la distribución del territorio y las reglas para su uso garantice el usufructo equitativo de los bienes, servicios y oportunidades que la ciudad ofrece, priorizando en todo momento el interés público el cual será definido colectivamente, garantizando un uso socialmente justo y ambientalmente equilibrado del territorio.

²⁷ “Carta de la Ciudad de México por el derecho a la ciudad”, <http://www.hic-al.org/comite.cfm>, 25 de octubre de 2016.

²⁸ *Idem.*

- c) *Gestión democrática de la ciudad.* Una ciudad donde sus habitantes participan de todos los espacios de decisión —hasta el más alto nivel— para la formulación e implementación de las políticas públicas, así como la planeación, presupuesto público y el control de los procesos urbanos.
- d) *La producción democrática de la ciudad en la ciudad.* Una ciudad donde se rescata y fortalece la capacidad productiva de sus habitantes, en especial el de los sectores populares, fomentando y apoyando la producción social del hábitat y el desarrollo de las actividades económicas solidarias.
- e) *El manejo sustentable y responsable de los bienes comunes naturales, patrimoniales y energéticos de la ciudad y su entorno.* Una ciudad donde sus habitantes y autoridades garantizan una relación responsable con el medio ambiente de modo que posibilite una vida digna para individuos, comunidades o pueblos, en igualdad de condiciones y sin afectar áreas naturales, de reserva ecológica, otras ciudades o las futuras generaciones.
- f) *El disfrute democrático y equitativo de las ciudades.* Una ciudad que fortalece la convivencia social, el rescate, la ampliación y mejoramiento del espacio público y su utilización para el encuentro, el ocio, la creatividad y la manifestación crítica de las ideas y posiciones políticas.

El derecho a la ciudad representa una amalgama de derechos de carácter civil, político y social, circunscritos a un determinado espacio, que buscan dignificar la concepción del espacio público y generar espacios incluyentes de diálogo y respeto, en el cual todos y cada uno de los habitantes puedan gozar del bloque de derechos constitucionalmente reconocidos, fundando canales de participación directa en la gestión de recursos públicos, para de este modo empoderar al ciudadano frente al fenómeno de la ciudad, que la mayoría de las veces los hace sentir ajenos al fenómeno de crecimiento y agotamiento de recursos. Lo anterior encuentra su lógica en el empoderamiento de los espacios públicos por el poder privado, legitimando su actuar en ejercicio de los derechos libertad y de autonomía,²⁹ fundamentado principalmente en el concepto de la propiedad privada.

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 20, p. 312.

Así, el derecho a la ciudad en el ámbito nacional es el resultado de un estado inconstitucional de cosas, ya que nuestra ley fundamental resulta ser clara al establecer los principios de dignidad humana, garantías de protección de los derechos fundamentales, el derecho humano a la salud, al agua, a la vivienda, a la cultura, al medio ambiente, así como a las modalidades de la propiedad privada, como un eje rector de todo el desarrollo nacional. En suma, no es óbice pasar por inadvertido que el artículo primero de la Constitución establece la obligación a los tres órdenes y niveles de gobierno de respetar los derechos humanos reconocidos en la constitución y los tratados internacionales, generándose de este modo un bloque de constitucionalidad de derechos humanos.

Para los efectos del presente artículo no puede pasar desapercibido el marco normativo que se desprende del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por el Estado mexicano, el cual fue aprobado por el Senado de la República y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.³⁰ Dentro del preámbulo de la mencionada convención se establece que el objeto primordial de los citados derechos es materializar las aspiraciones de paz y justicia que únicamente podrán ser alcanzados cuando el hombre sea arrebatado de las garras de la miseria y la desigualdad. De ahí que el Estado se encuentra obligado a reconocer y brindar bajo el principio de igualdad las mismas oportunidades a todos y cada uno de sus habitantes, para que de este modo puedan desarrollarse hasta encontrar la felicidad misma de su existencia. Bajo la inspiración antes señalada se reconocieron a nivel internacional los derechos humanos a la libre determinación de los pueblos, la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales, la cooperación económica internacional, el principio de igualdad, el principio de garantía de los derechos sociales, el beneficio de los derechos económicos, sociales y culturales, etcétera.

³⁰ “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfExtracto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimArOLb4oe-0JLU8SqKopawFTHvgW30YkhywXLCKBOfjP05BvJ5dNjLFXf6qBqn9hlww>, 25 de octubre de 2016.

Sobre este aspecto, en la actualidad la teoría se encuentra dividida, ya que los iusfilósofos aún no son contestes acerca de la eficacia jurisdiccional de los derechos humanos de carácter social, pues algunos juzgan que la eficacia jurisdiccional de los citados derechos traería aparejada una crisis a la teoría de la división de poderes debido a que uno de los poderes públicos, el Poder Judicial, estaría sometiendo mediante sus decisiones a los demás poderes públicos, en específico al Legislativo y el Ejecutivo, generando una tensión entre los poderes públicos. Por ejemplo, según Robert Alexy, los derechos humanos que reconocen prestaciones de corte económico, social y cultural se presentan como “mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”.³¹ Respecto de ello, en el caso de los derechos sociales, si las personas tuvieran los recursos suficientes para procurarse por sí mismas estos bienes o existiera la oferta suficiente en el mercado, entonces el Estado no tendría por qué ocuparse de su cumplimiento.

De lo anterior se sigue que los citados derechos sociales o prestacionales cuentan con una gradualidad en su cumplimiento, la cual no debe de ser menor a las posibilidades fácticas y jurídicas que acontecen. Dicho en otras palabras, el cumplimiento de los citados derechos sociales, como es en su especie el derecho a la ciudad, debe ser cumplido en la mayor medida posible por parte del estado de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas que acontecen, no bastando con una simple negativa para respaldar su falta de cumplimiento. Resulta entonces que, si bien es cierto que el derecho a la ciudad no se encuentra reconocido dentro de nuestro ordenamiento constitucional con el citado título, lo verdaderamente importante es que el citado derecho se encuentra reconocido en esencia dentro de nuestro orden constitucional, a partir de lectura a los ordenamientos constitucionales y convencionales citados.

Otro elemento del orden jurídico nacional que resulta relevante para los efectos pretendidos en este apartado es el artículo 27 constitucional. Esta disposición

³¹ Robert, Alexy (2014), *Derecho y razón práctica*, 6.^a ed., Fontamara, México, pp. 13-14.

suprema resulta ser la pieza fundamental para hablar de un derecho a la ciudad, toda vez que dentro del mismo precepto se puede observar una serie de principios constitucionales que establecen un elenco de derechos consagrados a favor de los habitantes de un determinado espacio territorial. El artículo 27 señala que la nación tendrá en todo tiempo el deber de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público,³² así como el de regular en beneficio de la social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con el objeto de realizar una distribución equitativa de la riqueza y de este modo buscar el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural o urbana. En este sentido, el derecho a la ciudad encuentra cabida constitucional dentro del artículo 27, de ahí que a efecto de poder hablar del citado derecho se deberá analizar el régimen de competencias que hacen efectivo el derecho contenido tanto a nivel legislativo y ejecutivo, así como breves antecedentes históricos del dispositivo legal de referencia.

En 1976 se reformó la Constitución, en específico lo contenido dentro del artículo 27 párrafo tercero, lo cual generó una ola sucesiva de modificaciones de gran relevancia, para quedar concebido de la siguiente manera:

[...] se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas previsiones, usos, reservas y destinos de las tierras, aguas y boques, a efecto de ejecutar las obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población.

Así mismo, y a efecto de dotar de eficacia la reforma, se agregó una fracción más al artículo 73 de la Constitución para facultar al Congreso de la Unión para legislar en materia de asentamientos humanos y poder desdoblarse el derecho humano contenido dentro del artículo 27 en la ley correspondiente. También se adicionaron dos fracciones más al artículo 115 constitucional, concediéndole facul-

³² En la Ley de Expropiación se establecen las causas que dan origen al interés público en materia de obra pública e interés general, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/35.pdf>, 25 de octubre de 2016.

tades al municipio, en concordancia a las leyes federales y estatales, para formular, aprobar y administrar la zonificación y planeación de sus extensiones territoriales, dotando de este modo autonomía³³ urbanística a los municipios.

Con motivo de las reformas constitucionales efectuadas a los artículos 27, 73 y 115 de la Constitución surgió una nueva rama del Derecho, llamada *derecho urbanístico*, la cual se aboca principalmente al control racional del suelo localizado dentro de un territorio específico y así ordenar el crecimiento urbano, buscando en todo momento racionalizar los recursos territoriales.

Esto es así porque de los preceptos constitucionales citados se puede afirmar la existencia de una restricción constitucional al derecho a la propiedad, por lo que el uso, goce y disfrute de los bienes inmuebles se encuentra supeditado al interés público, ya que el destino de los bienes inmuebles se encuentra condicionado a los programas y planes municipales, limitando de este modo la decisión de los particulares sobre su propiedad, subordinando la voluntad de los mismos al interés público, que se encuentra contenido dentro de los programas federales, estatales y municipales, mismos que dictan las pautas del uso de suelo en determinadas zonas geográficas, esto en la consecución del interés público, ya que como hemos venido manifestando todos los habitantes del municipio cuentan con un interés jurídico directo sobre el uso racional del recurso territorial.³⁴ En lo que respecta a los programas de ordenamiento territorial, estos instrumentos tienen por objeto generar un crecimiento ordenado y racionalizado de las ciudades. Resulta relevante señalar que los mismos se fundamentan en la Ley General de Asentamientos Humanos.

Con base en lo anterior, se desprende que dentro de nuestro ordenamiento constitucional existe un derecho a la ciudad y, si bien no se encuentra expresamente denominado de esa forma, existen diversos dispositivos de carácter legal y constitucional que permiten sustraer de la lógica del mercado a las ciudades y lograr el empoderamiento del ciudadano frente al crecimiento desenfrenado y especulación económica del territorio urbano, volviendo efectivo el derecho al disfrute equitativo del espacio

³³ Valencia Carmona, Salvador (2013), *Derecho municipal*, 3.^a ed., Porrúa, México, pp. 31-32.

³⁴ Jiménez Dorantes, Manuel (2007), *Autonomía municipal y planeamiento urbanístico*, México, Fontamara, pp. 46-47.

urbano, así como de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados a favor del habitante. No obstante lo anterior, el suscrito juzga que el *quid* es la falta de eficacia de las garantías de protección de los derechos, de ahí que tengamos que analizar más adelante los problemas de jurisdiccionalidad de los derechos emergentes.

¿ES EL DERECHO A LA CIUDAD UN DERECHO EXIGIBLE?

El siglo XXI trae consigo desafíos de gran calado sobre el problema de la justicia-bilidad de los derechos fundamentales. En esta área, los problemas que se vislumbran todos los días dentro de la comunidad global hacen que fundadamente nos cuestionemos sobre la eficacia de nuestro sistema jurídico y sobre la manera como las instituciones políticas, en específico las formas de la vida democrática, pueden cumplir su mejor función. Y es que en nuestros días parece que los valores de justicia, fraternidad y libertad se desquebrajan. El derecho busca, a través de los valores contenidos en las constituciones posmodernas, hacer frente a la sombra oscura que se esconde tras las bambalinas del poder. Hoy en día es importante prestar atención a los mensajes de la clase política, los cuales buscan sostener una tesis diversa a la contenida en las constituciones rígidas y garantizadas, ya que por un lado escuchamos separatismo, supremacía y poder económico, frente a los conceptos de fraternidad igualdad y justicia consagrados en las leyes fundamentales.

Para hacer frente a esta lógica de exclusión e injusticia, es importante dotar de voz a aquellas personas que pretenden defender ante las mayorías parlamentarias o frente a la autoridad ejecutiva los intereses y valores constitucionalmente establecidos y que fueron consagrados como un límite frente a los poderes públicos. Es por esto que el siglo XXI tiene que pasar a la historia como aquel momento en que no solo dimos voz a los desfavorecidos excluidos, marginados y desamparados, sino el momento histórico en el que dotamos de cauce legal los reclamos y el momento en el que institucionalizamos la razón práctica, con el fin de construir una sociedad constitucionalmente democrática.

Bajo esta tesitura, es importante señalar que con las reformas efectuadas a nuestro sistema constitucional los días 29 de julio de 2010 y 6 y 10 de junio del 2011,

así como la reforma efectuada a la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 2 de abril del 2013 y lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal en el expediente Varios 912/2010, relativo al cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condena al Estado mexicano en el caso Rosendo Radilla Pacheco, es que abandonamos un sistema legal y constitucional de corte decimonónico y abrimos la puerta a un sistema robusto de derechos fundamentales y tutela judicial.

Es importante analizar y resaltar que para poder vivir en una auténtica democracia es necesario tolerar, participar y empoderar a la ciudadanía y no solo llevar los reclamos sociales a las calles, sino a una verdadera arena, donde las reglas se encuentren previamente establecidas, las voces no sean censuradas sino que resuenen en las salas de justicia, donde sean tomadas por individuos de peso político y jurídico que comprendan esa mística social. De ahí que el siglo XXI tiene que ser el momento en que nuestro máximo tribunal tome la posición que durante décadas han abordado las cortes constitucionales. Es importante hacer notar que las cortes constitucionales no solo asumen un papel jurídico, sino que toman posición en el ejercicio del poder político, y que son capaces de dar vuelta al timón con el fin de encauzar esa nave denominada nación, apesar de que los vientos y las velas nos conduzcan a otros caminos. La labor legislativa que se ha realizado con el fin de reformar nuestro anquilosado sistema legal nos ha conducido a nuevos derroteros, en los cuales no existen certezas ni seguridades, de lo único que podemos estar seguros es que nuestro nuevo sistema legal es más abierto y democrático, ya que hemos complementado la teoría de la legitimación al consagrar dentro de la ley de amparo el concepto del interés legítimo.

Antes de la reforma a la Ley de Amparo únicamente se reconocía el interés jurídico como vehículo de reclamo de los intereses del gobernado en sede constitucional. Ahora bien, con la reforma efectuada a la Constitución en su artículo 107 en su fracción I se complementa el interés jurídico con el legítimo. El interés legítimo tiene sus orígenes en la justicia administrativa y en las denominadas normas de acción, las cuales regulan lo relativo a la organización, procedimientos que

han de regir la actividad administrativa.³⁵ De lo anterior se colige que el interés legítimo tiene como fin conceder al gobernado la posibilidad de recurrir al juicio de amparo para defender un interés frente a las decisiones tomadas por el Estado. El concepto de *interés legítimo* no es algo novedoso, ya que esta expresión emana de la doctrina italiana de finales del siglo XIX, empero, la institución germina en la Francia prerrevolucionaria.³⁶

Dentro de nuestro sistema legal, el primer ordenamiento jurídico que reguló el interés legítimo fue la Ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal de 1995, en la cual el legislador ordinario distinguió entre el interés legítimo y el jurídico, siendo uno de los principales objetivos de la distinción el que los gobernados tuvieran un medio de acceso a la justicia para hacer frente a las determinaciones asumidas por el poder público, no obstante que estos carecieran de titularidad del derecho subjetivo público.³⁷ Lo anterior resulta ser el motivo por el que se reformó el contenido de la fracción I del artículo 107 de nuestra ley fundamental, toda vez que el constituyente buscó ampliar los canales de legitimación y acceso a la justicia, ya que mediante la citada figura se buscó permitir el acceso a la justicia a aquellos particulares que fueran afectados en su esfera jurídica por actos cometidos por la autoridad, aunque carecieran de la titularidad del derecho subjetivo público. En palabras de Rocco:

[...] el interés legítimo del ciudadano se da cuando coinciden con el interés del Estado. Dicho en otras palabras, si existe un interés del Estado, tutelado, coincidente en sus consecuencias con el del particular, este puede exigir su cumplimiento, viene a ser una tutela indirecta u ocasional debido a la concomitancia, aunque con propósitos distintos.³⁸

³⁵ Véase la tesis XXVI.5o.(V Región) 14 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 1, diciembre de 2013, tomo II, décima época, registro 2005078.

³⁶ Tron Petit, Jean Claude, *¿Qué hay del interés legítimo?*, Porrúa, México, 2016, p.6.

³⁷ Véase la tesis 2a./J. 141/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, diciembre de 2002, novena época, p. 241, registro 185377.

³⁸ Rocco, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, vol. I, Themis: De palma, Bogotá, 1983, pag. 27.

De lo anterior se desprende que el interés legítimo se fundamenta en los derechos constitucionalmente reconocidos a favor del gobernado, los cuales representan normas de acción a cargo del poder público. Tomando en cuenta lo anterior, la mayoría de las veces estas normas de acción de carácter programático quedan a discreción de las autoridades, con el fin de materializar los derechos constitucionalmente reconocidos. La mayoría de las veces los citados derechos quedan sujetos al ejercicio presupuestal y que estos son ejercidos en beneficio de los votantes que permitieron el acceso al poder a determinado partido político, el cual premia a sus distritos con motivo de la victoria. Ahora bien, tal ejercicio presupuestal vulnera los principios constitucionalmente reconocidos, ya que el ejercicio del gasto público se sujeta a los axiomas de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez. Los principios señalados tienen como fin primordial dotar de racionalidad el ejercicio del gasto público y de este modo evitar la arbitrariedad del ejercicio presupuestal, en perjuicio del ciudadano. En otras palabras, lo anterior puede entenderse como el castigo al ejercicio democrático de la disidencia.

Expuesto lo anterior se colige la necesidad de conceder a favor del gobernado un medio de defensa eficaz que le pueda hacer frente a la aparente discrecionalidad administrativa del poder público. Es por esto que surgió el interés legítimo, que tiene por objeto dotar de un curso legal los reclamos de los individuos afectados de manera indirecta con motivo de las determinaciones de las autoridades, ya que no resulta necesario la afectación directa a un derecho subjetivo público, en tanto solo es necesario que el sujeto demuestre una especial posición cualificada y relevante frente a la norma jurídica y un acto específico de aplicación.³⁹ Nuestro máximo tribunal considera que para efecto de alegar interés legítimo resulta necesario: (i) que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo; (ii) que el acto reclamado produzca una afectación en la esfera jurídica entendida en sentido amplio, ya sea directa o indirecta por la situación especial del reclamante frente al ordenamiento, (iii) la existencia de un vínculo entre una persona y una

³⁹ Al respecto, véase la tesis PC. XXII.J/13A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 40, marzo de 2017, tomo III, décima época, Registro 2013970, p. 2186.

pretensión, de tal forma que la anulación del acto produzca un beneficio actual o futuro pero cierto, (iv) que la afectación sea apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y (v) que dicho interés resulte armónico con la dinámica y alcances del juicio de amparo.

Así, el derecho a la ciudad por esencia es supraindividual, en que se afirma que el citado derecho, si bien es cierto que no se encuentra reconocido textualmente dentro de nuestro orden constitucional con el epígrafe de “derecho a la ciudad”, el mismo es representado por un cúmulo de derechos fundamentales plenamente reconocidos dentro de nuestro núcleo de regularidad constitucional y, por tanto, exigibles en sede jurisdiccional, con motivo de la reforma al artículo 107 fracción I de la Constitución y 17 de nuestra Constitución, mismo que reconoce el interés legítimo como un vehículo para llevar los reclamos ante la justicia constitucional. Atento a lo anterior, bien podríamos concluir lo siguiente:

Los muchos abusos perpetrados por las grandes corporaciones o empresas transnacionales en contra de grupos de ciudadanos bien identificados, consumidores, comuneros, habitantes de áreas geográficas comunes, municipios de regiones de selvas, o de cualquier entorno humano, no han encontrado ninguna posibilidad de que sus exigencias y reclamos sean resueltos conforme a la Ley. Hay una resistencia clara, históricamente encabezada por el Poder Judicial, a considerar la Constitución tanto derecho objetivo como derecho subjetivo, resultando así que la multitud de juicios individuales promovidos en casos donde son varios los afectados resultan muy onerosos y casi siempre resultan resueltos en contra.⁴⁰

CONCLUSIONES

En el presente artículo se ha dado fe de los excesos cometidos tanto por la administración pública como de los poderes salvajes del mercado, los cuales aten-

⁴⁰ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/045_DOE_29jul10.pdf, 16 de octubre de 2016.

tan contra los valores mismos de la democracia. También se ha dejado en claro la necesidad acuciosa de la formación de ciudades respetuosas de los derechos fundamentales, así como el posible colapso sino se modifica esta lógica social de exclusión. Así mismo se ha constatado la necesidad social de llevar a sede jurisdiccional los reclamos colectivos que parecen excluirse en primer término de la balanza de la justicia. Si bien es cierto que el derecho a la ciudad es una construcción de diversos derechos que pueden ser aglutinados específicamente bajo un rubro que representa la exigencia mínima de lo más esencial y fundamental que debe de asistir a todo ciudadano dentro de una urbe. Lo cierto es que el citado derecho no puede ser construido mediante los diversos derechos constitucionalmente reconocidos y que sirven para hacer frente en la lucha emprendida por el ciudadano, quien busca la construcción de ciudades más justas, democráticas y equitativas frente a la teoría de exclusión y plusvalía del mercado. Atento a la reforma en materia de derechos humanos y al juicio de amparo, es que se afirma que el derecho a la ciudad es un derecho totalmente exigible en sede jurisdiccional, ya que este se encuentra respaldado por el reconocimiento al interés legítimo el cual amplía la posibilidad del gobernado de hacer efectivos los derechos constitucionalmente reconocidos.

BIBLIOGRAFÍA

- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1998.
 ----- *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.
 ----- *Podere salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.
 JIMÉNEZ DORANTES, Manuel, *Autonomía municipal y planeamiento urbanístico*, Fontamara, México, 2007.
 ----- *Constitución y urbanismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.
 LÓPEZ VELARDE VEGA, Óscar, *Apuntamientos de Derecho Urbanístico*, 4.ª ed., Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2011.
 MEDINA MORA FERNANDEZ, et al. *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, Porrúa, México, 2015.
 TRON PETIT, Jean Claude, *¿Qué hay del interés legítimo?*, Porrúa, México, 2016.
 VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Municipal*, 3.ª ed., Porrúa, México, 2013.

VALENCIA HERNÁNDEZ, Javier Gonzaga (2014), *El acceso a la justicia ambiental en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2014.

Documentos web

Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/349/8.pdf>, 1 de junio de 2016.

<http://dle.rae.es/?id=b8IcS7s>, 24 de mayo del 2016

ONU Habitat por un mejor futuro urbano, http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_content&view=article&id=72&Itemid=85, 25 de mayo de 2016.

Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, <http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/otros/habitat.htm>, 25 de mayo de 2016.

http://www.un.org/es/events/pastevents/unchs_1996/, 25 de mayo de 2016.

http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/habitat_agenda.pdf, 25 de mayo de 2016.

Programa Municipal de Desarrollo Urbano y de Ordenamiento Ecológico y Territorial de León, Guanajuato, <http://implan.gob.mx/downloads/PMDUOET2015.pdf>, 25 de mayo de 2016.

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/S-25/2>, 25 de mayo de 2006.

Constitución política de 1857, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>, 26 de mayo de 2016.

Ley General de Asentamientos Humanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/133.pdf>, 26 de mayo de 2016.

Mecanismos alternos y formas de terminación anticipada
en la justicia administrativa-sancionadora:
adeudos legislativos con la nación mexicana

Adriana de Santiago Álvarez
José Jafet Noriega Zamudio

Si el hombre fracasa en conciliar la justicia y la libertad, fracasa en todo.

ALBERT CAMUS, 1913-1960

INTRODUCCIÓN

La manera de procurar e impartir justicia en México se ha modificado sustancialmente, no solo en el aspecto teórico, también en ajustes estructurales con efectos que han incidido en la planeación, programación, redistribución y ejecución de recursos materiales, financieros y humanos, así como en diversos sistemas normativos. Empero, ello no ha incluido a otros que de igual forma integran la unicidad del orden jurídico nacional.

Estos esquemas en los ámbitos estatales de impartición de justicia no han generado los parámetros o condiciones necesarias para evaluar siquiera su conveniencia, eficacia y evolución en todas las materias jurídicas, por lo que son mecanismos que fácticamente no conllevan al desahogo o disminución de los procedimientos que en la sede materialmente jurisdiccional se ventilan, haciendo nugatorio, al menos en la vía administrativa sancionadora, el derecho humano de acceso a la justicia, con los distintivos que la propia Constitución mandata en su parte tradicionalmente llamada dogmática.¹

En este orden de ideas, para contar con un punto de partida conceptual más o menos uniforme, dejamos apuntada diversa referencia respecto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, entendiéndose como aquellos “procedimientos entre iguales que de manera voluntaria participan en un procedimiento tendiente a generar la solución de su conflicto de mutuo acuerdo”.²

Bajo tal contexto, estimamos pertinente analizar el marco doctrinario, así como el andamiaje jurídico convencional, nacional y estatal, respecto a la justificación de excluir las formas alternas o anticipadas de solución de controversias, por lo que hace al derecho administrativo disciplinario o si, en su defecto, podría explorarse la consolidación de nuevas maneras de hacer justicia pronta e imparcial, al menos en cualquier órgano del Estado que materialmente dirima controversias en la mencionada rama de derecho público.

GÉNESIS CONSTITUCIONAL DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En atención a la congruencia y armonía que los sistemas jurídicos nacionales deben guardar con el orden constitucional, nos parece adecuado tomar como punto de referencia que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue

¹ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, 2.^a ed., México, Porrúa, 2015, pp. 29-38.

² Fierro Ferrández, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, México, editorial Oxford, 2010, p. 24.

enmendada³ hace aproximadamente una década, de manera relevante, en materia de justicia penal y seguridad pública y, entre otros preceptos, en su artículo 17, párrafo tercero, se dispuso:

*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*⁴

En ese sentido, como podrá advertirse, en la porción que nos ocupa el reformado tramo normativo del texto constitucional mexicano es genérico, aun y cuando en el mismo párrafo se haga la especial distinción de la procedencia de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal. Ello se entiende desde una interpretación sistemática, justo al formar parte del mismo decreto por el que se incorporó el aludido esquema adjetivo punitivo.

Así pues, con la reforma de mérito, administrada con aquella en materia de derechos humanos,⁵ se reconoció como prerrogativa fundamental a favor de los gobernados la instrumentación y la búsqueda de mecanismos alternativos, de ahí que en nuestro derecho positivo hayan surgido una diversidad de conceptos asimilables, tales como conciliación, mediación, arbitraje, justicia alterna, amigable composición, acuerdo entre las partes, juntas de avenencia, negociaciones, concertación, etcétera.

Adicionalmente, cabe apuntar que la tendencia en México implicó el paulatino desarrollo de mecanismos alternativos para la solución de controversias, ello con la finalidad de impulsar reformas legales y procesales, e inclusive se han creado Centros de Mediación en los Poderes Judiciales.⁶

³ Véase el *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

⁴ El énfasis es nuestro.

⁵ Publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*.

⁶ Se recomienda consultar la legislación de Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Ciudad de México, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco y Tamaulipas.

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA JUSTICIA COTIDIANA EN SU IMPARTICIÓN

Aun y cuando la incorporación legislativa del término relativo a los mecanismos alternativos de solución de controversias se apoya en la reforma constitucional comentada, lo cierto es que en nuestro país desde antes de 2008 diversas leyes ya adoptaban esta modalidad para dirimir los conflictos, en un esquema que fue hasta 2017,⁷ cuando se elevó expresamente a rango constitucional con enfoque generalizador, al referir el propio precepto 17:

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

Por ello, estimamos prudente citar solo algunos ejemplos de precedentes normativos que, previo al mandato constitucional, ya tienen referentes de la llamada justicia cotidiana. Veamos,⁸ la Ley de Comercio Exterior,⁹ en su artículo 97, desde la reforma de 22 de diciembre de 1993, preveía:

En relación a las resoluciones y actos a que se refieren las fracciones IV, V, VI y VIII del Artículo 94, *cualquier parte interesada podrá optar por acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias* en materia de prácticas desleales contenidos en tratados comerciales internacionales de los que México sea parte. De optarse por tales mecanismos:

Párrafo reformado, DOF 22-12-1993.

Asimismo, al respecto, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del otrora Distrito Federal, en su precepto 186 Bis,¹⁰ establece:

⁷ *Diario Oficial de la Federación* del 18 de septiembre de 2017.

⁸ Para enfatizar algunos pasajes, hemos usado letras itálicas en los ejemplos.

⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de julio de 1993.

¹⁰ Adicionado el 8 de enero de 2008.

El Centro de Justicia Alternativa es una dependencia del Tribunal que cuenta con autonomía técnica y de gestión, y se instituye para administrar y substanciar los métodos alternos de solución de controversias, particularmente la mediación, para la atención de los conflictos de naturaleza civil, mercantil, familiar o penal, entre particulares, así como para su desarrollo.

En el estado de Guanajuato, en la Ley de Justicia Alternativa¹¹ –creada desde antes de la reforma constitucional de 2008–, se previó la posibilidad de mediar o conciliar asuntos en materias civil¹² y penal.¹³

En el mismo sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 109. Derechos de la víctima u ofendido

En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos:

X. *A participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias;*

Artículo 117. Obligaciones del Defensor

Son obligaciones del Defensor:

X. Promover a favor del imputado la *aplicación de mecanismos alternativos de solu-*

¹¹ Difundida en el *Periódico Oficial del Estado de Guanajuato*, tercera parte, el 27 de mayo de 2003.

¹² Artículo 4.- En materia civil, el Director del Centro Estatal de Justicia Alternativa o, en su caso, el Subdirector de la sede regional podrá elevar a categoría de cosa juzgada los convenios que celebren las partes en conflicto. Si la mediación y conciliación se inició con proceso judicial, deberá remitir el convenio al juez ante quien esté planteado el asunto para los efectos legales correspondientes.

¹³ Artículo 5.- En materia penal, la mediación y conciliación entre ofendido e inculpado sólo podrá recaer respecto a conductas que pudieran constituir delitos perseguibles por querrela o cuando así lo señale la Ley.

Antes o durante la averiguación previa, la mediación y conciliación podrá ser realizada por el Ministerio Público, quien en lo conducente se ajustará al procedimiento regulado en esta Ley.

Durante el trámite del proceso jurisdiccional penal, la mediación y conciliación estará a cargo del Centro Estatal de Justicia Alternativa o, en su caso, de la sede regional. Cuando las partes lleguen a un convenio, éste deberá remitirse al juez ante quien esté planteado el asunto para los efectos legales correspondientes. El convenio sólo se tomará en cuenta si se produce antes de emitirse sentencia ejecutoria.

ción de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables.

Inclusive, el uso de los mecanismos alternos de solución de controversias ha sido considerado por el derecho internacional, verbigracia, el artículo 2007 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,¹⁴ celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá, prevé que los posibles conflictos que se susciten puedan ser resueltos a través de procedimientos como la mediación y la conciliación.

Por otra parte, también la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal¹⁵ persigue como teleología establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las soluciones alternas previstas en la legislación procedimental penal aplicable.

Además, dicha legislación previene que los mecanismos alternos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de los conflictos que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

En suma, de los ejemplos citados es dable advertir la procedencia de los mecanismos alternos de solución de controversias en diversas ramas jurídicas, inclusive en materia administrativa en sentido amplio. Sin embargo, no se advierte de manera expresa que en el derecho administrativo sancionador haya la regulación de dichos instrumentos, lo que ocasiona un vacío normativo o, en su defecto, una reacción acentuadamente agresiva por parte del Estado.

¹⁴ Firmado en Ottawa el 11 y 17 de diciembre de 1992, en la Ciudad de México el 4 y 17 de diciembre de 1992 y en Washington, D.C., el 8 y 17 de diciembre de 1992, entrando en vigor el 1 de enero de 1994.

¹⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 2014.

TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN EN MATERIA
DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Como punto de partida, es conveniente que no desdeñemos las valiosas aportaciones de Héctor Fix-Zamudio,¹⁶ en el sentido de que existen instrumentos jurídicos de protección de los gobernados frente a la administración pública, como son la regulación del procedimiento administrativo, la responsabilidad económica de la administración, el control de la informática, y el *ombudsman*. Sin embargo, la materia central del estudio que nos hemos propuesto desde la comunión de la diversidad de nuestra formación de posgrado no es otra mas que escudriñar si en el contexto vigente quizá es más reactivo el derecho administrativo sancionador que el mismo derecho penal.

Así pues, la tendencia de innovar y generar mejores soluciones jurídicas a los problemas que suceden, y que son connaturales a nuestra sociedad, ha propiciado que se realicen muchos ajustes al texto constitucional, ocasionando así las llamadas *reformas estructurales del Estado*. Esto nos parece positivo, pero también un esquema inacabado al no encontrarse consolidadas y algunos ajustes ni siquiera vigentes de facto. En otras palabras, si asemejamos dichos cambios con una rueda que debe correr al ritmo de otra más grande que es “nuestra Constitución”, definitivamente apreciamos que no han embonado de manera armónica estos nuevos sistemas, como el de justicia penal, el de oralidad mercantil, el de oralidad familiar, e incluso el de justicia administrativa. De tal manera que, desde nuestra opinión, el sistema jurídico nacional, en sus diversos ámbitos de competencia federal, estatal y municipal, tiene movimientos abruptos que no son sistémicos y que, lejos de ocasionar certidumbre jurídica, en la operación práctica resulta complejo, máxime si toda esta reingeniería constitucional debe ceñirse a la concepción amplia de derechos humanos y que, justo, no se acopla en todos los casos a estos parámetros proteccionistas a favor de todas las personas.

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, p. 23.

Ahora, sin que nos apartemos de lo que aquí pretendemos analizar, en el marco de las reformas constitucionales en materia del combate a la corrupción¹⁷ se modificaron y crearon distintas normas, surgiendo entre ellas la Ley General de Responsabilidades Administrativas,¹⁸ misma que no contempla ningún referente expreso acerca del empleo de los mecanismos alternos de solución de controversias y solo regula de manera incipiente las formas anticipadas de solución de conflictos.

En tal virtud, solo conviene dejar anotada la puntualización de que, aun y cuando se reguló la figura de la abstención del inicio del procedimiento de responsabilidad, esta no se equipara de ninguna manera con la naturaleza de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Para mayor claridad de lo que nos proponemos decir, echemos un vistazo a los siguientes preceptos de la propia Ley General nombrada:

Artículo 77. Corresponde a las Secretarías o a los Órganos internos de control imponer las sanciones por Faltas administrativas no graves, y ejecutarlas. Los Órganos internos de control podrán abstenerse de imponer la sanción que corresponda siempre que el servidor público:

- I. No haya sido sancionado previamente por la misma Falta administrativa no grave, y
- II. No haya actuado de forma dolosa.

Las secretarías o los órganos internos de control dejarán constancia de la no imposición de la sanción a que se refiere el párrafo anterior [...] Artículo 101. Las autoridades substanciadoras, o en su caso, las resolutoras se abstendrán de iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa previsto en esta Ley o de imponer sanciones administrativas a un servidor público, según sea el caso, cuando de las investigaciones practicadas o derivado de la valoración de las pruebas aportadas en el procedimiento referido, adviertan que no existe daño ni perjuicio a la Hacienda

¹⁷ Referencia citada en la nota a pie 11.

¹⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 2016.

Pública Federal, local o municipal, o al patrimonio de los entes públicos y que se actualiza alguna de las siguientes hipótesis:

- I. Que la actuación del servidor público, en la atención, trámite o resolución de asuntos a su cargo, esté referida a una cuestión de criterio o arbitrio opinable o debatible, en la que válidamente puedan sustentarse diversas soluciones, siempre que la conducta o abstención no constituya una desviación a la legalidad y obren constancias de los elementos que tomó en cuenta el Servidor Público en la decisión que adoptó, o
- II. Que el acto u omisión fue corregido o subsanado de manera espontánea por el servidor público o implique error manifiesto y en cualquiera de estos supuestos, los efectos que, en su caso, se hubieren producido, desaparecieron.

La autoridad investigadora o el denunciante, podrán impugnar la abstención, en los términos de lo dispuesto por el siguiente Capítulo.

Así pues, es dable aseverar que en el contexto histórico en el que nos encontramos no se han puesto en marcha esquemas de mecanismos alternos y formas de terminación anticipada a efecto de solucionar conflictos en materia administrativa-disciplinaria, lo que, a nuestro criterio, representa un adeudo y una laguna en el esquema procesal que integralmente debe acoplarse al marco constitucional de nuestra época.

POSIBLES FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y VENTAJAS DE SU UTILIZACIÓN

Tomando como premisas las líneas precedentes, y en un ejercicio de congruencia con la interpretación que ha realizado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁹ acerca de la estrecha similitud que guardan las normas penales con aquellas en materia administrativa disciplinaria, nos parece válido y congruente

¹⁹ Véase la tesis P./J. 99/2006, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIV, agosto de 2006, página: 1565, con el rubro: “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO”.

tomar en cuenta la esencia de algunas instituciones que han sido reguladas para los asuntos jurídico-penales.

Así pues, por lo que hace a las maneras alternativas de solución de controversias, se avizora como una posibilidad de considerable envergadura idear alguna enmienda legal o, en su defecto, algún instrumento específico²⁰ o construcción de posibilidades en la interpretación y aplicación de la norma al caso concreto, llegando incluso a razonar la conveniencia de aplicar los controles de constitucionalidad y, en su caso, de convencionalidad, que regule y permita la mediación y la conciliación en asuntos que sean materia de estudio del derecho administrativo-sancionador.²¹ En tal sentido, queremos anticipar que, a nuestro criterio, la omisión de regular estos esquemas de solución de problemas viola de manera directa el derecho humano de acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias, previsto en el citado artículo 17 constitucional, el cual no se contrapone con el derecho de acceso a la jurisdicción del Estado,²² ya que ambos se establecen en un mismo plano constitucional y tienen idéntica finalidad: solucionar las controversias, porque justo, al Estado *lato sensu* le interesa la prevalencia del orden y la paz social.²³ En tal virtud, estimamos que debe impulsarse la instrumentación de la mediación y la conciliación en materia disciplinaria a fin

²⁰ Al respecto, conviene tomar como un marco de referencia la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 2014.

²¹ Se realiza esta acotación, dado que el Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato permite que el procedimiento administrativo pueda terminar por convenio entre los particulares y las autoridades administrativas, de conformidad con lo previsto en su artículo 192, fracción III; sin que haya la previsión precisamente de alguna o algunas maneras o mecanismos jurídicos como la mediación y la conciliación.

²² Sobre el particular, se encuentra coincidencia en el argumento central de interpretación constitucional que contiene la tesis VII.1o.C.33 C (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 32, tomo III, p. 2163, con el rubro “MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE REMITIR DE OFICIO EL EXPEDIENTE AL CENTRO ESTATAL DE JUSTICIA ALTERNATIVA DE VERACRUZ, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 218 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO, VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

²³ Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 2004, 38.^a ed., pp. 291-296.

de que, cuando no se cometan faltas calificadas como graves,²⁴ puedan generarse las condiciones para recomponer el tejido social (las instituciones públicas son organizaciones sociales) previa satisfacción de algunos requisitos y sin que ello genere impunidad.²⁵

Ahora bien, en aras de homologar una concepción doctrinal, nos parece apropiado hacer referencia a la acepción de la institución de mediación en los términos siguientes:

[...] el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas.²⁶

De lo apuntado, y subsumiendo el concepto en la pretensión que se contiene en nuestra opinión, es factible que cuando se substancie el procedimiento correspondiente por faltas calificadas por la ley como no graves²⁷ sea permisible la posibilidad de mediar un asunto, previa reparación del daño que quede satisfecha o garantizada, en los casos de conductas cuantificables en dinero, o bien, que haya la recomposición de la relación entre la autoridad y el servidor público mediante algún comportamiento ético o algún compromiso formal que no denigre en ningún modo la dignidad del sujeto a procedimiento.

En otro orden de ideas, la conciliación podemos entenderla así:

²⁴ Chávez Sánchez, José Gerardo, *Comentarios a la Ley General de Responsabilidades Administrativas*, México, Editorial Flores, 2017, pp. 52-74.

²⁵ Meza Fonseca, Emma, “Hacia una justicia restaurativa en México”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 18, México, 2004, https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/18/r18_8.pdf

²⁶ Folberg, Jay y Taylor, Alison, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Ed. Limusa, México, 1996.

²⁷ Véanse los artículos 49 y 50 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas y, sus correlativos de la Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato.

Proceso por el cual dos o más partes recurren a un tercero neutral para que promueva el diálogo y ayude a las partes encontrar solución a sus controversias. El conciliador tiene la facultad de sugerir opciones de solución, pero las partes retienen en sí el poder de decisión del acuerdo final.²⁸

De tal manera que en este instrumento el conciliador tiene injerencia directa en cuanto a la propuesta de soluciones y podría –al igual que la mediación– permitir la solución pronta y amistosa de conflictos en materia de responsabilidades administrativas, pues, se insiste, pareciera que ahora es más reactivo el derecho disciplinario que el mismo derecho penal, cuando precisamente este es la última ratio del Estado y, además, es accesorio de otras ramas jurídicas.²⁹ Ahora, son comunes las ventajas que traería el empleo de los mecanismos alternos apuntados, dado que serían evidentes, al menos los siguientes resultados: (I) menor costo económico para el Estado y para los intervinientes, (II) descongestionamiento de instancias gubernamentales –principalmente órganos internos de control y Tribunales de Justicia Administrativa–, y (III) optimización de recursos gubernamentales. Todos, en abono a una cultura de civismo y gobernanza³⁰ más apegada a las tendencias constitucionales y convencionales³¹ en materia de derechos humanos.³²

²⁸ Romero Gálvez, Salvador Antonio, “Conciliación: procedimiento y técnicas de conciliación”, en *Negociación directa y Asistida. Tratado de gestión de conflictos*, Lima, ASOPDES, 2003, <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/27conciliacionperu.pdf>

²⁹ Véase por las razones que integran su contenido la jurisprudencia 1a./J. 20/2012 (9a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIV, noviembre de 2012, tomo 1, p. 611, con el rubro “DERECHO PENAL. SU FUNCIÓN ACCESORIA EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO”.

³⁰ Bardales Lazcano, Ericka, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, México, Flores editor y distribuidor, 2011, p. 111.

³¹ Ello en armónica interpretación de lo previsto en los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde se reconoce a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado y, por ende, de la justicia restaurativa.

³² Se recomienda analizar la tesis III.2o.C.6 K (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de*

OTRAS FORMAS DE IMPARTIR JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DE MECANISMOS COTIDIANOS

En atención al principio *pro personae*³³ —entendido como un criterio hermenéutico característico de los derechos humanos que consiste en aplicar el precepto jurídico o la interpretación más favorable cuando se trate del reconocimiento y goce de derechos, e inversamente en la aplicación del precepto o interpretación más restrictiva cuando se intente afectar el acceso o goce de un derecho fundamental, en aras de estar siempre a favor de la persona—, pensamos que es menester romper paradigmas para replicar o construir nuevas instituciones jurídicas que hagan factible, para los efectos de este trabajo, la impartición de justicia administrativa de manera más flexible, evitando así formalismos que retrasen o complejicen innecesariamente el acceso a la justicia tratándose de asuntos disciplinarios.

En tal sentido, por las razones anteriormente reseñadas encontramos referentes en el derecho penal adjetivo vigente cuya final incorporación podría valorarse en el derecho administrativo disciplinario.

Veamos, el Código Nacional de Procedimientos Penales, cuya difusión oficial³⁴ e inicio de vigencia fue posterior a las icónicas reformas constitucionales en materia de derechos humanos, asumió un tratamiento garantista, por lo que ve a la protección y defensa de las prerrogativas fundamentales, incorporando figuras que hacen posible que sea excepcional la restricción de la libertad de las personas y, en general, llegar a la etapa de juicio oral del procedimiento.

De dichas instituciones destacaremos algunas que, desde ahora adelantamos, pueden ser analizadas en cuanto a los beneficios que podrían generar si llegasen a incorporarse en esencia a la materia administrativa disciplinaria, con la salvedad

la *Federación y su Gaceta*, Libro XXV, octubre de 2013, tomo 3, p. 1723, con el rubro “ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO”.

³³ Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, pp. 62-63, 220 y ss., y 309-310.

³⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.

de que puede ajustarse su denominación, en aras de que no se tilde a nuestra postura de “penalista”, en un sentido peyorativo, con independencia de que ahora debería ser más benévolo que así fuese calificada nuestra opinión.³⁵

Así, como salidas o formas de terminación anticipada o alternativas podrían diseñarse herramientas, como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento, aunado a la factibilidad de crear la facilidad de la culminación anticipada del procedimiento de responsabilidad administrativa, inclusive en sede formalmente administrativa y materialmente jurisdiccional, como acontece tratándose de la investigación, substanciación y resolución de faltas no graves.

En efecto, se prevé la bondad de generar el andamiaje necesario para agilizar la impartición de justicia en materia administrativa sancionadora, mediante el diseño y ejecución de aparatos normativos catalizadores.

Ahora, con el afán de argumentar aún más nuestra intención, enseguida presentamos un sucinto apunte de cada institución jurídica aludida con inmediata antelación, así como algunos razonamientos que podrían servir como soporte mínimo de alguna regulación jurídica positiva, desde luego, partiendo de instituciones que han sido recogidas por el derecho penal, con un enfoque garantista y haciendo propias algunas de las razones que tomó en cuenta el legislador para privilegiar medidas y mecanismos más ágiles de procurar e impartir justicia.³⁶

ACUERDOS REPARATORIOS

a) Aproximación conceptual

Partiendo de la noción penal de acuerdos reparatorios,³⁷ podríamos asumir que, para los propósitos pretendidos en el presente trabajo, se refieren a mecanismos

³⁵ Rendón Huerta Barrera, Teresita, *El canon constitucional de razonabilidad*, Porrúa, México, 2018, pp. 85 a 90.

³⁶ Aguilar Morales, Luis María, “Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores”, en Gómez González, Arely (coord.), *El Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016, pp. 27-47.

³⁷ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 568.

de negociación entre el probable responsable de la comisión de alguna falta administrativa y la víctima u ofendido, en que el primero (el probable responsable) repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda (víctima u ofendido) las consecuencias dañosas del hecho relevante para el derecho administrativo-disciplinario y que, una vez aprobados por el Órgano Interno de Control o el magistrado de la Sala del Tribunal de Justicia Administrativa que conozca del caso que se trate, y verificado el cumplimiento en sus términos, tienen como efecto la conclusión del caso.

b) Procedencia

Para abordar este apartado, estimamos prudente que los acuerdos procedan solo tratándose de faltas administrativas calificadas como no graves, dado que dichas infracciones tienen un nivel menor de impacto social y podrían ser reparadas mediante algún convenio que restablezca las cosas al estado que guardaban previamente a la comisión de la conducta irregular.

c) Oportunidad de su solicitud

Nos parece viable que los acuerdos reparatorios puedan proceder desde la investigación inicial, durante la celebración de la audiencia inicial y siempre antes de que se cite a oír resolución.³⁸ Asimismo, los órganos internos de control podrán invitar a las partes a que, si es su deseo, puedan formalizar algún acuerdo reparatorio en los casos en que proceda, debiendo explicar a las partes los efectos del acuerdo.

d) Condiciones resolutorias de los acuerdos reparatorios

Las partes podrán pactar acuerdos reparatorios de cumplimiento inmediato o diferido. En caso de señalar que el cumplimiento debe ser diferido y no señalar plazo específico, se entenderá que el plazo será por un año. El plazo para el cumplimiento de las obligaciones suspenderá el trámite del procedimiento y la prescripción de la responsabilidad administrativa.

³⁸ Véase el artículo 208, fracción X de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Si el presunto infractor incumple sin justa causa las obligaciones pactadas, la investigación o el procedimiento, según corresponda, continuará como si no se hubiera celebrado acuerdo alguno.

El titular del Órgano Interno de Control decretará la extinción de la acción una vez aprobado el cumplimiento pleno de las obligaciones pactadas en un acuerdo reparatorio, haciendo las veces de sentencia ejecutoriada.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

a) Referencia conceptual

Sugerimos que este mecanismo pueda ser entendido como el planteamiento formulado por el probable infractor, en el que deberá proponerse un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y su sometimiento a alguna condición que garantice una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido, cuando lo haya o, en su caso, un comportamiento favorable a la institución a la que pertenece, a efecto de que pueda extinguirse la acción administrativa-disciplinaria.

b) Proyección de procedencia

Como una intención de la implementación y regulación del mecanismo de la suspensión condicional del proceso, la proyección de procedencia podría originarse siempre a solicitud del probable responsable, o inclusive del denunciante con acuerdo de aquél, tratándose exclusivamente de faltas no graves y cuando no haya oposición fundada del sujeto o institución pasiva de la conducta.

c) Oportunidad

Avizoramos que podría pedirse la suspensión del procedimiento desde la investigación, durante la audiencia inicial y hasta antes de la audiencia de alegatos, dado que en esta diligencia procesal se cita a oír resolución definitiva; desde luego, sin que este mecanismo inhiba en modo alguno la posibilidad de ejercer alguna otra acción legal por vía diversa. Asimismo, en la determinación que se emita a fin de proveer la procedencia de la suspensión condicional, el presunto infractor

del marco jurídico administrativo deberá proponer algún plan de reparación del daño, así como plazos razonables para su cumplimiento.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

a) Autorización y procedencia

Para estar en condiciones de autorizar la sumariidad del procedimiento de responsabilidad administrativa será menester que la autoridad substanciadora y resolutora, privilegiando los principios de respeto a los derechos humanos y de equilibrio procesal, vigile que el presunto responsable no presente oposición (pues de no hacerlo así se vulneraría también el derecho fundamental al debido proceso, contenido en el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y, además, que reconozca de manera expresa y sin coacción alguna su plena responsabilidad por la falta o las faltas que se le imputen, en la inteligencia de que será, eventualmente, sancionado con base en los medios de prueba que se hayan ofrecido, admitido y desahogado por su contraparte.

b) Procedimiento y resolución

Tan pronto como la autoridad substanciadora y resolutora admita dar trámite a la culminación anticipada del procedimiento, se debe escuchar a la parte denunciante, si la hubiere y, a la autoridad investigadora, así como a la víctima u ofendido, en caso de que comparezcan a la diligencia a la que previamente deben citarse para establecer el debate sobre el que versará la resolución que corresponda. Luego, culminado el mencionado debate, la autoridad resolutora debe emitir el fallo de mérito, sujetándose a la motivación y fundamentación conducentes y cuidando que no se imponga sanción distinta o de mayor impacto a la que fue solicitada por la investigadora, y aceptada por el presunto infractor, además del pronunciamiento sobre la reparación del daño que sea procedente.

CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

a) Oportunidad

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo, las instancias investigadoras pueden abstenerse de remitir constancias para iniciar un procedimiento de responsabilidad, siempre y cuando se hayan reparado los daños causados a la persona que resintió la falta administrativa y, en su caso, a la institución del Estado, además de que si el infractor padeció consecuencias la aplicación de la medida resulta razonablemente innecesaria.

b) Improcedencia de criterios de oportunidad

El procedimiento de responsabilidad debe iniciarse siempre en los casos en los que se vean inmersas cuestiones de equidad de género o discriminación de índole laboral, en aras de salvaguardar de inmediato la integridad de las víctimas y a efecto de evitar su revictimización posterior.

CONCLUSIONES

A la fecha de este análisis, en materia de justicia administrativa-sancionadora no se aprecia que la legislación secundaria en la materia prevea de manera expresa algún catálogo de medios alternos o anticipados de solución de conflictos, como sí ocurre en otras asignaturas. Abundando, los mecanismos alternos de solución de controversias y las formas anticipadas son modelos de justicia restaurativa que se han consolidado en diversas materias, entre ellas el derecho penal, aquella disciplina científica que sanciona con mayor severidad la puesta en peligro o la afectación de los bienes jurídicos tutelados (por lo menos desde la postura doctrinal). Desde luego, también en las materias civil y mercantil y en algunos supuestos administrativos, sin embargo, no se advierte que se hayan legislado dichas pautas o directrices en materia administrativa-sancionadora.

Desde nuestro criterio, esta circunstancia atenta contra los principios de proporcionalidad, taxatividad, legalidad y de equilibrio dogmático, en virtud de que

en otras ramas jurídicas se otorga un tratamiento sistemático a las conductas que, preponderantemente, son patrimoniales o que afectan derechos en los que existe el *ius disponiendi*. Por ello, es menester ampliar la esfera de derechos humanos de los sujetos a procedimiento disciplinario para que puedan acceder a estos modelos de justicia pronta.

Así pues, mediante el expreso reconocimiento en la legislación especial secundaria de estos mecanismos se tutelaría de manera puntual el derecho humano de acceso a la justicia de los gobernados (servidores públicos), como un deber constitucional que tienen todas las autoridades del Estado mexicano,³⁹ y adicionalmente se obtendría la ventaja de que, en algunos casos, la maquinaria estatal no distraiga recursos humanos, materiales y financieros en la substanciación y resolución de problemáticas de responsabilidades administrativas que pueden ser dilucidadas en breves términos.

Tengamos presente que las instituciones evolucionan, los pueblos se transforman y las relaciones humanas se benefician con cambios profundos, por ende, en el contexto contemporáneo los medios alternativos y formas análogas de solución de controversias son el proceso fecundo para ser empleado prioritariamente, dado su pragmatismo y flexibilidad.

Hoy es un imperativo impulsar el andamiaje jurídico necesario para la consolidación de la justicia cotidiana, dado que solo así se permitirá una rápida reparación del daño o indemnización a las víctimas, despresurizando, además, de la resolución de asuntos no graves, a los órganos jurisdiccionales y a los órganos internos de control. Es solo un adeudo más al pueblo mexicano pregonar el combate a la corrupción si no se cuenta con los instrumentos que hagan factible la recomposición del tejido social mediante soluciones prontas y efectivas.

³⁹ Véase el artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Para finalizar, estamos convencidos de que la justicia debe ser un valor esencial del derecho. Para hacerla vigente, es necesario reconfigurar y construir esquemas que, lejos de prácticas formalistas, agilicen la resolución efectiva de asuntos que, al menos en materia administrativa, permitirían la instrumentación de políticas públicas que redunden en la prestación de servicios públicos y, por ende, en la mejor gobernanza de cualquier ámbito de gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR MORALES, Luis María, “Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores”, en Gómez González, Arely (coord.), *El Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.
- BARDALES LAZCANO, Erika, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, México, Flores editor y distribuidor, 2011.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009.
- CHÁVEZ SÁNCHEZ, José Gerardo, *Comentarios a la Ley General de Responsabilidades Administrativas*, México, Editorial Flores, 2017.
- FIERRO FERRÁEZ, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, México, editorial Oxford, 2010, p. 24.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, El Colegio Nacional, México, 1983.
- FOLBERG, Jay y Taylor, Alison, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, ed. Limusa, 1996.
- HORVITZ LENNON, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, t. I, antiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, S2004.
- MEZA FONSECA, Emma, “Hacia una justicia restaurativa en México”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 18, 2004, https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/18/r18_8.pdf
- PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, 38.ª edición, México, Porrúa, 2004.
- RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, *El canon constitucional de razonabilidad*, Porrúa, México, 2018.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los Derechos Humanos en México*, 2.ª ed., México, Porrúa, 2015.
- ROMERO GÁLVEZ, Salvador Antonio, “Conciliación: procedimiento y técnicas de conciliación”, en *Negociación directa y asistida. Tratado de gestión de conflictos*, Lima, ASOPDES, 2003, <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/27conciliacionperu.pdf>

Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Ley de Comercio Exterior.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del otrora Distrito Federal.

Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato.

Leyes de Justicia Alternativa de los Estados de Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Ciudad de México, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas.

Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato.

Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá.

La autonomía del Ministerio Público en el estado de Guanajuato.
Antecedentes de derecho comparado sobre modelos
de autonomía de fiscalías generales de justicia

Elvia Oralia del Pilar Durán Isaís

INTRODUCCIÓN

Con el fin de mejorar la función de procuración de justicia de cara a las personas y a la sociedad en su conjunto, y bajo los principios de seguridad jurídica y de justicia, es menester estudiar y, en su caso, plantear alternativas al actual sistema de organización y funcionamiento de las instancias encargadas de procurarlas.

Al respecto, en consonancia con el tránsito internacional del papel del Ministerio Público, que ha pasado de ser un apéndice del juez en el sistema procesal inquisitivo, a un auténtico protagonista en el sistema acusatorio —como representante de los derechos de las víctimas y los ofendidos por el delito, fundamentalmente—, es que pueden advertirse múltiples manifestaciones sobre la configuración, estructura y funciones que habría de tener dicha institución en nuestro país.

Hablamos, en general, de la necesidad de un nuevo modelo de procuración de justicia donde las instituciones encargadas de esa tarea cuenten con condiciones adecuadas para lograr su cometido.

Todo ello ha traído consigo el debate sobre los temas de mayor interés que a este respecto se revisan en la doctrina.¹ Lo anterior implicaría estudiar esquemas en los que el Ministerio Público, a través de las procuradurías o fiscalías de justicia del país, tenga “autonomía” con respecto a los poderes del Estado —empezando porque dejen de percibirse como una suerte de “brazo alargado” del Ejecutivo—.

En alguna medida ese tránsito ya se ha dado en México, tanto a nivel federal como local, con la previsión constitucional de las fiscalías generales como órganos públicos autónomos, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios. No obstante, el presente análisis se centra, fundamentalmente, en los antecedentes nacionales e internacionales sobre los modelos de autonomía, lo cual permitirá aproximarnos a comprender y valorar las actuales regulaciones constitucionales y legales en dicha materia.

En esta tesitura es que se indican, primeramente, algunos antecedentes de descentralización dentro del marco jurídico-constitucional, tanto nacional como ex-

¹ “En términos generales se puede decir que el debate contemporáneo sobre el Ministerio Público se centra en el tema de la organización institucional que debe regir su funcionamiento; concretamente, la doctrina ha destacado la importancia de discutir y analizar las siguientes cuestiones: [...] B) La relación que debe guardar el Ministerio Público con el Poder Ejecutivo y con el mundo político en general. C) La organización interna y la forma en que son seleccionados y promovidos los integrantes del Ministerio Público [...] En este contexto, hay que tomar en cuenta que, como señala Perfecto Andrés, ‘La ubicación institucional del Ministerio Público y el estatuto orgánico de sus integrantes es un asunto largamente debatido y de una densidad política fácilmente advertible bajo la aparente capa de neutralidad científica de que han solido revestirse las ya tópicas posiciones doctrinales relativas a la naturaleza jurídica del instituto’ (Carbonell, Miguel, “Reflexiones sobre el monopolio de la acción penal y la autonomía del Ministerio Público”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004, p. 148). En el mismo sentido, se ha dicho respecto de la doctrina mexicana, que esta se ha ocupado de forma amplia y polémica del Ministerio Público como institución de naturaleza controvertida, y sobre la cual “puede observarse una gran cantidad de escritos sobre el particular, [pues] pocas son las instituciones jurídicas mexicanas que ‘han sido objeto de debates tan apasionados como el ministerio público, en especial respecto a la interpretación constitucional de su estructura y funcionamiento’” (Moreno Hernández, Moisés, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público”, *Justicia y sociedad*, México, UNAM, 1994, pp. 301-302).

tranjero. Seguida y finalmente se analizan las modalidades y grados de descentralización y en ese orden se esbozan algunas de las principales ventajas y las posibles desventajas que acompañan a ese modelo.

ANTECEDENTES DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. DERECHO COMPARADO

Como se evidenciará en las líneas que siguen, y contrario a lo que pudiera estimarse (*prima facie*), existen varios antecedentes de autonomía o descentralización de ministerios públicos y de sus correspondientes procuradurías o fiscalías generales de justicia, tanto en el ámbito nacional como, principalmente, en el contexto internacional.

En lo que sigue, se pondrán de manifiesto dichos antecedentes jurídico-constitucionales en el orden indicado.

a) Derecho nacional

Sin entrar aquí al estudio de la historia constitucional de la institución del Ministerio Público en México,² cabe apuntar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función” (artículo 21), con lo cual no se determina su autonomía o dependencia con respecto a un determinado poder o entidad pública. Esto, en lo que afecta a la institución del Ministerio Público de los Estados. Ahora bien, tratándose del Ministerio Público de la Federación,

² Para algunas referencias en ese sentido, con relación a su dependencia respecto de algún poder del Estado (Judicial o Ejecutivo), véanse, entre otros: Fiz-Zamudio, Héctor, “Presente y futuro del Ministerio Público en México”, en Carbonell, Miguel (coord.): *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004, pp. 15 y ss; Moreno Hernández, Moisés, *op. cit.*, nota 1, pp. 323 y ss.; García Ramírez, Sergio, “La reforma constitucional del Ministerio Público”, *La reforma constitucional en México y Argentina*, 1996, México, UNAM, colección *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 19, pp. 70-72; y Cárdenas Gracia, Jaime, “La ubicación constitucional del Ministerio Público”, *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, 1997, pp. 277-280.

teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 102, apartado A, de la Ley Suprema en comento, se establece: “El Ministerio Público de la Federación se organizará en una Fiscalía General de la República como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio”.³ En este marco (abierto), y en lo que nos interesa, en la Constitución Política para el Estado de Guanajuato se proclama —además de reiterar que corresponde al Ministerio Público (y a las policías) la investigación de los delitos (artículo 11)— por un modelo en el que “para el despacho de los asuntos a cargo del Poder Ejecutivo, el Gobernador del Estado contará con las Dependencias y Paraestatales señaladas en la Ley de la materia” (artículo 80).

Ahora bien, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para el Estado de Guanajuato establece que la Procuraduría General de Justicia estará integrada en la “Administración Pública Centralizada del Poder Ejecutivo” (artículos 3 y 13, fracción XV). Asimismo, la Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Guanajuato dispone que “El Procurador será nombrado por el titular del Poder Ejecutivo, con la ratificación del Congreso del Estado”, y añade que “podrá [el procurador] ser removido libremente por aquél” (artículo 20).

Lo anterior ha transitado hacia una previsión legal donde se reconoce al Ministerio Público como una institución organizada en una Fiscalía General del Estado, como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios (artículo 95).⁴ No obstante, dicha regulación no está aún vi-

³ Sobre esta previsión constitucional cabe señalar que a la fecha no se ha concretizado dicha Fiscalía, en los términos ahí referidos.

⁴ “ARTÍCULO 95.- El Ministerio Público se organizará en una Fiscalía General del Estado como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios.

Para ser Fiscal General del Estado se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento y guanajuatense en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; contar, con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en Derecho; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso; y haber residido en el Estado durante los últimos cinco años, salvo el caso de ausencia en servicio de la República o del Estado.

El Fiscal General del Estado durará en su encargo nueve años, y será designado y removido conforme a lo siguiente:

- I. A partir de la ausencia definitiva del Fiscal General del Estado, el Congreso del Estado contará con veinte días para integrar una lista de al menos cinco candidatas al

cargo, aprobada por las dos terceras partes de los miembros presentes, la cual enviará al Gobernador del Estado; en tanto, éste designará un Fiscal General del Estado en forma provisional, quien ejercerá sus funciones hasta que se realice la designación definitiva conforme a lo establecido en este artículo.

Si el Gobernador no recibe la lista en el plazo antes señalado, enviará libremente al Congreso del Estado una terna.

El Fiscal General del Estado designado provisionalmente podrá formar parte de la terna.

II. Recibida oportunamente la lista a que se refiere la fracción anterior, dentro de los diez días siguientes el Ejecutivo formulará una terna y la enviará a la consideración del Congreso del Estado.

III. El Congreso del Estado, con base en la terna y previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Fiscal General del Estado con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes dentro del plazo de diez días.

En caso de que el Gobernador no envíe la terna a que se refiere la fracción anterior, el Congreso del Estado tendrá diez días para designar al Fiscal General de entre los candidatos de la lista que señala la fracción I.

Si el Congreso no formula la lista o no hace la designación en los plazos que establece este artículo, el Gobernador designará al Fiscal General del Estado libremente en el primer supuesto y en el segundo de entre los candidatos que integren la terna.

IV. El Fiscal General del Estado podrá ser removido por el Gobernador del Estado por las causas graves que establezca la ley. La remoción podrá ser objetada por el voto de la mayoría de los miembros presentes del Congreso del Estado dentro de un plazo de diez días hábiles, en cuyo caso el Fiscal General del Estado será restituido en el ejercicio de sus funciones. Si el Congreso no se pronuncia al respecto, se entenderá que no existe objeción.

V. En los recesos, la Diputación Permanente convocará de inmediato a periodo extraordinario para realizar el trámite de la designación o formulación de objeción a la remoción del Fiscal General del Estado.

VI. Las ausencias del Fiscal General del Estado serán suplidas en los términos que determine la ley.

Corresponde al Ministerio Público la investigación, persecución, ante los tribunales, de todos los delitos de su competencia; y, por lo mismo, solicitará las medidas cautelares contra los inculcados; buscará y presentará las pruebas que acrediten la participación de éstos en hechos que las leyes señalen como delito; procurará que los juicios en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita; pedirá la aplicación de las penas, e intervendrá en todos los asuntos que la ley determine.

La Fiscalía General del Estado contará, al menos, con la fiscalía especializada en materia de combate a la corrupción, dicha fiscalía especializada será un órgano con autonomía técnica y operativa para investigar y perseguir los hechos que la ley considere como delitos en materia de corrupción; cuyo titular será nombrado y removido por el Fiscal General del Estado; el nombramiento y remoción del fiscal especializado podrá ser objetado por el Congreso del Estado por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, en el plazo que fije la ley; si el Congreso no se pronunciare en este plazo, se entenderá que no tiene objeción.

gente pues, de conformidad con el Artículo Primero transitorio del Decreto⁵ que la contiene, “entrará en vigencia treinta días posteriores a que se dé cumplimiento al artículo décimo sexto transitorio del Decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de febrero de 2014”.

En ese contexto, el modelo centralizado del Poder Ejecutivo —que ha sido la regla general hasta hace poco en nuestro país,⁶ con sus variantes— no impide

La ley establecerá las bases para la estructura y funcionamiento de la fiscalía, la formación y actualización de los servidores públicos de la Fiscalía, así como para el desarrollo de la carrera profesional de los mismos, la cual se regirá por los principios de respeto a los derechos humanos, objetividad, honradez, certeza, buena fe, unidad, indivisibilidad, irrevocabilidad, imparcialidad, irrecusabilidad, independencia, legalidad, probidad, profesionalismo, celeridad, eficiencia y eficacia, cuya finalidad será proporcionar una pronta, plena y adecuada procuración de justicia”.

El Fiscal General del Estado presentará anualmente a los Poderes del Estado un informe de actividades. Comparecerá ante el Congreso del Estado cuando se le cite a rendir cuentas o a informar sobre su gestión.

El Fiscal General del Estado y sus agentes, serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley en que incurran con motivo de sus funciones (Artículo adicionado P.O. 14-07-2017).

⁵ Publicado en el Periódico Oficial el 17 de julio de 2017.

⁶ Y que no ha sido óbice para que desde ese marco constitucional se abogara, con relación al Ministerio Público de la Federación y al Procurador General de la República, por lo siguiente: “[en cuanto a los juicios penales, debe obrar con la buena fe que debe distinguir al comportamiento jurídico social del Ministerio Público, titular exclusivo y excluyente de la función persecutoria de los delitos del orden federal. Al través de la investidura mencionada, el procurador debe gozar de independencia en el sentido de no estar vinculado, en una relación de subordinación jerárquica, a ningún otro órgano del Estado y ni siquiera al presidente de la República]”. Aunque se reconocía que “el multicitado funcionario [Procurador, como representante jurídico de la Federación] es inferior, jerárquicamente inmediato del presidente de la República, quien lo puede nombrar, con aprobación del Senado, y remover libremente, y atendiendo a la índole misma de la representación jurídica que ostenta, tiene la obligación de preservar y defender los intereses del Estado federal” (Burgoa Orihuela, Ignacio, “Necesaria diversificación constitucional del Ministerio Público Federal y del Procurador General de la República”, *Liber ad honorem*, Sergio García Ramírez, t. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/117/7.pdf>, pp. 867-868. De ahí que se propugnara por “que debe haber dos funcionarios distintos: el jefe del Ministerio Público y el procurador de la República o de los estados. Esta dualidad eliminaría la incompatibilidad funcional que se registra en el solo cargo de procurador, y que presenta los inconvenientes que ya se han reseñado” (*ibidem*, p. 872).

observar algún modelo de descentralización o autonomía en el ámbito nacional como antecedente a las tendencias recientes y actuales.

En efecto, en la década inmediata anterior —en 2004, en específico, y a diferencia de lo que ocurre ahora—, nos encontrábamos con el caso de Chiapas⁷ como modelo que no adscribía al Poder Ejecutivo las instituciones de procuración de justicia y del Ministerio Público estatales.

Así pues, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas que regía en ese tiempo, en su Título Quinto Bis, al tratar de los “Órganos Autónomos del Estado”, se refería a la institución del Ministerio Público como “una institución pública, autónoma de buena fe” (artículo 47).

Para esto, el Ministerio Público de ese Estado, ejercería sus atribuciones, dentro de las funciones de investigación y persecución de los delitos, a través de la Fiscalía General del Estado, considerando a esta como “un Organismo Público Autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios” (artículo 47). Asimismo, se señalaba que estaría presidida por un fiscal general, quien “será propuesto por el Titular del Poder Ejecutivo y designado con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso del Estado” (artículo 47), y “exclusivamente podrá ser removido de su cargo en los términos del Título Noveno de esta Constitución [del Estado de Chiapas]” (artículo 47), esto es, en los términos de las responsabilidades de los servidores públicos (artículo 69 y ss.).

Dentro de ese marco constitucional, la Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Chiapas venía a confirmar y precisar las bases para la estructuración y organización de la Fiscalía. Así, en su artículo 5 establecía que la Fiscalía “es un Órgano Constitucional que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propio”, señalando que este “se integra con los bienes muebles e inmuebles que se destinen al cumplimiento de su objeto y las partidas que anualmente se señalen en el presupuesto de egresos del Estado”. Por lo demás, dicha Ley refiere que “el Fiscal General del Estado será designado en

⁷ Al respecto, véase el estudio de Carpizo, Jorge, “El Ministerio Público chiapaneco como órgano constitucional autónomo”, en *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 14, enero-junio, 2006, pp. 287 y ss.

términos de lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución” chiapaneca, y sólo podrá ser removido en sus mismos términos (artículo 14).

Posteriormente, en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero se prevé, dentro del Título Octavo, relativo a los “Órganos Autónomos del Estado”, que “El Ministerio Público se organizará en una Fiscalía General del Estado de Guerrero, como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios, que se regirá en su actuación por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos” (artículo 139); Fiscalía que será integrada por “Un Fiscal General nombrado por el Congreso del Estado” (artículo 140), mismo que “durará en su encargo 6 años improrrogables” (artículo 142). Ahora bien, “Los integrantes de los Órganos Autónomos no podrán ser removidos de su encargo sino exclusivamente por las causas graves estipuladas en esta Constitución y la Ley de la materia, con la misma votación requerida para su nombramiento, y previa audiencia del servidor público” (artículo 114).

Conforme a ello, la Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Guerrero, de 2014, establece que “El Ministerio Público se organizará en una Fiscalía General del Estado de Guerrero como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios” (artículo 1). Asimismo, conforme a dicha ley, y por lo que se refiere a su autonomía, indica:

La Fiscalía General, es una Institución dotada de autonomía de gestión, técnica, de ejercicio y de aplicación del gasto público que le asigne el Congreso del Estado. Sus funciones no podrán ser influidas ni restringidas por ninguna otra autoridad. Por su autonomía de gestión, goza de la administración, dirección, organización, disposición, distribución y suministro de recursos humanos, materiales y financieros; así como de la capacidad de decidir responsablemente sobre la adquisición de productos y servicios, en los términos previstos por las disposiciones jurídicas aplicables, el ejercicio de sus recursos propios, su estructura administrativa, así como proponer los niveles remunerativos para el personal que la integra, de conformidad con el presupuesto autorizado para ello y en términos de lo dispuesto por la legislación

Federal y Estatal que resulte aplicable. La autonomía técnica de la Fiscalía General debe ser entendida como la facultad que le ha sido otorgada para expedir sus propias disposiciones normativas, con excepción de las disposiciones legales que le competan al Gobernador, con el propósito de regular las acciones que desarrolla en el ámbito de su competencia, delimitar las atribuciones que ejerce y regir su actuación, bajo las políticas permanentes de especialización técnica, profesionalización y rendición de cuentas, debiendo respetar en todo momento la Constitución, tanto Federal como Local, y la Ley (artículo 5).

En 2015, en la Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, en el capítulo denominado “De los organismos autónomos del Estado”, se prevé “un organismo autónomo del Estado denominado Fiscalía General, que para su estricto cumplimiento contará con una autonomía presupuestaria que podrá ser mayor pero no menor al uno punto cinco por ciento del total del presupuesto general del Estado previsto para el ejercicio anual respectivo y que deberá ministrarse conforme al calendario autorizado en los términos que establezca la ley”, y cuyo “titular de la función del Ministerio Público ejercida por este órgano autónomo será el Fiscal General del Estado”, quien “durará en su encargo nueve años” y “será designado por el Congreso del Estado”, conforme a un procedimiento señalado en dicha Constitución (artículo 67).

Así pues, según la Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, se prevé que “El Ministerio Público se organizará en una Fiscalía General como organismo autónomo del Estado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, con autonomía técnica, presupuestal, de gestión” (artículo 2), mientras que “El Fiscal General será nombrado y removido en los términos previstos por la Constitución del Estado” (artículo 29).

Lo referentes anteriores constituyen tan solo una muestra indicativa de los antecedentes nacionales respecto de modelos de autonomía en el ámbito de las fiscalías de justicia, en el marco constitucional.

b) Derecho extranjero

Ahora bien, en el ámbito internacional existen varios países que pueden considerarse modelos de autonomía o descentralización del Ministerio Público en el sentido apuntado.

En América Latina, según se ha dado cuenta,⁸ desde mediados de la década de los ochenta del siglo pasado ha habido una paulatina reconfiguración de la institución del Ministerio Público y de los modelos de fiscalías, generalmente a la par y como armonización de las reformas al proceso penal en la región, las cuales han permitido el tránsito de uno tradicional a otro de corte acusatorio.

Tal es el caso de Argentina, cuya Constitución proclama ampliamente la autonomía del Ministerio Público, al punto de dedicar una sección (la cuarta) en su cuerpo normativo a esta institución, al lado de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial (secciones primera, segunda y tercera, respectivamente). De esta forma, se establece en la Constitución de la Nación Argentina, en lo que aquí interesa, que “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones” (artículo 120).

Bajo estos parámetros, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de Argentina (Ley 27148, de 2015) confirma, en su artículo cuarto, en el inciso dedicado a su “Autonomía funcional e independencia”, que “El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejerce sus funciones con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura” (artículo 4). Otro ejemplo de autonomía del Ministerio Público es el caso de Ecuador, cuya Consti-

⁸ Cfr. Duce J., Mauricio, “El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios”, en *Revista de Justicia Mexicana*, México, núm. 6, pp. 175 y ss.

tución de la República de 2008 dispone, dentro del capítulo cuarto, relativo a “La Función Judicial y Justicia Indígena”, que “La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso” (artículo 194). Asimismo, la Constitución ecuatoriana puntualiza: “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal” (artículo 195), al tiempo que señala, entre los requisitos para ser Fiscal General, “Haber ejercido con idoneidad y probidad notorias la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en materia penal por un lapso mínimo de diez años”, así como que “La Fiscal o el Fiscal General del Estado desempeñará sus funciones durante seis años y no podrá ser reelegido; rendirá un informe anual a la Asamblea Nacional. La designación se realizará de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución y en la ley” (artículo 196), además de que se reconoce y garantiza la carrera fiscal (artículo 197).

Ya en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, de 2014, se regula lo relativo a la Fiscalía, sus atribuciones, organización, coordinación, normativa, etcétera. (artículo 442 y ss.).

Anteriormente, y como antecedente cercano, por lo que aquí se trata —modelos de autonomía—, resulta oportuno hacer referencia a la Constitución del Estado de Ecuador de 1998, donde se redefinió y reforzaron las funciones del entonces “Ministerio Público”, al disponer ahí que “La Procuraduría General del Estado es un organismo autónomo, dirigido y representado por el Procurador General del Estado, designado para un periodo de cuatro años por el Congreso Nacional, de una terna enviada por el Presidente de la República” (artículo 214). Asimismo, la Constitución ecuatoriana puntualizaba que “el Ministerio Público es uno, indivi-

sible e independiente en sus relaciones con las ramas del poder público”, y remataba que “tendrá autonomía administrativa y económica” (artículo 217). Por su parte, la entonces Ley Orgánica del Ministerio Público de Ecuador de 2000 confirmaba que “el Ministerio Público es persona jurídica de Derecho público, autónoma e independiente, en lo administrativo, económico y presupuestario” (artículo 1). Como se ha visto, hoy la “Procuraduría General del Estado” tiene otras funciones (artículo 237); y en su lugar se erigió la “Fiscalía General del Estado” (artículo 194 y ss).

En Latinoamérica también pueden señalarse, entre otros, países como Perú, Panamá, Paraguay o Colombia. Así, en Perú, la Constitución Política de ese país, de 1993, señala: “El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años y es prorrogable, por reelección, sólo por otros dos” (artículo 158). Asimismo, se señala ahí que “Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría” (artículo 158). De igual manera, se hace referencia a las funciones del Ministerio Público (artículo 159) y se prevé que “El proyecto de presupuesto del Ministerio Público se aprueba por la Junta de Fiscales Supremos. Se presenta ante el Poder Ejecutivo y se sustenta en esa instancia y en el Congreso” (artículo 160).

Entretanto, la Ley Orgánica del Ministerio Público de este país establece:

El Ministerio Público es el organismo autónomo el Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 1).

Mientras que la Constitución Política de la República de Panamá establece que “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración, los Fiscales y Personeros y por los demás funcionarios que establezca la Ley. Los agentes del Ministerio Público podrán ejercer por delegación, conforme lo determine la Ley, las funciones del Procurador General de la Nación” (artículo 219). En su artículo 220 se regulan las funciones del Ministerio Público, autónomas respecto de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En el similar 221 se prevé que “Para ser Procurador General de la Nación y Procurador de la Administración se necesitan los mismos requisitos que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Ambos serán nombrados por un período de diez años”, y entre dichos requisitos están el de “Haber completado un periodo de diez años durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, cualquier cargo del Órgano Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal Electoral o de la Defensoría del Pueblo que requiera título universitario en Derecho, o haber sido profesor de Derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria” (artículo 204).

Conforme al Código Judicial de la República de Panamá, “El Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración y sus suplentes, serán nombrados mediante acuerdo del Presidente de la República con el Consejo de Gabinete, con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo” (artículo 330); mientras que “Los agentes del Ministerio Público son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la ley, pero están obligados a acatar aquellas disposiciones legítimas que sus superiores emitan en el ejercicio de sus atribuciones legales” (artículo 331).

En este orden de ideas, la Constitución Nacional de la República de Paraguay, de 1992, en su artículo 266 previene que “El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones. Lo ejercen el Fiscal General del Estado y los agentes fiscales, en la forma determinada por la ley” (artículo 266). Entre tanto, “Para ser Fiscal General del Estado se requiere tener nacionalidad paraguaya; haber cumplido treinta y cinco años, poseer título

universitario de abogado, haber ejercido efectivamente la profesión o funciones o la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica durante cinco años cuanto menos, conjunta, separada o sucesivamente. Tiene las mismas incompatibilidades e inmunidades que las establecidas para los magistrados del Poder Judicial” (artículo 267). Asimismo, “El Fiscal General del Estado tiene inamovilidad. Dura cinco años en sus funciones y puede ser reelecto. Es nombrado por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura” (artículo 269), mientras que “Los agentes fiscales son designados, en la misma forma que establece esta Constitución para los jueces. Duran en sus funciones y son removidos con iguales procedimientos. Además, tienen las mismas incompatibilidades e inmunidades que las determinadas para los integrantes del Poder Judicial” (artículo 270).

Al hilo de lo anterior, la Ley Orgánica del Ministerio Público de Paraguay (Ley Núm. 1562) confirma que “El Ministerio Público es un órgano con autonomía funcional y administrativa, que representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales para velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales; promover la acción penal pública en defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y los derechos de los pueblos indígenas, y ejercer la acción penal en los casos en que para iniciarla o proseguirla no fuese necesaria instancia de parte” (artículo 1); al tiempo que precisa que “En el cumplimiento de sus funciones ante los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público actuará en el marco de la ley con independencia de criterio. El Ministerio Público ejercerá sus funciones en coordinación con el Poder Judicial y las demás autoridades de la república, pero sin sujeción a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura. El Ministerio Público tendrá una partida específica en el Presupuesto General de la Nación y administrará con autonomía los recursos que le sean asignados, sin perjuicio de los controles que establecen la Constitución Nacional y la ley” (artículo 2).

Por último —según se apuntara—, se presenta el caso de Colombia. En este país, el Ministerio Público es un organismo de control de legalidad, mientras que la Fiscalía General de la Nación sería la encargada del ejercicio de la acción penal y de la

investigación de los delitos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 249 de la Constitución Política colombiana. Hecha esta precisión, es oportuno decir que de acuerdo con lo previsto por el artículo 249 de dicha Ley Suprema, “La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley. El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal” (artículo 249). Lo anterior es tenido en cuenta, en este caso y en general, por la Ley 938 de 2004, del 30 de diciembre, por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, de Colombia.

En Europa, y concretamente en España, la vigente Constitución de 1978 establece que “El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad” (artículo 124). Mientras que “El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial” (artículo 124).

Por su parte, la Ley 12/2000, del 28 de diciembre, modificación de la Ley 50/1981, del 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dispone que “El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial,⁹ y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme

⁹ Lo cual claramente reduce su papel (el del Ministerio Fiscal), sobre todo en la fase preliminar o de instrucción (precisamente con el Juez de Instrucción), como lo pone de manifiesto, por ejemplo, Jesús Bernal Valls, “Apuntes sobre la posición del Ministerio Fiscal en el proceso penal después

a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad” (artículo 2).

Algo similar se observa en Alemania,¹⁰ en donde el Ministerio Público (*die Staatsanwaltschaft*) está regulado por la *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG) o Ley Orgánica del Poder Judicial alemán, como una autoridad autónoma o independiente de los tribunales (*unabhängig*), según lo previsto por el § 150 de la GVG), pero dentro del régimen de la Administración de Justicia (Título Décimo de la GVG). Por lo demás, la dependencia jerárquica de los funcionarios del Ministerio Público lo será únicamente de sus superiores (*ihres Vorgesetzten*), de conformidad con lo dispuesto por el § 146 de dicha ley.

Las referencias podrían extenderse a muchos otros países con sistemas penales y procesales penales afines al nuestro, sin embargo, consideramos que las aducidas muestran ya suficientemente la tendencia y diversos referentes internacionales hacia modelos de (mayor o menor) autonomía en materia de procuración de justicia.

En fin, todos estos antecedentes de derecho nacional y extranjero confirman no solo la posibilidad de un modelo de autonomía o descentralización del Minis-

de la reforma (Ley 38/2002) de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en Pérez Álvarez, Fernando (ed.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 673 y ss). Por su parte —y no obstante la previsión constitucional y legal, misma que es criticada—, Juan Montero (Montero Aroca, Juan, “El Ministerio Público en España. Un intento de explicación de lo inexplicable”, en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, 1997, p. 306) señala que ni la misión ni las funciones, como tampoco la (in)dependencia, son iguales en tratándose de jueces y fiscales, por lo que “la única conclusión posible es que el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial”, y aboga por considerarlo incardinado en el Poder Ejecutivo, como parte en el proceso penal (Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, p. 310).

¹⁰ Como observa Gómez Colomer, Juan-Luis, “Sobre el Ministerio Público alemán”, en Arroyo Zapatero, Luis A. y Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (dirs.), Nieto Martín, Adán (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha/ Universidad de Salamanca, 2001, vol. II, p. 784), “El Ministerio Fiscal, la Fiscalía, es una autoridad de la Administración de Justicia, una autoridad autónoma dentro de la misma”. Y quien advierte que “Los Fiscales en Alemania han de tener la misma capacidad que se exige para ser Jueces” (Gómez Colomer, Juan-Luis, *op. cit.*, p. 787), con principios políticos, tareas y jerarquías diferenciadas de éstos; aunque, como sostienen algunos, se rigen por los mismos “... principios de objetividad, imparcialidad y justicia, así como tendente a la búsqueda del objetivo común, es decir de la ‘verdad material’”, como lo muestra Valentini Reuter, Cristiana, “El Ministerio Público: organización y funcionamiento en la República Federal de Alemania”, en *Justicia y sociedad*, México, UNAM, 1994, p. 359.

terio Público en nuestro caso, sino que al mismo tiempo nos permiten advertir ya algunas ventajas y posibles desventajas derivadas de dicho modelo.

Con todo, tocaría antes detenernos en las modalidades y grados de descentralización para, de esta forma, estar en mejores posibilidades de valorar las ventajas y desventajas del modelo de autonomía.

MODALIDADES Y GRADOS DE AUTONOMÍA O DESCENTRALIZACIÓN

En esta tesitura, y teniendo presentes los antecedentes de la descentralización, podemos advertir fácilmente distintas modalidades y grados —íntimamente relacionados entre sí— de autonomía del Ministerio Público. Sobre las modalidades de descentralización o autonomía, habremos de distinguir entre las relativas a los distintos poderes del Estado (ejecutivo, judicial y legislativo), en una clasificación *a minus ad maiore*. Finalmente, se pondrán de manifiesto los distintos grados de descentralización o autonomía, atendiendo a las disposiciones concretas dentro de cada una de las modalidades.

A) Modalidades

a) Respecto del Poder Ejecutivo. Esto significa que el Ministerio Público no dependería del Poder Ejecutivo, pero sí del judicial o del legislativo, tal y como, en el derecho internacional, ocurre en el caso de Colombia o España, según se ha expuesto.

b) Respecto del Poder Judicial. Ahora bien, el que la institución que nos ocupa no dependa del Ejecutivo ni, en este caso, del Poder Judicial, no significa que no pueda depender en alguna medida del Legislativo —si bien esto prácticamente no se observa en sistemas similares al nuestro—, tal y como se verá en los grados de autonomía o descentralización.

c) Respecto del Poder Legislativo. Esta modalidad de autonomía, la más amplia —según nuestro esquema—, implicaría que el Ministerio Público no dependa de ninguno de los poderes de Estado. Ello, sin embargo, no significa que, como

organismo autónomo del Estado, no deba estar en coordinación y sujeto a control por el resto de los poderes públicos. Ejemplo de ello serían, en el ámbito internacional, los casos de Argentina y Ecuador; mientras que en el nacional los casos de Chiapas, Guerrero y Veracruz.

B) Grados

a) Atendiendo a los nombramientos y designaciones. No cabe duda, el nombramiento y designación de procuradores, fiscales y demás integrantes de las procuradurías generales de justicia, o fiscalías generales, tiene especial relevancia en un determinado modelo de descentralización. En efecto, dependiendo de esto se puede establecer un mayor o menor grado de dependencia o autonomía.

b) Atendiendo a las destituciones o remociones. Algo similar puede decirse tratándose de las destituciones o remociones de quienes presiden las procuradurías o fiscalías. En efecto, la previsión legal de que, por ejemplo, un procurador pueda ser “libremente removido” por el titular del ejecutivo no contribuye a un modelo de autonomía o descentralización de la institución del Ministerio Público.

Por otra parte, estarían los diversos controles que recaen sobre las procuradurías o fiscalías, en el sentido de rendir informes periódicos o determinadas informaciones a los poderes del Estado, específicamente al Legislativo (cámaras, congresos, etcétera).

Así pues —en términos generales—, y aun cuando se establezca que el Ministerio Público tendrá una “autonomía funcional”, lo cierto es que mientras no exista una autonomía amplia (*stricto sensu*), considerando a las modalidades y grados indicados, aquel seguirá dependiendo de una u otra forma de los poderes del Estado.

PRINCIPALES VENTAJAS Y DESVENTAJAS
DE LA AUTONOMÍA O DESCENTRALIZACIÓN

Si por mandato constitucional, entre las funciones del Ministerio Público está la de investigar los delitos, habría que apuntar las principales ventajas y posibles desventajas en ese sentido que traería la autonomía o descentralización del Minis-

terio Público y de las procuradurías generales de justicia o fiscalías generales con respecto al Poder Ejecutivo, todo ello dentro del marco jurídico-constitucional.

Así pues, a continuación se expresan, de manera sucinta y enunciativa, algunas de las principales ventajas que traería consigo el modelo de autonomía o descentralización. Acto seguido, y de la misma forma, se indican algunas de las posibles desventajas del mismo.

A) Ventajas

Al considerar las diversas formas como podrían clasificarse y enunciarse las ventajas, éstas podrían ser, en lo tocante a:

a) Principio de legalidad. La observancia de este principio —fundamental en todo ordenamiento jurídico— se vería favorecida en la medida en que, dada la autonomía de Ministerio Público, se tendría certeza de que este inicia la indagatoria y sigue el curso del proceso hasta el pronunciamiento de la sentencia por el juez, sin consideraciones —a favor o en contra— a determinadas personas pertenecientes o afines al poder público. Con esto, la certeza en la aplicación de la ley (penal, en este caso) redundaría en el reforzamiento de la vigencia del Estado de derecho.

b) División de poderes. Este principio, propio de todo Estado democrático de derecho, reclama que los distintos poderes del Estado se limiten a sus respectivas esferas de competencia. En el caso que nos ocupa, y advirtiendo las distintas atribuciones de índole jurisdiccional que tiene el Ministerio Público, entendidas en sentido amplio, bien puede cuestionarse como una injerencia del Poder Ejecutivo en esferas de competencia que, conforme a lo apuntado, no le corresponden. Además, un modelo democrático precisa la redistribución del poder.

c) Autonomía presupuestaria. Una partida presupuestaria autónoma permitiría atender mejor las necesidades de la procuraduría o fiscalía y del Ministerio Público, pues al contar con una partida específica en el presupuesto del Estado dichas instituciones no se verían afectadas por las “crisis” económicas del Poder Ejecutivo ni por decisiones políticas ajenas a la procuración de justicia.

B) Desventajas

a) Reestructuración de las instituciones implicadas. No cabe duda, implementación de un modelo de autonomía o descentralización traería consigo la necesidad de una reestructuración —por pequeña que esta sea—, tanto de orden normativo como, posiblemente, de orden material, de las procuradurías o fiscalías y del ministerio público, como principales instituciones implicadas.

b) Posible retraso de los proyectos de procuración de justicia. A consecuencia de dicha reestructuración es posible que algunos proyectos de procuración de justicia se vieran retrasados.

CONCLUSIONES

Conforme a lo revelado por los modelos que sirvieron de referencia en este estudio, se propugna por un modelo de autonomía alternativo a la actual centralización —prevaliente en este y otros estados de la república mexicana.

Dentro de los varios modelos de autonomía o independencia que podrían tener la Procuraduría General de Justicia o Fiscalía General y el Ministerio Público estatales, se propugna por un modelo amplio, de corte liberal, garantista, plural, democrático y respetuoso del Estado de derecho. Este se correspondería con uno en el que la Procuraduría General de Justicia del Estado se erigiera como órgano constitucional autónomo.¹¹ Un órgano constitucional autónomo tiene (o puede tener), entre otras —e independientemente del orden y de la forma de clasificación—, las siguientes características: inmediatez constitucional, importancia constitucional, dirección común con la política estatal, paridad de rango con otros poderes estatales, autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, supremacía de sus decisiones, configuración propia, carácter apolítico, transparencia y responsabilidad, imparcia-

¹¹ “Los órganos constitucionales autónomos podemos definirlos como aquellos inmediatos y fundamentales establecidos en la Constitución y que no se adscriben claramente a ninguno de los poderes tradicionales del Estado” (Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 2, p. 281).

lidad y garantías internas para sus miembros.¹² Ahora bien, sobre su denominación, conforme a nuestro marco constitucional, sería la de “Fiscalía General del Estado”, en lugar de la actual “Procuraduría General de Justicia del Estado”, o de otras, como “Ministerio Fiscal”,¹³ prevista en el sistema jurídico español, por ejemplo.

Sobre su autonomía y organización, para la configuración de un modelo como el que se comenta, sería preciso contar con una estructura de la “Fiscalía General del Estado” y del Ministerio Público descentralizadas, en mayor medida respecto de los poderes del Estado,¹⁴ y en una menor en cuanto a su estructura interna.

¹² Al respecto, se podría criticar que ello refleja una falta de legitimidad democrática y una orientación “tecnicista” en la procuración de justicia, en este caso. Sin embargo, habrá que tener presente que esto mismo ocurre en casos como el Poder Judicial, en los que nadie pugnaría seriamente en contra de su existencia como tal (autónomo respecto del Poder Ejecutivo). Además, su funcionamiento habría de estar ajustado a derecho y a la correspondencia con instituciones democráticas. A mayor abundamiento, la fundamental y clásica división tripartita de poderes no es ya óbice para una tal propuesta, dadas las actuales condiciones y necesidades del complejo Estado moderno, pues como se observa: “Los exégetas de Montesquieu deben por tanto reformular su teoría y aplicarla a los sistemas políticos contemporáneos, pues en el mundo entero aparecen órganos y entes que no podemos encasillar en los tres poderes típicos y tradicionales [...] La realidad impone nuevos órganos capaces de disminuir la ascendencia de alguno de los poderes clásicos, pero también de restringir y sujetar al derecho a los otros ‘poderes’ sociales, políticos y económicos [...] Representan [los órganos constitucionales autónomos] una evolución en la teoría clásica de la división de poderes, porque se entiende que puede haber órganos ajenos a los poderes tradicionales sin que se infrinjan los principios democráticos o constitucionales” (*Ibidem*, pp. 280-281).

¹³ Por cierto, duramente criticada por Juan Montero Aroca, cuando señala que “La complejidad de la figura se manifiesta en España incluso en el nombre: Ministerio Fiscal. Existen pocas expresiones tan desafortunadas como ésta, pues ninguna de las dos palabras da una idea cabal de lo que la figura significa, sino que son la primera manifestación de la contribución española a la confusión. No estamos ante un ‘Ministerio’, en el sentido de departamento en los que se organiza el poder ejecutivo (lo que en México se llama Secretaría, manteniendo la vieja denominación española), pero es que, además, si tomamos la palabra en sentido de oficio, cargo, empleo u ocupación, su significado sería tan general que acabaría por no significar nada. Tampoco tiene realidad la palabra ‘fiscal’ que guarda relación con el fisco, con la hacienda pública; es posible que, en su origen histórico, el Ministerio Fiscal asumiera funciones de esa naturaleza, pero de eso hace ya mucho tiempo. Resulta así que la denominación se mantiene en España porque no se ha encontrado otra mejor, que sea mayoritariamente aceptada. Es decir, hablamos de Ministerio Fiscal porque no hemos sido capaces de nombrarlo de otra manera” (Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, nota 9, p. 302).

¹⁴ Por lo demás, el hecho de que la Procuraduría o Fiscalía y el Ministerio Público estatales no se inscriban, según el modelo propuesto, dentro de los poderes Judicial o Legislativo, tiene su explicación. Respecto del primero, cabría decir que su dependencia no dejaría de ser, por

Así pues, aquí los principales elementos podrían ser:

- a) Autonomía de la Fiscalía General de Justicia del Estado respecto de los poderes del Estado.
- b) Creación de un Consejo de la Fiscalía que administre y organice la estructura interna de la institución.
- c) Presupuesto propio, con reglas y políticas certeras y particulares.
- d) Decisión independiente de designaciones. Dicho papel es relevante para la propia Fiscalía, de conformidad con el modelo de autonomía planteado y sobre la base del servicio de carrera, con las excepciones correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA

A) *Doctrina:*

BERNAL VALLS, Jesús, “Apuntes sobre la posición del Ministerio Fiscal en el proceso penal después de la reforma (Ley 38/2002 de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004.

lo menos, extraña y quizá sospechosa, al influir —de una u otra manera— en la procuración de justicia como “parte” o “cuasiparte” y, al mismo tiempo, al administrar la justicia, en este caso como órgano juzgador. Ciertamente, podrían compartir algunas funciones de tinte jurisdiccional (bajo una interpretación *lato sensu*) —como ya se apuntara—, pero eso no significa, ni mucho menos, que una deba quedar subsumida a la otra —en el caso, la Procuraduría o Fiscalía dentro del Poder Judicial. Dicho en otros términos: las semejanzas —de cara a la actualización de la justicia— no suponen su interdependencia (supra/subordinación), al contrario, conllevan el respeto a sus competencias diferentes —y acaso complementarias—. Asimismo, habría que ponderar el (enorme) poder que engendraría para el Poder Judicial la adscripción de la Procuraduría o Fiscalía al mismo, hecho que no coincide con el corte del modelo propuesto —en términos generales, de redistribución de poderes.

Ahora, respecto del Poder Legislativo, está claro que la Procuraduría o Fiscalía, así como el Ministerio Público, no podrían depender de ese Poder, pues sus ámbitos de competencia difieren sustancialmente. Resulta, pues, ajena a las competencias del Poder Legislativo la estricta procuración de justicia, la investigación de los delitos y su persecución ante los tribunales. Con todo, ello no significa que las instituciones de procuración de justicia no puedan (o deban, incluso) rendir informes al Congreso —aparte de alguna otra intervención puntual del poder legislativo en la esfera (externa) de aquellas.

- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “Necesaria diversificación constitucional del Ministerio Público Federal y del Procurador General de la República”, en *Liber ad honorem*, Sergio García Ramírez, t. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/117/7.pdf>
- CARBONELL, Miguel, “Reflexiones sobre el monopolio de la acción penal y la autonomía del Ministerio Público”, en CARBONELL, Miguel (coord.): *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “La ubicación constitucional del Ministerio Público”, en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, 1997.
- CARPIZO, Jorge, “El Ministerio Público chiapaneco como órgano constitucional autónomo”, en *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 14, enero-junio, 2006.
- DUCE J., Mauricio, “El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios”, en *Revista de Justicia Mexicana*, México, núm. 6.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Presente y futuro del Ministerio Público en México”, en CARBONELL, Miguel (coord.): *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La reforma constitucional del Ministerio Público”, en *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, UNAM, colección *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 19, 1996.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, “Sobre el Ministerio Público alemán”, en ARROYO ZAPATERO, Luis A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dirs.), NIETO MARTÍN, Adán (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol. II, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001.
- MONTERO AROCA, Juan, “El Ministerio Público en España (Un intento de explicación de lo inexplicable)”, en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, 1997.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público”, en *Justicia y sociedad*, México, UNAM, 1994.
- VALENTINI REUTER, Cristiana, “El Ministerio Público: organización y funcionamiento en la República Federal de Alemania”, en *Justicia y sociedad*, México, UNAM, 1994.

B) Legislación:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guanajuato.
Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas.
Constitución Nacional de la República Argentina.

Constitución Política de la República de Ecuador.
Constitución Política del Perú.
Constitución Política de la República de Panamá.
Constitución de la República de Paraguay.
Constitución Política de Colombia.
Constitución Española.
Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para el Estado de Guanajuato.
Ley Orgánica del Ministerio Público del Estado de Guanajuato.
Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Chiapas.
Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Guerrero.
Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.
Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de Argentina.
Ley Orgánica del Ministerio Público de Ecuador (vigente en 2000).
Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.
Ley Orgánica del Ministerio Público del Perú.
Código Judicial de la República de Panamá.
Ley Orgánica del Ministerio Público de Paraguay.
Ley por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación de Colombia.
Ley por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en España.
Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) (Alemania).

La importancia de la mediación comunitaria para la prevención del delito

Mgda. Gabriela Espinosa Castorena

INTRODUCCIÓN

Nuestro país no puede permanecer indolente ante la problemática social que enfrentamos, ya que actualmente no hay entidad federativa que escape de la violencia y, por ende, de la inseguridad. Es imperante el emprender acciones eficientemente articuladas y coordinadas entre los diversos órdenes de gobierno, a través de los poderes que asumen las funciones básicas del Estado, con la integración de las instituciones educativas, las organizaciones no gubernamentales y la propia comunidad, para lograr la gestión del conflicto, con el objetivo de ir ganando espacios de paz que favorezcan la transformación que anhelamos.

Las acciones no pueden ser aisladas, por lo que requieren una planeación y ejecución conjunta, y precisamente una de las acciones propuestas es la implementación de la mediación comunitaria como recurso para la prevención del delito, clarificando que no se pretende erradicar el conflicto social, ya que es parte de la

naturaleza humana y, por ende, de la vida en un espacio común dentro de la sociedad. Lo que se persigue es que se visualice ese mecanismo alternativo de solución de controversias como una forma de atender las problemáticas que se presentan en el ámbito social, partiendo de un proceso de aprendizaje de gestión del conflicto, el cual debería ser parte de la formación de niños, niñas y jóvenes en México, pues resulta evidente la escasa tolerancia a la diferencia y, en consecuencia, la propagación de la discriminación.

Una de las bondades que observamos en la mediación es que se parte de un plano de igualdad, donde todas y todos tenemos los mismos derechos, gozando de equidad en el acceso a las oportunidades y teniendo a nuestro alcance mecanismos distintos al litigio para hacer efectiva la justicia.

EL CONFLICTO

Desde una perspectiva global, el conflicto es inherente al ser humano y se presenta en la medida en que este interactúa con el otro. De acuerdo con la definición que nos aporta la Real Academia Española, el *conflicto* involucra combate, lucha, enfrentamiento, apuro, situación de difícil salida.¹ Sin embargo, dentro de la ideología oriental, el conflicto tiene un doble significado, ya que no se percibe únicamente como un problema o algo negativo, sino que representa una crisis o una oportunidad.²

El conflicto que surge de la convivencia diaria pertenece a las personas involucradas, aunque las consecuencias invaden no solo la esfera individual, también la colectiva.

El origen del conflicto se encuentra en la dificultad de aceptar la divergencia en la forma de pensar y actuar, de reconocer que, aunque dispares en intereses, todas las personas involucradas en un problema son valiosas, concordando esta última aseveración con respecto al valor de la persona que afirma Hidalgo Mu-

¹ *Diccionario de la lengua española*, vigésimo tercera edición, Real Academia Española, 2014, <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

² Fierro Ferrández, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, 5.^a reimpresión, México, Oxford University Press, CIDE, 2013, p. 2.

rillo: “la dignidad de la persona humana es la razón principal que da fundamento a los mecanismos alternativos de solución de controversias, aunque parece que se busca la solución del conflicto”.³ Encontramos que, en efecto, para ser partícipe de la justicia alternativa se requiere el respeto y la aceptación de que el otro goza de la misma dignidad, por ser persona, independientemente del origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra, conforme se dispone en el artículo primero de nuestra carta magna.⁴

Revertir la percepción negativa de los conflictos que tiene la sociedad, buscando mantener una noción positiva de los mismos, ayuda a que sus miembros adquieran un empoderamiento que los haga capaces de superar tensiones y de mejorar sus relaciones a futuro, viendo los problemas como situaciones de cambio y no como obstáculos.⁵

Tratándose del conflicto comunitario:

[...] se ubica entre los de individuos que comparten o se desenvuelven en un ambiente común, produciendo invasión a sus espacios vitales y, por lo tanto, fricciones que desembocan en conflictos, y es aquel que se presenta entre grupos sociales, producto de las diferencias que se susciten por cuestiones relacionadas con la convivencia diaria entre los miembros de una misma comunidad y que guarda una vinculación directa con situaciones relativas a las viviendas, a las calles y, en general, con el comportamiento de los vecinos.⁶

³ Hidalgo Murillo, José Daniel, *mecanismos alternativos en el proceso acusatorio (Desde el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Mecanismos)*, México, Flores Editor y Distribuidor (Serie Nuevo Sistema Penal Acusatorio), 2015, p. 32.

⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, <http://www.poderjudicialags.gob.mx/Resources/Marco/27.08.2018.pdf>

⁵ Cabello Tijerina, Paris Alejandro, “Teoría y gestión del conflicto”, en Gorjón Gómez, Francisco Javier, y Chávez de los Ríos, Rodolfo (coords.), *Manual de mediación penal, civil, familiar y justicia restaurativa para mediadores, facilitadores e instructores, guía práctica para capacitación y certificación*, México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 70.

⁶ Márquez Algara, *Mediación comunitaria y prevención del delito*, México, Porrúa/Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2016, pp. 152-153.

De ahí observamos que ese tipo de conflictos puedan ser desde la obstrucción de cocheras, la presencia de desechos de mascotas afuera de la vivienda de algún vecino, el uso de aparatos de sonido con un alto volumen, niños que juegan en la calle y golpean vehículos o casas, daños en propiedades contiguas por humedades o grietas, hasta conflictos por deudas, uso de alcohol o enervantes en la vía pública, robos o riñas; conflictos que ya no solo afectan la tranquilidad, sino también el patrimonio y salud de las personas que viven en comunidad.

No obstante, hay que distinguir el conflicto de la violencia. Esta última se define así:

El uso deliberado del poder o de la fuerza física, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. Quedan incluidas las diversas manifestaciones que tiene la violencia como la de género, la juvenil, la delictiva, la institucional y la social, entre otras.⁷

Por lo anterior, resulta indispensable la aplicación de una política pública consistente con la prevención del delito a través de la mediación comunitaria, la cual tiene como pilar la gestión positiva del conflicto. Se puede señalar, siguiendo a Aguilar Villanueva, quien define así la política pública:

[...] conjunto de acciones intencionales y causales, orientadas a la realización de un objetivo de interés/beneficio público, cuyos lineamientos de acción, agentes, instrumentos, procedimientos y recursos se reproducen en el tiempo de manera constante y coherente. La estructura estable de sus acciones durante un cierto tiempo es lo específico y lo distintivo de ese conjunto de acciones de gobierno.⁸

⁷ *Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSVD.pdf>

⁸ Aguilar Villanueva, Luis F., *Política pública*, México, Biblioteca Básica de Administración Pública DF, Siglo XXI Editores, 2011, p. 29, en Cruz Razo, Juan Carlos, *Políticas públicas judiciales para el Poder Judicial de la Federación*, pp.11-12, www.votoparticular.com

A través de una política pública que privilegie la solución pacífica de conflictos podremos hacer frente, desde este ámbito, a la inseguridad, así como a la injusticia que enfrenta la sociedad mexicana, donde podrán intervenir los distintos órdenes de gobierno, así como instancias educativas y de la sociedad civil, sin perder de vista que es el ayuntamiento el órgano que puede tener a su cargo la ejecución directa de los programas de mediación comunitaria, al ser la autoridad más cercana a la población. La seguridad pública comprende dentro de sus funciones la prevención del delito, por lo que no debe ser vista únicamente como persecutora de conductas antisociales, lo que se busca es la paz social. En cuanto a cifras, encontramos que durante 2017 ingresaron 101 mil 038 personas a centros penitenciarios y a centros de tratamiento e internamiento para adolescentes a cargo de las entidades federativas, mientras que al fin de ese periodo se encontraban privadas de libertad 181 mil 999 personas.⁹ Dicha cantidad de personas reclusas nos da un panorama del índice delictivo en nuestro país, ya que, como sabemos, es mínimo el porcentaje de personas que enfrentan un proceso judicial en relación con el número de hechos, y hasta la fecha el incremento de las penas o el robustecimiento del sistema penitenciario no han tenido impacto, siendo la justicia restaurativa un tópico pendiente de fortalecer.

LA MEDIACIÓN Y SUS PRINCIPIOS

La justicia alternativa “es el conjunto de modelos o formas empleados para la solución de controversias, distintos a los utilizados en el sistema de justicia ordinario, estos modelos suelen denominarse MASC y generalmente están integrados por la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje”.¹⁰

⁹ Comunicado de Prensa núm. 498/26, 26 de octubre de 2018, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/cgspspe2018.pdf>

¹⁰ Rangel Gadea, Óscar, “Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. La aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el procedimiento penal”, en *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, revista de investigación especializada en temas jurisdiccionales*, México, año VII, núm. 18, agosto 2014, pp. 192-193.

Tratándose de mecanismos alternativos de solución de controversias, estos han demostrado su importancia al haberse logrado su incorporación en nuestra carta magna, consagrándose a partir del 18 de junio de 2008 en el texto del artículo 17 constitucional, quinto párrafo, que dispone: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.¹¹

Así, se constituyen como mecanismos eficaces para ampliar el acceso a la justicia. Prueba de ello es la adición de un tercer párrafo, conforme a la publicación realizada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 2017, que prevé: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.” Si bien es cierto, no hace referencia expresa a la justicia alternativa, el objetivo que persigue es precisamente la solución del fondo del conflicto.

Sin lugar a duda, con dichos cambios constitucionales nos encontramos frente a un nuevo marco:

[...] un nuevo escenario legal, donde el Juez sigue y seguirá teniendo un peso muy específico, y se mantendrá siempre como el principal sancionador de la norma jurídica, pero también lo es que el proceso judicial dejó de ser el único medio de acceso a la justicia, es por eso que, nuestra visión como sociedad y como órgano de impartición de justicia es que los ciudadanos encuentren por sí mismos acuerdos viables y duraderos, a través del diálogo asertivo entre aquellos que se vean involucrados en algún conflicto.¹²

¹¹ Hidalgo Murillo, José Daniel, *op. cit.*, nota 4.

¹² Montoya González, Roberto, “Maximizando la utilidad de los mecanismo alternativos para la solución de conflictos: una forma de ampliar y facilitar el acceso a la justicia”, en Valadez Reyes, Miguel (coord.), *Mecanismos alternativos de solución de controversias*, México, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, Escuela de Estudios e Investigación Judicial, 2014, p. 95.

Dentro de los distintos mecanismos, la mediación ha ido abriéndose paso como una opción, la cual, como método alternativo para la gestión de conflictos, podemos conceptualizar así: “una forma no adversarial cuyo objetivo es buscar, y facilitar la comunicación entre las partes a través de la intervención de un tercero imparcial, idóneo y cualificado, mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de las partes, que ponga fin al conflicto o controversia”.¹³

Asimismo, se ha definido como “un proceso comunicativo que tiene por objeto ofrecer a las partes la posibilidad de obtener un acuerdo negociado acorde a sus intereses. Este proceso debe amoldarse a la idiosincrasia de cada conflicto. La adaptación del proceso supone en sí mismo una aceptación explícita del protagonismo de las partes, de respeto a su dignidad y de la ausencia total de poder decisorio por parte del mediador”.¹⁴

En efecto, se trata de que exista una participación más activa para solucionar el conflicto con respeto a la diversidad de opiniones y la promoción de la confianza. En cuanto a la naturaleza jurídica de la mediación, esta reside en ofrecer una alternativa a la sociedad para resolver pacíficamente los conflictos con una buena comunicación, buscando llegar a una solución con ventajas para todos, persiguiendo además que se establezca una nueva relación entre las partes en conflicto, basada en el respeto y la confianza.¹⁵

Los principios que rigen los procesos de mediación son la voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, imparcialidad, neutralidad y honestidad.

Un aspecto fundamental en el proceso de mediación es la voluntariedad, ya que las partes deciden libremente iniciar el proceso, así como permanecer en la mesa de diálogo, respetando su autodeterminación. Respecto a este principio, el

¹³ Peña Yáñez, Ma. Ángeles, *El Proceso de Mediación, Capacidad y Habilidades del Mediador*, Madrid, Dykinson, 2013, Colección Práctica de Mediación, p. 11.

¹⁴ Puentes, Salvador y Hernández Martha, *La Mediación, un acercamiento a la justicia comunitaria*, Ciudadanos, Derechos y Conflictos, México, Tribunal Superior de Justicia, Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2009, p. 66.

¹⁵ Cervantes Bravo, Irina Graciela *et al.* (coords.), *Justicia alternativa en México, Mediación, Conciliación y Arbitraje, Un estudio referido al sistema jurídico mexicano*, México, Universidad Autónoma de Nayarit, 2009, pp. 18-19.

gran reto de la mediación es, primero, que las personas conozcan de su existencia, y segundo, que rompan la barrera que les limita a acercarse al servicio, ya que lamentablemente en un porcentaje elevado las personas no acuden a la cita, pues al no ser una obligación no ven una consecuencia real o inminente derivada de su inasistencia, sin embargo, la secuela será la posible presentación de una demanda en su contra, que acrecentará el conflicto y traerá efectos económicos y legales. La confidencialidad permite generar un ambiente de confianza, donde lo que se busca es explorar el conflicto con la certeza de que no se va a divulgar lo que se dialogue para entender las causas del mismo y encontrar opciones viables de solución.

La flexibilidad del proceso lo hace distinguirse de los procedimientos formales y rígidos donde, si bien, habrá etapas, la participación activa de los involucrados y la creatividad toman el papel central. La imparcialidad y neutralidad son fundamentales, ya que no se va a hacer distinción entre las y los mediados, no se involucran prejuicios o creencias, a fin de no romper con el equilibrio en las relaciones de las partes, implicando además un claro sentido de responsabilidad y ética del mediador(a), ya que deberá ser a su vez un agente de realidad. El mediador(a) no solo debe ser, sino además parecer imparcial, ya que es un tercero ajeno a los intereses de las personas en conflicto. No puede ser juez y parte, no puede interrogar, ni asumir una posición de decisión. Es importante destacar que el mediador(a) no se inclina por alguna de las partes, ni trata de indagar quien dice la “verdad”, solo busca conducir a las partes a encontrar la satisfacción de sus intereses para lograr la solución del conflicto. Ser “neutral se refiere a la condición de que el mediador no debe involucrar sus propias emociones en el conflicto e imparcial a que no debe favorecer a alguna de las partes en especial”.¹⁶

Respecto al principio de la honestidad, el mediador(a) habrá de excusarse de conocer algún asunto en lo que pudiera verse controvertido el mantenerse ajeno a los intervinientes o a sus intereses. El proceso de mediación, así como el acuerdo que se alcance, debe estar regido por la legalidad, ya que únicamente se puede convenir

¹⁶ Anguiano González Antonio, “Validez de la mediación para solucionar los conflictos (Una forma diferente de abordar la justicia y el derecho)”, en *Revista El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*. Justicia Alternativa, México, año II, No. 2, abril 2009, p. 194.

sobre derechos que estén a disposición de los mediados y con apego a la norma. Se busca que a través de la mediación se logre un acuerdo libre, espontáneo y voluntario, y para que este sea cumplido deben ser cumplibles los compromisos adquiridos.

Es importante mencionar los principios rectores que fueron adoptados en el artículo 4.º por la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal: voluntariedad, información, confidencialidad, flexibilidad y simplicidad, imparcialidad, equidad y honestidad. Se observa que en la fracción segunda se incorpora el relativo a que debe darse información a los intervinientes de forma clara y completa, haciendo saber sus consecuencias.¹⁷

Otro aspecto importante es la gratuidad del proceso cuando se realiza por instancias públicas, lo cual lo hace cercano a la población. En ese sentido, Márquez Algara sostiene que existe un mayor acceso a la justicia alternativa que a la formal, ya que derivado de la gratuidad de los servicios, al no requerirse la contratación de un abogado, estos están al alcance de los habitantes del Estado, existiendo servicios móviles que los llevan a lugares remotos.¹⁸ De esa forma, a través de una unidad móvil o itinerante se puede acercar el servicio de mediación a comunidades alejadas de donde se ubican las oficinas de procuración e impartición de justicia, haciendo efectiva la justicia para todas y todos.

LA MEDIACIÓN COMUNITARIA

La mediación tiene dos vías que convergen, el ser un derecho y también una necesidad, por lo que no pueden ser excluyente, teniendo como fundamento la igualdad de las personas. Así encontramos la siguiente tesis:

¹⁷ *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf

¹⁸ Márquez Algara, María Guadalupe, *Evaluación de la justicia alternativa*, Porrúa/Universidad Autónoma de Aguascalientes, México, 2012, p. 170.

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO.

Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, *en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más.* Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias “son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita [...], permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la *responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo*”; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 278/2012. Alfonso Ponce Rodríguez y otros. 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

En los años recientes se ha puesto de manifiesto que un tema que preocupa a los ciudadanos es el de la seguridad y el de la justicia, por lo que deben ser estos los primeros interesados en su solución. Jorge Pesqueira Leal acertadamente señala que es indispensable un entorno que favorezca el quehacer de los sistemas familiar y escolar, a fin de que la comunidad cumpla con su función de agente socializador de niños y adolescentes, fungiendo la comunidad como familia extendida. Sin embargo, reconoce la proliferación de conflictos abordados de manera destructiva en la que los vecinos tienen una actitud propensa a preservar y agravar las disputas, donde el barrio se convierte en un lugar inseguro y se multiplican las conductas delictivas.¹⁹

Es precisamente en ese entorno donde encontramos la mediación comunitaria, la cual, como parte de la mediación social, “aboga por la reconstrucción de la convivencia y de los vínculos sociales a partir de la participación voluntaria y activa de los ciudadanos en la gestión de los conflictos que les atañen. Proclama como metodología de trabajo, el respeto para todas las personas y la aceptación legítima de sus opiniones e intereses por el simple hecho de ser personas, de ser ciudadanos que pertenecen a la ciudad”.²⁰

La importancia de la mediación comunitaria radica en que, al tratarse de conflictos entre personas que comparten una misma calle, colonia, comunidad, tiene su origen en “el hecho de compartir, de manera diversa, el espacio, los servicios, las relaciones, las responsabilidades y los desafíos”.²¹ Por lo tanto, resulta trascendente el que pueda conservarse el vínculo existente, pues no se trata de personas

¹⁹ Pesqueira Leal, Jorge, *Mediación: menores en riesgo e infractores en el contexto de la seguridad pública en México*, México, Universidad de Sonora/Instituto de Mediación de México, 2005, p. 48.

²⁰ Puentes, Salvador, Hernández, Martha, *op.cit.*, nota 14, p. 68.

²¹ *Ibidem*, p. 67.

que sean ajenas, cuya convivencia diaria resulte improbable, ya que ellos y sus familias continuarán teniendo interacción.

La reciprocidad es piedra angular de la mediación comunitaria, y de ella emergen dos elementos clave: el respeto y el reconocimiento del otro, por lo que encontramos coincidencia con lo siguiente:

Del reconocimiento del otro como legítimo en sus opiniones y de respeto a la diferencia de las mismas. Habla de ver al otro como alguien con los mismos derechos y deberes que uno mismo, de verlo con la misma dignidad con la que queremos ser vistos, de hacer por él aquello que esperaríamos que él hiciera por nosotros. Habla de aceptar todas las opiniones, de participar en las situaciones que nos atañen, pero sobre todo habla de ser capaz de respetar las opiniones que no compartimos y de aceptarlas como la base necesaria para construir los acuerdos que nos permitirán avanzar y ser mejores como seres humanos y como comunidad.²²

A través de la mediación comunitaria se busca construir un nuevo contexto social que atienda a la realidad y a la esencia de cada comunidad, donde factores económicos, como lo son la carencia de satisfactores básicos por falta de trabajo o empleo mal remunerado, el nivel educativo, la complejidad y ruptura de las relaciones familiares, así como la violencia, tienen un papel decisivo en los conflictos, agregando además los índices de alcoholismo y drogadicción que aquejan a temprana edad. Entre los objetivos de la mediación comunitaria se señalan los siguientes: “mejorar la comunicación, la comprensión mutua y la empatía entre los miembros de la comunidad (individuos, entidades y asociaciones); capacitar aquellos miembros de las asociaciones de vecinos, de comerciantes u otros interesados en mejorar sus habilidades en negociación y resolución de conflictos; ofrecer un espacio donde los miembros de la comunidad implicados en un conflicto o desacuerdo tengan la oportunidad de trabajar juntos en su resolución e

²² *Ibidem*, p.11.

información sobre recursos que permitirán a las partes en conflicto tomar sus propias decisiones y aplicar soluciones”.²³

Sin duda, y como bien se dice en el ámbito de la mediación, todo proceso lleva su tiempo. El objetivo de la pacificación social se alimenta de la paciencia y también de la perseverancia, y son aspectos clave la responsabilidad personal, la disculpa y, por ende, el compromiso de no repetición del acto.

Es importante destacar la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México, atendiendo al artículo 1, párrafo primero, tiene por objeto establecer reglas mínimas de comportamiento para garantizar la sana convivencia y el respeto entre las personas, promoviendo una cultura de paz y legalidad que fortalezca la convivencia armónica. Para la consecución de lo anterior, en el artículo 2, fracción tercera, se prevé que un valor fundamental es la prevalencia del diálogo, la conciliación y la mediación como mecanismos para la solución de conflictos y el uso de auxiliares para la gestión de los mismos.²⁴

De acuerdo con el artículo 65 de la citada norma:

La mediación comunitaria es un mecanismo no jurisdiccional y voluntario, complementario a la justicia cívica, para gestionar la solución o prevención de conflictos o controversias entre personas, que surgen o pueden suscitarse en una comunidad que comparte valores, intereses o espacios que crean pertenencia, tales como colonias, barrios, unidades habitacionales, unidades o instalaciones deportivas, parques, jardines, mercados públicos y vía pública, entre otros, en el que un tercero imparcial denominado mediador comunitario, les asistirá en el proceso de encontrar soluciones aceptables para todos, y beneficios para la comunidad. El Juez podrá dar intervención al mediador comunitario o por decisión voluntaria de las partes.²⁵

²³ Márquez Algara, María Guadalupe, *op. cit.*, nota 7, p. 125.

²⁴ *Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México*, <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=HyhCeKoVXreNENmlWqWmGWr4zK5EImZx-JXxSWeHkL93Tgw94MeJYhG1Ghivvyhw>

²⁵ *Idem.*

Para la implementación de la mediación comunitaria será necesario reflexionar sobre el tipo de conflictos que se presentan, siendo numerosos los casos que aparecen a diario en los medios de comunicación impresos y electrónicos, donde una fricción por un lugar de estacionamiento ha concluido en un homicidio, o donde una riña entre vecinos termina en tragedia por cuestiones como no respetar una cochera, embriagarse afuera de su vivienda, entre otros.

FORMACIÓN DEL MEDIADOR COMUNITARIO

No es suficiente tener la intención de ayudar a la solución del conflicto, es muy importante invertir tiempo y recursos en la formación de mediadores comunitarios. Si bien, hay quienes cuentan con habilidades, es necesario desarrollar técnicas que permitan conducir el proceso adecuadamente, con el fin de mantener la confianza de quienes han decidido participar en un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Por tanto, se deberá formar a especialistas en mediación comunitaria que puedan gestionar los conflictos entendiendo el entorno social donde trabajan, pudiendo ser miembros de la propia comunidad que sean remunerados por los servicios prestados, a través de fondos para la prevención del delito. Se coincide en lo siguiente: “La mediación comunitaria no es otra faceta a tiempo parcial, de un técnico municipal dedicado a otro servicio. Se debe insistir en el riesgo que se corre al querer reducir ciertos costes añadiendo ligeramente funciones contrapuestas a un mismo profesional. La posición del profesional que informa, asesora, interpreta o decide no es la del mediador”.²⁶ Debe tratarse de un verdadero mediador, que pueda mantener una posición neutral que no atienda a los intereses de alguno de los intervinientes, partiendo de una conducta ética.

Una herramienta fundamental para cualquier mediador(a) es la escucha activa, la cual implica prestar atención a lo que manifiestan las personas para lograr su comprensión. Para ello será indispensable conocer el entorno, la realidad que

²⁶ Puentes, Salvador y Hernández, Martha, *op. cit.*, nota 15, p. 70.

viven, el modo de ser de los vecinos en determinada comunidad, por lo que un tema a analizar será si se requiere una formación profesional específica. Por ejemplo, se adopta en la mayoría de las legislaciones que sea un licenciado en Derecho, o se contempla la posibilidad de capacitar a vecinos que cuentan con un perfil nato, sin importar si cuentan con instrucción a nivel superior, requiriéndose una sensibilidad particular para gestionar los conflictos.

Un elemento que es poco mencionado, tal vez porque no se le da la importancia que tiene, es el del tacto, entendido como “una determinada sensibilidad y capacidad de percepción de situaciones [...] ayuda a mantener la distancia, evita lo chocante, el acercamiento excesivo y la violación de la esfera íntima de la persona”.²⁷ El mediador(a) deberá ser un agente de la ealidad que pueda lograr que las partes identifiquen cómo están y cómo se quieren ver en el futuro, elementos indispensables para avanzar en la solución de su conflicto.

Dentro de los procesos de formación que se realicen no se debe perder de vista que el objetivo del mediador “es ayudar a las personas a incrementar su capacidad de percibir la realidad de modo diferente, para así lograr que se superen ciertas posiciones hasta llegar a que sus intereses y necesidades alcancen un punto intermedio satisfactorio”.²⁸

Asimismo, el mediador(a) comunitario(a) buscará contribuir desde su ámbito a la prevención del delito y, por ende, a la pacificación social, siendo el fin último la cultura de la paz, la cual, conforme a la definición de las Naciones Unidas en la Resolución A/52/13, de 1998, consiste en “una serie de valores, actitudes y comportamientos que rechazan la violencia y previenen los conflictos tratando de atacar sus causas para solucionar los problemas mediante el diálogo y la negociación entre las personas, los grupos y las naciones”.²⁹

²⁷ *Ibidem*, p. 65.

²⁸ Parra Rosales, Luz Paula, *Manual para la formación y capacitación en mediación comunitaria*, México, Centro de Seguridad Urbana y Prevención, 2014, p. 92.

²⁹ <http://unescopaz.uprrp.edu/documentos/culturapaz.pdf>

ALCANCE DE LA MEDIACIÓN COMUNITARIA EN LA PREVENCIÓN DE DELITO

De conformidad con la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, artículo 8:

La prevención en el ámbito comunitario pretende atender los factores que generan violencia y delincuencia mediante la participación ciudadana y comunitaria, y comprende:

La participación ciudadana y comunitaria en acciones tendentes a establecer las prioridades de la prevención, mediante diagnósticos participativos, el mejoramiento de las condiciones de seguridad de su entorno y el desarrollo de prácticas que fomenten una cultura de prevención, autoprotección, denuncia ciudadana y de utilización de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

En ese sentido, Montoya Vargas afirma:

La participación ciudadana y comunitaria, organizada o no organizada, se hace efectiva a través de la actuación de las personas en las comunidades, en las redes vecinales, las organizaciones para la prevención social de la violencia y la delincuencia, en los consejos de participación Ciudadana, en el Centro Nacional, o a través de cualquier otro mecanismo local o legal, creado en virtud de sus necesidades.³⁰

La finalidad de los mecanismos alternativos de solución de controversias es la de “devolver a la ciudadanía su poder natural para resolver sus conflictos por sí solos [...] el presupuesto de la justicia alternativa es decirle al ciudadano tú eres valioso, tú eres inteligente y tú puedes devolverte la paz y la armonía en tu relación con los demás”.³¹

Otro pilar fundamental es “construir nuevas generaciones de ciudadanos que estén familiarizados con la cultura de la paz, que sepan que ante un conflicto la

³⁰ *Ley General...*, *op. cit.*, nota 8.

³¹ Montoya Vargas, Rafael Horacio, “La mediación y la conciliación: la respuesta más humana a la necesidad de justicia”, en Valadez Reyes, Miguel (coord.), *op. cit.*, nota 13, pp. 118-119.

mejor forma de resolverlo es de manera pacífica, de manera dialogada”,³² buscando con ello que gradualmente esa forma de resolver los conflictos sea la manera natural de hacerlo, y cuando se les presente una controversia la encausen a través de la justicia alternativa, lográndose así un equilibrio entre las partes, en una relación horizontal en la que el mediador trabajará no por un número o por alcanzar una cifra, sino por la solución del conflicto presente para, en la medida de lo posible, prevenir un delito a futuro.

Parte de la responsabilidad del mediador(a) será canalizar cuando el conflicto no es mediable, o cuando dentro del uso de la mediación se han agotado los recursos para la solución de conflictos, por lo que habrá de ser una vía para encauzarlos hacia otro mecanismo de atención, persiguiendo el mismo objetivo de prevención. Para lograr lo anterior, otro aspecto importante que será indispensable impulsar desde el ámbito educativo es la formación para resolver los conflictos mediante el diálogo y el acuerdo, fomentando la educación para la no violencia. Cabe mencionar que en el artículo 6º párrafo quinto de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes se establece: “La ley garantizará la educación sobre derechos humanos en todos los niveles escolares y promoverá los medios pacíficos de solución de conflictos”.³³ Enseñar a los niños desde temprana edad es preventivo, la mediación educa para vivir en paz. Debemos desarrollar la capacidad para resolver nuestros conflictos, educar para asumir las responsabilidades frente a uno mismo, la familia y la comunidad.

Como lo menciona Sepúlveda Montaño: “La mediación, desde la óptica de la prevención, conforma una instancia de escucha que respeta la intimidad de las personas, que contempla sus puntos de vista y sus sentimientos, impulsa la toma de conciencia y permite detener la escalada del conflicto y reconducirlo”.³⁴

³² *Ibidem*, p. 119.

³³ *Constitución Política del Estado de Aguascalientes*, <http://www.poderjudicialags.gob.mx/Resources/Marco/Estatal/Constitución-Política-Estado-de-Aguascalientes.pdf>

³⁴ Sepúlveda Montaño, Isabel, *Mediación escolar. Hacia una educación emocional y pacífica*, Colección Themis, Poder Judicial del Estado de Hidalgo, 2015, p. 158.

Un ejemplo claro de la escalada del conflicto son las riñas vecinales que, como mencionamos con anterioridad, lamentablemente derivan en lesiones o incluso en homicidios, dejando secuelas no solo para quien sufrió el detrimento en su salud o incluso la pérdida de la vida, sino también para su familia, sus vecinos y la comunidad.

La mediación comunitaria significa darse la oportunidad de vivir en paz.

CONCLUSIONES

En la política de seguridad pública de nuestro país, estrechamente vinculada a la procuración y administración de justicia, resulta imprescindible que en lo concerniente a la prevención del delito se contemple el impulso de la mediación comunitaria, en virtud de que dicho mecanismo alternativo de solución de controversias tiene un amplio abanico de posibilidades para su aplicación.

El nuevo enfoque deberá ser la solución de conflicto, encauzándolo antes de que se dé la comisión de un delito, mediante la prevención social de la violencia. La mediación comunitaria puede contribuir a la reconstrucción del tejido social, ya que a través del diálogo se busca que los conflictos considerados “menores”, que surgen de las relaciones interpersonales cotidianas, no se maximicen y concluyan en ilícitos que habrán de ser juzgados en los tribunales.

La pacificación social no persigue conseguir la ausencia de conflictos, sino lograr una armonía de las diferencias con una comunidad más mediadora y menos violenta.

Nuestro país puede encontrar en la mediación comunitaria la posibilidad de abonar en la construcción de una sociedad pacífica, convirtiéndose el diálogo en un elemento indispensable para el desarrollo y bienestar social, contribuyendo a la cultura de la paz.

Es imprescindible una transformación en la forma de gestionar los conflictos y la prevención desde la comunidad, pues son indispensables para lograr la convivencia pacífica.

BIBLIOGRAFÍA

- CERVANTES BRAVO, Irina Graciela, Morán Navarro, Sergio Arnoldo y Peña García, Juan Silvestre (coords.), *Justicia alternativa en México, mediación, conciliación y arbitraje. Un estudio referido al sistema jurídico mexicano*, México, Universidad Autónoma de Nayarit, 2009.
- CRUZ RAZO, Juan Carlos, *políticas públicas judiciales para el Poder Judicial de la Federación*, www.votoparticular.com
- FIERRO FERRÁEZ, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, 5.^a reimpresión, México, Oxford University Press, CIDE, 2013.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, y CHÁVEZ DE LOS RÍOS, Rodolfo (coords.), *Manual de mediación penal, civil, familiar y justicia restaurativa para mediadores, facilitadores e instructores. Guía práctica para capacitación y certificación*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Mecanismos Alternativos en el proceso acusatorio (Desde el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Mecanismos)*, México, Flores Editor y Distribuidor (Serie Nuevo Sistema Penal Acusatorio), 2015.
- MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe, *Evaluación de la justicia alternativa*, México, Porrúa/Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2012,.
- , *Mediación comunitaria y prevención del delito*, México, Porrúa/Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2016.
- MONTOYA GONZÁLEZ, Roberto, “Maximizando la utilidad de los mecanismo alternativos para la solución de conflictos: una forma de ampliar y facilitar el acceso a la justicia”, en Valadez Reyes, Miguel (coord.), *Mecanismos alternativos de solución de controversias*, México, Poder Judicial del Estado de Guanajuato / Escuela de Estudios e Investigación Judicial, 2014.
- PARRA ROSALES, Luz Paula, *Manual para la formación y capacitación en mediación comunitaria*, México, Centro de Seguridad Urbana y Prevención, 2014,.
- PEÑA YAÑEZ, Ma. Ángeles, *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, Colección Práctica de Mediación, Madrid, Dykinson, 2013.
- PESQUEIRA LEAL, Jorge, *Mediación: Menores en riesgo e infractores en el contexto de la Seguridad Pública en México*, México, Universidad de Sonora, Instituto de Mediación de México, 2005.
- PUNTES, Salvador y HERNÁNDEZ, Martha, *La Mediación, un acercamiento a la justicia comunitaria*, Ciudadanos, Derechos y Conflictos, México, Tribunal Superior de Justicia, Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2009.
- SEPÚLVEDA MONTAÑO, Isabel, *Mediación Escolar. Hacia una educación emocional y pacífica*, Poder Judicial del Estado de Hidalgo, 2015, Colección Themis, 248 páginas.

- RANGEL GADEA, Óscar, “Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. La aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el procedimiento penal, en *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Revista de Investigación Especializada en Temas Jurisdiccionales*, México, año VII, núm. 18, agosto, 2014.
- VALADEZ REYES, Miguel (coord.), *Mecanismos alternativos de solución de controversias, visiones y experiencias*, México, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, Escuela de Estudios e Investigación Judicial, 2014.
- Diccionario de la lengua española*, 23.^a edición, Real Academia Española, 2014, <http://dle.rae.es/?w=diccionario>
- Revista El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*. Justicia Alternativa, México, año II, núm. 2, abril 2009.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, <http://www.poderjudicialags.gob.mx/Recursos/Marco/27.08.2018.pdf>
- Constitución Política del Estado de Aguascalientes*, <http://www.poderjudicialags.gob.mx/Recursos/Marco/Estatat/Constitución-Política-Estado-de-Aguascalientes.pdf>
- Ley General para la prevención de la violencia y la delincuencia*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSVD.pdf>
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf
- Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México*, <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=HybCeKoVXreNENmlWqWm-GWr4zK5EImSZxjXxSWeHkL93Twg94MejYhG1Ghivvyhw>
- Tesis III.2o.C.6 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Registro: 2004630, Tribunales Colegiados de Circuito, libro XXV, octubre de 2013, t. 3, materia constitucional.
- Comunicado de Prensa número. 498/26, 26 de octubre de 2018, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/cgspspe2018.pdf>
- <http://unescopaz.uprrp.edu/documentos/culturapaz.pdf>

Algunas notas en torno al tipo penal de feminicidio en México.
Análisis dogmático y político-criminal

Zuce Anastacia Hernández Martínez
René Urrutia de la Vega

INTRODUCCIÓN

El feminicidio es un término relativamente novedoso, cuyo fin se encuentra relacionado con la pretensión de visualizar ese fenómeno asociado con la muerte de personas por *causas o razones* que se han dado en llamar *de género*.¹ Desde este punto de vista, se comprende no solo la muerte de una mujer sino que, además, esta se dé como consecuencia de diversas manifestaciones violentas que tienen como motivo o fondo la situación de desigualdad, subordinación y discriminación de este grupo social.² Esta situación se atribuye a

¹ Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, *Estudio de la implementación del tipo penal de feminicidio en México: causas y consecuencias 2012 y 2013*, México, 2014, p. 23, <http://caticasmexico.org/ns/wp-content/uploads/2014/11/Estudio-de-Feminicidio-en-M%C3%A9xico-2012-1013.pdf>, consultada el 14 de septiembre de 2018.

² Cfr. Larraurri, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, Trotta, pp. 17–19.

un cúmulo de factores ubicados en las intenciones de los agresores masculinos, quienes a su vez están formados y legitimados por un amplio contexto social y cultural de dominación patriarcal que se constituye, junto con la centrada en el agresor, en la variable principal para explicar la situación de violencia en la que vive la mujer en nuestro país.³ La respuesta penal se erige entonces como el principal reclamo para detener este fenómeno. La sentencia del *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs México*, así como la entrada en vigor de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 1 de febrero de 2007, impulsaron este movimiento, por lo que para 2011 se dio inicio a una serie de trabajos de carácter fundamentalmente legislativos para tipificar como delito el feminicidio.

Es importante advertir que el empleo del poder punitivo, por mínimo que sea, trae implícitos diversos riesgos. La tendencia a ampliar los ámbitos de la protección penal extendiendo su tutela a nuevas esferas, o bien aumentando la intensidad de su rigor, son aspectos de este efecto expansivo, lo que exige señalar límites para su ejercicio, de ahí la necesidad de aplicar los diversos principios que atienden a ese fin como el de *ultima ratio* o *extrema ratio*,⁴ que obliga a considerar otros medios menos lesivos que de manera previa al ejercicio del *ius puniendi* puedan aplicarse, así como el del *carácter fragmentario* del derecho penal, cuya aplicación se orienta a sancionar solo aquellas conductas que efectivamente lesionen bienes jurídicos que afectan a la sociedad y que le signifiquen una mayor peligrosidad.⁵ Este estudio se limita a describir los aspectos esenciales que conforman el tipo penal del feminicidio determinados tanto en el Código Penal Federal como en el Código Penal del Estado de Guanajuato. Se realiza, además, un breve recorrido en torno a los instrumentos internacionales que han preceptuado la violencia contra la mujer como violación a sus derechos humanos y que, por tanto, debe ser objeto de tutela por parte del Estado.

CONSIDERACIONES PREVIAS

³ *Idem.*

⁴ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., Barcelona, PPU, 1996, p. 110.

⁵ *Idem.*

La violencia es un componente ligado a las relaciones sociales, determinado y relativizado por los valores culturales y las normas sociales imperantes en un tiempo y en un espacio específico. Sus manifestaciones afectan a las personas, tanto de manera individual como a un grupo e incluso a la comunidad en general.⁶ La grave situación de violencia e inseguridad por la cual atraviesa nuestro país actualmente -derivada, en gran parte, por la presencia de grupos armados en prácticamente todo el territorio nacional- se vincula, entre otras cosas, a una diversidad de factores de carácter social, como la falta de empleo, y de índole estructural, debido a las deficientes condiciones económicas.

De las diversas expresiones de violencia contra las mujeres y las niñas destacan las de índole psicológica, las que se dirigen contra la integridad física de las personas, la sexual y la económica, entre otras formas análogas que causen o pretendan causar lesiones, sean susceptibles de dañar su dignidad, integridad o libertad, y se presenta en los diversos ámbitos, público y privado, como el escolar, en cualquiera de los diferentes servicios que brinda el estado: el comunitario, el laboral y el familiar o doméstico.⁷

Este tipo de violencia se ve favorecida por diversos factores que también afectan a la sociedad de una manera contextual. Nos referimos a los conflictos armados, las crisis económicas, el desempleo, entre otras diversas cuestiones.⁸ A manera de ejemplo podemos enunciar que las autoridades encargadas de la procuración de justicia en nuestro país han logrado desarticular diversas bandas criminales dedicadas

⁶ La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la violencia como “El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que tenga probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”. Sobre ello, Organización Mundial de la Salud, Consultation on Violence and Health Violence: Public health priority, Organización Mundial de la Salud Global, Ginebra, 1996, <http://www.paho.org/spanish/AM/PUV/capitulo1.pdf>, consultada el 15 de septiembre de 2018.

⁷ Véase el artículo 6 de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 1 de febrero de 2007.

⁸ ONU Mujeres, entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, INMujeres, Instituto Nacional de las Mujeres México, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, Comisión especial para conocer y dar seguimiento puntual y exhaustivo a las acciones que han emprendido las autoridades competentes con relación a los feminicidios registrados en México (2012), *op. cit.*, nota 7, pp. 11-12.

a la trata y esclavitud de mujeres y niñas. Dicho fenómeno, desafortunadamente en numerosos casos, culmina con la muerte violenta de una mujer, y en varias ocasiones las víctimas presentan signos de tortura, quemaduras, ensañamientos producto de las vejaciones y violencia sexual a que fueron sometidas, lesiones o mutilaciones, todo ello derivado de razones asociadas con el género.⁹

Frida Guerrero, a propósito del tema, nos ofrece un panorama escalofriante del fenómeno en “El feminicidio en México duele”:

En nuestro país son asesinadas aproximadamente entre 7 a 8 mujeres todos los días y la saña con las que las exterminan es cada vez mayor: mujeres dejadas en desagües, canales de aguas negras, en lotes baldíos, en matorrales, encobijadas, enmaletadas, en bolsas de plástico, quemadas, descuartizadas, violadas, y también asesinadas en el único lugar seguro que tienen: sus hogares, por parejas, exparejas, amigos, padres, hermanos o desconocidos.¹⁰

DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU ORIGEN EN MÉXICO

Especial relevancia para este tema tienen los sucesos acaecidos en el estado de Chihuahua, específicamente en Ciudad Juárez, hacia la década de los años noventa, donde se verificaron una serie de crímenes violentos en contra de las mujeres, fenómeno que fue conocido en el ámbito internacional como *las muertas de Juárez*.¹¹ A raíz de “la desaparición y ulterior muerte” de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodónero de Ciudad Juárez el 6 de

⁹ Véase el artículo 21 de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, *op. cit.*, nota 8.

¹⁰ Guerrero, Frida, “El feminicidio en México duele”, en Nexos, México, 2018, <https://www.nexos.com.mx/?p=37342>, consultado el 23 de septiembre de 2018.

¹¹ Espinosa Almaguer, Claudia, “Análisis político criminal del delito feminicidio en México”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales (Redhes)*, año VII, núm. 16, México, julio diciembre 2016, pp. 100 y ss., <https://app.vlex.com/#WW/vid/671451609>, consultado el 12 de noviembre de 2018.

noviembre de 2001,¹² la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte IDH) responsabilizó al Estado mexicano, por lo siguiente:

[...] la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada.¹³

Dicho proceso culminó en la sentencia de la Corte IDH, la cual resolvió la responsabilidad del Estado mexicano en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, en fecha 16 de noviembre de 2009, pronunciamiento que a la postre resultó especialmente relevante para la construcción de la política de nuestro país en materia de violencia contra la mujer y, de manera particular, delimitar sus alcances en el ámbito del derecho penal y sus implicaciones en el sistema de justicia de nuestro país.¹⁴ La Corte IDH fundamenta la responsabilidad del Estado mexicano, especialmente de los alcances de la violencia contra la mujer, en términos de lo dispuesto por la Convención Americana de los Derechos Humanos (en adelante Convención ADH) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (en adelante C. Belém do Pará), así como las obligaciones internacionales adquiridas por nuestro país derivadas de la suscripción a los instrumentos internacionales y su recepción en nuestra constitución.¹⁵

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras (campo algodón) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, consultada el 12 de noviembre de 2018.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

OBLIGACIONES DEL ESTADO MEXICANO

De acuerdo con el artículo 1.º de la Convención ADH, los Estados parte se encuentran obligados a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en ella, lo que se traduce en asumir el compromiso para asegurar su libre y pleno ejercicio.¹⁶ Derivado de ello, según la Corte IDH, el Estado mexicano se ubica en el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones a estos derechos, así como de investigar seriamente, con los medios a su alcance, las que se hayan cometido en su jurisdicción a fin de identificar a los responsables e imponer las sanciones pertinentes asegurando a las víctimas una adecuada reparación.

Estas líneas estratégicas orientan la política criminológica del Estado mexicano en materia de violencia contra las mujeres y garantizan la creación de las condiciones indispensables que propician, por un lado, el pleno ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad personal, así como de la libertad de las personas consagradas por la Convención ADH y, por el otro, que sus agentes no atenten en contra de esos derechos.

En suma, los Estados parte se encuentran obligados a garantizar la ocurrencia de este fenómeno orientando su política a evitar por todos los medios legales a su alcance que las mujeres, consideradas individual y colectivamente, sean objeto de violencia, incluyendo en este aspecto al propio Estado y sus instituciones. Asimismo, de encontrar ya presente el fenómeno de la violencia hacia este grupo social, la obligación del Estado debe tener consecuencias resarcitorias, esto es, evitar la impunidad y reparar el daño causado a la víctima.

¹⁶ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978 de conformidad con el artículo 74.2 del propio Pacto. Vincula a México desde el 24 de marzo de 1981. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

CARACTERIZACIÓN DE LA VIOLENCIA EN MÉXICO

La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2016¹⁷ prevé que los tipos de violencia reconocidos en el estudio son la emocional-psicológica, la física, la sexual y la económica o patrimonial. Establece también que se puede localizar en la relación de pareja y en los ámbitos escolar, laboral, comunitario y familiar. En ese contexto, dicho instrumento señala que un 66.1% de las mujeres encuestadas sufrió al menos un incidente de violencia emocional, económica, física, sexual o discriminación a lo largo de su vida, en al menos uno de los ámbitos citados, ejercida por cualquier agresor; un 41.3% de ellas ha sufrido violencia sexual, el 34% violencia física, el 49% violencia emocional y el 29% violencia económica o patrimonial o discriminación en el trabajo.

Las regiones que mayor proporción de violencia contra las mujeres presentan son las que se ubican en el centro y Bajío, concretamente la Ciudad de México, el Estado de México, Jalisco, Aguascalientes y Querétaro. Con menor proporción figuran los estados de San Luis Potosí, Tabasco, Baja California, Campeche y Chiapas.

Con respecto a los grupos de edad en donde se registran más muertes de mujeres por homicidio a nivel nacional, durante 2012 fue en las mujeres jóvenes, en los grupos de 20 a 24 años y 25 a 29 años, alcanzó una tasa de 6.8 homicidios por cada 100 mil mujeres. Asimismo, se tiene el dato de que un 34.7% de los homicidios corresponden a mujeres solteras, el 20.2% a mujeres casadas y el 16.2% a mujeres que viven en régimen de unión libre. El 35% de los homicidios de mujeres correspondieron a quienes se encontraban activas económicamente dentro del mercado laboral, y en un 68% de los homicidios de mujeres se registró información sobre la existencia de parentesco del homicida con la víctima.¹⁸

¹⁷ Instituto Nacional de Estadística e Informática, Encuesta Nacional Sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, ENDIREH 2016, principales resultados, 2017, http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/especiales/endireh/2016/doc/endireh2016_presentacion_ejecutiva.pdf, consultada el 13 de noviembre de 2018.

¹⁸ Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, Cámara de Diputados LXII Legislatura, Estadísticas del feminicidio en México, versión ejecutiva, México, 2014, <http://ceameg.diputados.gob.mx>, consultada el 14 de noviembre de 2018.

MARCO NORMATIVO REFERENCIAL EN TORNO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Conforme a lo dispuesto por el artículo primero de la Constitución mexicana, los derechos fundamentales tienen su fuente en la propia constitución y en los tratados internacionales debidamente suscritos por el Estado mexicano; de tal forma, los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos son la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), la Convención Belém do Pará, así como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.

La CEDAW

Es el principal instrumento internacional en la estructura jurídica del sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos. Fue firmado el 17 de julio de 1980 y ratificado por nuestro país el 23 de marzo de 1981.

En su artículo 1, la CEDAW prevé que la expresión “discriminación contra la mujer” indica que tales manifestaciones son consideradas como una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre¹⁹ y es definida como “aquella basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada; incluye actos dirigidos a infligir daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.²⁰ Las más recientes observaciones y recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (COCEDAW, por sus siglas en inglés) formuladas a México están dirigidas a la prevención e investigación del delito, así como a la debida diligencia en la investigación para garantizar el acceso a la justicia para las víctimas.

¹⁹ *Ibidem*, p. 62.

²⁰ *Idem*.

Convención Belém do Pará

Este instrumento convencional fue aprobado en la Vigésima Cuarta Sesión Ordinaria de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Belém do Pará, Brasil. Esta Convención fue ratificada por nuestro país el 19 de junio de 1998. Se aprobó por el Senado el 26 de noviembre de 1996.²¹ La Convención de Belém do Pará es el único instrumento convencional que reconoce que la violencia en contra de las mujeres es una violación de derechos humanos²² y la define de forma detallada, concediendo el derecho que tiene la mujer a vivir libre de violencia,²³ además de que obliga a los Estados parte para que establezcan, articulen y lleven a cabo las disposiciones legales, administrativas, y que apliquen acciones concertadas para eliminar la violencia contra la mujer.

Ello se refleja en lo que se dispone en el artículo 1 de la Convención que define la violencia contra la mujer como: “cualquier acción o conducta, basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, en los ámbitos público y privado”.²⁴ La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) retoma los derechos humanos de las mujeres contenido en la CEDAW y atiende a los derechos de la Convención Belem do Pará (artículo 206), así como los principios y modalidades para garantizar su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar, conforme a los principios de equidad y no discriminación.

Declaración y Plataforma de Acción de Beijín

La Plataforma de Acción, aprobada en 1995 por unanimidad en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer conjuntamente con la Declaración de Beijing, constituye un programa dirigido a potenciar el papel de la mujer.²⁵ Este documento

²¹ Franco Rodríguez, María José, *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, 1.^a ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos (Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos), 2011, p. 24.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, p. 26.

²⁴ *Ibidem*, p. 29.

²⁵ Lara Espinosa, Diana, *El reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad entre mujeres*

estratégico es considerado como el resultado más importante en materia de género en el ámbito de la cooperación internacional para el desarrollo,²⁶ cobrando además especial relevancia al señalar doce tópicos principales focalizados como obstáculos para el adelanto de la mujer.²⁷

ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y VALORATIVO DEL FEMINICIDIO. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA LEGISLATIVA PREVALENTE EN MÉXICO

Algunas consideraciones previas

Es importante señalar que el presente estudio, no obstante ser crítico en torno a la utilización del derecho penal y de la construcción dogmática del delito de feminicidio en la legislación, de ninguna forma pretende poner en duda la aflicción que implica la muerte violenta de mujeres y la violencia basada en cuestiones de género que sufre nuestro país, por el contrario, pretende contribuir a su adecuada valoración y sanción a través de los medios considerados lícitos y proporcionados que permite el derecho.

En ese sentido, nuestra objeción se centra en las consecuencias coercitivas y violentas que trae consigo la excesiva utilización del derecho penal, fundamentalmente la imposición de la pena privativa de la libertad, máxima expresión sancionatoria que tiene a su alcance el Estado,²⁸ y su implícita contradicción con el derecho fundamental a la reinserción social.

Su empleo debe orientarse de manera estricta a aquellos fines que se circunscriban a dos de sus funciones, principalmente: la protección de bienes jurídicos ante posibles lesiones o puestas en peligro, y como un instrumento de motivación para influenciar el comportamiento humano en sociedad.²⁹ Ambas, a su vez, constituidas como presupuestos para una utilización racional y proporcionada.

y hombres en Latinoamérica, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Colección Sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, fascículo 9), 2015, p. 61.

²⁶ *Ibidem*, p. 62.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 5.^a ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 29.

²⁹ *Ibidem*, pp. 59 y ss.

GÉNERO Y SEXO, PRECISIONES TERMINOLÓGICAS EN EL CONTEXTO PENAL

Es importante advertir que el tipo penal de feminicidio en nuestro país guarda una marcada influencia con respecto de sus elementos esenciales, con la “sentencia del caso *“Campo algodonero” vs. México* emitida por la Corte IDH,³⁰ la cual, a su vez, fundamentó su decisión en la definición de violencia contra la mujer prevista en el artículo 1 de la “Convención de Belém do Pará”,³¹ bajo los siguientes parámetros: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Como se puede ver, dicho supuesto se fundamenta en las “razones o motivos de género”, esto es, en la violencia ejercida contra la mujer por ser mujer o la violencia basada en el sexo. Esta afirmación, sin embargo, nos lleva a plantear dos interrogantes: ¿el género y el sexo son términos que se deben utilizar de manera indistinta? y ¿cuáles son los alcances de cada uno de ellos en este problema?

De tal manera, si tomamos como referencia el lenguaje cotidiano, ambos términos suelen utilizarse de manera indistinta o alternada, e incluso como sinónimos, lo cual genera confusión.³² Con respecto a la definición de *sexo*, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud determinaron, en torno a su significado: “Se refiere al conjunto de características biológicas que definen al espectro de los seres humanos como hembras y machos”,³³ identificando a las “características biológicas” como aquellas que se encuentran conformadas por lo anatómico y lo fisiológico que distinguen a los hombres y a las mujeres.³⁴ En relación al *género*, ambos organismos internacionales de la salud lo definen como “la suma de valores, actitudes, papeles, prácticas o características culturales

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs. México, *op. cit.*, nota 12.

³¹ Ratificada por México el 12 de noviembre de 1998 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 19 de enero de 1999.

³² Lara Espinoza, Diana, *op. cit.*, nota 25, pp. 22 y ss.

³³ *Ibidem*, p. 23.

³⁴ *Idem*.

basadas en el sexo”,³⁵ lo cual nos lleva a determinar que el género se considera “un conjunto de ideas, creencias, y atribuciones sociales y políticas, que se construyen cultural e históricamente con base en las diferencias sexuales. Y, precisamente, porque son construcciones socioculturales y, por tanto, aprendidas, son susceptibles de modificarse”.³⁶

Así, esta forma de violencia nos remite a dos aspectos elementales para su consideración desde el punto de vista penal. El primero consiste en que se encuentra directamente asociada a la discriminación estructural de un grupo social, a la posición de subordinación que ocupan sus integrantes en el contexto comunitario, y, con respecto al segundo, que ese grupo social discriminado son las mujeres, en tanto destinatarias de una asignación de roles o estereotipos que las sitúa en un estatus de segunda clase.

ALGUNAS NOTAS DESCRIPTIVAS EN TORNO A LA TIPIFICACIÓN DEL FEMINICIDIO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Conforme a lo dispuesto por los artículos 41 y 124 de la Constitución nacional, las normas penales se circunscriben exclusivamente en dos órdenes, el federal y el local o estatal. Esto ha originado la coexistencia de 32 códigos penales en México, uno por cada entidad federativa, así como un código federal cuya aplicación resulta para toda la república en los aspectos y temas previstos en el artículo 73, fracción XXI, de la carta magna.

No obstante, podemos decir que el feminicidio, estructurado como “delito específico o autónomo”, fue adoptado por la mayor parte de las entidades federativas, recogiendo la definición emitida por la Corte IDH en el caso “*Campo algodonero*” vs. México, esto es, “la muerte violenta de la mujer por razones de género”. Las diversas legislaturas locales, ante esto, optaron por alinearse a la redacción del Código Penal Federal.

Sistemáticamente suelen clasificarse los tipos penales de acuerdo con su estructura, ubicándolos como básicos o simples, especiales y privilegiados, así como

³⁵ *Ibidem*, p. 24.

³⁶ *Ibidem*, pp. 23-24.

autónomos. Los básicos describen los elementos esenciales que conforman la aparición de un delito determinado, estructurándolo en torno a una conducta, los sujetos activo y pasivo y su consecuencia jurídica. Cuando el delito aparece acompañado de circunstancias objetivas o personales que atenúan o agravan la antijuridicidad o la culpabilidad, dan origen a los llamados *tipos derivados* que comprenden a los delitos cualificados o especiales, que son aquellos que prevén una agravación específica de la pena del tipo básico y a los “privilegiados” que, con otras circunstancias, la atenúan. Finalmente, cuando a la conducta descrita en el tipo básico se le añaden otros elementos que lo distinguen de sus elementos esenciales, terminan convirtiéndolo en una figura autónoma e independiente de aquel del cual se derivó.³⁷ Bajo este contexto, en realidad se trata de un solo elemento que se agregan para distinguir al feminicidio como delito autónomo, esto es, dado que la muerte de una mujer no configura *per se* la violación a esta norma —lo que nos llevaría a argumentar que no toda muerte de una mujer deberá considerarse como feminicidio—, sino solo respecto de aquellas que se deriven de una manifestación de la discriminación contra la mujer o como una situación de desigualdad en las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Es decir, que se ejerce en razón de género.

Esta condición se encuentra fundamentada en la definición de *violencia contra la mujer* reconocida en la Convención de Belém do Pará de la siguiente manera: “cualquier acción o conducta basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 325 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y DEL 153-A DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

Una breve referencia derivada de su posición sistemática en el Código Penal

Ambas redacciones corresponden al tipo penal de feminicidio y tienen un contenido muy similar. No obstante, los elementos pueden contener algunas variacio-

³⁷ Véase, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 28, 2002, pp. 259-260.

nes en su valoración, dada la influencia contextual del sistema y su correspondencia con la norma penal de cada una.

Es necesario, previo a describir los aspectos técnico-jurídicos que posee el ilícito penal del feminicidio, expresar las bases sobre las cuales lo interpretamos y sistematizamos específicamente. La orientación que pretendemos aplicar en este apartado tiene correspondencia con la idea de Estado democrático de derecho, derivado particularmente de los artículos 39 y 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto exigencia para elaborar y aplicar las normas jurídicas de una forma racional y segura que permita legitimar sus disposiciones conforme al consenso social.

Si bien, es cierto que las normas destinadas a castigar el asesinato de mujeres ofrecen una sanción punitiva agravada, también lo es que dicha solución ha sido objeto de una intensa discusión respecto de su construcción, aplicación, interpretación y tratamiento en el foro nacional —e internacional incluso— de la eficacia de su aplicación y la constitucionalidad de sus disposiciones. La intención de este apartado se encuentra centrada en derivar elementos que, a juicio nuestro, aporten certidumbre en los operadores jurídicos que tienen a su cargo la investigación y aplicación de la justicia en nuestro país y de establecer algunos puntos de partida para sancionar adecuadamente las conductas lesivas.

EL BIEN JURÍDICO

Coincidimos con Santiago Mir en torno a que, para el análisis de los casos prácticos, en primer término es imperante la preexistencia de un comportamiento humano penalmente relevante, para lo cual es necesario determinar si, *prima facie*, se lesiona o pone en peligro un bien jurídico penal previsto en algún tipo de delito.³⁸

El bien jurídico protegido, siguiendo a Malo Camacho, es concebido como “el objeto de la protección de un concreto interés social, individual o colectivo

³⁸ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 4, p. 152.

reconocido y protegido por el Estado, a través de la ley penal”.³⁹ De esta forma, considerado en un sentido dogmático, el bien jurídico suele significarse por ser el objeto, de contenido material o inmaterial, que es efectivamente protegido por la norma penal vulnerada,⁴⁰ en otras palabras, aquél sobre el cual recae la conducta descrita en el tipo.⁴¹

Con respecto a la función sistemática que guarda el bien jurídico del delito de feminicidio en el Código Penal, su posición en él permite concluir en una primera instancia que el objeto de protección es “la vida de las mujeres”.

En esa línea, consideramos que la descripción de la conducta debe exigir, además de que la víctima sea mujer, que se lleve a cabo por razones de género. Esta situación permitirá fundamentar especialmente la existencia del bien jurídico tutelado en el delito de feminicidio: la vida humana de una mujer y la violencia de que es objeto, basada en el género como construcción que le asigna un rol social inferior al del hombre.

El asesinato de una persona podrá considerarse como feminicidio no solo en razón de su pertenencia al sexo, sino, y de manera fundamental, en virtud de su especial vínculo con un conjunto de circunstancias de discriminación estructural que sufren las mujeres en un contexto social calificado como patriarcal.⁴² Dicha situación es la que realmente fundamenta la autonomía del ilícito y la gravedad de su sanción.

Estas circunstancias, de acuerdo con la última de las funciones asignadas al bien jurídico, resultan determinantes inclusive para efectos de graduar la punibilidad del ataque al bien jurídico, lo que repercute en la gravedad del hecho y, en consecuencia, en la sanción a imponer dentro de los límites marcados en la norma.

³⁹ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 5.^a ed. México, Porrúa, 2003, p. 280.

⁴⁰ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, nota 4, pp. 134-135.

⁴¹ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 28, p. 60.

⁴² Laurenzo Copello, Patricia, *Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo*. Proyecto de Investigación SEJ 2005-06416/JUR, Universidad de Málaga, 2005, www.cijc.org/es/seminarios/2011-Antigua/Documentos/CIJC/Libro/CGPJ_Patricia_Laurenzo_2007_VG_y_DPenal_de_excepcion_posicion_intermedia.pdf

LA ACCIÓN

La acción se constituye en la base sobre la cual se sustentan los demás elementos que integran el tipo penal y describe una conducta humana sancionable. Generalmente es identificada por el empleo de un verbo que describe la acción o la omisión real y concreta que exige el tipo penal específico para su realización.⁴³ Este elemento determina la forma de comisión de una conducta, dado que las normas penales coinciden en que un delito puede realizarse bajo dos modalidades de materialización del comportamiento humano: la acción y la omisión.⁴⁴

Conforme a lo anterior, en lo que corresponde al delito de feminicidio, de acuerdo con el artículo 325 del Código Penal Federal, así como del artículo 153-A del Código Penal del Estado de Guanajuato, la acción descrita consiste en “privar de la vida a una mujer por razones de género”, sin que el supuesto determine cómo, por lo que es posible considerar una serie no determinada de medios y modalidades en su ejecución.

La acción descrita se derivó de lo dispuesto en la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso “*Campo algodónero vs. México*”,⁴⁵ concretamente con respecto a la determinación de que los homicidios de las tres jóvenes mujeres fueron por “razones de género”, dentro de un contexto reconocido de “violencia contra las mujeres”.

De esta forma, las “razones de género” constituyen el elemento esencial para valorar y determinar la conducta a nivel de tipicidad, no obstante la notoria imprecisión y vaguedad que conlleva este elemento y los problemas para su inter-

⁴³ Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *op. cit.*, nota 28, p. 262.

⁴⁴ Así, por ejemplo, el artículo 8 del Código Penal del Estado de Guanajuato determina que el “delito puede ser cometido por acción u omisión”. En otros términos, pero refiriéndose a la forma de comisión de la conducta, el artículo 7.º del Código Penal Federal expresa que “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

⁴⁵ Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal, del Código de Procedimientos Penales y de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Presentada por la Diputada Teresa del Carmen Incháustegui Romero (PRD). Se turnó a las Comisiones Unidas de Justicia, y de Equidad y Género (Diario de los Debates), 9 de marzo de 2011, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/254_DOE_14jun12.pdf, consultada el 3 de diciembre de 2018.

pretación al obligar al operador jurídico a establecer que la muerte de una mujer obedeció a motivos o situaciones de violencia y discriminación basada en el género de la víctima.

Esto remite esencialmente a dos aspectos que se encuentran íntimamente vinculados: la obligación de probar dichos motivos, y la precisión en el contenido de la conducta que tiene que ver con las garantías de claridad y taxatividad dispuestas en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya función consiste en resguardar el principio de tipicidad de la ley penal que deriva del principio de legalidad, y que en lo que corresponde establece el vínculo entre la tipicidad, en tanto determinación del hecho punible y su correspondencia con la norma, y la seguridad jurídica que esta última debe generar en su eventual aplicación.

LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

De acuerdo con la integración del tipo penal en estudio, los sujetos del delito se determinan con características específicas que lo cualifican, como ocurre en este caso respecto del sujeto pasivo. Por otro lado, el sujeto activo resulta ser indeterminado al no exigir para su configuración una cualidad específica. La calidad de sujeto pasivo del delito de feminicidio recae sobre la mujer.

Asimismo, consideramos que, además de la vida, también los derechos humanos traducidos en aquellas prerrogativas de igualdad, dignidad, integridad, libertad, entre otras, se constituyen como un objeto material sobre los que recae directamente la acción, por lo que se puede concluir que el legislador al determinar la obligatoria concurrencia de las razones o motivos de género, pretende asumir una protección a los derechos fundamentales que pertenecen a la mujer y que juegan un papel determinante en la víctima.

Ahora bien, en lo que corresponde a la calidad de sujeto activo, esta se encuentra prevista en el tipo como indeterminada, dado que, por ejemplo, en la redacción del artículo 325 del Código Penal Federal, establece la fórmula “quien [...]”, para referirse a cualquier persona que ejecute la acción, y en el artículo 153-A,

del Código Penal del Estado de Guanajuato, hace referencia a “cuando la víctima de homicidio sea mujer [...]”, sin establecer específicamente la calidad de sujeto activo, pero que se deriva del delito de homicidio en el cual se considera al autor del hecho como indeterminado.

Al respecto, se puede considerar, como lo plantea Lorenzo Copello, que “al tratarse de una manifestación de la falta de igualdad entre los dos sexos, será habitual que sea un *hombre* quien imprima la violencia como estrategia para mantener su posición de control y autoridad”.⁴⁶ Sin embargo, esto no es un supuesto que necesariamente deba ser así, lo que deja abierta la posibilidad para que, incluso, sea una mujer quien realice la acción.⁴⁷

MEDIOS DE COMISIÓN DE LA CONDUCTA

Privar de la vida a una mujer por motivos o razones de género nos lleva a plantear dos situaciones que debemos tomar en cuenta para conocer su significado: la primera que se refiere a su determinación como delito autónomo, pero derivado del tipo genérico de homicidio, por lo cual su realización exige la producción de un resultado que consiste en la muerte de una persona del sexo femenino; sin embargo, para su configuración no basta con tener como reproducido dicho resultado, lo que nos lleva a la segunda situación, la exigencia del tipo para que ese resultado se haya producido por “razones de género”. Esto significa que no es suficiente con identificar el sexo de la víctima, sino que se requiere además conocer la motivación y el contexto del crimen, para lo cual puede ser orientador el tipo de violencia a que fue sometida la víctima.

La situación de estas normas hacen propicio el incumplimiento de los cometidos de objetividad pretendidos, dado que dejan la decisión de cuál de ellas aplicar a los operadores jurídicos del sistema.

⁴⁶ Lorenzo Copello, Patricia, *op. cit.* nota 42, 2005, p. 56. El énfasis es nuestro.

⁴⁷ *Idem.*

FUENTES DE CONSULTA

Bibliográficas

- ESPINOSA ALMAGUER, Claudia, “Análisis político criminal del delito feminicidio en México”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales (Redhes)*, año VII, núm. 16, México, 2016, <https://app.vlex.com/#WW/vid/671451609>
- LARRAURRI, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, Trotta.
- LARA ESPINOSA, Diana, *El reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en Latinoamérica*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Colección Sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, fascículo 9), 2015.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo*, [https://www.cijc.org/es/seminarios/2011-Antigua/Documentos CIJC/Libro CGPJ Patricia Laurenzo 2007 - VG y DPenal de excepción - posición intermedia.pdf](https://www.cijc.org/es/seminarios/2011-Antigua/Documentos%20CIJC/Libro%20CGPJ%20Patricia%20Laurenzo%202007%20-%20VG%20y%20DPenal%20de%20excepci%C3%B3n%20-%20posici%C3%B3n%20intermedia.pdf)
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 5.ª ed. México, Porrúa, 2003.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 4.ª ed. Barcelona, PPU, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, *La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*, Comisión Nacional de Derechos Humanos (Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, fascículo 6), 2012.

Hemerográficas

- “Feminismo y Derecho: la polémica Zaffaroni - Segato”, en *Tierraraja Argentina*, <https://www.tierraraja.com.ar/feminismo-derecho-polemica-zaffaroni-segato/#>
- GUERRERA, Frida, “El feminicidio en México duele”, en *Nexos*, México, 2018, <https://www.nexos.com.mx/?p=37342>

Legislación

- Congreso Local del Estado de Guanajuato, Código Penal del Estado de Guanajuato, https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/codigo/pdf/2/CODIGO_PENAL_DEL_EDO_DE_GTO_PO_D337_24sep2018.pdf.
- Congreso de la Unión, *Diario de los Debates* (9 de marzo de 2011), Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal, del Código de Procedimientos Penales y de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Presentada

- por la Diputada Teresa del Carmen Incháustegui Romero (PRD). Se turnó a las Comisiones Unidas de Justicia, y de Equidad y Género, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/254_DOJ_14jun12.pdf
- Congreso de la Unión, Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de abril de 2018, [en línea], disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV_130418.pdf.
- LXV Legislatura del H. Congreso del Estado de Chihuahua, Comisión de Justicia, dictamen de decreto mediante el cual se reforma el artículo 136, primer párrafo; se adiciona el artículo 126 bis; al artículo 136 la fracción XI; todos del Código Penal del Estado de Chihuahua, www.congresochihuahua2.gob.mx/biblioteca/dictamenes/docs/5815.doc.

Documentos convencionales

- Asamblea General de la ONU, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2018.pdf>.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978 de conformidad con el artículo 74.2 del propio Pacto. Vincula a México desde el 24 de marzo de 1981. Publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.
- Convención de Belém do Pará, MESECVI (2014), Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/bdp-guiaaplicacion-web-es.pdf>.
- Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (1993), adoptada por la Asamblea General de la ONU, resolución 48/104, 20 de diciembre de 1993, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2018.pdf>.

Informes particulares

- Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género, Cámara de Diputados LXII Legislatura, Estadísticas del feminicidio en México, versión ejecutiva, México, 2014, <http://ceameg.diputados.gob.mx>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática, Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares ENDIREH 2016, principales resulta-

- dos, 2017, http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/especiales/endireh/2016/doc/endireh2016_presentacion_ejecutiva.pdf
- Organización Mundial de la Salud, Consultation on Violence and Health Violence: Public health priority, Organización Mundial de la Salud Global, Ginebra, 1996, <http://www.paho.org/spanish/AM/PUV/capitulo1.pdf>
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y la Secretaría de Gobernación, Centro Nacional de Información (CNI), Información Delictiva y de Emergencias con Perspectiva de Género, instrumento derivado del Acuerdo número 04/XLII/2017, tomado por el Consejo Nacional de Seguridad Pública (CNSP), 2018, http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/nueva-metodologia/Info_delict_persp_genero_DIC2017.pdf

Argumentación, discurso y derecho penal

*Claudia Jiménez González
Everardo Rodríguez Durón*

El abogado debe saber sugerir al juez tan discretamente los argumentos para darle la razón, que lo deje en el convencimiento de que los ha encontrado por sí mismo.

PIERO CALAMANDREI

Durante la última década, la fisonomía de nuestro texto constitucional se ha transformado de manera definitiva¹. Las reformas realizadas son de tan amplio alcance, que bien podría hablarse del advenimiento de un nuevo paradigma en la manera de entender y operar el derecho desde la constitución.² Esto es así, por ejemplo, porque las reformas procesales en materia de justicia penal o las enmiendas que culminaron con la ampliación del bloque

¹ Para una exposición detallada de estos aspectos, nos remitimos a Ortega García, Ramón, “El artículo primero constitucional y la constitucionalización del derecho en México”, en *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 61-122.

² Un estudio completo sobre las formas de comprender el constitucionalismo puede verse en Ferrajoli, Luigi (2011), “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, España, Universidad de Alicante.

de constitucionalidad en lo que hace al reconocimiento de los derechos fundamentales y su posterior protección a través del juicio de amparo, son indicativos no únicamente de los nuevos vientos que soplan sobre el sistema jurídico mexicano, sino que también anuncian otra manera en la que los juristas deben acercarse al estudio del derecho.³ El paradigma al que nos referimos en esta parte está sustentado en tres frentes fundamentales: primero, los cambios formales realizados a la constitución por medio de las reformas a las que se aludió ya; segundo, una postura interpretativa sobre y desde la constitución, que la contempla como una norma jurídica de especial calidad y directamente aplicable por los jueces en toda clase de litigios; y en tercer lugar, por una concepción de la ciencia del derecho más activa y comprometida con su objeto de estudio.⁴

Nos parece que todas estas cuestiones son aspectos que cualquier observador, incluso no inmerso en la operación cotidiana de nuestro sistema jurídico, puede advertir, en tanto estos fenómenos son parte de una tradición más comprensiva delimitada por los presupuestos conceptuales del llamado constitucionalismo contemporáneo. Así, podría decirse que el sistema jurídico mexicano atraviesa por un periodo evolutivo en el que es posible advertir un movimiento doble: por un lado, descolla el perfeccionamiento constante de los mecanismos de control constitucional —de manera que cada vez existen menos espacios libres de la influencia de las normas fundamentales—; y por otra parte, es dable atestiguar un movimiento de impregnación constitucional a partir del cual existen aspectos sustantivos y procesales que son definidos de una vez y por todas desde la sede central del sistema jurídico —tal como acontece con la regulación del proceso penal desde los presupuestos demarcados por la ley fundamental.

³ El impacto del proceso de constitucionalización en el contexto del derecho penal, así como los riesgos que implica la tendencia contraria hacia la constitucionalización del derecho penal del enemigo, es ampliamente estudiado en la reciente obra de Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, México (Marcial Pons, 2017), donde el autor estudia extensamente las razones por las que, aun en circunstancias excepcionales, la dogmática penal debe decantarse por los principios de un derecho penal propio de un estado democrático y constitucional de derecho.

⁴ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 3.^a edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 72-107.

De este modo, especialmente el proceso penal resulta influenciado por la eficacia de los derechos fundamentales y vinculado por el respeto de las exigencias democráticas del estado constitucional. Este hecho implica la necesidad de elevar las cargas en la exigencia de legitimación de los actores públicos que participan en el rito procesal, pues la finalidad del enjuiciamiento no se agota solo en su faceta endoprocesal respecto de las partes directamente implicadas. Al contrario, el juicio penal tiene también una especie de función heurística, ya que su resultado va más allá del conjunto de sus componentes. Es decir, en una perspectiva extraprocesal, el juicio es una manifestación del poder punitivo del Estado, presidido por un conjunto de principios innegociables —podríamos hablar de verdaderas “cartas de triunfo”—, donde el Estado, en su función de ente acusador, debe vencer la presunción de inocencia del imputado y reafirmar la vigencia de la norma⁵ a través del esclarecimiento de los hechos, la reparación de los daños infligidos a los afectados y la sanción al responsable.

Como puede verse, las implicaciones constitucionales del enjuiciamiento penal son sumamente abundantes en sus implicaciones y abarcan un amplio elenco de factores, los cuales adquieren la categoría de condiciones de cumplimiento gradual.⁶ Dentro de los apretados límites de esta contribución no aspiramos a tratar cada uno de estos elementos, sino que pretendemos movernos en un plano más abstracto para analizar las vinculaciones que tiene la teoría de la argumentación jurídica con el proceso penal acusatorio y oral. En ese sentido, la tesis que sostendremos aquí se limita a señalar que el proceso penal propio de los estados constitucionales exige de todos sus actores mayores competencias argumentativas, pues el enjuiciamiento es típicamente un ámbito en donde el dominio de la razón práctica requiere de una carga legitimadora reforzada para atribuir a un sujeto

⁵ La referencia aquí es, desde luego, a Jakobs. Según el autor alemán, la misión de la pena es “reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse a tal efecto vigencia y reconocimiento”. Al respecto cfr. Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.^a edición, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 13-14.

⁶ Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, 2.^a edición, México, Fontamara, 2007, pp. 147-177.

específico las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable.

Más de alguno podría pensar que el argumento central del que nos ocuparemos no es más que un tópico y que, por tanto, todo lo que sigue es vacío por evidente. Pero esta lectura pierde de vista la sutileza de lo que se pretende probar. Podríamos aceptar como evidente la relación entre la teoría de la argumentación jurídica y el proceso penal acusatorio y adversarial; quizá ninguno se atrevería a desafiar esta proposición, por eso justo aquí comienza la parte interesante sobre la que nos detendremos, pues aceptado el principio no pueden reusarse las consecuencias a que conduce. Asumamos efectivamente la relación propuesta entre la teoría de la argumentación y el proceso penal acusatorio, y entonces no tardaremos en darnos cuenta que tal ecuación conduce a la generación de un proceso penal que debe ser visto necesariamente como un dominio de la razón donde cobran aplicación las reglas del discurso práctico, especialmente a través de las exigencias postuladas por la aplicación de los derechos fundamentales, todo lo cual torna al proceso —y en general, a la aplicación del derecho— en un ejercicio mucho más interesante. Veamos ahora por qué.

SOBRE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

La concepción clásica sobre la aplicación de las normas penales que incriminan determinadas conductas con una pena bien podría representarse con los términos en que Beccaria lo describe en su célebre tratado. Así, la adjudicación de las consecuencias jurídicas del delito aparece como una operación simple, mecánica y exenta de toda evaluación por parte del operador jurídico, porque tal ejercicio se agota en un despliegue logicista en donde una norma nos sirve de premisa mayor para subsumir un caso concreto, a partir de lo cual se determina la libertad o la pena del reo. Sin embargo, lo cierto es que en la realidad un modelo puramente silogístico como el propuesto por el marqués italiano esconde más de lo que en realidad explica. La sentencia judicial dista de ser una operación automática de procesamiento de datos o selección de normas, ya que está precedida por una

suma variable de razonamientos y decisiones parciales que solo en un estadio muy adelantado permiten justificar la absolución o la condena.⁷

Esencialmente, argumentar no es otra cosa que aportar razones para sustentar una determinada proposición o curso de acción. Cuando esta actividad se desarrolla en un contexto jurídico, es decir, cuando los materiales empleados en apoyo de una decisión tienen calidad normativa, entonces la argumentación adquiere una especial naturaleza, pues sin desprenderse de su género de origen resulta enriquecida con cualidades relacionadas, por ejemplo, con la posibilidad de apelar a la coacción institucionalizada, que es propia del derecho, para lograr la ejecución de la decisión tomada. Este hecho demuestra que la argumentación jurídica hunde sus raíces en el ámbito de la argumentación práctica, pues se ocupa de la justificación de acciones o de la definición de las formas como debemos comportarnos en algún contexto determinado. Pero en tanto los materiales o las razones a las que se recurre para definir tales cursos tienen la especial cualidad de ser normas, precedentes o argumentos provenientes de la dogmática, los cuales además se desarrollan dentro de un discurso institucionalizado y sujeto a reglas procesales determinadas *ex ante*, es que se puede sostener la especificidad del recurso jurídico. Precisamente por ello, Robert Alexy ha sostenido la tesis del caso especial, según la cual “el discurso jurídico es un *caso especial* del discurso práctico general”.⁸

Si bien la faceta argumentativa del derecho no es nueva, ya que una de las actividades características que realizan todos los operadores jurídicos es precisamente aportar razones para justificar acciones o decisiones relevantes para el ámbito legal, no por ello debe soslayarse que actualmente la argumentación jurídica vive un auge notable, derivado —entre otras causas— por el quiebre del principio de autoridad formal y por la necesidad de contar con una ciencia del derecho que no únicamente se limite a la descripción de su objeto, sino que en más de algún sentido de la palabra asuma un carácter normativo respecto de su objeto de estudio. Por eso se ha llegado a decir que actualmente el derecho es marcadamente

⁷ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, México, Porrúa, 2008, p. 12.

⁸ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 36 y 206.

un ejercicio de argumentación, de modo que son las mejores —o peores— calidades argumentativas lo que permite marcar diferencias entre las aptitudes profesionales de los abogados.

Nos parece que es pacífico afirmar que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica se generó justo en el momento cuando los modelos deductivos de aplicación del derecho comienzan a mostrar las falencias que los aquejan, y es aquí cuando aparecen también los primeros antecedentes de las corrientes que servirán como predecesoras de la actual teoría de la argumentación. Con los ojos puestos en la tradición antigua de hacer el derecho, acuñada por griegos y romanos, “los precursores de la argumentación”, buscaron rehabilitar el ámbito de la razón práctica mediante el recurso a la tópica, la retórica y la dialéctica.⁹ La idea central de las posiciones primitivas de Viehweg¹⁰ o Perelman gravita precisamente sobre el hecho de que la jurisprudencia tiene un alma que es algo más que simple lógica. Es peculiar que estas posiciones hayan aparecido justo en el medio día del siglo pasado, cuando los horrores de la guerra traían con ellos una pretendida segunda vida del derecho natural, que hasta el sol de hoy parece que no ha llegado a ser. Con todo, la rehabilitación de la tópica y la retórica delimitaron la andadura que desde entonces tendría que recorrer la moderna teoría de la argumentación, la cual aparece llamada a ser una posición equidistante entre la lógica y la razonabilidad.¹¹

⁹ Un desarrollo por demás informado y completo sobre la tradición identificada en esta parte como precursora de la teoría estándar de la argumentación, puede verse en el libro de García Amado, Juan Antonio (2018), *Teorías de la tópica jurídica*, Lima, Palestra, al cual nos remitimos.

¹⁰ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 2017, pp. 55-77.

¹¹ En relación con las implicaciones de la razonabilidad en la aplicación del derecho, Rendón Huerta Barrera explica que este principio se encuentra vinculado a las exigencias de la legalidad, a la cual de alguna forma complementa y supera. El principio de legalidad, tal como lo entiende la tradición ilustrada, implica un conjunto de elementos relacionados con la primacía constitucional, la normatividad jurídica y la igualdad en derecho. Sin embargo, estas exigencias resultan complementadas por la exigencia de que los actos de autoridad, las decisiones o resoluciones sean acordes con la razón, la justicia; y en última instancia, a los dictados constitucionales, lo cual debe expresarse por medio de una adecuada fundamentación y motivación. Al respecto, véase el reciente estudio de Rendón Huerta Barrera, Teresita, *El canon de razonabilidad constitucional*, México Porrúa, 2018, pp. 39-42.

En efecto, las teorías reconocidas como representativas de la versión estándar de la argumentación jurídica bien pueden ser conceptualizadas como ejercicios destinados a mostrar la importancia que tienen la deducción y la justificación material en el campo de la interpretación y aplicación del derecho. A partir de distinciones como el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación¹² o de delimitaciones como las propuestas entre la justificación interna y la justificación externa,¹³ es que se ha proyectado una nueva luz sobre la asignación de las consecuencias jurídicas a los casos sometidos al tamiz de la jurisdicción. En esencia, construcciones conceptuales como las difundidas por Robert Alexy,¹⁴ Neil MacCormick¹⁵ o Aulis Aarnio¹⁶ se pueden resumir como intentos —bastante logrados— para mostrar la complejidad del razonamiento jurídico y para reivindicar espacios de racionalidad en la adjudicación jurídica.

Las teorías asociadas a la concepción estándar de la argumentación presentan un conjunto de características que permiten agruparlas como representativas de esta corriente dominante. Así, en primer lugar, todas ellas se ubican en el contexto de justificación, es decir, no se ocupan de los procesos mentales que permiten a cada operador jurídico llegar a una determinada decisión, sino que se detienen en el análisis de las razones que justifican la acción. De hecho, podría decirse que, en general, la concepción estándar está compuesta por teorías procedimentales de la corrección,

¹² La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación no es particularmente nítida; sin embargo, para los efectos pretendidos en esta parte bastará con anotar que el contexto de descubrimiento hace referencia al proceso inconcebible racionalmente a partir del cual se obtiene un conocimiento o se asume una decisión; en tanto que el contexto de justificación, que es el campo propio de la teoría de la argumentación, hace referencia a la forma como se justifican racionalmente las decisiones.

¹³ De nueva cuenta otra distinción canónica es la postulada entre la justificación interna que se refiere a la coherencia lógica de las premisas que integran el razonamiento, por lo cual está regida por la aplicación de las reglas formales de la inferencia, en tanto la justificación externa tiene que ver con el proceso argumental por medio del cual el operador jurídico legitima por qué escogió unas premisas y no otras en su razonamiento.

¹⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 8, *passim*.

¹⁵ MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Lima, Palestra, 2018.

¹⁶ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Lima, Palestra, 2016.

pues se estima que una decisión será correcta siempre que se hayan seguido ciertas reglas que rigen el desarrollo del discurso justificativo. En segundo sitio, la corriente estándar no desconoce la importancia de la lógica en la aplicación del derecho, pero no por ello se desvincula de los elementos materiales que permiten apreciar la razonabilidad material de las sentencias. Y finalmente, parece que la teoría estándar centra su atención fundamentalmente en los problemas derivados de la argumentación judicial, en especial relacionada con los problemas de la premisa normativa, esto es, con los problemas judiciales de la aplicación del derecho.¹⁷ Así las cosas, si algo debe echarse en falta en la teoría de la argumentación actual en boga es, precisamente, el hecho de que en ella se coloca el acento sobre los problemas normativos que pueden presentarse en el razonamiento jurídico, dejando de lado las complicaciones que reviste la construcción y comprobación de la premisa normativa.¹⁸ Por otro lado, resulta criticable también que las concepciones estándar consideren como el espacio típico de la argumentación al proceso jurisdiccional, oscureciendo las peculiaridades y potencialidad que también reviste la argumentación jurídica desplegada tanto en el ámbito legislativo como en el de la actividad jurídica de la administración. Por ello, en lo que sigue queremos aportar algunos elementos que permitan apreciar la complejidad que reviste la argumentación en materia de hechos dentro del razonamiento penal, para mostrar con ello que este es uno de los espacios donde la teoría de la argumentación tiene todavía mucho por hacer.

EL “CASO” EN EL DERECHO PENAL

“Se dice que la tarea de los juristas es decidir sobre ‘casos’ [pero] ¿Qué es un caso y qué papel juega en él el derecho penal? La respuesta es sencilla: un caso (o también: un supuesto de hecho) es un suceso, un acontecimiento real, sometido a ca-

¹⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa / Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, p. 11.

¹⁸ Hassemmer, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, México, Bosch / Inacipe, 2018, p. 149.

lificación jurídica. Podría también decirse que los preceptos legales son aplicados a casos y los casos son resueltos mediante normas legales”.¹⁹ La cita de Hassemer con la que abrimos este apartado resulta importante por más de una razón, como ya tendremos oportunidad de ver.

En principio, la observación del penalista alemán demuestra la importancia de los casos para el razonamiento jurídico, ya que es la actualización de un supuesto de hecho necesitado de solución jurídica lo que amerita el recurso a la argumentación. Tal es la relevancia del caso para el derecho que esta forma de argumentar se encuentra en la base del razonamiento jurídico de la tradición del *common law*. Según Edward Levi —uno de los más reconocidos precursores de la teoría de la argumentación en el derecho anglosajón—, el razonamiento judicial mediante ejemplos (casos) describe un proceso más o menos circular: en el principio se presenta un supuesto de hecho cuya solución es convertida en una regla de derecho aplicada a todas las situaciones semejantes que le siguen en tiempo al caso primigenio; luego, la idea inicial es perfeccionada hasta asentarse en el conocimiento compartido de la comunidad especializada de juristas que recurren a ella como criterio de solución de los casos semejantes, hasta que lentamente el modelo presenta excepciones en su campo de aplicación, las cuales originan que en un momento determinado la regla derivada del primer supuesto de hecho sea abandonada, porque el tribunal ha reinterpretado “el caso anterior y, al hacerlo, adopta la idea que antes había sido rechazada”.²⁰ Si las cosas son así, resulta entonces que el razonamiento jurídico presenta un carácter derrotable, en la medida en que la norma que disciplina la solución del caso puede ser vencida por la aparición de excepciones no calculables *ex ante* que originan una limitación en su campo de aplicación. Las normas excepcionadas en su aplicación merced a su derrotabilidad no dejan de pertenecer al sistema ni pierden su capacidad para disciplinar casos futuros, sino que en realidad lo que demuestra este fenómeno es que la aplicación del derecho reviste un marcado carácter argumentativo en la medida en la cual no

¹⁹ *Ibidem*, p. 15.

²⁰ Levi, Edward Hirsch, *Introducción al razonamiento jurídico*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Ediciones Coyoacán, 2005, p. 16.

existen soluciones invariables. En ese tenor, dependerá de la capacidad argumentativa del operador jurídico demostrar que el supuesto de hecho bajo análisis debe ser resuelto a partir de la regla determinada por el precedente de los casos anteriores, o bien que dada su especialidad amerita un tratamiento diverso.

Aquí se encuentra entonces una primera constatación del vínculo del proceso penal con la teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, en este momento también se presentan un inconveniente que debe ser atendido con prontitud. Y es que parece que el razonamiento mediante ejemplos tal como lo describe Levi tiene el riesgo de generar un debilitamiento del principio de certeza jurídica, en tanto que por medio de las distinciones a los precedentes se puede llegar a una deriva particularista donde se decide caso por caso. En relación con tal riesgo, debe decirse que la operación para determinar que las reglas jurídicas se aplican al caso concreto es una exigencia típica concomitante al ejercicio de la jurisdicción, por lo que siempre será preciso realizar un ejercicio de arbitrio judicial para subsumir el supuesto de hecho en la norma que debe engastarlo. Tal situación debe llevarnos a considerar la tesis de la “unidad de respuesta correcta”²¹ simplemente como un ideal regulativo de la actividad jurisdiccional, que puede alcanzarse de manera gradual en la misma proporción en la que el discurso jurídico se apegue a sus características institucionalizadas que le dotan de sustantividad propia.²² De otro lado, tal como Hassemer lo deja ver claramente, el razonamiento jurídico describe un movimiento de ida y vuelta entre el caso y la norma. Esto es particularmente sobresaliente porque la aplicación del derecho no puede desvincularse del supuesto fáctico que, en el caso del derecho penal, origina la imposición de una sanción privativa de libertad. La dualidad del razonamiento se haya vinculada desde el ámbito de la justificación interna. Se dice que las decisiones jurídicas

²¹ Dworkin, Ronald, “¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?”, en *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschioli, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, pp. 159-190.

²² Véase, Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, trad. de Manuel Atienza, 4.ª edición, México, Fontamara, 2010, p. 24.

deben ser respetuosas, en primer lugar, de las reglas de la lógica, ello porque en la solución de los casos es menester hacer uso de los esquemas deductivos tradicionales. En la construcción del silogismo judicial se encuentran siempre dos clases de componentes: una premisa de carácter normativo compuesta por una norma integrada por la descripción de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; y luego, otra premisa fáctica —denominada menor— que es la afirmación de los hechos descritos en el antecedente de la premisa mayor. Si todo ello es del modo que se acaba de señalar, entonces la argumentación debe desplegarse no únicamente sobre las normas, sino también en relación con los hechos, si se oscurece alguno de estos planos para acentuar el otro, entonces no se proporcionará una imagen adecuada de la forma como se razona en contextos legales, y por ello mismo la teoría de la argumentación no cumplirá adecuadamente sus funciones descriptivas ni prescriptivas para elevar la calidad de las decisiones jurídicas.

CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES

Según dijimos en la parte final del segundo apartado, uno de los problemas de la teoría contemporánea de la argumentación es que no le ha deparado especial atención a la argumentación en materia de hechos. Si a ello le sumamos que en el ámbito del derecho penal la argumentación fáctica reviste una importancia capital, en la medida en que una de las tareas primordiales de los penalistas es precisamente la resolución de casos mediante la aplicación de normas, entonces tendremos más claramente fijadas las coordenadas que deben regir la actividad argumentativa de los juristas en este contexto. En vista de ello, debemos distinguir dos planos diferentes sobre la argumentación, los cuales se encuentran vinculados con cada una de las premisas de la justificación interna. Dicho con otras palabras, cuando se aplica el derecho al caso concreto resulta igualmente importante la justificación de la elección de las normas relevantes como también lo es la justificación en materia de hechos probados.

La exigencia de justificación admite un rasero de exigencia dual según la clase de caso ante el cual nos encontremos. En términos conceptuales, los supuestos de hecho sometidos a la calificación jurídica se pueden clasificar en dos grandes sectores: el de los casos fáciles y el de los casos difíciles. Esta taxonomía tempranamente acuñada por Neil MacCormick²³ refiere que en los supuestos del primer grupo es posible arribar a la solución mediante justificaciones deductivas, en tanto que se trata de situaciones rutinarias. Como bien lo señala Aulis Aarnio, se trata de “casos que se producen reiteradamente. Se podría hablar hasta de decisiones en masa”, con otras palabras, “quien toma la decisión conoce tanto los detalles de la norma jurídica que hay que aplicar como el hecho ocurrido. La decisión es literalmente la aplicación de la ley”.²⁴ En virtud de lo anterior, en los casos fáciles la “justificación de las decisiones puede lograrse por medio de una deducción simple a partir de reglas establecidas claras”.²⁵

Al contrario, en los casos complejos —difíciles— según MacCormick, “la deducción solo entra después de que se haya llevado a cabo la parte interesante de la argumentación, el establecimiento de una resolución en el derecho”.²⁶ En estos supuestos es precisa una justificación de segundo orden, que, si bien presupone la justificación deductiva, va más allá de ella. Las condiciones que denotan la complejidad del supuesto sometido a la calificación jurídica, se pueden deber a una variada serie de factores. De acuerdo con Rendón Huerta, entre las condiciones que complejizan un caso se encuentran la indeterminación normativa derivada de la equivocidad o vaguedad de los textos normativos, la falta de respuesta proporcionada por las normas previas al caso, la existencia de antinomias entre las normas que pretenden disciplinar la solución del caso, la presencia de lagunas en el ordenamiento, la necesidad de establecer distinciones en el ámbito de aplicación de los precedentes, la existencia de factores que respecto de la solución del caso concreto hacen previsible la actualización

²³ MacCormick, Neil, *op. cit.*, nota 15, p. 249.

²⁴ Cfr. Aarnio, Aulis, *op. cit.*, nota 16, p. 25.

²⁵ Véase MacCormick, Neil, *op. cit.*, nota 15, p. 249.

²⁶ *Ibidem.*

de consecuencias injustas o inconvenientes que deben evitarse, la necesidad de solventar problemas relacionados con la coherencia y completitud del ordenamiento, o bien, el caso difícil puede originarse en el proceder indebido del propio interprete.²⁷

Con todo, si ahora tratamos de resumir las condiciones que tornan difícil la solución del caso podríamos agrupar todos los factores mencionados hasta ahora en cuatro grandes grupos ya propuestos en el trabajo señero de MacCormick. Según el afamado profesor escocés, los casos difíciles pueden deberse a problemas de: *a)* interpretación, *b)* relevancia, *c)* prueba, y *d)* calificación. Tal como puede colegirse desde ahora, los problemas relacionados con los incisos *a)* y *b)* están relacionados con la premisa normativa de la justificación interna, en tanto que los referidos en los incisos *c)* y *d)* tienen que ver con la reconstrucción y argumentación en materia de hechos. Así, tendremos que existe un problema de interpretación cuando no hay duda respecto del derecho aplicable, pero la norma en cuestión admite más de una lectura, es decir, existen dudas sobre el sentido y alcance que debe darse a la disposición relevante para resolver el caso. Por el contrario, los problemas de relevancia suponen una cuestión previa a la interpretación, esto es, no existen dudas sobre la forma como debe interpretarse la norma, sino que la cuestión dilemática es “si existe una tal norma aplicable al caso”.²⁸ En su orden, los problemas que tienen que ver con la premisa fáctica pueden ser de dos clases: los problemas de prueba hacen referencia a las dificultades para establecer la veracidad de las proposiciones de hecho desencadenantes de las consecuencias jurídicas previstas en la norma; en los problemas de prueba la complicación existe, como bien lo precisa Atienza, porque para asignar las consecuencias jurídicas es preciso “establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado”.²⁹ Finalmente, los problemas de calificación o de “hechos secundarios” se presentan cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos

²⁷ Sobre la razonabilidad en los casos difíciles, de nueva cuenta nos remitimos a las consideraciones realizadas en el estudio de Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, nota 10, pp. 43-44.

²⁸ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, 2ª edición, Lima, Palestra, 2004, p. 178.

²⁹ *Ibidem.*

primarios que están plenamente acreditados, pero la discusión gravita sobre si los mismos integran un caso que pueda ser subsumido en la prótasis de una determinada norma.³⁰

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles propuesta por MacCormick, y aceptada prácticamente por toda la doctrina posterior, evidencia la importancia que reviste la argumentación jurídica en los supuestos de la segunda clase. En ellos la justificación no se agota por una inferencia deductiva, sino más bien resulta que la inferencia es un momento posterior y último que está precedido por una actividad más interesante en la que es preciso seleccionar las normas y determinar cuáles son los hechos relevantes que deben tenerse por probados. Si las cosas son de este modo, todos los casos son potencialmente complejos en la medida en que las posibilidades interpretativas de los materiales normativos propios de los sistemas constitucionalizados se elevan potencialmente en virtud de la vaguedad y la textura abierta que caracteriza a todos los lenguajes naturales. Por otro lado, la constitucionalización del ordenamiento eleva también la propensión para que aparezcan en el sistema lagunas axiológicas, es decir, supuestos de hecho que, si bien están dotados de una solución predeterminada, la misma se considera injusta o irrazonable por parte del operador jurídico llamado a decidir el caso.

Pero las cuestiones complicadas no se agotan en los aspectos normativos, sino que trascienden y afectan también a la construcción de la premisa fáctica. En efecto, si partimos de la tesis de que el proceso es una experiencia que desde el presente pretende revivir aspectos del pasado, por medio de elementos de convicción desahogados en una especie de ceremonia ritual organizada de acuerdo con ciertas reglas predeterminadas, entonces pronto caeremos en la cuenta de que el proceso reviste una especie de magia, en tanto que por medio de él se hace vivir aquello que se ha consumado ya en el tiempo. Estas dificultades son especialmente graves en el caso del proceso penal, pues en el enjuiciamiento criminal es preciso vencer más allá de toda duda la presunción de inocencia del imputado, lo

³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 179.

cual solo puede lograrse mediante una reconstrucción veraz de ciertos hechos del pasado que colman los supuestos de procedencia de las consecuencias jurídicas de una determinada descripción típica.

A estas alturas es más claro aceptar que la teoría de la argumentación está llamada a desplegar su virtualidad no únicamente respecto de la justificación de la premisa normativa que disciplina la solución del caso, sino también y principalmente respecto de la justificación de los hechos que sirven de base a la incriminación, máxime cuando el proceso penal debe ventilarse mediante la exigencia de ciertos requisitos constitucionales innegociables como la separación de funciones entre los diversos participantes del juicio, la igualdad de armas entre la acusación y la defensa y la aplicación del principio de contradicción entre las partes. A estas cuestiones concretas dedicaremos el siguiente apartado de nuestra contribución.

DE VUELTA AL PROCESO PENAL

El caso, ese supuesto de hecho sujeto a calificación jurídica, es el punto de partida para la reacción penal. Sin embargo, como vimos, la reacción penal tiene como presupuesto la reconstrucción en el presente de ciertos hechos relevantes que acaecieron en un tiempo anterior a la reacción punitiva. Por ello, en la reconstrucción del supuesto de hecho confluyen una serie de factores que le son determinantes. Así, por ejemplo, en la elaboración y justificación procesal de la teoría del caso de cada uno de los participantes en el rito procesal es preciso tener en cuenta los elementos normativos y fácticos que concurren en la justificación del castigo o la absolución.

En ese sentido, la teoría de la argumentación jurídica ocupa un lugar preponderante en el ámbito del proceso penal, ya que a través de ella se deberán formular cada una de las pretensiones de las partes. Esto es así porque el primer elemento al que debe recurrir el jurista para la reconstrucción del caso penal es el lenguaje. En un momento posterior, los operadores del derecho deben saber seleccionar los datos que el suceso propone para quedarse únicamente con aquellos que van a ser relevantes para su producción y resolución y, ulteriormente,

manifestarlos en el proceso con un grado de general de comprensión que los haga asequibles a todo el público. En la reproducción del caso, el derecho penal se emplea unitariamente, en la medida en que no cabe hacer distinciones de orden procesal o sustantivo. Por el contrario, el derecho sustantivo encuentra en tal grado de concatenación con las reglas adjetivas que el caso no puede producirse sin los parámetros que ambos sistemas aportan: el primero determina los elementos importantes en la reproducción de aquellos datos fácticos de los cuales no se puede prescindir, en tanto que las normas procesales proporcionan los medios de comportamiento en el proceso y las reglas conforme a las cuales debe ser producido válidamente el supuesto de hecho en el juicio. Como se ve, el despliegue argumental que requiere el enjuiciamiento penal supone un conocimiento total de las normas y los hechos, puesto que el derecho penal sustantivo no tiene que ver solamente con la decisión del caso, sino también con los datos importantes que hay que seleccionar para su reproducción.

Así, el proceso penal considera de manera destacada la competencia argumentativa de sus participantes, en la medida en que para tener éxito dentro de él se hace necesario contar con la habilidad para transmitir las implicaciones normativas y fácticas del caso en palabras que sean entendibles por todos y puedan concitar el convencimiento de aquellos a quienes se dirige el discurso, pues el carácter dialéctico del proceso penal acusatorio es marcadamente característico. Por ello, las audiencias en el nuevo proceso penal son públicas, ya que no se dirigen solamente para ser apreciadas por peritos en derecho, sino que son una muestra de cómo el proceso trasciende hacia el cumplimiento de su faceta extraprocesal para ser visto también como un ejercicio de corte democrático y legitimador en el uso de la fuerza institucionalizada.

Pero el caso es también un producto histórico, por lo que para su decisión debe ser cerrado por los operadores del derecho para que su reproducción pueda darse de la manera más adecuada posible. Es menester delimitarlo espacial y temporalmente, centrándonos solamente en los hechos verdaderamente relevantes y operativos para colmar la descripción normativa. De este modo, la teoría de la argumentación permite que el operador jurídico se concentre en la prueba y análisis de los hechos

penalmente relevantes, evitando el esfuerzo personal y el dispendio de los recursos en la demostración de cuestiones irrelevantes.

Por otro lado, queda claro que el juicio oral es el núcleo del proceso penal acusatorio, por ello es fundamental que dentro de esta fase los participantes puedan expresarse con la libertad necesaria para facilitar el acceso a la decisión del caso. Pero también debe tenerse en cuenta que el proceso no debe quedar a la entera disposición de las partes, en la medida en que el juicio es un discurso regido por ciertas reglas institucionales que aseguran, en mayor o menor grado, el esclarecimiento de la verdad. Para ello se han establecido las formalidades a que debe estar sujeta la producción del supuesto de hecho y el procedimiento para llevarla a cabo, escrupulosidades cuya contravención trae aparejada la nulidad de los actos ejecutados contra sus prescripciones. En ese sentido, las formalidades establecidas, por ejemplo, en el artículo 14 constitucional, no únicamente deben ser contempladas como requisitos que resultan necesarios para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación, sino también como reglas estructurales del discurso jurídico que permiten garantizar la igualdad y el equilibrio entre las partes, especialmente en lo que hace a la conformación del debido proceso, el cual esencialmente implica los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa, 3) la oportunidad de alegar y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.³¹ En virtud de lo visto, en la producción del caso es imperiosa la participación del inculpado, de manera que pueda argumentar y ofrecer pruebas en todos aquellos casos en que no acepte o con su versión modifique las circunstancias en que presumiblemente ocurrió el hecho. Para ello es necesario que el inculpado cuente con la debida asesoría letrada, esto es, un

³¹ En ese tenor se expresa la jurisprudencia P./J. 47/95, de rubro “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”, visible en la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 1995.

abogado que conozca la rutina de los tribunales elevando las posibilidades de una adecuada participación del inculpado en el proceso y una mejor reproducción del hecho. La exigencia de la participación del acusado en el caso antes del acto privativo de sus derechos no es un imperativo de propio interés para el procesado, sino un provecho generalizado de la sociedad, ya que un proceso en donde el sujeto al que se imputa la comisión de un caso fuera mudo testigo de los actos que le perjudican sería poco menos que una farsa. De ahí que el juicio deba ser visto como un ejercicio dialéctico donde los medios de prueba de cada una de las partes, correctamente aportados y argumentados en el juicio permiten fundar una sentencia justa y apegada a la realidad emanada del proceso, ya que en otro caso una resolución condenatoria resulta a todas luces inicua.

Pero las formalidades van más allá. El principio de oralidad debe presidir el desarrollo del proceso, todos los participantes deben expresar sus argumentos por medio de la palabra hablada, al tiempo que el juez está obligado a explicar sus resoluciones de manera oral y de cara a la sociedad, por lo que evidentemente aquí la teoría de la argumentación vuelve a desplegar toda su virtualidad, dado que la sentencia es también un acto de comunicación a través del cual la autoridad judicial expone las razones determinantes que permiten justificar el fallo definitivo no solo frente a las partes directamente implicadas en el asunto, sino también, y sobre todo, ante la comunidad completa.

CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de esta contribución hemos querido poner de relieve la forma como el estado constitucional acentúa el carácter central de la argumentación en el derecho, y especialmente en la labor jurisdiccional desplegada en el ámbito del proceso penal.

Después de este desarrollo creemos haber demostrado que una serie de factores concatenados y convergentes explican tal centralidad de la teoría de la argumentación.³² En primer término, la constatación de que era necesaria la formulación

³² Cfr. Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 73-78.

de una teoría de la argumentación jurídica que colmara el vacío generado por esquemas en donde se suponía la aplicación silogística del derecho y la escasa relevancia de la función judicial. Además de ello debemos sumar que la aparición del sistema de derechos y el control de constitucionalidad estructurados en la ley fundamental han supuesto una limitación sustancial del poder del legislador, cuyo ejercicio requiere de una legitimación más exigente, ya que la actividad del parlamento se halla sujeta al escrutinio de la corte constitucional.

En segundo término, también asistimos a un fenómeno de pérdida creciente de la legitimación del poder público antes basado en el monopolio de la coacción estatal que gradualmente ha cedido su preeminencia frente al principio del consentimiento de los afectados como factor de legitimación gubernamental. En este sentido, el proceso de constitucionalización ya descrito incluye, por un lado, a la democracia como un presupuesto y, en otro aspecto, requiere al factor ideal de los derechos fundamentales como contenidos indisponibles a la regla de la mayoría contingente.³³ En diversos momentos hemos insistido en el carácter normativo de la constitución, por lo que como todos los textos de este género la ley fundamental es objeto de interpretación por parte de una amplia pléyade de operadores jurídicos que van desde los poderes públicos hasta los particulares a través de sus relaciones de coordinación. Ahora bien, la interpretación de la constitución presenta cualidades en razón de la tipología de sus normas, cuya estructura no supone, como lo indica Pérez Royo, la tipificación de una conducta para anudarle determinadas consecuencias jurídicas, sino que la constitución es más bien el marco y el límite de la actuación de los particulares y los poderes públicos, especialmente el legislador.³⁴ Si las cosas son así, los operadores jurídicos que participan en las diversas fases y etapas del proceso penal están obligados a realizar una lectura constitucional del proceso, para lo cual es menester contar con una sólida formación que solo puede proporcionar la teoría de la argumentación jurídica.

³³ *Ibidem*, p. 77.

³⁴ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 117.

El derecho penal aparece como la última garantía de racionalidad a la hora de sancionar las conductas que por su especial entidad lesiva no pueden ser conminadas a través de reacciones de menor gravedad. Esta seguridad permite ver al derecho penal como un mecanismo que posibilita la convivencia social pacífica, pero que no puede presentarse solo ni ser la primera respuesta o el sustento de un discurso estatal unívoco. Al contrario, las normas penales deben estar acompañadas, si quieren tener pretensión de eficacia, de todo un sistema de controles previos que permitan interiorizar en las personas la convicción de comportarse de acuerdo con la expectativa social esperada, porque la conducta debida es valiosa en sí misma y no solo por el hecho de que el incumplimiento de la misma esté conminada por una sanción restrictiva de la libertad o afflictiva sobre el patrimonio. Y si todo ello es de este modo, nos parece inconcuso que la única manera en que los operadores jurídicos pueden transformar en realidad esta pretensión del derecho penal es a través de las buenas razones en favor de la racionalidad y razonabilidad de las decisiones penales, lograda, como no puede ser de otra forma, a través de las pautas de razonamiento que proporciona la teoría de la argumentación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Lima, Palestra, 2016.
- ALEXY, Robert, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», trad. de Manuel Atienza, en *Derecho y razón práctica*, 4.^a edición, México, Fontamara, 2010.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2.^a edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *El Derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, México, Marcial Pons, 2017.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, 2.^a edición, Lima, Palestra, 2004.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*. México, Porrúa, 2008.
- CÁRDENAS GRACÍA, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa / Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014.

- DWORKIN, Ronald, “¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?”, en *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschirolí, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 34, España, Universidad de Alicante, 2011.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Lima, Palestra, 2018.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, 2.ª edición, México, Fontamara, 2007.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, México, Bosch / Inacipe, 2018.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- LEVI, Edward Hirsch, *Introducción al razonamiento jurídico*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Ediciones Coyoacán, 2005.
- MACCORMICK, Neil, *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Lima, Palestra, 2018.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, “El artículo primero constitucional y la constitucionalización del derecho en México”, en *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, *El canon de razonabilidad constitucional*, México, Porrúa, 2018.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 3.ª edición, México, FCE, 2010.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 2017.

La acción penal por particular en el Código
Nacional de Procedimientos Penales.
Discusiones actuales en torno a su procedencia

Bertha Maciel García
Gerardo Montejo Aragón

INTRODUCCIÓN

Uno de los cambios paradigmáticos de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de 2008 fue posibilitar el ejercicio de la acción penal por parte de particulares. El monopolio ostentado por el Ministerio Público en la investigación y persecución del delito dejó de ser tal y se revolucionó el papel de las víctimas u ofendidos en el proceso penal.

A más de diez años de tal reforma, se suman las narrativas de los códigos y leyes adjetivas penales de algunas entidades federativas, las cuales inicialmente regularon la acción penal particular. En la actualidad, la posibilidad de que víctimas u ofendidos formulen acusación penal en determinados delitos se encuentra regulada por el Código Nacional de Procedimientos Penales. No obstante, los supuestos de procedencia que posibilitan la participación del acusador particular son problemáticos e imprecisos.

Este texto aborda las dificultades que se han generado en la práctica de la acción penal por particulares en el marco del Código Nacional de Procedimientos Penales y coloca en el centro de análisis las respuestas jurisdiccionales que, de manera disyuntiva y contrapuesta, se han generado al respecto.

LA ACCIÓN PENAL PARTICULAR

La acción penal particular cambió el paradigma sobre el monopolio o facultad exclusiva del Ministerio Público en la procuración de justicia en México, abriendo espacios para la investigación criminal a víctimas u ofendidos del delito en determinados supuestos.

No se trata de hacer justicia por propia mano, sino buscar la impartición de la justicia a través del derecho a plantear ante la autoridad judicial un posible reclamo, con todas las reglas sustantivas del derecho penal —y la mayoría de las adjetivas—, sin la intervención del Ministerio Público como autoridad intermediaria.

En otras palabras, la víctima u ofendido tiene la facultad de colocar su pretensión jurídica directamente ante quien se encuentra en la posición de dictar un fallo judicial y a la postre obtener una reparación por la comisión del delito.

La idea subyacente a la reforma de 2008¹ y al Código Nacional de Procedimientos Penales² en torno a la acción penal particular se refiere a la intención de no observar más a las víctimas u ofendidos como sujetos pasivos y reconocer la figura del acusador particular como un sujeto procesal en el sistema de justicia penal de corte acusatorio.

¹ Secretaría de Servicios Parlamentarios, Subdirección de archivo y documentación, *Cuaderno de apoyo Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública*, 2008, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>. En la reforma constitucional, algunos argumentos refieren también la utilidad de la acción penal particular para transparentar la procuración de justicia mediante un control ciudadano de la misma.

² Senado de la República, Anteproyecto de dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Anteproyecto_Dictamen_CNPP_211113.pdf

Además del tratamiento de esta figura en el proceso legislativo, algunas referencias conceptuales sobre el acusador particular son la de Moreno Catena, quien llama así a la “persona física o jurídica que resultando ofendido o víctima de hechos delictivos se constituye en parte activa del proceso penal instando el castigo del responsable criminal”;³ y Gimeno Sendra, identificándolo como “quien o quienes por ostentar la titularidad del bien penal protegido y ser sujetos pasivos del delito, pueden acceder al proceso en su cualidad de víctimas u ofendidos y ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, manifiesta como un *ius ut procedatur* o derecho a la incoación de proceso penal”.⁴

De esta manera, la acción penal por particulares se presenta como una posibilidad de acceso a la justicia en *numerus clausus*, la cual cuenta con las siguientes características:

- Voluntaria: Al tratarse de un bien jurídico disponible (delitos de querrela), la víctima u ofendido tiene la decisión autónoma de constituirse en acusador particular en términos de lo dispuesto por la regulación procedimental, o bien, acudir ante el Ministerio Público.
- Renunciable: El acusador particular puede desistirse del ejercicio de la acción penal de conformidad con el artículo 144 vinculado al 432 del Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Relativa: Solo procede en los casos y bajo las condiciones que el propio Estado ha delimitado en el Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Autónoma: La víctima y ofendido tienen la posibilidad de acudir directamente ante el juez de control para presentar acción penal, que hará las veces de querrela, sin necesidad de acudir ante el Ministerio Público. No obstante, esta característica es reducida, debido a que, de conformidad al artículo 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en caso de ser necesario, a efecto de la investigación, la realización de actos de molestia que requieran control judicial el acusador particular deberá acudir con el juez de control, y en caso de tratarse

³ Moreno Catena, Víctor, Cortez Domínguez, Valentín, *Manuales de derecho procesal penal*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 105.

⁴ Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2004, p. 157.

de actos de molestia sin requerimiento de control judicial deberá intermediarlo como una gestión ministerial; en ambos supuestos, el Ministerio Público continuará con la investigación y decidirá sobre el ejercicio de la acción penal.⁵

RESEÑA HISTÓRICA DE LA ACUSACIÓN PENAL PARTICULAR

Por mandato constitucional y jurisprudencial, antes de la reforma de 2008, la vía de acceso a la impartición de justicia en materia penal era vía intermediación del Ministerio Público, institución abocada a la procuración de justicia, que fungía como representante social para investigar, perseguir y formular acusaciones ante las autoridades judiciales.

Anteriormente, reseña Castillo Soberanes,⁶ en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 se posibilitaba la querrela entre particulares ante los tribunales, y la institucionalización del Ministerio Público no gozaba de buena aceptación para ejercer la acción penal, pues se consideraba que retardaría la acción de la justicia, y el ofendido por el delito tendría que esperar a que tal órgano ejerciera la acción penal.

Fue en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917 cuando se institucionalizó que “La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial”.⁷

En esa época, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideraba que el ejercicio de la acción penal correspondía, de modo exclusivo, al Ministerio Público, ya que la persona ofendida no era parte del proceso penal.⁸

⁵ A consecuencia de tal disposición, la característica de autonomía es relativa, por lo que en términos del Código Nacional de Procedimientos Penales, la acción penal por particular puede considerarse semiautónoma, de autonomía condicionada o subsidiada.

⁶ Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1992, p. 44.

⁷ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Publicación original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

⁸ Tesis 767, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, apéndice de 1995, quinta época, t. II, febrero de 1919, p. 498, y Tesis 161(H), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*,

Con la reforma constitucional del 3 de julio de 1996 se dispuso “La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía”.⁹

Fue a partir de la reforma constitucional de 2008 cuando se gestó una nueva etapa en la historia procesal penal en México al instituir la dual posibilidad en el ejercicio de acción penal. No obstante, a más de diez años de dicha reforma, su consolidación y certeza jurídica en el ejercicio práctico son una asignatura pendiente. Asimismo, en la transición de los distintos modelos de justicia penal de algunas leyes procesales subnacionales al Código Nacional de Procedimientos Penales, las condiciones de posibilidad y efectividad de la acción penal por particular han quedado gradualmente disminuidas.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público y que la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

Se trata de una norma de carácter permisivo que regula el ejercicio de un derecho a las víctimas y ofendidos del delito; empero, reservando a la disposición procesal nacional los supuestos de procedencia y a las entidades federativas el catálogo de delitos susceptibles de acusación particular, en virtud de la libertad de configuración legislativa.¹⁰

apéndice de 2011, quinta época, t. III, julio 1929, p. 1224.

⁹ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Decreto por el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo párrafo 21, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_135_03jul96_ima.pdf

¹⁰ Tesis P/J. 11/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I, septiembre de 2016, p. 52, cuyo rubro refiere “Libertad de configuración legislativa de los congresos estatales. Está limitada por los mandatos constitucionales y los derechos humanos”.

Previo a la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, la procedencia de la acción penal particular estaba determinada según la técnica legislativa del Congreso de cada entidad federativa. Ocurría que en algunas entidades federativas, como Oaxaca o Chihuahua, al implementar el sistema de justicia penal acusatorio y oral no contemplaron la figura o un procedimiento sobre el acusador particular.

En el caso de Guanajuato, el artículo 399 de la Ley del Proceso Penal para el Estado posibilitaba la procedencia de la acción particular acorde con el catálogo de delitos perseguibles por querrela inscritos en el Código Penal del propio Estado, por ejemplo, determinado tipo de lesiones, peligro de contagio de enfermedad grave y transmisible, privación ilegal de libertad, allanamiento (morada, domicilio de personas jurídicas colectivas y establecimientos abiertos al público), estupro, algunas modalidades de robo y fraude, daños, entre otros. Consistía en un relativamente amplio catálogo de posibilidades para la constitución de acusación particular.

Además del presupuesto de procedencia en delitos de querrela, el citado artículo 399¹¹ inscribía la constitución del acusador particular en dos modalidades: *a)* frente al no ejercicio de acción penal por parte del Ministerio Público, es decir, de manera subsidiaria, y *b)* de manera autónoma si así lo decidiera la víctima u ofendido.

Cabe destacar que la legislación adjetiva del estado de Guanajuato propiciaba condiciones más amplias, autónomas y de mayor claridad legislativa para la substanciación de la acusación particular. Un claro ejemplo de ello es que la Ley

¹¹ Artículo 399 de la Ley del Proceso Penal para el estado de Guanajuato. “Se podrá ejercer acción penal particular en los delitos de querrela, en los siguientes supuestos:

I. Cuando el Ministerio Público determine el no ejercicio de la acción penal y no se interponga el recurso correspondiente; y

II. Cuando la víctima u ofendido decidan acudir directamente ante el Juez de Control.

La víctima o el ofendido podrán optar por someterse a las reglas de la acción penal pública o por promover la acción penal particular, pero la presentación de la querrela impide el ejercicio de la acción penal particular de forma autónoma en términos de la fracción II de este artículo.

En cualquier caso, el ejercicio de la acción penal particular extingue la acción penal pública”.

del Proceso Penal para el estado de Guanajuato contemplaba la posibilidad de auxilio judicial al acusador particular, para la gestión de determinadas diligencias u obtención de datos o medios de prueba que completaran la formulación de su imputación o acusación. En un supuesto análogo, acorde con el Código Nacional de Procedimientos Penales, cuando el acusador particular solicite la gestión de actos de molestia necesarios para su investigación al Juez de Control o al Ministerio Público, termina su participación en la investigación y la fiscalía es quien continuará con la investigación y decidirá sobre el ejercicio de la acción penal.

En la siguiente página se propone un cuadro comparativo entre dos modelos procesales para el ejercicio de la acción penal particular para evidenciar el retroceso en las condiciones de posibilidad para su ejercicio, en este caso, con el estado de Guanajuato.

El Código Nacional de Procedimientos Penales posibilita la acción penal por particulares que tengan la calidad de ofendidos o víctimas.¹² Así, además de una serie de requisitos formales y materiales,¹³ como la sujeción a las reglas previstas para la acusación presentada por el Ministerio Público de forma análoga,¹⁴ los supuestos y condiciones en los que procede la acción penal por particulares son referidos en el artículo 428 del citado Código Nacional.

Específicamente, el primer párrafo del citado artículo 428 refiere: “La víctima u ofendido podrá ejercer la acción penal únicamente en los delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión”. Esta porción normativa ha substanciado algunas controversias y disonancias que tienen efectos en la práctica de quienes pretenden constituirse como acusadores particulares.

La pregunta que centra las discusiones abordadas en este texto es: ¿cuáles son los supuestos en los que procede la acción penal por particular?

¹² Artículo 426 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹³ Artículo 429 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹⁴ Artículo 432 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

CUADRO COMPARATIVO

LEY DEL PROCESO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO	CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES
Condición amplia y explícita: (artículo 399) procede en todos los delitos de querrela.	Condiciones restrictivas y ambiguas:* (artículo 428) solo en los delitos de querrela que tengan pena alternativa, distinta a la privativa de libertad o cuya punibilidad máxima no exceda 3 años de prisión.
Autónoma: (artículos 134 y 399 fracción II) en tanto que víctimas y ofendidos decidan directamente acudir ante el juez de control.	Autonomía condicionada: (artículo 428) dicha autonomía solo subsiste en tanto la víctima u ofendido cuenten y aporten todos los datos de prueba necesarios al acudir con el juez de control.
Subsidiaria: (artículo 399, fracción I), ante la determinación de no ejercicio de acción penal, posibilitaba el ejercicio de acción penal particular.	Subsidiada: (artículo 428) el Ministerio Público se reapropiará de la investigación y decidirá sobre el ejercicio de acción penal si, para efecto de la investigación, la víctima y ofendido solicitan la realización de actos de molestia que requieran control judicial o ministerial.
Auxilio judicial: (artículo 403) en las diligencias que el acusador particular no pueda realizar por sí mismo para completar su imputación o acusación. También contempla la procedencia de providencias precautorias (artículo 400).	No contempla la posibilidad de auxilio judicial ni ministerial, por el contrario, la solicitud de intermediación en alguna diligencia para la investigación ocasiona la exclusión del acusador particular y el control de la acción penal por parte del Ministerio Público (artículo 428).

* Se destaca que la ambigüedad en este punto es precisamente el objeto de estudio del presente texto.

Fuente: Elaboración propia con los datos referidos en las disposiciones legislativas.

EL PROBLEMA RESPECTO A LOS SUPUESTOS DE PROCEDENCIA
EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Respecto a la porción normativa (primer párrafo del artículo 428) del Código Nacional de Procedimientos Penales, se han generado criterios contradictorios sobre la procedencia de la acción penal particular. Destacamos la existencia de posturas antagónicas dentro del Poder Judicial de la Federación, específicamente de instancias terminales del juicio de amparo.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, con residencia en Puebla, al resolver el amparo en revisión 256/2017,¹⁵ sostuvo que los supuestos específicos para que pueda ejercerse la acción penal privada, son dos, a saber: *a)* cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de libertad, o *b)* cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.¹⁶ Este tribunal llegó a dicha conclusión, a partir de una interpretación gramatical del artículo 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales, apelando a que tenía “una conjunción coordinante disyuntiva ‘o’, cuya función sintáctica es unir palabras, sintagmas u oraciones independientes, indicando opción o elección entre sus componentes”.¹⁷

En tanto que el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, con sede en Quintana Roo, al resolver el amparo en revisión 600/2017,¹⁸ consideró que son tres hipótesis, en aquellos delitos: *a)* cuya punibilidad sea alternativa,

¹⁵ Relativo al juicio de amparo 232/2017 tramitado ante el Juzgado Primero de Distrito de Amparo en Materia Penal en el estado de Puebla.

¹⁶ Poder Judicial de la Federación, versión pública de la Sentencia 30 de noviembre de 2017, del amparo en revisión 256/2017, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, con residencia en Puebla, relativo al juicio de amparo número 232/2017, Juzgado Primero de Distrito de Amparo en Materia Penal en el estado de Puebla, http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=185/01850000215341610005004.doc_1&sec=Hilda_Tame_Flores&svp=1

¹⁷ Tesis aislada VI.1o.P.43 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. III, abril de 2018, p. 1889, cuyo rubro refiere “Acción penal ejercida por particulares. Casos en que se actualizan sus dos hipótesis de procedencia (interpretación de los artículos 426 y 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales)”.

¹⁸ Relativo al juicio de amparo 1111/2017, del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en el estado de Quintana Roo, con sede en esa ciudad.

b) que sea distinta a la privativa de libertad, o *c)* que la pena máxima no exceda de tres años de prisión.¹⁹

Ambos criterios son objeto de la contradicción de tesis 308/2018,²⁰ pendiente de resolverse por la Primera Sala, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, denunciada por el segundo de los órganos citados en la sentencia del amparo en revisión 600/2017, aduciendo que contiene un mismo tema jurídico y elementos fácticos con pronunciamientos opuestos.

Cabe señalar que se han gestado otros criterios sobre la procedencia de la acción penal particular, por ejemplo el del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, con residencia en Monterrey, Nuevo León, al resolver el amparo en revisión 85/2017,²¹ a partir de la diferenciación entre los supuestos mediante el uso de la “coma”, considera que el artículo 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece cuatro supuestos de procedencia de la acción penal privada: 1) delitos perseguibles por querrela, 2) cuya penalidad sea alternativa, 3) distinta a la privativa de la libertad, o 4) cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.²²

Sobre el particular, han surgido algunas posiciones académicas como la de Hidalgo Murillo, quien considera que el artículo 428 debe interpretarse ampliamente, por lo cual la acción penal particular tendría una procedencia trifásica en los siguientes delitos: a) perseguibles por querrela, b) cuya punibilidad sea alternativa,

¹⁹ Poder Judicial de la Federación, versión pública de la Sentencia del Amparo en revisión 600/2017, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito en Cancún, Quintana Roo, http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=462/04620000221275920005005.doc_1&sec=Manuel_Alejandro_Pe%C3%B1afiel_Salazar&svp=1

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 308/2018 sobre acción penal ejercida por particulares, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=244058>

²¹ Relativo al juicio de amparo indirecto 730/2016-II, del índice del Juzgado Tercero de Distrito en Materia Penal en el estado de Nuevo León.

²² Poder Judicial de la Federación, versión pública de la Sentencia 1 de febrero de 2018, del recurso de revisión 85/2017, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, con residencia en Monterrey, Nuevo León, relativo al juicio de amparo indirecto número 730/2016-II, http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=152/01520000206617120007009.docx_1&sec=Ernesto_Vladimir_Tavera_Villegas&svp=1

distinta a la privativa de la libertad, y c) cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.²³

Por su parte, Pérez Loyo propone acudir a la exposición de motivos de la iniciativa del Código Único del Senado, donde se planteó sobre la acción penal por particulares “que la misma proceda por delitos perseguibles únicamente por querrela y que tengan como pena mínima tres años de prisión”.²⁴

Al tenor de lo anterior, y en un análisis retrospectivo del proceso legislativo, integrantes del Congreso de la Unión expresaron su postura respecto a los derechos de la víctima, en específico a la acción penal particular, lo cual se aprecia en algunos fragmentos del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 que se muestran en el cuadro de la siguiente página.

La intención subyacente en las porciones reproducidas nos permiten considerar el propósito de conferir mayor participación a la víctima y ofendido del delito en el proceso penal, otorgándole reconocimiento como sujeto procesal al constituirse en acusador particular. Esto puede ser una referencia para asumir un criterio extensivo sobre los supuestos de procedencia que regula el Código Nacional de Procedimientos Penales.

PROPUESTA DE ABORDAJE

A reserva del criterio que asuma la Primera Sala del máximo Tribunal de Justicia en la contradicción de tesis 308/2018, para resolver la disparidad de criterios respecto a los supuestos de procedencia para la incoación de la acusación particular, no debe soslayarse que la apertura a la subsidiariedad acusatoria del Estado en los conflictos penales menos lesivos o menos graves mediante la acción penal por particulares obedece a intenciones concretas en el marco de la reforma del sistema de justicia penal gestado en 2008.

²³ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Manual de litigio para víctimas y ofendidos del delito*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2015, p. 33.

²⁴ Pérez Loyo, Erik, *Acción penal por particular*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2018, pp. 11-12.

Exposiciones de motivos de las iniciativas de reforma sobre acción penal particular*

Fragmento destacado

La práctica judicial, por tanto, no se distinguió por ser activista en los derechos del ofendido. Se tuvo que hacer una reforma constitucional para modificar la doctrina de los jueces federales sobre el monopolio de la acción penal que sigue atada a dogmas absurdos sobre los problemas actuales por los que atraviesa el control constitucional del monopolio de la acción penal, aunque hay que reconocer de suyo una *tendencia actual por reivindicar los derechos del ofendido en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* que de manera muy gradual comienza a recomponer el estatus que moralmente merece la víctima de un delito.

Jesús de León Tello (29/09/06)

Los particulares deben tener el derecho para ejercer directamente la acción penal. Por lo anterior es que se proponen ciertos ajustes al primer párrafo del artículo 21 constitucional, de manera que se subraye que el Ministerio Público tiene la obligación de investigar la comisión de delitos y de ejercer la acción penal cuando considere que hay elementos suficientes para hacerlo. *También se propone dotar a los particulares de la facultad para ejercer directamente la acción penal.* Sobre este punto conviene recordar la opinión favorable que ha expresado uno de los mayores expertos en México en el tema del Ministerio Público, el doctor Sergio García Ramírez. Para el investigador universitario y actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha llegado el momento en la historia del Ministerio Público para dejar atrás el monopolio de la acción penal que hasta ahora ha tenido; sus palabras son las siguientes: ¿Por qué no abrir el espacio para que el particular pueda, en determinadas hipótesis, constituirse en actor penal?... Si alguna vez pareció... necesario que el ofendido... quedase al margen de la acción penal, propiamente, tal vez ahora lo sea que la reasuma y esgrima directamente ante el órgano jurisdiccional en asuntos de preponderante interés privado... Sería privatización, sí, pero sana y oportuna privatización. [...] se podría generar un sistema de acción subsidiaria y necesaria a cargo del Ministerio Público.

César Camacho Quiroz (19/12/06)

Los derechos que nuestro orden jurídico concedían a las víctimas no la facultaban para emprender la acción penal por sí misma. Cabe señalar que la acción penal privada, como en la mayoría de los países en que existe, operará limitada siempre dentro de un marco de control por parte del derecho penal por parte Estado, procurando que su propósito sea avanzar persecuciones penales aún en contra de las determinaciones del Ministerio Público. [...] Reconocemos, por lo tanto, que la correcta atención a las víctimas exige no sólo modernizar los instrumentos legales necesarios para una persecución penal exitosa, como se buscó hacer a través de incorporar la acción penal privada; de insertar el derecho de las víctimas a obtener ágilmente información precisa sobre el estado de su caso y, la posibilidad de que la víctima pueda coadyuvar con el Ministerio Público.

Javier González Garza (24/04/07)

* Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Reformas constitucionales por decreto en orden cronológico, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

Fuente: Elaboración propia con base en el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. Énfasis añadido.

En tanto, la operatividad inmediata de los sujetos procesales del sistema de justicia penal se propone orientada en un enfoque interpretativo multidimensional: historicista, teleológico, sistemático e incluso gramatical. Considerando, sobre todo, las intenciones de resignificar el papel de la víctima u ofendido del delito en el proceso penal, como sujeto procesal con participación activa y directa como acusador particular.

Si bien, ello ha quedado desdibujado en algunos casos (por ejemplo, con la referencia previa sobre la normativa del estado de Guanajuato), los contenidos del Código Nacional de Procedimientos Penales pueden ser objeto de sustantivas mejorías en torno a la acusación particular, desde un enfoque interpretativo jurisdiccional y desde un enfoque legislativo.

Bajo tal insinuación, el artículo 428 del Código Nacional, al establecer los “supuestos y condiciones en los que procede la acción penal por particulares”, describe la necesaria condición de tratarse “únicamente en los delitos perseguibles por querrela”, fortaleciendo tal criterio con las referencias historicistas del proceso de reforma constitucional de 2008 y la intención de los legisladores de posibilitar su presentación directa ante las instancias jurisdiccionales, sin intermediación del Ministerio Público, en los delitos donde prime el interés privado y la disposición de las víctimas y ofendidos en su persecución.

Ahora bien, dentro de la categoría “delitos de querrela”, según los catálogos inscritos en los códigos penales de cada entidad federativa, habría de distinguir dos dimensiones, en tanto que la legislatura empleó la conjunción disyuntiva “o”, la cual indica alternancia excluyente entre las hipótesis enunciadas: *a)* cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad y *b)* cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión. Se entiende que ambos supuestos no son acumulativos.

Así, la pretensión de la legislatura puede interpretarse como el establecimiento de dos bloques de los delitos perseguibles por querrela atendiendo a su sanción: aquellos que implican pena de prisión y los que no.

Todos aquellos sancionados con una penalidad alternativa que no sea la privativa de libertad, por ejemplo, la multa, amonestación, inhabilitación, etcétera,

serán susceptibles de acusación particular en tanto sean perseguibles por querrela. O que, sumando una interpretación teleológica a estos criterios, implicando pena de prisión, de forma alternativa o no, la punibilidad máxima de esta tampoco exceda los tres años.

Otra condición subsistente para el ejercicio de la acción penal por particulares es la tenencia absoluta de datos de prueba para establecer la comisión del delito y la probabilidad de comisión o participación de un imputado. En caso contrario, si a efectos de la investigación requiere solicitar actos de molestia al juez de control o al Ministerio Público, este último coopta la determinación en torno al ejercicio de la acción penal.

También nos importa destacar la relevancia de asumir criterios extensivos que posibiliten la oportunidad y eficacia de la acusación penal por particulares. De esta manera, al otorgar seguridad jurídica en los supuestos de procedencia u oportunidad y precisar las posibilidades en las que la víctima u ofendido puede constituirse en acusador particular es un requerimiento y necesidad impostergable para el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

En este sentido, el criterio más extensivo, atendiendo a los objetivos de la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública, que reinterpretaría el papel de las víctimas u ofendidos del delito como sujetos activos en el proceso penal, implica lo siguiente: “La acción penal por particulares procede en todos los delitos perseguibles por querrela si su sanción es una pena alternativa a la prisión o que siendo objeto de pena privativa de libertad, su punibilidad máxima no exceda 3 años”. Además, sería necesario integrar el auxilio judicial o ministerial en el texto normativo vigente y derogar la porción normativa del tercer párrafo del artículo 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales que lo obstaculiza.

De esta manera, se puede intermediar el hecho de que actualmente los catálogos que se encuentran en cada uno de los Códigos Penales de las entidades federativas y en el Código Penal Federal proponen los delitos susceptibles de persecución por querrela y asignan punibilidades de manera autónoma, las cuales pueden variar entre sí.

CONCLUSIONES

La porción normativa relativa al primer párrafo del artículo 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales admite diversas interpretaciones, quedando supeditada a discrecionalidad y ponderación en torno a los supuestos de procedencia de la acción penal por particulares. Ello requiere un pronunciamiento jurisdiccional o legislativo que dote de certeza jurídica, por medio de unos criterios obligatorios como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una vez que resuelva la contradicción de tesis 308/2018, o bien, mediante reforma legislativa del código adjetivo nacional.

En este sentido, la ley procesal ha sido unificada en un Código Nacional de Procedimientos Penales, pero los catálogos de delitos y la persecución, así como la punibilidad de los mismos tienen una configuración normativa autónoma en cada entidad federativa y a nivel federal. Y si bien, ya las posibilidades para la integración de un Código Penal Nacional son de amplia discusión, la interpretación actual de los supuestos de procedencia de la acusación particular requiere conciliar todas las variaciones que integran dichos códigos en criterios concisos y funcionales.

Por otra parte, en un análisis retrospectivo a más de diez años de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, es posible identificar una brecha existente entre la finalidad de la reforma de 2008 y el actual diseño normativo de la acción penal por particular en el Código Nacional de Procedimientos Penales. La participación activa y directa de la víctima u ofendido mediante la acusación particular fue diluida mediante la reducción y confusión de supuestos de procedencia y la sujeción a condiciones de absoluta obtención, gestión y aportación de datos de prueba.

Incluso cuando involucramos experiencias y narrativas que se dieron intermitentemente en algunas entidades federativas, es posible identificar retrocesos de manera concreta. Por ejemplo, la Ley del Proceso Penal para el estado de Guanajuato ampliaba los supuestos de procedencia de la acción penal particular, considerándola, además de una opción voluntaria y autónoma para las víctimas u

ofendidos en los casos previstos en ley, como una posibilidad subsidiaria frente a las determinaciones de no ejercicio de acción penal por parte del Ministerio Público. Asimismo, disponía la posibilidad de auxilio judicial para los casos en que el acusador particular no pudiera llevar a cabo diligencias por sí mismo para completar su acusación.²⁵

Finalmente, la resolución jurisdiccional pendiente sobre la contradicción de tesis en los supuestos de procedencia de la acción penal por particulares será indispensable para dotar de mayor eficacia y posibilitar el acceso a la justicia y tutela judicial efectiva a las víctimas u ofendidos del delito que pretendan constituirse en acusadores particulares. Estimando deseable que el criterio que asuma la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contemple uno de los objetivos primordiales de la reforma constitucional de 2008: empoderar a las víctimas y ofendidos del delito mediante roles más activos y garantistas dentro del proceso penal.

Corolario a lo anterior, sería positiva la derogación de la porción normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales, aunada a la sustitución de las posibilidades de auxilio judicial y ministerial que favorezcan la formulación de imputación o la obtención de datos o medios de prueba, ya que completaría un marco normativo y jurisprudencial progresivo y dotaría mayores posibilidades al ejercicio de acciones penales particulares.

BILIOGRAFÍA

- CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, *El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex, 2004.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Manual de litigio para víctimas y ofendidos del delito*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2015.
- MORENO CATENA, Víctor y Cortes Domínguez, Valentín, *Manuales de derecho procesal penal*, 3 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

²⁵ Artículo 403 de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato.

PÉREZ LOYO, Erik, *Acción Penal por Particular*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2018.

Citas de jurisprudencia y tesis aisladas

TESIS 767, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, apéndice de 1995, quinta época, t. II, febrero, 1919.

TESIS 161 (H), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, apéndice de 2011, Históricas primera sección, quinta época, t. III, julio, 1929.

TESIS P/J. 11/2016 (10.^a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I, septiembre, 2016.

TESIS P/J. 11/2016, Tesis Aislada VI.1o.P43 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. III, abril, 2018.

Documentos publicados en internet

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Publicación original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Reformas constitucionales por decreto en orden cronológico, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, decreto por el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo párrafo 21, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_135_03jul96_ima.pdf

Poder Judicial de la Federación, versión pública de la Sentencia 30 de noviembre de 2017, del amparo en revisión 256/2017, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, con residencia en Puebla, http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=185/01850000215341610005004.doc_1&sec=Hilda_Tame_Flores&svp=1

Poder Judicial de la Federación, versión pública de la Sentencia del Amparo en revisión 600/2017, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito en Cancún, Quintana Roo, http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=462/04620000221275920005005.doc_1&sec=Manuel_Alejandro_Pe%C3%B1afiel_Salazar&svp=1

Poder Judicial de la Federación, versión pública de la Sentencia 1 de febrero de 2018, del recurso de revisión 85/2017, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, con residencia en Monterrey, Nuevo León, http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=152/01520000206617120007009.docx_1&sec=Ernesto_Vladimir_Tavera_Villegas&svp=1

Secretaría de Servicios Parlamentarios, Subdirección de archivo y documentación, *Cuaderno de apoyo Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública*, 2008, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

Senado de la República, anteproyecto de dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Anteproyecto_Dictamen_CNPP_211113.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 308/2018 sobre acción penal ejercida por particulares, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=244058>

Normatividad

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal del Estado de Guanajuato.

Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato.

Derecho humano a la determinación del lugar de inicio de la prisión: omisión de la regulación

Javier Eduardo Molina Gallegos

La Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) no establece cuál es la autoridad competente, cuál es el momento oportuno y cuál es la vía procesal para determinar el lugar donde se inicia una compurgación. Esto provoca que continúe siendo el Poder Ejecutivo el que realice en forma discrecional la designación del centro penitenciario, siendo sistemático que no se designe el lugar más cercano al domicilio del recluso, lo que disminuye o afecta su vinculación con el entorno y su reinserción social. Es el objeto de este estudio plantear reformas legislativas para tener una mejor protección y acceso a ese derecho fundamental. Sirven de marco jurídico de referencia la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), misma que impone a toda autoridad competente la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Por tanto, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, prohibiendo la discriminación que atente contra la dignidad humana y cuyo objeto sea anular o disminuir derechos y libertades de las personas.

Resulta de especial interés el análisis de la CPEUM en su artículo 18, párrafos segundo (sistema penitenciario, respeto a derechos humanos, fin de reinserción social, medios y beneficios), octavo (derechos a la vinculación con el exterior), y vigésimo primero, párrafo tercero (facultad exclusiva del Poder Judicial la imposición, modificación y duración de las penas).

Asimismo, el Estado mexicano parte está obligado a observar la normatividad internacional en materia de derechos humanos, por lo que resulta pertinente el análisis de las *Reglas Mandela*, *Reglas de Bangkok* y el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, en lo relativo al derecho humano en estudio.

Se precisa que el presente análisis jurídico se basa principalmente en leyes, jurisprudencia y experiencia jurisdiccional del autor, así como un elemental marco teórico doctrinario, el cual es escaso por lo reciente de las reformas al Nuevo Sistema de Justicia Penal de Ejecución 2008-2011-2016, utilizando el método científico de investigación.

El desarrollo de la investigación contempla los siguientes apartados: el derecho humano a la vinculación con su entorno de los reclusos, connotación jurídica del vocablo *podrán*, autoridad competente para determinar el lugar de inicio de la prisión, momento procesal oportuno, vía procesal, conclusiones y bibliografía.

Lo anterior planteará reformas legislativas a la LNEP en sus artículos 103, párrafo quinto y 117, fracción I, para solucionar el problema planteado.

EL DERECHO HUMANO A LA VINCULACIÓN CON SU ENTORNO DE LOS RECLUSOS

En el artículo 18 de la CPEUM se contempla lo siguiente: “Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran

medidas especiales de seguridad”.¹ El *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, en su principio 20,² replica el aludido derecho constitucional en favor de la persona sentenciada que cumple prisión.

A su vez, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) precisan que el momento oportuno para hacer valer la determinación del lugar de inicio de compurgación de la prisión, al establecer que desde el comienzo de la ejecución de la pena se tomará en cuenta el porvenir del recluso, alentando que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos que puedan favorecer su reinserción social y el interés superior de su familia.³ Por su parte, las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok) establecen que se procurará que la reclusa pueda estar al cuidado de otras personas, así como sus preferencias y la disponibilidad de servicios de apoyo, que se aliente y facilite por todos los medios razonables el contacto con sus hijos, tutores y representantes de sus hijos, siendo estas normas de igualdad de género en favor de la mujer.⁴ La LNEP regula las instituciones de traslados (haciendo alusión al derecho a cumplir la prisión en centros penitenciarios cercanos al domicilio del sentenciado, pero omite su regulación, lo cual se abordará en apartados siguientes), traslados voluntarios, traslados involuntarios, excepciones al traslado voluntario, limitaciones al traslado de mujeres, traslados internacionales, visitas a los centros,

¹ Cámara de Diputados, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en el *Diario Oficial de la Federación*, 2, primera sección, México, 2018, p. 18. Última visita, noviembre de 2018.

² Organización de las Naciones Unidas, *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, Nueva York, resolución 43/173, 1988. Última visita, noviembre de 2018.

³ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)*, Nueva York, resolución 70/175, anexo, 2015, r.107, p. 33. Última visita, noviembre de 2018.

⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*, Nueva York, resolución 65/229, 2011, rr. 4 y 26, pp. 9-13. Última visita, noviembre de 2018.

entrevistas, comunicaciones al exterior,⁵ todo lo cual constituye el derecho a la vinculación con su entorno familiar y social.

Miguel Sarre y Gerardo Manrique abordan tal derecho fundamental de las personas privadas de la libertad procesadas o sentenciadas al establecer como una prerrogativa el “permanecer en su centro natural [...], igualmente se someten a análisis los traslados de un centro a otro [...], las decisiones en esta materia pueden igualmente trascender a los visitantes y defensores”.⁶ Su estudio en materia del nuevo Sistema de Justicia de Ejecución Penal 2008-2011-2016, resulta de gran importancia y trascendencia por analizar la LNEP, complementando, por nuestra parte, que la denominación que hacen de “centro natural” debemos entenderla como sinónimo de “lugar de inicio de cumplimiento de la prisión”, cuya determinación constituye un presupuesto indispensable y cuya omisión de regulación es, se reitera, nuestro objeto de estudio. Queda superado el paradigma de que la administración penitenciaria determinaba por sí y ante sí el “centro natural-lugar” de inicio de compurgación, que frecuentemente no era el más cercano al entorno familiar y social del acusado. Por tanto, hoy se reconoce que una determinación de centro natural inadecuada afecta derechos fundamentales al modificar la pena misma, ya que puede hacerla más grave para el recluso, su familia, amigos y abogados.

A su vez, en 2012, María Amparo Hernández Chong Cuy ya señalaba que “el lugar de la prisión” debe verse como “una determinación que incide de modo importante sobre el derecho del reo a estar recluido en condiciones que mejoren o le auxilien para su eventual reinserción social”, y no como una variable con la que se puede agravar o atenuar la severidad de la prisión.⁷ Por nuestra parte, estimamos que tal autora fue pionera y realizó una valiosa aportación en torno de la determinación del centro natural–lugar de inicio de cumplimiento de la prisión, al destacar que “la remisión que hace la constitución al legislador torna obligado

⁵ Cámara de Diputados, “Ley Nacional de Ejecución Penal”, en *Diario Oficial de la Federación*, edición vespertina, México, 2016, aa. 49 a 60, pp. 28-33. Última visita, noviembre de 2018.

⁶ Sarre, Miguel, Manrique, Gerardo, *Sistema de Justicia de Ejecución Penal*, Tirant lo Blanch, México, 2018, pp. 409-410.

⁷ Hernández, María, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2012, núm. 33, p.111.

considerar como referente para la validez de esas decisiones (la decisión inicial de la prisión o los traslados que de momento a momento se vayan ordenando),⁸ y que para ello resulta aplicable la ley de normas mínimas. Creemos también que a partir de la entrada en vigor de la LNEP quedó superada la recomendación para la aplicación del citado ordenamiento administrativo, el cual contemplaba requisitos de acceso que hoy son innecesarios o excesivos, como lo es el grado de peligrosidad del recluso, puesto que si ello no encuadra en la excepción de “requerir medidas especiales de seguridad” no tendría por qué aplicarse.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) define como una prerrogativa fundamental el “derecho humano a mantener la vinculación con el exterior de las personas privadas de la libertad en los centros penitenciarios de la República Mexicana”,⁹ afirmando que ese derecho ocupa un papel muy importante, no solo desde la perspectiva de la organización y disposición del régimen penitenciario, sino como una herramienta esencial para el proceso de reinserción social, al garantizar a la persona recluida el libre desarrollo de su personalidad, con lo que se tutela “la familia, intimidad, salud, autonomía personal”,¹⁰ o el correspondiente a una defensa adecuada, ejercidos mediante servicios de visita familiar, de amigos y personas cercanas, visita íntima, visita por locutorios con defensores, visita de organismos protectores de derechos humanos, de asistencia social, deportiva y religiosa. Se destaca, por nuestra parte, que la CNDH, si bien aborda con exhaustividad el derecho humano a la vinculación con el exterior, haciendo recomendaciones esencialmente en cuanto a la deficiencia o ausencia de infraestructura para otorgar a las personas privadas de la libertad su ejercicio real y efectivo, omite aludir a una circunstancia de vital importancia consistente en el lugar-centro natural de inicio de cumplimiento de la prisión, lo que establece un presupuesto indispensable de aquel privilegio, y tampoco aborda la omisión de regulación en la que incurre la LNEP, lo cual abordaremos en subsecuentes apartados.

⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Recomendación general núm. 33/2018*, México, p. 1.

¹⁰ Tesis: 1a. CCLXII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, l. 36, 2016, t. II, noviembre, 2016, p. 896.

CONNOTACIÓN JURÍDICA DEL VOCABLO “PODRÁN”

Resulta pertinente explorar los alcances jurídicos de la palabra *podrán*, establecida en el artículo 18 de la CPEUM, el cual dispone: “Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio”,¹¹ en relación con el derecho humano a cumplir la pena de prisión en un centro cercano al domicilio del sentenciado, para determinar si esa facultad corresponde a este, o bien, a la autoridad administrativa o legislativa.

En el ejercicio de juez de ejecución, que data de más de siete años, hemos visto que, en materia de traslado de reclusos de un centro a otro, la postura reiterada de la autoridad penitenciaria del estado de Guanajuato, la palabra *podrán* ha sido interpretada como una potestad de opción, de alternativa o remota posibilidad, que a ella corresponde, bajo el argumento de que “el Legislador utilizó la expresión ‘podrá’ y no la expresión ‘deberá’, con lo que se está reconociendo que en la mayoría de los casos no será posible esa cercanía [...] sujeto a anuencia de cupo y demás condiciones de infraestructura penitenciaria instalada, que así lo permita”.

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha fincado jurisprudencia en el sentido de que con la reforma constitucional, vigente a partir del 19 de junio de 2011, es derecho humano del sentenciado cumplir la prisión en el centro penitenciario más cercano a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad para favorecer su reinserción social. Ello, porque la palabra *podrán* es facultad volitiva del sentenciado y no de las autoridades legislativas o administrativas, salvo los casos constitucionales de excepción, delincuencia organizada, medidas especiales de seguridad¹² y los casos legales. Se lee en la LNEP:

¹¹ CPEUM, *op. cit.* p. 18. Última visita, noviembre de 2018.

¹² Tesis: P/J. 19/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, l. XIII, 2012, t. 1, octubre, 2012, p. 14.

Art. 52 [...] I. En casos de delincuencia organizada y medidas especiales de seguridad; II. En casos de riesgo objetivo para la integridad y la salud de la persona privada de su libertad, y III. En caso de que se ponga en riesgo la seguridad o gobernabilidad del Centro Penitenciario.¹³

Estimamos, por nuestra parte, que esa interpretación de la autoridad penitenciaria es errónea por restringir los derechos humanos, mientras que la interpretación correcta es la de la SCJN, pues la palabra *podrán* se refiere a la persona sentenciada, como una facultad del mismo, manifestada a través de un acto de voluntad que concretiza mediante la petición que formula ante la autoridad competente, a ser internado en el Centro de Reinserción Social más cercano a su domicilio, y en atención a esta cercanía con su comunidad, su entorno natural, su ambiente familiar y sus raíces culturales, se facilite y mejore el acceso al objetivo de su reinserción social.

Miguel Sarre y Gerardo Manrique, con acierto, agregan otros supuestos de excepción en la LNEP, artículo 31, segundo párrafo, como medida de seguridad especial,¹⁴ relativo a las personas sentenciadas por los delitos de secuestro y privación ilegal de la libertad, con el propósito de obtener un rescate, lucro o beneficio, además de otros supuestos de excepción que, señalan, deben hacerse valer oficiosamente por la autoridad, o de lo contrario invocarse por las personas privadas de la libertad (PPL) sentenciadas o procesadas, señalando en forma ejemplificativa los siguientes supuestos:

- La exigencia de atender al interés superior del niño/a, derivada del artículo 4.º, párrafo octavo de la CPEUM, artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño(a) y 3.º de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes [...];
- Protección de la salud de la PPL y derechos relacionados con la misma [...];
- El Proyecto de vida de la PPL [...];

¹³ LNEP, *op. cit.*, pp. 22-23. Última visita, noviembre de 2018.

¹⁴ Sarre, Miguel, Manrique, Gerardo, *op. cit.*, 2018, p. 419.

- Los derechos de los pueblos indígenas [...];
- Personas sujetas a prisión preventiva y detención previa: la regla general de la ubicación en el lugar del proceso y sus excepciones [...].¹⁵

En consecuencia, la persona sentenciada reclusa tiene el derecho humano de cumplir la sanción privativa de libertad en el Centro de Reinserción Social más cercano a su domicilio, teniendo la facultad “potestativa” de solicitarlo, para reintegrarse a su familia y lograr el objetivo de su reinserción social. Por lo tanto, esta no es atribución de la autoridad administrativa o legislativa, con las excepciones constitucionales y legales.

AUTORIDAD COMPETENTE PARA DETERMINAR EL LUGAR DE INICIO DE LA PRISIÓN

El sistema penitenciario mexicano se organiza sobre la base de respeto a los derechos humanos cambiando la “readaptación social” por “reinserción social”, “delincuente” por “persona sentenciada”. Pretende lograr la reinserción social por medio de trabajo, capacitación, educación, salud y deporte.¹⁶ Corresponde exclusivamente al poder judicial la imposición de penas, su modificación y extinción,¹⁷ restringiendo la facultad del Poder Ejecutivo únicamente a la administración de los centros penitenciarios, y al Poder Judicial la de ejecutar lo juzgado mediante la creación de la figura de jueces de ejecución, dependientes de este poder, en aras de que la totalidad de las facetas que integran el procedimiento penal queden bajo control jurisdiccional, según se desprende de las reformas a los artículos 18, párrafo segundo, y 21, párrafo tercero, de fechas 18 de junio de 2008, 10 de junio de 2011 y 18 de junio de 2011, que entraron en vigor el 19 de junio de 2011.

¹⁵ Sarre, Miguel y Manrique, Gerardo, *op. cit.*, 2018, pp. 420-428.

¹⁶ CPEUM, *op. cit.* p. 17. Última visita, noviembre de 2018.

¹⁷ *Ibidem.* p. 22. Última visita, noviembre de 2018.

Al realizar una correcta interpretación de tal reforma, se podría asumir que entre las determinaciones relacionadas con la *modificación* de la pena de prisión, se encuentra la relativa a la *designación del lugar-centro natural en que iniciará* la compurgación de la prisión la persona sentenciada (el énfasis es nuestro).

Sin embargo, existieron interpretaciones y resoluciones jurisdiccionales discordantes. Una que sostuvo que la citada atribución sería designada por el juez de ejecución de penas y otra que sustentó que la facultad corresponde al Poder Ejecutivo federal. Esto fue dirimido mediante contradicción de tesis resuelta por la Primera Sala de la SCJN que generó jurisprudencia de observancia obligatoria a partir del 22 de noviembre de 2016,¹⁸ quien se decantó por el primer criterio, sosteniendo que la determinación del lugar-centro natural de inicio de cumplimiento de la prisión atañe a la esfera de derechos de los condenados, resultando esta una facultad exclusiva de la autoridad judicial.

De la anterior jurisprudencia se desprende con claridad que es competencia del juez de ejecución la determinación del lugar-centro natural de inicio de cumplimiento de la pena de prisión.

Con acierto y precisión, Miguel Sarre y Gerardo Manrique exponen que la ley aplicable, el juez que la aplica y el lugar donde se imponen tanto las penas como la prisión preventiva involucran derechos fundamentales,¹⁹ apreciando que la LNEP omitió establecer cuál es la autoridad competente para realizar la determinación de que se ha venido hablando, pues solo expone:

Traslados. Artículo 49. Previsión general. Las personas sujetas a prisión preventiva deberán cumplir con la resolución judicial privativa de la libertad en los Centros Penitenciarios más cercanos al lugar donde se está llevando a cabo su proceso. *Las personas sentenciadas podrán cumplir con la resolución judicial privativa de la libertad en los Centros Penitenciarios más cercanos a su domicilio.* Esta disposición no aplica en

¹⁸ Tesis: 1a./J. 59/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, l. 36, 2016, t. II, noviembre, 2016, p. 871.

¹⁹ Sarre, Miguel y Manrique, Gerardo, *op. cit.*, 2018, pp. 410-411.

el caso de delincuencia organizada y respecto de otras personas privadas de la libertad que requieran medidas especiales de seguridad en los términos del penúltimo párrafo del artículo 18 Constitucional.²⁰

Al analizar esta norma tenemos que lo destacado en cursiva retoma el derecho a humano a la vinculación con el exterior establecido en el artículo 18, párrafo octavo constitucional, pero lo ubica como materia de traslado del interno de un centro a otro, en lugar de darle una importancia y trascendencia superior, como lo sería que desde el auto de inicio de la carpeta de ejecución de sentencia se haga saber a la persona reclusa el contenido de este artículo y, una vez pronunciado al respecto, resolver su pretensión en audiencia oral, lo cual es materia de estudio en siguiente apartado. Debido a la omisión de la LNEP se han dictado sentencias condenatorias en las que se establece por costumbre que la persona sentenciada compurgue la pena privativa de libertad en el lugar que designa el Poder Ejecutivo (asumiendo la postura ya superada por la jurisprudencia citada), lo cual es incorrecto, ya que debe ser el juez de ejecución quien determine el lugar-centro natural de inicio de compurgación de la prisión. Por ello resulta pertinente proponer una reforma en su artículo 103, párrafo quinto. Por razón de método, estudio y unidad, ello se planteará en el siguiente capítulo.

MOMENTO PROCESAL OPORTUNO

Por su importancia y trascendencia, se estima que dentro del trámite de ejecución previsto en la nueva LNEP tiene especial relevancia el auto de inicio de la ejecución, ya que contempla, por una parte, formalidades esenciales como la recepción de la sentencia ejecutoriada que impone prisión, asignándole número y datos de identificación, notificación al Ministerio Público y orden a la autoridad penitenciaria de remitir constancias indispensables para formular el cómputo de la pena de prisión. Por otro lado, hacer saber los derechos fundamentales a la

²⁰ LNEP, *op. cit.*, p. 22. Última visita, noviembre de 2018. El énfasis es nuestro.

persona sentenciada, de entre los cuales se encuentra tener un defensa técnica adecuada, por lo que resulta este el momento procesal oportuno para notificar al recluso su derecho a elegir el centro natural más cercano a su domicilio en el que cumplirá la pena de prisión, informándole que, conocida su respuesta, este aspecto se resolverá en audiencia oral. Por ello se propone una reforma legislativa al artículo 103, párrafo quinto, de la LNEP.

Se advierte que la propuesta también da solución a la autoridad competente (juez de ejecución) para asumir tal determinación, lo cual fue materia de análisis en el segmento pasado.

Dice:

Tramite de Ejecución

Artículo 103. Inicio de la Ejecución[...]

El Juez de Ejecución prevendrá al sentenciado para que, dentro del término de tres días, designe un Defensor Particular y, si no lo hiciere, se le designara un Defensor Público [...] ²¹

Debe decir:

Tramite de Ejecución

Artículo 103. Inicio de la Ejecución [...]

El Juez de Ejecución prevendrá al sentenciado para que, dentro del término de tres días:

a) Designe un Defensor Particular y, si no lo hiciere, se le designara un Defensor Público, y b) Manifieste cuál es el Centro de Reinserción Social más cercano a su domicilio en el que pretende iniciar la compurgación de su pena de prisión, lo que se resolverá en audiencia oral.

²¹ LNEP, *op. cit.*, p.33. Última visita, noviembre de 2018.

VÍA PROCESAL

Se considera de vital importancia que la determinación del lugar de inicio de cumplimiento de la pena de prisión se encuentre privilegiada por el debate entre la persona sentenciada-defensor, Ministerio Público-ofendido y la autoridad penitenciaria, lo cual solo acontece en la vía procesal de controversia incidental oral, lo cual genera transparencia y una mejor protección de los derechos humanos. Al respecto, coincidimos con Miguel Sarre y Gerardo Manrique, quienes exponen que tales controversias deben ventilarse en audiencia,²² sin embargo, la LNEP no contempla aquel supuesto como generador de controversia, solo en el caso de las condiciones de internamiento y la materia de traslados, los cuales tienen como presupuesto *ex-ante* aquella determinación del centro natural para iniciar el cumplimiento de la prisión preventiva o prisión definitiva de las PPL. Por ello se plantea la siguiente reforma legislativa al artículo 117, fracción I, de la LNEP.

Dice:

Capítulo IV.- Controversias ante el Juez de Ejecución.

Artículo 116. Controversias

Los Jueces de ejecución conocerán controversias relacionadas con [...]

Artículo 117. Controversias sobre condiciones de internamiento, el plan de actividades y cuestiones relacionadas con ambas.

Los sujetos legitimados por esta Ley para interponer peticiones administrativas también tendrán acción judicial ante el Juez de Control o de Ejecución según corresponda, con el objeto de resolver las controversias sobre los siguientes aspectos:

I. Las condiciones de internamiento, el plan de actividades y cuestiones relacionadas con ambas, en cuyo caso será requisito indispensable haber agotado la petición administrativa [...]

III. Los derechos de las personas privadas de la libertad en materia de traslados. Esta acción podrá ejercitarse en el momento de la notificación de traslado, dentro de los diez

²² Sarre, Miguel y Manrique, Gerardo, *op. cit.*, 2018, p. 411.

días siguientes a la misma, o dentro de los diez días siguientes a su ejecución, cuando la persona privada de la libertad no hubiese sido notificada previamente [...] ²³

Al interpretar estas normas se observa claramente que no es un supuesto generador de controversia el lugar-centro natural de inicio de compurgación de la pena de prisión de las personas sentenciadas, lo que se plantea solucionar en los siguientes términos.

Debe decir:

Capítulo IV.- Controversias ante el Juez de Ejecución.

Artículo 116. Controversias

Los Jueces de ejecución conocerán controversias relacionadas con [...]

Artículo 117. Controversias sobre condiciones de internamiento, el plan de actividades y cuestiones relacionadas con ambas.

Los sujetos legitimados por esta Ley para interponer peticiones administrativas también tendrán acción judicial ante el Juez de Control o de Ejecución según corresponda, con el objeto de resolver las controversias sobre los siguientes aspectos:

I. La determinación del lugar de inicio de compurgación de la pena privativa de libertad, las condiciones de internamiento, el plan de actividades y cuestiones relacionadas con ambas, en cuyo caso será requisito indispensable haber agotado la petición administrativa.

CONCLUSIONES

Primera: Se define y explica el derecho humano a mantener la vinculación con el exterior de las personas privadas de la libertad en los centros penitenciarios de la República mexicana para no perder integración con su entorno y favorecer su reinserción social, establecido en el artículo 18 constitucional, párrafo octavo.

²³ LNEP, *op. cit.*, p.36. Última visita, noviembre de 2018.

Segunda: Se reconoce a la persona sentenciada recluida la potestad de solicitar a la autoridad competente que determine el lugar-centro natural más cercano a su domicilio para iniciar el cumplimiento de la pena de prisión, por tanto, no es potestad de la autoridad administrativa o legislativa, con la excepciones constitucionales y legales previstas.

Tercera: Es el juez de ejecución la autoridad competente para determinar el lugar-centro natural de inicio de cumplimiento de la prisión, ya que ello forma parte de la modificación de la pena, acorde con la judicialización de su vigilancia y control. Y es el momento procesal oportuno para hacerlo dentro del auto de inicio de la carpeta de ejecución de sentencia, para notificar a la PPL los datos procesales indispensables y sus más importantes derechos humanos, entre los cuales se encuentra el citado en la primera conclusión. Por razón de unidad y método, ambos aspectos se contemplan en la siguiente propuesta de reforma legislativa al párrafo quinto de la LNEP.

Trámite de Ejecución

Artículo 103. Inicio de la Ejecución [...]

El Juez de Ejecución prevendrá al sentenciado para que, dentro del término de tres días:

a).- Designe un Defensor Particular y, si no lo hiciere, se le designara un Defensor Público, yb).- Manifieste cuál es el Centro de Reinserción Social más cercano a su domicilio en el que pretende iniciar la compurgación de su pena de prisión, lo que se resolverá en audiencia oral.

Cuarta: Con el objeto de privilegiar el debate entre la persona sentenciada-defensor, Ministerio Público-ofendido y autoridad penitenciaria, se estima que resulta procedente la vía procesal de controversia incidental oral, por lo que se plantea la siguiente reforma legislativa al artículo 117, fracción I, de la LNEP

Capitulo IV.- Controversias ante el Juez de Ejecución.-

Artículo 116. Controversias

Los Jueces de ejecución conocerán controversias relacionadas con [...]

Artículo 117. Controversias sobre condiciones de internamiento, el plan de actividades y cuestiones relacionadas con ambas.

Los sujetos legitimados por esta Ley para interponer peticiones administrativas también tendrán acción judicial ante el Juez de Control o de Ejecución según corresponda, con el objeto de resolver las controversias sobre los siguientes aspectos:

I. La determinación del lugar de inicio de compurgación de la pena privativa de libertad, las condiciones de internamiento, el plan de actividades y cuestiones relacionadas con ambas, en cuyo caso será requisito indispensable haber agotado la petición administrativa.

Quinta: Con la implementación de las anteriores reformas se lograría regular el derecho humano a la determinación del lugar de inicio de la prisión, lo cual es de vital importancia para hacer efectivo el acceso y protección al mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Recomendación general núm. 33/2018*. Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. -----, *Ley Nacional de Ejecución Penal*.

HERNÁNDEZ, María, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 33, México.

Organización De Las Naciones Unidas, *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*.

-----, *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)*.

-----, *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*.

SARRE, Miguel, Manrique, Gerardo, *Sistema de Justicia de Ejecución Penal*, México, Tiran lo Blanch, 2018.

Tesis consultadas

Tesis: 1a. CCLXII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, l. 36, 2016, t. II, noviembre de 2016, p. 896.

JAVIER EDUARDO MOLINA GALLEGOS

Tesis: P./J. 19/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, l. XIII, 2012, t. 1, octubre, 2012, p. 14, Tesis: 1a./J. 59/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, l. 36, 2016, t. II, noviembre, 2016, p. 871,

Penas mayores a quince años de prisión contravienen al principio pro persona

Laura Nallely Sandoval Mújica

INTRODUCCIÓN

En la actualidad hay un auge de tipos penales que traen consigo penas de prisión que se traducen en cadenas perpetuas, mismas que, en términos generales, son aceptadas e incluso celebradas por el común de la sociedad. Esta situación se deriva de los grandes índices de criminalidad que imperan en el país, particularmente con mayor intensidad desde 2006, a partir de la guerra declarada a los narcotraficantes, cuando la clase política ha abusado del derecho penal para transmitir seguridad al ciudadano.

No obstante, los efectos que la prisión causa en las personas dejan un panorama desolador en cuanto a la reinserción social y el respeto a los derechos humanos (DH), toda vez que las penas de prisión son cada vez más severas, tanto en su extensión como en la posibilidad de acceder a algún beneficio preliberatorio, dejando de lado la reinserción que, justamente, es el fin que la pena de prisión tiene en México. A partir de la reforma de junio de 2011 se introdujeron en el

orden constitucional la interpretación conforme y el principio pro persona como herramientas hermenéuticas en pro de los DH, es decir, se busca ampliar o restringir la norma siempre en beneficio de la persona. El fin del presente texto es analizar si las penas mayores a quince años de prisión son contrarias al principio pro persona; en un primer apartado se abordará una reseña sobre la historia de la prisión, cómo surge y qué finalidades ha tenido a lo largo de dos siglos de su existencia. En un segundo apartado se desarrollarán las distintas teorías que le dan un fin o justificación a la pena de prisión, junto con diversas posturas que la rechazan; en un tercer apartado se expondrá la situación particular de la pena de prisión en México, de acuerdo con la Constitución y las leyes en la materia, además, se reflexiona cuál es el fin que se busca a través de dicha penalidad. En el cuarto apartado se abordará el tema de las penas de prisión muy largas y la reinserción, la duración de las penas que tienen los delitos graves en el estado de Guanajuato y diversas leyes generales. Se concluirá con un quinto apartado con el principio pro persona, cuál es su significado y los alcances que tiene ahora con el rango constitucional en relación con las penas muy largas de prisión.

HISTORIA DE LA PRISIÓN

Como primera referencia, la prisión surgió como un lugar de mera custodia para aquellos individuos que tenían alguna conducta delictiva y así evitar que escaparan de su castigo. Se les custodiaba hasta que llegara su audiencia, y la única pena que les esperaba era la muerte en sus distintas y crueles formas. El castigo que se infringía al delincuente era meramente corporal. Foucault¹ relata en *Vigilar y castigar* el suplicio del que era víctima el cuerpo de una persona acusada de algún delito, el desmembramiento en vida que sufría el condenado, hasta llevarlo a la muerte en una audiencia pública para que todas las personas vieran las consecuencias de delinquir.

Conforme la sociedad se desarrolló, dichas penas comenzaron a entrar en desuso; de cierta manera se “humanizaron” a través de la prisión. Fue un gran avance

¹ Foucault, Michael, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Argentina, Siglo ^{xxi}, 2002, p. 6.

eliminar los suplicios como el desmembramiento de un ser humano. No obstante, se ha sostenido que las “raíces del sistema carcelario se encuentran en el mercantilismo, su promoción y elaboración teórica fueron tarea del iluminismo”.² La prisión se instauró como una contención al problema de la pobreza, la cual vino de la mano con el capitalismo y la Revolución Industrial y comenzó a generar grandes conflictos sociales, tales como la marginación y el vagabundismo que empezaron a verse con un mayor auge.

Lo que se buscaba en ese entonces era sacar de las calles a la población en condiciones de marginación. Las correccionales fueron de las primeras formas de prisión, “su objetivo principal consistía en transformar en socialmente útil la mano de obra díscola”,³ sin embargo comenzaron a ser insostenibles una vez que apareció la sobrepoblación y el hacinamiento.

Desde sus inicios, la prisión fue creada para recluir a las clases sociales marginadas y se utilizaba para la obtención de mano de obra barata, ya fuera en favor del rey, en las galeras de los barcos o de los propietarios burgueses, una vez llegada la Revolución Industrial.

Un ciudadano burgués que cometía un delito no pisaba la prisión, pagaba una pena pecuniaria; como el pobre no podía pagar, entonces era llevado a la prisión, en ocasiones por un tiempo indeterminado. La pena, por lo tanto, se aplicaba de acuerdo con el nivel social, y entre las clases más bajas la pena era más severa. La actualidad no es muy diferente en este tipo de cuestiones: para acceder a beneficios como la semilibertad, los condenados requieren de una amplia capacidad económica para cubrir, además de la reparación del daño y la multa, una caución fijada por el juez; por esa razón los pobres se quedan en prisión.

Fue hasta finales del siglo XVIII y principios del XIX que el Iluminismo formalizó figuras y principios procesales, como la proporcionalidad de las penas, lo que se traducía en limitar el poder del Estado, puesto que no existía nada que impusiera una diferencia de gravedad entre un delito y otro. Se dio el importante

² Rusche, George y Kirchheimer, Otto, *Pena y estructura social*, traducción de Emilio García Méndez, Bogotá, Temis Librería, 1984, p. 85.

³ *Ibidem*, p. 48.

paso de separar la moral de la ley. Uno de los grandes aportes fue de Beccaria, con su tratado *De los delitos y de las penas*,⁴ donde habla sobre el origen de estas como consecuencia de faltar al pacto social, ante lo cual el soberano tenía el derecho a velar por el bien público y, como consecuencia, aplicar una pena. Así, en el periodo que mencionamos antes la pena ya no se aplicaba como simple voluntad del soberano, sino que debía hacerse lo señalado en la ley, y así es como se vio materializado el principio de legalidad. Para Feuerbach,⁵ gran teórico del derecho penal, el simple hecho de que se violara la ley era basta justificación para que el infractor mereciera una pena. El código de Bavaria, elaborado por él mismo, ha sido uno de los más duros, incluso considerando la pena de muerte o penas perpetuas.

Conforme se desarrolló cada vez más el sistema penal, los castigos y las formas de prisión fueron variando en un ciclo de ir y venir. Según Rusche y Kirchheimer,⁶ en épocas de pobreza la criminalidad se elevaba notoriamente y en épocas de bonanza disminuía. Conforme a esto, la ley penal también cambiaba, de castigos muy severos a otros que no lo eran tanto. Es decir, no ha habido nada nuevo bajo el sol en cuestiones de penas: han sido perfeccionadas, modificadas, abolidas (algunas), todo de acuerdo con las condiciones económicas de la época y otros factores sociales (los cuales es imposible abordar aquí de forma particular), si bien lo que en tiempos pasados faltaba era el reconocimiento a los DH. En la actualidad, aún y con ello, se siguen enfrentando penas capitales en países primermundistas, como Estados Unidos.

Ahora, en el siglo XXI, el Estado sigue ejerciendo su poder coercitivo a través de la pena de prisión —ante lo que al parecer no hemos evolucionado tanto— y, efectivamente, sigue siendo un castigo en su mayoría para las clases pobres. A continuación lo que se expondrá es la función o lo que se busca a través de la pena de prisión.

⁴ Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, , Argentina Editorial Heliasta, 1993.

⁵ Citado por Rusche, George, Kirchheimer, Otto, *op. cit.* nota 2, p.120.

⁶ *Ibidem*, p. 166.

LA FUNCIÓN DE LA PENA

Desde 1830, las llamadas teorías positivas⁷ tratan de dar respuesta y justificación a la existencia de la pena y a su función de defensa social. Las teorías retributivas tienen entre sus principales precursores a Kant, quien dice “no esperar nada de la inclinación humana, sino aguardarlo todo de la suprema autoridad de la ley y del respeto a la misma, o, en otro caso, condenar al hombre a despreciarse a sí mismo y a execrarse en su interior”.⁸ Hegel, por su parte, señala que el delito “es la vulneración de la vulneración”;⁹ esta teoría es una mera representación de la ley del talión: ojo por ojo y diente por diente.

Las teorías relativas se dividen en las de prevención general y especial, ambas en sus acepciones positivas y negativas. La prevención general negativa tiene como fin la amenaza de que quien delinca enfrentará una pena. Su precursor fue Paul Johann Anselm von Feuerbach. La prevención general positiva busca, a través de la pena, hacer valer la norma, es decir, afirmar que el Estado de derecho está vigente.

La teoría de la prevención especial positiva, dirigida únicamente al individuo en particular, busca un fin de reinserción para el individuo que cometió un delito. Su mayor precursor fue Franz von Liszt¹⁰ a través del Programa de Marburgo. La prevención especial negativa sigue dirigida al individuo en particular, a través de ella se busca la neutralización o inocuización del individuo.

En un pensamiento más contemporáneo, Claus Roxin¹¹ presenta, a través de la teoría dialéctica de la unión, una especie de unificación entre la prevención

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.* *Manual de derecho penal, parte general*, 2.ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 38.

⁸ Kant, Manuel, *Metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, San Juan de Puerto Rico, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, p. 39.

⁹ Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 5.ª edición, 1968, p. 109.

¹⁰ Liszt von, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad de Valparaíso de Chile, 1.ª reimpresión, 1994, p. 41.

¹¹ Roxin, Claus, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 20.

especial y la prevención general. Partiendo de que por sí mismas las teorías son insuficientes para justificar la pena en toda su extensión, puesto que no se trata simplemente de compurgar una pena, para fijar dicha sanción se debe analizar su contenido y el límite que puede alcanzar. Roxin señala lo siguiente:

[...] la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello los requisitos mínimos de prevención general. Tal concepción en modo alguno tiene significación preponderantemente teórica; más allá de lo señalado, tiene también numerosas e importantes consecuencias prácticas.¹²

Es decir, para Roxin el fin de la pena no está en la retribución en sí misma, sino en que tenga un fin socialmente útil. Ante la medida de la culpabilidad deben prevalecer los fines de la prevención especial encaminada a la reinserción, lo que significa que la sanción puede ir por debajo de la medida de la culpabilidad, sin que esta llegue a desaparecer la prevención general, que es la amenaza penal y el valor de la norma; deben mantenerse ambos tipos de prevención.

Mary Beloff¹³ señala como una forma de justificación a la pena lo propuesto por Günther Jakobs, quien sostiene que la pena sirve para mantener el orden social, reforzando la validez de la norma violada. Sin embargo, Beloff presenta su propia postura en forma negativa, pues considera que la pena no tiene ninguna finalidad y que únicamente es la imposición de un mal. De cierta manera ve la pena a través de la teoría retributiva, pero en un sentido negativo, ya que “nada aporta a una verdadera legitimación de la pena y menos aun cuando la sociedad sancionadora no solo determina qué comportamientos son criminales [...] sino que es responsable del surgi-

¹² Roxin, Claus, “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 42.

¹³ Beloff, Mary, “Teorías de la pena: la justificación imposible”, en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 63.

miento y el mantenimiento de las fuerzas que provocan el comportamiento desviado”.¹⁴

Otra opinión detractora o negativa sobre la justificación de la pena la da Zaffaroni. Él considera que se le han dado múltiples funciones a la pena, a través de las teorías positivas, y que mediante esas funciones el poder punitivo solo “elimina disidentes, neutraliza excluidos y provee recaudación ilícita”.¹⁵ Sostiene que es improbable que la teoría general negativa sea funcional, pues en vez de disuadir a cometer delitos impulsa un perfeccionamiento delictivo, además de influir en la legislación de penas elevadas y rigurosas con las que se busca infundir temor y que los individuos se abstengan de delinquir. El autor construye la siguiente definición: “El concepto negativo de pena se podría construir [...] considerando a la pena como *a*) una coerción, *b*) que impone una privación de derechos o un dolor, *c*) que no repara ni restituye y *d*) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes”.¹⁶

La teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli considera que el derecho penal en suma se justifica “si es capaz de realizar, como derecho penal mínimo, un doble objetivo: no solo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas”.¹⁷

Ferrajoli¹⁸ advierte que considera la pena de prisión como inhumana, sin ningún tipo de utilidad, y que solo genera daño a quien la compurga. La pena de prisión solo sería justificable en caso de que se buscará causar el mínimo daño a quienes la sufren, por lo general, como ya se mencionó, los considerados desviados.

¹⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *op. cit.*, nota 7, p. 55.

¹⁶ *Ibidem*, p. 56.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, “Garantismo penal”, en *Serie Estudios Jurídicos*, traducción de Marina Gascón, UNAM, núm. 34, 2006, p. 12.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, “El derecho penal mínimo”, en *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, Universidad de Camerino / Editorial Jurídica Consur, 1995, p. 12.

Asignando al derecho penal el fin prioritario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los desviados, además del fin secundario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los no desviados, se evitan así las autojustificaciones apriorísticas de modelos de derecho penal máximo y se aceptan únicamente las justificaciones a posteriori de modelos de derecho penal mínimo.¹⁹

De las teorías positivas descritas líneas arriba se puede desprender que, por sí misma, ninguna puede justificar la pena de prisión de manera exitosa y mucho menos en un Estado social y democrático de derecho. La retribución como mera venganza al daño hecho no puede ser aceptable. En cuanto a las teorías relativas, si bien vienen a buscar situaciones positivas ante la prisión, no considero que la prisión pueda ser positiva en ninguna circunstancia.

En el campo de la sociología, Becker ha apuntado que “los grupos sociales crean la desviación al establecer las normas cuya infracción constituye una desviación”,²⁰ esto sumado a que desde sus inicios la cárcel ha albergado a las clases más desfavorecidas, por lo que, si ya ha sido castigado por la sociedad en primer lugar en cuestiones de pobreza, lo castiga doblemente con la prisión.

La pena de prisión, por alta que sea, no es un intimidante para quien ha decidido cometer un delito, puesto que quien lo realiza no considera que será llevado a la cárcel. Tampoco da confiabilidad a las instituciones encargadas de impartir justicia. Ver como un beneficio para el individuo el ser merecedor de una pena para que el aparato del Estado lo salve y lo reinserte a la sociedad, tampoco debería ir con un pensamiento contemporáneo; mucho menos el inocuizar a un ser humano con penas perpetuas.

Como conclusión al presente apartado, citaré una vez más a Ferrajoli:

La seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos, sino también, y habitualmente en mayor medida, por las penas excesi-

¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁰ Becker, Howard, *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, México, Siglo XXI editores, 2014, p. 28.

vas y despóticas, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores; en una palabra, por aquel conjunto de intervenciones que se definen con el noble nombre de ‘justicia penal’ la que quizás, en la historia de la humanidad, ha costado más dolores e injusticias que el total de los delitos cometidos.²¹

El derecho penal ya no se utiliza como la *ultima ratio*, sino como arma política con la cual las penas se convierten en cadenas perpetuas, volviendo prácticamente a una justicia retributiva: a mayor severidad, mayor sentimiento de justicia. Sin que los problemas que originan la criminalidad, como la pobreza, se resuelvan de fondo, dejando una vez más a los menos favorecidos en la marginación.

LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO

La Constitución mexicana menciona en el párrafo segundo del artículo 18 el fundamento del sistema penitenciario, el cual, dice, se organizará sobre la base del respeto a los DH, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.²²

De lo anterior se puede interpretar a primera vista que México se encuentra dentro de la corriente de la teoría dialéctica de la unión, puesto que, en primer lugar, la Constitución señala que a través de la compurgación de la pena, y con respeto a los derechos humanos, el individuo logrará reinsertarse a la sociedad, y que a su vez se procurará que no vuelva a delinquir. Es decir, hay un tipo de prevención general, así como especial.

Ante esto, se puede entender que el Estado no busca mantener a las personas privadas de la libertad de forma perpetua, sino que obtengan su libertad para ser reinsertados.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 18, p. 22.

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Sin embargo, el principio penal de la *ultima ratio* ha ido perdiendo lugar ante un derecho penal simbólico. “El populismo penal es la tendencia de las autoridades de —ante el incremento de la percepción de inseguridad por parte de la población— [...] incrementan las penas corporales de quienes cometen un delito y magnifican los resultados para demostrar que sí se está atendiendo el problema”.²³ Entonces es cuando los fines buscados por la Constitución y demás leyes se convierte en letra muerta.

Si bien, es cierto que el país entró en un auge de criminalidad a partir de la guerra declarada al narcotráfico en 2006 por el entonces presidente Felipe Calderón, la solución no ha sido el endurecimiento de las penas, y en cambio sí ha traído como consecuencia una sobrepoblación²⁴ en los centros de reinserción social, en donde a nivel nacional la tasa en 2016 era de 110% y hay estados en situación crítica, como Nuevo León, con una tasa del 233%.

Como lo señala Ziffer, “la cuestión se torna problemática cuando se plantea la posible inconstitucionalidad de un marco penal”, puesto que “las valoraciones judiciales deben ceder paso a las del legislador aun en caso de duda respecto de la constitucionalidad de la escala”.²⁵ Es decir, se limita la función jurisdiccional y se invaden competencias entre poderes. Tal es el caso del procedimiento abreviado, en donde la pena es negociada por el ministerio público y el acusado, dejando fuera a quien le corresponde aplicar una sanción: el juez. Asimismo, en relación con los mínimos y máximos de las penas, cuando por meras intenciones políticas se endurecen también se violan así otros derechos y se deja una vez más al juez atado de manos en su ejercicio.

²³ Vázquez del Mercado Almada, Guillermo, “Populismo penal a la mexicana”, *Letras Libres*, 2011, <https://www.letraslibres.com/mexico-espana/populismo-penal-la-mexicana>

²⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “En números, documentos de análisis y estadísticas”, vol. 1, núm. 11, octubre-diciembre de 2017, p. 25, http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf

²⁵ Ziffer S., Patricia, “Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena”, en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 105.

Y lo que es peor es que en realidad estas penas exorbitantes no inhiben el delito; por ejemplo, de acuerdo con datos de la organización Alto al Secuestro,²⁶ de diciembre de 2012 a abril de 2018 se registraron 11,011 secuestros, y también hasta abril de 2018 se habían registraron solo 140 detenidos por ese delito.

Por lo tanto, en la situación en México, una justificación o función de la pena en materia de prevención positiva no está al alcance de quienes se ven en las manos de la justicia penal. En el siguiente apartado, relacionado con la reinserción social, se abordará las consecuencias que genera esto, tanto en el sistema penal como en el individuo.

LAS PENAS MUY LARGAS DE PRISIÓN Y LA REINserCIÓN

Como se mencionó en el apartado anterior, de acuerdo con el artículo 18 constitucional se considera que la reinserción del sentenciado se obtiene con el respeto a los derechos humanos, el deporte, el trabajo, la capacitación y la salud. Sin embargo, ¿cómo puede reinsertarse por estos medios una persona con una condena de 40 años, por ejemplo? Prácticamente llevará a cabo su vida dentro de la prisión y claramente el objeto de resocializar queda fuera de lugar, pues no le alcanzará la vida para cumplirlo.

Y ¿qué es la reinserción? Para Ojeda Velázquez, “el concepto de reinserción significa volver a encauzar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer un delito”.²⁷

Ordaz Hernández y Cunjama López explican el concepto de reinserción desde la perspectiva de dejar atrás el concepto de readaptación propuesto por el positivismo criminológico, el cual consideraba al hombre que delinquía como un ser que debía ser curado:

²⁶ Alto al secuestro, <http://altoalsecuestro.com.mx/wp/wp-content/uploads/2018/05/ABRIL-2018-PDF.pdf>

²⁷ Ojeda Velázquez, Jorge, “Reinserción Social y Función de la pena”, *Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2012, p. 70. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/7.pdf>

El término reinserción social ya no implica desadaptación, sino ahora desintegración social; no se ve en el delincuente un inadaptado sino un apartado social, un extranjero social, que no le importa violentar las normas jurídicas bajo su andar [...] La reinserción social tiene dos aspectos diferenciados de la readaptación, a saber: a) reconoce que la delincuencia es un problema social y no individual, es decir ya no se ve al delincuente como un enfermo; b) el fin de la prisión cambia radicalmente, ya no intentará readaptar (curar), sino ahora reinsertar, es decir, regresar al sujeto a la vida en sociedad, integrarlo a ella.²⁸

Llama la atención el concepto de *reinserción* que maneja la Ley Nacional de Ejecución Penal,²⁹ en el artículo 4, que a la letra dice: “Reinserción social. Restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos”. De acuerdo con la iniciativa³⁰ de dicha ley, el Estado es consciente de que no puede curar o mejorar a un ser humano. En cierta manera, esta postura es compatible con lo propuesto por Zaffaroni como “una nueva filosofía penitenciaria”, en la cual, si bien “la resocialización se percibe cada día más como un absurdo, hace doscientos años que las instituciones totales vienen teniendo un efecto deteriorante y reproductor y, por ende, nunca podrán ejercer una verdadera función preventiva”.³¹ Hacia lo único que puede encausarse dicha reinserción es precisamente a no deteriorar más al individuo, a no institucionalizarlo carcelariamente, a través de llevar una vida digna

²⁸ Cunjama López, Emilio Daniel, Cisneros, José Luis, Hernández Ordaz, “Reinserción social: inflexiones de lo anormal”, en *Prisión, reinserción social y criminalidad. Reflexiones sobre la situación carcelaria y la violencia social en México*, Editorial Académica Española, 2002, p. 21.

²⁹ Ley Nacional de Ejecución Penal, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf

³⁰ Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Nacional de Ejecución Penal, http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2013-11-07-1/assets/documentos/Ini_Ley_Nacional_de_Ejecucion_Penal.pdf

³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo”, en *Discutir la cárcel, pensar la sociedad. Contra el sentido común punitivo*, Montevideo, Colección Fondo Universitario para Contribuir a la Comprensión Pública de Temas de Interés General, 2012, p. 15-35.

con respeto a los derechos humanos, tal y como lo dictan la ley y la Constitución. Sin embargo, aun así, es difícil cuando se aplican penas prácticamente perpetuas y se aísla al individuo de todo contacto con el exterior.

El reto para quien obtiene su libertad es evitar que una carta de antecedentes penales le quite oportunidades, pues la sociedad que lo señala y estigmatiza al mismo tiempo le exige que no delinca de nuevo. “El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión, hacer buenos a los hombres, pero sí puede tratar de conocer cuáles son aquellas carencias y ofrecerle al condenado unos recursos y servicios de los que se pueda valer para superarlos”.³²

Silva Portero señala que “por lo general los excluidos mediante cualquier forma de ejecución penal, nunca tuvieron oportunidad de ubicación personal en el tejido social; por consiguiente, todos los intentos de reinserción se vuelven imposibles porque previamente había que ‘insertarlos’, puesto que jamás tuvieron participación en el grupo social”.³³ Para Ávila Santamaría, “no es que haya una reinserción gracias a la prisión, sino que esta se da por factores externos, tales como la familia o incluso la experiencia traumática misma de estar en prisión”.³⁴ En este punto comparto la postura del autor: son muy importantes los lazos afectivos para una persona en prisión, personas con penas muy largas que compurgar terminan por romper estos lazos familiares y la convivencia con el mundo exterior se vuelve cada vez más vulnerable a institucionalizarse.

Si la persona condenada es enviada a un centro penitenciario lejos de su lugar de origen, la familia se queda sin el sustento económico que le brindaba el sentenciado. Así, quedan vulnerables ambas partes a seguir en el círculo de la violencia. Estas penas generan que el individuo que delinque pertenezca únicamente a la prisión, y en el largo plazo se convierten en quienes dominan dichos espacios carcelarios.

³² Cunjama López, Emilio Daniel, *op. cit.*, nota 28, p. 22.

³³ Silva Portero, Carolina, *Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008, p. 10.

³⁴ Ávila Santamaría, Ramiro, “La rehabilitación no rehabilita. La ejecución de las penas en el garantismo penal”, en *Ejecución Penal y derechos humanos*, tomo 5, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Serie de Justicia y Derechos Humanos), 2008, p. 152-158.

Si lo que se busca es la reinserción, no puede ser proporcional una pena de prisión ante la cual la esperanza de vida es menor (en México es de 78 años para las mujeres y 73 años para los hombres. Un ejemplo claro de esto es la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro,³⁵ en su artículo 11, el cual señala que se puede alcanzar una pena de hasta 140 años y además el sentenciado no puede acceder a ningún beneficio preliberatorio. De esta manera, el legislador ha atado las manos del juez penal en cuanto a la proporcionalidad de la pena, y lo obliga a cumplir un parámetro de ley penal hecho para obtener un beneficio político, sin importar las consecuencias sociales y, sobre todo, individuales para quien sufre una condena semejante.

En materia de delincuencia organizada, la propia Constitución,³⁶ que en el artículo 1 habla de un principio pro persona e interpretación conforme, en los párrafos IX y X del artículo 18 restringe totalmente los derechos no solo de los sentenciados sino incluso de los inculcados, enviándolos a prisión preventiva o a cumplir la pena lejos de su lugar de origen, limitando las comunicaciones con terceros y con medidas de seguridad especiales. Además, recordemos que se permite el arraigo domiciliario y el que dichas personas no pueden acceder a beneficios preliberatorios.

En el fuero común está como ejemplo el Código Penal para el Estado de Guanajuato,³⁷ donde algunos de los delitos considerados como graves enfrentan las penas mostradas en el cuadro de delitos.

Además, para obtener un beneficio como la condena condicional la pena no debe exceder de 2 años, y en el caso de la conmutación 3 años.

Cabe resaltar que, si bien los delitos señalados en el cuadro contemplan una sola conducta, en ocasiones hay una combinación con otros, por lo que es necesario acudir al concurso de delitos y las penas se incrementan.

³⁵ *Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro*, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf

³⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, nota 22.

³⁷ Código Penal para el Estado de Guanajuato, disponible en <http://www.congresogto.gob.mx/codigos>

CUADRO DE DELITOS

TIPO DE DELITO	PENA
Homicidio simple	De 10 a 25 años
Homicidio calificado	De 25 a 35 años
Homicidio en razón de parentesco	De 25 a 35 años
Feminicidio	De 30 a 60 años
Lesiones que produzca enfermedad mental	De 5 a 15 años
Secuestro	De 20 a 40 años
Trata de personas	De 8 a 26 años
Violación	De 8 a 15 años, tratándose de menores de 14 años las penas aumentan de 10 a 17 años de prisión
Robo en sus distintas modalidades	Desde 2 meses hasta 15 años
Desaparición forzada	De 5 a 40 años

De acuerdo con lo anterior, se puede entender que no todas las personas privadas de su libertad tienen acceso al derecho a la reinserción. Hay quienes simplemente son inocuizados por el Estado con penas de prisión perpetuas. La Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (Enpol) 2016³⁸ arroja que a nivel nacional un 70.1% de la población privada de la libertad se encuentra sentenciada, y el 27.5% compurga una sentencia de 21 años o más.

Si siguiendo con la Enpol de 2016,³⁹ el 68.1% de la población nacional privada de su libertad tienen entre 18 y 39 años de edad, y el 70.3% tenían dependientes económicos al momento de su arresto, por lo que las penas muy largas pueden ocasionar que la familia del condenado quede sin sustento económico.

³⁸ *Encuesta Nacional de Población Privada de la libertad*, p. 23, http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enpol/enpol2017_07.pdf

³⁹ *Ibidem*, p. 6.

De acuerdo con la CNDH,⁴⁰ cuando una persona es sentenciada a una pena muy larga de prisión pierde la esperanza de alguna oportunidad de preliberación o de beneficio alguno, lo que ocasiona “efectos negativos sobre la psique de las personas en internamiento”. Ya lo señalaban en 1972 Cohen y Taylor, “para prisioneros de largas condenas, para quienes el futuro es un prospecto impensable y aterrador, el tiempo se reduce a un continuo presente [...] Estos prisioneros están en peligro de perder el sentido del desarrollo personal y de un propósito”.⁴¹

En el pronunciamiento de la CNDH ya citado se encuentra un “Semáforo de pena máxima para favorecer el derecho a la reinserción social”,⁴² en el cual se menciona que 9 meses es el tiempo mínimo necesario para llevar un tratamiento de forma continua (hablamos de 9 meses, cuando hay personas sentenciadas a 60 años de prisión). El documento menciona que entre 8 y 15 años de prisión es un tiempo suficiente para lograr la reinserción: “las penas privativas de libertad de más de 20 años producen graves alteraciones en la personalidad de los internos, por ello el lapso que deberá considerarse antes de su excarcelación en medida de lo posible no tendrá que exceder ese tiempo”.⁴³ De igual manera, algunas recomendaciones del Consejo de Europa⁴⁴ señalan que las penas mayores a 15 años de prisión conducen a la institucionalización del sentenciado, además de ocasionarle problemas psicológicos y detrimento para socializar fuera del ambiente carcelario.

Ciertamente, quien con 30 años de vida es sancionado a una pena de 40 años no tiene futuro en el cual pensar, si es que logra salir con vida de la prisión. Esta situación es alarmante, pues en un Estado social y democrático de derecho ninguna persona debería tener ese destino si se cumpliera a cabalidad el mandato

⁴⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Racionalización de la pena de prisión. Pronunciamiento*, 2016, p. 56, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf

⁴¹ Citado por Matthews, Roger, *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, España, Ediciones Bellaterra, 2006, p. 67.

⁴² Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *op. cit.* nota 40, p. 54.

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ “Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes”, en *XI Informe general de actividades*, 2001, p. 17.

constitucional. Nadie puede cumplir una pena que va más allá de la esperanza de vida, pues ello es violatorio de DH.

De acuerdo con documentos internacionales como las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, lo que se busca es la reinserción, que la persona llegue a la libertad, no que se quede de por vida en la prisión. El saber que no hay esperanza de salir podría traducirse en una pena cruel.

Artículo 58. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.⁴⁵

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos,⁴⁶ si bien sigue utilizando el término *readaptación*, en el artículo 5.6 considera como derecho a la integridad personal que “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”.

EL PRINCIPIO PRO PERSONA

El principio pro persona no es algo nuevo dentro del ámbito jurídico nacional y mucho menos en el internacional. Sin embargo, en México no tenía un reconocimiento legal necesario para hacer obligatoria su aplicación. Si bien, algunas constituciones de las entidades federativas ya lo contemplaban, en la carta magna no era así.

⁴⁵ *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* *adopción*, Consejo Económico y Social de la ONU. Resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2021.pdf>

⁴⁶ Convención americana sobre derechos humanos, pacto de San José de Costa Rica del 7 de mayo de 1981, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>

La reforma constitucional de junio de 2011 incluyó en el segundo párrafo del artículo 1 el principio pro persona para quedar de la siguiente manera: “Artículo 1o. [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.⁴⁷

Una explicación más extensa para comprender el alcance de dicho principio de rango constitucional y su aplicación se obtiene de la siguiente definición, a cargo del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rodolfo E. Piza Escalante:

[Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción.⁴⁸

El principio pro persona es un principio hermenéutico, es decir de interpretación, que tiene por objeto optimizar los DH. En el ámbito internacional, dicho principio ha jugado un papel muy importante, pues sin duda coadyuva en el progreso y desarrollo de los DH en el mundo.

Los intérpretes de las normas de derechos humanos, supranacionales o nacionales, deben acudir a las reglas generales de interpretación de los tratados, como son la buena fe, el sentido natural de los términos, el contexto y el objeto y fin del tratado, así como, en su caso, a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración.⁴⁹ Uno de los documentos más importantes para los estados ame-

⁴⁷ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.*, nota 22.

⁴⁸ Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto, sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Gobierno de Costa Rica, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf

⁴⁹ Castañeda, Mireya, *El principio pro persona: experiencias y expectativas*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 37.

ricanos es la Convención Americana de Derechos Humanos.⁵⁰ En su numeral 29 se encuentra enunciado el principio pro persona.⁵¹ La aplicación del principio pro persona no es solo para ampliar la interpretación de las normas en beneficio de las personas, sino, en su caso, restringir la aplicación cuando las normas menoscaben o suspendan los DH. Por una parte, implica la elección de la norma que favorezca más a la persona, y por otra, la interpretación de la norma de la manera más amplia o, en su caso, restrictiva, pero, en favor de los DH. Un ejemplo de su forma restrictiva sería la no aplicación de la pena de muerte,⁵² puesto que esta terminaría completamente con la vida de una persona, aniquilando el mayor derecho de todos: el derecho a la vida. De igual manera podría suceder con las penas mayores a 15 años de prisión, en la cual la restricción de derechos se traduce en eliminar el desarrollo personal de la persona, puesto que pasará su vida en prisión.

Al estar incluido en la Convención Americana de Derechos Humanos (firmada por México) era parte ya del ordenamiento jurídico, sin embargo, la fuerza y mandamiento constitucional de su aplicación se integró con la mencionada reforma de junio de 2011. Ello significa que al momento de aplicar una norma

⁵⁰ También conocida como Pacto de San José, constituye el eje principal del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, <https://cdhdf.org.mx/2017/07/la-convencion-americana-de-los-derechos-humanos-herramienta-fundamental-para-la-defensa-de-la-dignidad-humana-en-mexico/>

⁵¹ Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁵² Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona, metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Centro de Investigación aplicada en Derechos Humanos / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas Derechos Humanos, 2013, p. 68.

los órganos jurisdiccionales deben acudir no solo a la ley interna, sino también a los tratados internacionales de los que México es parte, de manera oficiosa, es decir, sin que exista una petición de por medio o sin que el juez pueda omitir la búsqueda de la norma más adecuada al caso en los tratados internacionales.

El principio pro persona “es un mandato general de interpretación favorable que coexiste con otros mandatos específicos”,⁵³ tal como el del Poder Legislativo, el cual debe crear reglamentos de aplicación para las normas internacionales de derechos humanos, así como revisar la legislación interna con el fin de adecuar o modificar lo que llegue a ser inconstitucional o que contravenga tratados internacionales. Es aquí donde el Poder Legislativo debe trabajar a marchas forzadas en las leyes penales, y en lugar de aumentar las penas de prisión estar acorde con el principio pro persona y legislar sobre penas racionales, de acuerdo con el objetivo de la reinserción.

No se debe seguir trabajando en contra del mandato constitucional, en el cual, como ya se ha mencionado, la finalidad de la pena es la reinserción del inculgado, por lo que no contempla las cadenas perpetuas. Se deben aplicar penas que favorezcan la reinserción del individuo, no que la anulen. El tener penas de prisión muy largas, más largas que la esperanza de vida nacional, no habla de un Estado social y democrático de derecho, sino de un Estado de autoritarismo, situación que no es acorde a nuestro país, mucho menos después de la reforma en materia de DH.

Así lo señala la CNDH: “se tiene que salvaguardar el principio pro persona; al aplicar una pena diseñada hacia la reinserción social, bajo un enfoque de prevención especial positiva y no segregarse en forma permanente de la sociedad a través de una pena con un enfoque de prevención especial negativa”.⁵⁴

Por lo tanto, es menester que el Poder Legislativo y órganos jurisdiccionales trabajen bajo el mandato constitucional, aplicando el derecho pro persona, tanto en la labor legislativa como en la impartición de justicia. Al respecto, Pérez Luño propone: “Ya no es adecuado para una interpretación actual del sistema de los

⁵³ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁴ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 40, p. 56.

derechos fundamentales el planteamiento positivista, cifrado en una actitud mecánica basada en conclusiones silogísticas, sino que se hace necesaria una mayor participación del interprete en la elaboración y desarrollo de su estatus”.⁵⁵

El juzgador, a la luz del principio pro persona y de los tratados internacionales, puede marcar la pauta para no seguir aplicando penas de tan larga duración y de esta manera buscar que las personas pasen menos tiempo en un lugar claramente dañino, como la prisión.

CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, el origen de la prisión no tuvo como finalidad ningún tipo de beneficio social o individual, sino el aprovechamiento de mano de obra barata y la contención de las clases pobres. Después, con el desarrollo del derecho penal, distintas corrientes buscaron dar una respuesta positiva o función benéfica para el ser humano con la aplicación de la pena de prisión; teorías que hasta la fecha siguen evolucionando, sin que ninguna pueda dar una respuesta claramente satisfactoria.

Las posiciones contra la pena de prisión, y de acuerdo con el desarrollo de los DH, marcan una pauta a seguir. Estudios realizados por la CNDH y el Consejo de Europa demuestran los males que ocasiona la prisión en personas que cumplan penas mayores a 15 años, daños irreparables que se traducen en violaciones a los DH.

Se condena al individuo a perder su derecho a la reinserción, a obtener su libertad, a desarrollarse de forma libre en lo individual, familiar y socialmente. Dicho catálogo de penas solo refleja un Estado autoritario con penas crueles.

Si de acuerdo con la nueva Ley Nacional de Ejecución de Sanciones, la reinserción se traduce en el respeto a los DH y los demás medios señalados en la Constitución, el órgano jurisdiccional debe comenzar por aplicar la interpreta-

⁵⁵ Pérez Luño, Antonio Eduardo, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5.ª edición, Madrid, Tecnos, 1998, p. 285.

ción correspondiente y el principio pro persona en sus sentencias, sentencias que sean realmente proporcionales y que puedan cumplir con ese fin reinsensorio.

Las sentencias mayores a 15 años de prisión son contrarias al principio pro persona y faltan al artículo 1 y 18 constitucionales, pues no cumplen con el fin de la pena, lo que las hace penas inconstitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “La rehabilitación no rehabilita. La ejecución de las penas en el garantismo penal”, en *Ejecución penal y derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie de Justicia y Derechos Humanos, t. 5, 2008.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Heliasta, Argentina, 1993.
- BECKER, Howard, *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, 4.ª ed., Siglo XXI editores, 2014.
- BELOFF, Mary, “Teorías de la pena: la justificación imposible”, en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.
- CASTAÑEDA, Mireya, (2015), *El Principio Pro-Persona: Experiencias y Expectativas*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Segunda Edición, octubre.
- Racionalización de la pena de prisión*, pronunciamiento, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf
- CUNJAMA LÓPEZ, Emilio Daniel, CISNEROS, José Luis, HERNÁNDEZ ORDAZ, David (eds.), “Reinserción social: Inflexiones de lo anormal”, *Prisión, reinserción social y criminalidad. Reflexiones sobre la situación carcelaria y la violencia social en México*, Editorial Académica española, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal mínimo”, en *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, Universidad de Camerino / Editorial Jurídica Consur, 1995.
- “Garantismo penal”, trad. de Marina Gascón, en *Serie Estudios Jurídicos*, núm. 34, UNAM, 2006.
- FOUCAULT, Michael, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, 1.ª reimpresión, Argentina, Siglo XXI, 2002.
- HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del derecho*, 5.ª ed., Buenos Aires, Editorial Claridad, 1968.
- KANT, Emmanuel, *Metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, San Juan de Puerto Rico, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, 2007.
- LISZT VON, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, 1.ª reimpresión, México, UNAM / Universidad de Valparaíso de Chile, 1994.

- MATTHEWS, Roger, *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Ediciones Bellaterra, 2003.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Principio pro persona, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Centro de Investigación aplicada en Derechos Humano / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas Derechos Humanos, 2013.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Reinserción social y función de la pena*, México, Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/7.pdf>
- PÉREZ LUÑO, Antonio Eduardo, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5.ª edición, Madrid, Tecnos, 1998.
- ROXIN, Claus, “Fin y Justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.
- *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.
- RUSCHE, George, KIRCHHEIMER, Otto *Pena y Estructura Social*, trad. de Emilio García Méndez, Bogotá, Editorial Temis Librería, 1984.
- SILVA PORTERO, Carolina, *Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO ALMADA, Guillermo, “Populismo penal a la mexicana”, en *Letras Libres*, 2011, <https://www.letraslibres.com/mexico-espana/populismo-penal-la-mexicana>
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo”, en *Discutir la cárcel, pensar la sociedad. Contra el sentido común punitivo*, Montevideo, Fondo Universitario para Contribuir a la Comprensión Pública de Temas de Interés General (Colección Artículo 2), 2015.
- *Manual de derecho penal, parte general*, 2.ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- ZIFFER S., Patricia, “Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena”, en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, editores del Puerto, 1993.
- Alto al Secuestro*, <http://altoalsecuestro.com.mx/wp/wp-content/uploads/2018/05/abril-2018-pdf.pdf>
- Código Penal para el Estado de Guanajuato*, <http://www.congresogto.gob.mx/codigos>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 7 de mayo de 1981, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>
- XI Informe General de actividades*, Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, 3 de septiembre de 2001.

- Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad, http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/enpol/enpol2017_07.pdf
- Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Nacional de Ejecución Penal, http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/2/2013-11-071/assets/documentos/Ini_Ley_Nacional_de_Ejecucion_Penal.pdf
- En números, documentos de análisis y estadísticas*, vol. 1, núm. 11, oct-dic, 2017, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf
- Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf
- Ley Nacional de Ejecución Penal, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf
- Punto 36, de la opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante en la opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto, sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Gobierno de Costa Rica, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adopción, Consejo Económico y Social de la ONU Resoluciones 663C (XXIV), 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), 13 de mayo de 1977, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2021.pdf>

Algunas reflexiones sobre la prueba ilícita en materia penal y sus excepciones a la regla de exclusión

Hilda Araceli Soteno Mena

INTRODUCCIÓN

Han transcurrido poco más de diez años desde que fuera adoptado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el llamado Sistema Penal de Corte Acusatorio y Adversarial. Durante este lapso de tiempo, una de las principales preocupaciones de los teóricos ha sido que se garantice el debido proceso a las personas sometidas al procedimiento penal. Debemos reconocer que en este nuevo sistema penal los principales operadores han sido los propios protagonistas del sistema anterior, por lo que existe el riesgo de que los antiguos vicios contaminen al nuevo modelo y se termine deformando, como exactamente ocurrió con el llamado sistema penal mixto. Esta circunstancia puede evidenciarse en nuestro país con los distintos posicionamientos que desde la doctrina y la jurisprudencia pretenden establecer excepciones al principio de exclusión de la prueba ilícita con el propósito de no generar impunidad, pero que, desde nuestro punto de vista, representan un riesgo para un sistema penal garantista propio de un estado social y democrático de derecho.

En nuestro país son relativamente pocos los estudios que han desarrollado el tema de la prueba ilícita en el marco del sistema acusatorio adversarial, y de entre ellos destaca el trabajo de Anaya Ríos y De la Rosa Rodríguez.¹ En *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el Sistema Penal Acusatorio*, estos autores nos presentan un panorama doctrinario muy basto sobre el tema de la prueba ilícita, sin embargo no se realiza con claridad y precisión una toma de postura en relación con la legitimidad o ilegitimidad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita prevista en el orden jurídico mexicano. No obstante, en algunas partes del libro de forma sutil sugieren que, bajo ciertos supuestos, el juzgador pondere y, en su caso, admita, desahogue y, de ser posible, otorgue valor probatorio a determinadas pruebas ilícitas, o a lo derivado de esta (la conocida como fruto del árbol envenenado), todo ello bajo la luz de las excepciones a la regla de exclusión, argumentando que la víctima no puede quedar en estado de indefensión por tecnicismos en el sistema penal, generando con ello impunidad.

Es precisamente esta forma en la que se aborda dicho tema, y sobre todo la sutil toma de postura de los autores en el tema, lo que motiva a la elaboración de este artículo, pues considero que sugerir una regulación en la normatividad penal vigente para la inclusión de determinadas excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita atenta no solo contra los principios del derecho, sino también contra el debido proceso penal.

En este contexto, es mi intención evidenciar que la prueba ilícita, así como todo lo que de ella se deriva, no puede ser valorada, incluida y mucho menos legislar con respecto a su inclusión bajo ningún supuesto, pues, aunque sabemos que es un tema muy delicado, no puede legitimarse lo que de origen es ilícito.

¹ Anaya Ríos, Miguel Ángel, De La Rosa Rodríguez, Paola Iliana, *La prueba ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el Sistema Penal Acusatorio*, México, Flores Editor, 2018.

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y DEBIDO PROCESO PENAL

Considero que todo estado social y democrático de derecho se encuentra sustentado en el respeto a las normas que legítimamente se encuentran en vigor. De ahí que el debido proceso sea la columna vertebral de todo procedimiento de naturaleza penal, pues de este subyacen derechos fundamentales que en nuestra calidad de gobernados no solo se nos reconocen, si no que somos garantes en relación de terceros; luego, no basta reconocer el debido proceso, observar y aplicar la normatividad vigente en nuestro país, sino garantizar su debido cumplimiento.

En la doctrina jurídica, el debido proceso ha sido conceptualizado como un derecho y un principio. Sin embargo, ambas posturas inciden en el mismo resultado. Como derecho, podemos afirmar que el debido procesos asegura la tutela de derechos fundamentales en un juicio con igualdad de oportunidades procesales para las partes. Como principio, el debido proceso es reconocido en las normas procesales que sirven para guiar el desarrollo de los diversos procesos jurisdiccionales correspondientes, en este caso específico al derecho procesal penal.

Luigi Ferrajoli afirma que el derecho al debido proceso se refiere a la posibilidad de las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga para hacer valer sus derechos sustanciales en un procedimiento judicial.²

En voz de Sergio García Ramírez, el debido proceso constituye un límite a la actividad estatal que se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos.³

Así, la principal tarea de nuestro tiempo es la construcción de verdaderos Estados de derecho, con legislaciones fuertes con verdadera capacidad para hacer efectivo un Estado de derecho y respeto a los derechos fundamentales, pues los estados débiles o fallidos son una amenaza para el orden internacional, siendo una

² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, p. 34.

³ García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012, p. 22.

fuente de conflictos y de abusos a los derechos fundamentales. Es evidente que los Estados son los únicos capaces de desplegar la fuerza legítima y su empoderamiento es sustancial para garantizar un Estado de derecho.

Al respecto, no olvidemos que la transición de un sistema penal mixto a un sistema penal de corte acusatorio se debió, entre otros múltiples factores, a una exigencia internacional, pues México ha firmado y ratificado tratados internacionales en materia de derechos humanos y que por lo tanto se han incorporado a nuestro marco normativo. Por ello, en la base de este orden jurídico se encuentra el reconocimiento de los derechos fundamentales que no solo deben contemplarse en los ordenamientos legales que rigen al país, sino que deben aplicarse efectivamente, tal como es el caso del reconocimiento y aplicación del debido proceso como garante de derechos procesales.

En este contexto, cabe señalar que al reconocer y garantizar los derechos humanos de las personas la intención no es debilitar al Estado, sino más bien acotar debidamente sus funciones sin perder de vista la necesidad de contar con instituciones vigorosas que le den factibilidad al Estado de derecho, porque de otra manera se corre el riesgo de tener un Estado que no conozca límites en el ejercicio de sus funciones y, por consiguiente, se puede caer en los excesos de poder con franca violación de los derechos humanos. Es por lo anterior que el debido proceso debe ser una institución consolidada en nuestro tiempo.

En México, el debido proceso se encuentra garantizado tanto en la carta magna como en las leyes procesales secundarias y en las convenciones internacionales que han sido ratificadas por México, con lo que se han incorporado al marco normativo del país y su cumplimiento es obligatorio, además que están diseñados para constituir un límite al sistema punitivo del Estado. Tal y como lo prevé el artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En

consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁴

En el alcance e implicaciones de la reforma en comento, resulta esencial que todos los órganos del poder público, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan cabalmente con lo decretado tanto en los ordenamientos vigentes del país como en las sentencias internacionales que han fincado obligatoriedad al Estado mexicano. Es claro que cualquier desacato o demora en el cumplimiento constituye una persistente violación no solo a los derechos humanos involucrados, sino a los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por México.

Así pues, el debido proceso lo encontramos consagrado en nuestra Constitución federal, columna vertebral de todo enjuiciamiento penal, y cuyo principio le da razón, sentido y contenido a toda la codificación procesal penal, específicamente en el párrafo segundo del artículo 14 que señala: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.⁵

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y otros tribunales federales mexicanos han integrado jurisprudencia al respecto. De entre los diversos criterios es de destacarse el que lleva por rubro “Derecho al debido proceso”,⁶ analizándolo bajo dos perspectivas: primero, como el respeto irrestricto de derechos fundamentales, y en segundo plano como la obligatoriedad para los tribunales de observar en todo momento las formalidades esenciales del procedimiento, volviéndose además garantes del debido proceso.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, 4 de noviembre de 2018, p. 2.

⁵ *Ibidem*, p. 14, el énfasis es nuestro.

⁶ Tesis 1a./J. 139/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2057.

Así pues, el debido proceso es la base de todo equilibrio social, respeto irrestricto a los derechos fundamentales y que es previsto por nuestra legislación aplicable, obligando a las autoridades y sociedad en general a su cabal cumplimiento.

CONCEPTO DE PRUEBA, CARACTERÍSTICAS Y SISTEMAS DE VALORACIÓN

Todo sistema penal requiere, entre otras cosas, de mecanismos de comprobación de los hechos, materia de la persecución penal, y que dichos mecanismos den certeza jurídica, por lo que ello solo es posible mediante el empleo de medios de prueba lícitos, respetando en todo momento el debido proceso penal.

Previo a hablar de la prueba ilícita, es menester desmembrar el concepto de *prueba*, entender sus orígenes, su evolución, sus características y el sistema de valoración aplicable. Comencemos por algunos conceptos de *prueba*.

En el ámbito procesal, Rafael de Pina Vara nos dice que *prueba* es toda actividad procesal encaminada a la demostración de la existencia de un hecho o acto.⁷

Hernando Devis Echandía señala que debemos entender por *prueba judicial* el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, atención y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.⁸

Una vez clarificado el concepto de *prueba* desde su aspecto procesal, podemos advertir que es el eje motor del acto de verificar, comprobar, demostrar, ello en aras de la verdad del hecho y, para mí, con un elemento fundamental en el tema que analizamos, que es probar honradamente, o como su significado etimológico lo refiere en un sentido bueno, pues todos estos conceptos cobran sentido al lado de la prueba ilícita y de tratar de establecer excepciones al principio de exclusión de dicho tipo de prueba.

Ahora bien, resulta indiscutible que la prueba tiene un protagonismo central en el proceso penal, ya que con base en el caudal probatorio el tribunal de en-

⁷ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, Porrúa, México, 2012, p. 424.

⁸ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, t. I, Temis, 2006, p. 7.

juiciamiento emitirá su resolución basado en la certeza jurídica que le generó la prueba. Por ello, consideramos fundamental comprender la verdadera función de la prueba en el proceso, para al momento de tomar postura entender por qué no se puede legislar respecto a excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, tal como lo sugieren Anaya Ríos y De la Rosa Rodríguez.⁹

Previo a hablar propiamente de la ilicitud de la prueba, nos detendremos en hacer referencia a los conceptos fundamentales relacionados con esta en aras de poder determinar si aquella se genera en el medio, en el órgano, en el indicio, en la fuente, en el elemento y en el objeto, entre otros. Para Devis Echandía se debe distinguir entre necesidad, objeto, utilidad, elemento, medio, indicio, órgano y fuente de la prueba.¹⁰ Veamos a que se refieren cada uno de estos elementos:

a) Necesidad de la prueba: Todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser constatado solo mediante pruebas allegadas legalmente al mismo.

b) Objeto de la prueba: Es aquello susceptible de ser probado, aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba.

c) Utilidad de la prueba: Se relaciona con la relevancia que el elemento tenga respecto al objeto que debe probarse; la prueba además de pertinente debe ser útil.

d) Elemento de prueba: Todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. Estos datos consisten en los rastros y huellas que el hecho delictivo puede haber dejado en los objetos y cuerpo de las personas y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos.

e) Medio de prueba: Es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso de elementos de prueba en el proceso.

f) Indicio de la prueba: Circunstancia o hecho que se ha probado a través de un razonamiento lógico, argumento probatorio que va de lo desconocido a lo conocido.

g) Órgano de prueba: Es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba.

⁹ Anaya Ríos, Miguel Ángel, De la Rosa Rodríguez, Paola Iliana, *op. cit.*, nota 1, p 301.

¹⁰ Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, nota 8, p. 497.

h) Fuente de prueba: Es el hecho, cosa o fenómeno que sirve para verificar la verdad del hecho afirmado.

De lo anterior podemos advertir que la prueba tiene diversas maneras de ser introducida a juicio y se requiere comprender cada uno de estas aristas, pues estas inciden de manera sustancial en lo relativo a la ilicitud y de saber diferenciarlas podremos puntualizar en dónde estriba la ilicitud.

De igual manera, Devis Echandía precisa que son conducentes aquellas pruebas permitidas por la ley y que están incluidas en la numeración taxativa de los códigos procesales. Las pruebas inconducentes son las que la ley no autoriza en general o prohíbe en un caso particular y que carecen de valor; las pruebas pertinentes tienen relación con el litigio; las pruebas impertinentes son las que no se relacionan con el litigio o materia del proceso y que el juez deberá examinar al resolver. Las pruebas lícitas son las que están autorizadas por la ley y que el juez considera utilizables, además de que no violan alguna prohibición legal.¹¹

Con lo anterior podemos advertir dónde se genera la ilicitud de la prueba y que esta circunstancia no solo atiende a “formalismos” incumplidos.

Con respecto a la valoración de la prueba, podemos señalar que en México el sistema de enjuiciamiento sufrió un cambio trascendental al transitar de un sistema penal mixto a un sistema penal acusatorio con tendencia adversarial, esto derivado de la reforma de junio de 2008, cuando se modificó, entre muchas cosas, el sistema de incorporación, desahogo y valoración de las pruebas, teniendo como finalidad un procedimiento más garantista, respetuoso de los principios de contradicción, continuidad, concentración, publicidad e inmediación. Se previó además que las pruebas se desahoguen únicamente en presencia de la autoridad jurisdiccional, dejando a un lado el sistema de la prueba tazada y adoptando un sistema de libre valoración de la prueba a través de los conocimientos científicos, la sana crítica y las reglas de la lógica, teniendo como finalidad el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que

¹¹ *Ibidem*, p. 537.

el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. El sistema de prueba tazada consideraba el valor de cada elemento probatorio predeterminado en la ley y, como ya lo hemos señalado, antes de la reforma de 2008 se adoptaba este sistema de valoración. Ahora, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado A, fracción II, establece que la valoración de las pruebas deberá realizarse de manera libre y lógica. Propone la libre valoración de los elementos producidos, ya que la ley no predetermina valor alguno y al mismo tiempo la libertad de escoger los medios probatorios para comprobar un hecho.

Este sistema de libre convicción, también conocido como sana crítica, consiste en la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llamaban la higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Bajo estas premisas, el tribunal de enjuiciamiento considerará responsable al imputado del hecho que la ley señale como delito, solo si posee la convicción de que este cometió un delito o participó en él y siempre que dicho convencimiento esté derivado de pruebas que hayan sido legalmente obtenidas e incorporadas a juicio, además de que se consideren suficientes para destruir la presunción de inocencia y que gocen de pertinencia y relevancia para el caso.

PRUEBA ILÍCITA: CONCEPTO, TEORÍA DEL ÁRBOL ENVENENADO, REGLA DE EXCLUSIÓN Y TEORÍAS DE EXCEPCION A DICHA REGLA

Con el desarrollo realizado hasta este momento con respecto a los diferentes conceptos del debido proceso, la prueba y sus características y valoración, podemos sentar las bases para abordar el tema que nos ocupa: la prueba ilícita. Veamos algunos conceptos que al respecto aportan varios autores.

Según Urbano Castrillo, lo ilícito es aquello contrario a la ley, es una manifestación de la antijuridicidad.¹²

¹² De Urbano Castrillo, Eduardo y Torres Morato, Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal*, 3.^a ed., Aranzadi, España, 2003, p. 40.

Devis Echandía establece que las pruebas ilícitas son las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana, o violan sus derechos fundamentales que la constitución y la ley amparan. No obstante, considera que la ilicitud de una prueba radica en el medio probatorio, o en el procedimiento para su obtención, en la violación de una norma, es decir en la existencia de una prohibición legal de investigar el hecho sobre el que versa o en que el medio de prueba no está legalmente autorizado tratándose de un sistema de prueba legal.¹³ En consecuencia, la ilicitud de la actividad probatoria consiste en que únicamente son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a la normatividad señalada en la Constitución, en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y en el Código Nacional de Procedimientos Penales, por lo que también comprenden las formalidades esenciales del procedimiento. En efecto, algunas posturas señalan que la prueba ilícita tiene su origen tanto en violaciones a una norma procesal como en la violación de normas jurídicas, e incluso en principios generales. Por lo tanto, y a manera de ilustración, el quebrantamiento de la formalidad en la obtención de los medios de prueba al realizar diligencias supone la ilicitud de estas.

Silva Melero afirma, por su parte, que para un sector doctrinal la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana.¹⁴ Desde luego que la relevancia de esta afirmación es indiscutible, ya que este principio relativo a la dignidad de las personas y a los derechos fundamentales del ciudadano está consagrado en el orden constitucional, garante del equilibrio social. Partiendo de este principio de dignidad de las personas, es evidente que toda prueba que atente contra la misma estará afectada de ilicitud y por lo tanto será inadmisibile dentro del procedimiento penal.

La teoría de los frutos del árbol envenenado fue desarrollada en Estados, misma que surge con el caso “Silverthorne Lumber Co. vs. United States” en 1920.

¹³ Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, nota 8, p. 10.

¹⁴ Silva Melero, Valentín, “La prueba procesal”, *Revista de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1963, p. 69.

El nombre de esta teoría, sin embargo, surgió en 1939 en el caso “Nardone vs. United States”.¹⁵

Dicha teoría, que al paso del tiempo ha sido adoptada por varios países, estima que no solamente se excluyen del procedimiento las pruebas directamente obtenidas de manera ilícita, sino que dicha exclusión se extiende a las directamente derivadas de dicha ilicitud. Esta regla tiene como finalidad prevenir, más que reparar, aclarando que “son frutos del árbol envenenado” aquellas pruebas que tienen como única fuente el acto violatorio y que además derivan del acto ilícito.

Antes de hablar de la nulidad y la exclusión como efecto de la ilicitud de la prueba, considero relevante entender un poco las diversas teorías que otros países han desarrollado con respecto a las excepciones a las reglas de exclusión de la llamada *prueba ilícita*.

Es importante aclarar que estas reglas no permiten la inclusión y valoración de los medios probatorios que fueron obtenidos en contravención a la ley. El análisis lo hacen bajo la perspectiva de situaciones especiales que alejan a la prueba de la ilicitud, confiriéndose a los tribunales mediante la valoración dicha excepción, pero en ningún momento valida un acto ilícito. Veámoslo detenidamente.

La regla general de exclusión admite excepciones que han sido desarrolladas esencialmente por la jurisprudencia estadounidense como forma de atenuar el impacto de la sensación de impunidad que genera la aplicación de las exclusiones probatorias. Estas excepciones se han plasmado en teorías que se excluyen de dicha regla. Veamos cuáles y en qué consiste cada una de ellas:

1. Teoría de la fuente o cause independiente

Para Peláez Bardales, esta teoría consiste en que la prueba que no está contaminada con alguna actividad ilegal, se debe de admitir y utilizar dentro del procedimiento, siempre y cuando no exista conexión con la prueba irregular y la evidencia de esta. Implica que aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado,

¹⁵ Alcaide González, José Manuel, *La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España, perfiles jurisprudenciales comparativos*, España, Universidad Autónoma de Barcelona, 2012, p. 19.

se puede igualmente arribar a su obtención.¹⁶ Podríamos decir que esta teoría funciona cuando el acto ilegal o sus consecuencias arrojan un dato o medio de prueba que no puede presentarse a juicio por la violación a derechos fundamentales, pero si dichos datos, medios o prueba tienen independencia con la fuente, sí pueden ser ofertados en el juicio.

2. Teoría del descubrimiento inevitable

La excepción del descubrimiento inevitable es también una creación de la corte suprema federal estadounidense, la cual fue objeto de aplicación en el caso “Nix vs. Williams”. Miranda Estrampes señala que esta teoría se desarrolla cuando se admite una prueba a juicio, no obstante que se haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable.¹⁷

De acuerdo con esta teoría, si en el desarrollo de actividades, ya sea policíacas, ministeriales o de orden judicial, apareciera en vía de descubrimiento y de forma inevitable otro medio de prueba a la par, aunque la primera esté viciada de ilicitud, la segunda podrá declararse no ilícita, siempre y cuando se descubra de forma inevitable por otro u otros medios.

3. Teoría del vínculo atenuado o de la conexión atenuada

Por lo que hace a esta teoría, las evidencias obtenidas no son excluidas cuando la conexión entre la actuación inconstitucional y el descubrimiento o aseguramiento de la prueba es tan atenuada que es suficiente para desvanecer la mancha. Existe un nexo con la prueba ilícita que atenúa la ilicitud convirtiéndola en lícita, según lo refiere Alcaide González.¹⁸

¹⁶ Peláez Bardales, José Antonio, *La prueba penal*, Perú, Grijley, 2014, p. 238.

¹⁷ Miranda Estrampes, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, especial referencia a la exclusionary rule Estadounidense*, México, Ubijus Editorial, 2013, p. 308.

¹⁸ Alcaide González, José Manuel, *op. cit.*, nota 15, p. 69.

4. *Teoría de la buena fe*

Jorge Rosas Yataco refiere que esta doctrina admite la posibilidad de valorar la prueba ilícitamente obtenida, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia (caso “León vs. U.S., 1984”).¹⁹

Se presenta en aquellos casos en los que se debe aplicar criterios de buena fe que legitiman una actuación ilegal. Aplica siempre y cuando el aparato policial, o en su caso el servidor público que la genere, no haya actuado de una forma dolosa, patentándose con ello la buena fe.

5. *Teoría de la conexión de antijuridicidad*

El propósito de la conexión de antijuridicidad es justificar las excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas y solo recae en el material probatorio derivado de otro que haya vulnerado un derecho. Si no existe una conexión de antijuridicidad entre la lesión del derecho y la prueba, entonces esta puede introducirse y valorarse dentro del proceso.

Pero como bien lo refiere Rosas Yataco, la intencionalidad del infractor, es decir, del responsable de la vulneración del derecho fundamental, puede ser que haya sido infractora, diferente a la buena fe, entrando en el campo del error inexcusable.²⁰

6. *Teoría de la proporcionalidad*

Peláez Bardales señala para esta teoría que por una parte se pondera el interés social referido a la eficacia de la administración de justicia, y por otra el derecho del acusado a no ser procesado sobre la base de una prueba ilícita. Esta teoría tiene su génesis en el derecho europeo continental.²¹

El principio de proporcionalidad se constituye como un mecanismo de protección frente a la actuación del poder público y tiene como premisa que todos los derechos fundamentales deben ser interpretados de una manera amplia. Supone

¹⁹ Rosas Yataco, Jorge, *La prueba en el nuevo proceso penal*, t. II, Lima, Legales Ediciones, 2016, p. 1185.

²⁰ *Ibidem*, p. 1187.

²¹ Peláez Bardales, José Antonio, *op. cit.*, nota 16, p. 243.

entonces dos principios o derechos en colisión, ponderando entre los beneficios de la implementación de los actos y los perjuicios que esta produce.

7. Prueba ilícita en favor del reo

En voz de Miranda Estrampes, debe reconocerse a la prueba ilícita cierto valor, en los casos en que la misma aportara elementos de descargo para el inculpado, o bien que los resultados obtenidos fuesen favorables para el acusado.²²

Con respecto a esta teoría, no debemos confundirla con el principio pro persona, pues este se refiere a cuando subyace una violación a los derechos fundamentales. En la teoría de prueba ilícita a favor del reo, estamos hablando de lo que legalmente es introducido al juicio y la normatividad aplicable que más le favorece al inculpado.

8. Teoría del error inocuo

Para Planchadell Gargallo, no procede anular una sentencia condenatoria por haberse admitido en primera instancia una prueba que debería haber sido excluida cuando ese defecto sea considerado irrelevante para el resultado final del caso.²³

En atención a lo anterior, cuando una prueba ilícita, o lo que de ella emane, no ha sido debidamente desestimado en juicio, indudablemente puede señalarse como concepto de agravio al imponerse el medio de impugnación procedente, mas de ninguna manera debe llevar a la anulación de la sentencia y considerarse irrelevante para el resultado final de la sentencia, cuando esta haya sido dictada.

Hasta este momento, consideramos que se han desarrollado en el presente artículo todos los conceptos y características que debemos tener presentes para comprender, pero sobre todo tomar una postura, con respecto a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita sugerida por diversos autores.

La regla de exclusión se fundamenta en la depuración del material probatorio que se ofrece en todo el procedimiento penal, aquellos medios de prueba que fueron obtenidos vulnerando los derechos fundamentales o, en su defecto, las

²² Miranda Estrampes, Manuel, *op. cit.*, nota 17, p. 182.

²³ Planchadell Gargallo, Andrea, *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (comentario a las Sentencias que marcan el camino)*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 111.

formalidades esenciales del procedimiento, dicho de otra forma, inobservando el debido proceso. En este sentido, el principio de libertad probatoria tiene su límite en el respeto irrestricto al debido proceso penal; la regla de exclusión se traduce en la inadmisibilidad de las pruebas para ser valoradas cuando provengan de la inobservancia del debido proceso.

Así, y ante diversas regulaciones que atienden el tema de la prueba ilícita, y por ende violatoria de la normatividad aplicable, podemos señalar que la prohibición de la prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa, sino que deriva directamente de tratados internacionales, el pacto federal, la normatividad sustantiva y adjetiva. Ello le da la connotación de inviolables y ponderantemente preferente, tal y como se valoró en el punto I de este artículo.

LEGISLACIÓN MEXICANA APLICABLE AL CASO

En México la prohibición de la prueba ilícita se encuentra regulada expresamente en nuestra carta magna y en el ordenamiento procesal penal nacional, el cual le da sustento a nuestra toma de postura, contrario a la propuesta de admitir reglas de inclusión que no tienen fundamento ni constitucional ni legal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, refiere que el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Y que además, por lo que hace a los principios generales, específicamente en el apartado A, fracción II, que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica. Particular observación, lo señalado en la fracción IX del mismo ordenamiento en cita, que refiere que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.²⁴

²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, <http://www.diputados.gob.mx/Leyes/biblio/htm>, última reforma, 27 de agosto de 2016.

Por otra parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 259, señala que cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio, siempre y cuando sea lícito.²⁵

El artículo 261, en su tercer párrafo, expresa que se denomina *prueba* a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho que, ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia, y desahogada bajo los principios de inmediatez y contradicción, sirve al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.²⁶ Es decir, toda prueba se considerará *lícita* siempre y cuando no sea obtenida mediante la violación de derechos fundamentales; de ser así será excluida o se producirá su nulidad, lo anterior en armonía a lo que dispone el artículo 264 del mismo instrumento legal que se estudia,²⁷ además de que las partes podrán hacer valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o tribunal deberá pronunciarse al respecto.

Con respecto a la exclusión de medios de prueba para la audiencia de debate, aclara en gran medida lo señalado en el artículo 346 del mismo ordenamiento, el cual en cita refiere que una vez examinados los medios de prueba ofrecidos, y de haber escuchado a las partes, el juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos: fracción II, por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales; III, por haber sido declaradas nulas; o IV, por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este código para su desahogo.²⁸

Finalmente, el artículo 357 de la misma fuente normativa señala que la prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos

²⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>, 4 de noviembre de 2018, p. 77.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 78.

²⁸ *Ibidem*, p. 99.

fundamentales o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de ese código.²⁹ Basta dar una mediana lectura a los artículos enlistados líneas arriba para advertir que serán nulas las actuaciones de datos de prueba, medios de prueba y pruebas que se incorporen, admitan o desahoguen en contravención con lo ahí señalado, dando sustento en todo momento a la toma de postura que desde el principio se generó con la elaboración de este trabajo, pues, como se advirtió también, no se puede legitimar lo que de origen es ilícito. No podemos ignorar el avance que ha tenido nuestra legislación en este tema, pues legislar sobre lo ilícito sería ir en contra de nuestra normatividad vigente.

Por otra parte, no pasa desapercibido el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado con respecto a la prueba ilícita, poniendo de manifiesto que la exclusión de esta constituye un respeto al debido proceso, y específicamente se ha pronunciado con respecto a los límites de la exclusión de la prueba ilícita. Empero, consideramos que, como se expresó en las primeras líneas al abordar este tema, estas teorías de exclusión guardan independencia y autonomía con respecto a la prueba que de origen es ilícita, refiriéndome específicamente a fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado, no así a las demás analizadas.

En este contexto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la ejecutoria bajo el rubro “Prueba ilícita. El derecho a un debido proceso comprende el derecho a no ser juzgado a partir de pruebas obtenidas al margen de las exigencias constitucionales y legales”,³⁰ así como la tesis aislada denominada “Prueba ilícita. Límites de su exclusión”.³¹

Sin duda alguna, las obras mencionadas permiten al juzgador o al tribunal de enjuiciamiento analizar, bajo el rubro de la valoración de las pruebas, si estas fueron admitidas o desahogadas a la luz de la prueba ilícita. Y con relación a las teorías de exclusión, permite analizar si guardan alguna independencia con la

²⁹ *Ibidem*, p. 103.

³⁰ Tesis 1a./J. 139/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2057.

prueba ilícita, y de tener una fuente independiente a lo ilícito, o bien, que se haya realizado en descubrimiento inevitable, o si el vínculo con lo ilícito se atenúa de tal manera que ya no subsista lo ilícito, que se pueda otorgar valor probatorio y así desechar la ilicitud.

CONCLUSIÓN

De lo anterior se colige que no basta reconocer el debido proceso como base del sistema de justicia penal ni hacer juicios de ponderación sobre la protección de derechos fundamentales de la víctima sobre el imputado. No es admitiendo, desahogando u otorgándole valor probatorio a pruebas ilícitas como, considero, podemos ayudar a resolver ciertos casos en los que la prueba descansa en la ilicitud; o como se hace en algunos otros países, legislando sobre la inclusión a la excepción. Tiene que ver más con la falta de una buena profesionalización de los operadores del sistema y terminar con esas viejas prácticas que más que ayudar laceran y colapsan nuestro sistema de justicia, pues, como se refirió al inicio del presente trabajo, muchos de los operadores de nuestro Sistema de Justicia Penal son los mismos del antiguo modelo mixto.

En este contexto me atrevo a señalar que cada uno, desde nuestras trincheras, debemos hacer lo correcto y volvernos *de facto*, garantes de la aplicación de derechos fundamentales, del debido proceso como tal y, sobre todo, de la normatividad vigente.

Como sociedad nos duele la vulnerabilidad a que se exponen los protagonistas del Sistema Penal ante la ausencia de un resarcimiento integral a su bien jurídico tutelado, derivado muchas veces de la impunidad, la corrupción, la falta de buenas políticas públicas y de un cambio, por lo menos hacia un alto grado de profesionalización de los operadores del sistema y de una infraestructura mínima en los laboratorios de criminalística, que sin duda ayudarían en el tema de los indicios, datos y medios de prueba.

No es con la inclusión en nuestra normatividad de la regla de exclusión primaria como se puede abatir dicha impunidad, sino respetando *de facto* los derechos

fundamentales, el debido proceso y la normatividad aplicable en nuestro país, en aras de un reconocimiento del Estado de derecho democrático.

No solo es contradictorio en el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de la justicia, pues no basta con que la Constitución o los tratados internacionales reconozcan los derechos fundamentales y el debido proceso penal, sino que es deber de los propios tribunales hacerlos valer. A ello me he referido al señalar que somos todos garantes de nuestra normatividad, que subyace en la inviolabilidad de los derechos fundamentales y el debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel, *La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España, perfiles jurisprudenciales comparativos*, España, Universidad Autónoma de Barcelona, 2012.
- ANAYA RÍOS, Miguel Ángel, DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola Iliana, *La prueba ilícita, sus premisas ilícita, sus premisas, regulación y excepciones en el Sistema Penal Acusatorio*, 1.^a reimpresión, México, Flores Editor, 2018.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>, 4 de noviembre de 2018.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, 4 de noviembre de 2018.
- DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 2012.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal*, 3.^a ed., España, Aranzadi, 2003.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. I y II, Bogotá, Temis, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Miguel Alfonso Ruiz, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillo Basoco y Rocío Cantero Bandrés, 2.^a ed., Madrid, Trotta, 1997.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012.
- MIRANDA ESTRAMPLES, Manuel, *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, especial referencia a la exclusionary rule estadounidense*, México, Ubijus Editorial, 2013.
- PELÁEZ BARDALES, José Antonio, *La prueba penal*, Perú, Grijley, 2014.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (comentario a las sentencias que marcan el camino)*, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

HILDA ARACELI SOTENO MENA

ROSAS YATACO, Jorge, *La prueba en el nuevo proceso penal*, t. II, Lima, Legales Ediciones, 2016.

SILVA MELERO, Valentín, “La prueba procesal”, en *Revista de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1963.

Tesis 1a./J. 139/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro III, t. 3, diciembre de 2011, p. 2057.

Tesis 1a. CCCXXVI/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 993.

Breve análisis de la política anticorrupción y la responsabilidad administrativa de los servidores públicos para el estado de Guanajuato

Ma. Isabel Tinoco Torres

INTRODUCCIÓN

La palabra *corrupción* proviene de la familia de términos del latín *corruptio, infectio, contaminatio, depravatio*, así que es toda acción o conducta que desvía o torna irregular el orden de cosas instaurado como aceptado y asumido.¹

El politólogo Carl Friedrich ha señalado que la corrupción no es solo un tipo de comportamiento que se desvía de la norma que realmente prevalece o se cree que prevalece en un contexto dado, sino que es la conducta desviada, asociada con una motivación particular: la de la ganancia privada con fondos públicos.

Perspectivas más contemporáneas han hecho énfasis en que las concepciones sobre la corrupción han cambiado, sobre todo a partir de la Convención de las Naciones Unidas de Mérida, en 2003, donde se tipificó como una actividad ilegal que también se presenta en el sector privado, refiriendo en particular a los empresarios.

¹ Instituto Nacional de Administración Pública *Revista de Administración Pública*, 137, vol. L, núm. 2, mayo-agosto, 2015, Fiscalización, control y auditoría gubernamental, p. 16.

En esa ocasión se volvieron a poner de manifiesto las dificultades para definir el término, debido a que puede tener diferentes significados de acuerdo con el lugar o a las personas. Del mismo modo, se hizo notar que sus características están asociadas a valores y que tiene un referente histórico y cultural, por lo que las nociones sobre la corrupción pueden cambiar de acuerdo con el tiempo y la sociedad de que se trate.

Aquello que una sociedad llama “corrupto” depende de su legislación, sus códigos morales y éticos, su sistema político y las ideas que se han formado históricamente en torno a “lo público”.

De este modo, la corrupción se ha identificado como un fenómeno social, político y económico que incluso cuando ha estado más asociado a las conductas gubernamentales está presente en mayor o menor medida en todos los grupos sociales, pues incluso, como lo ha señalado Amparo Casar, “el ciudadano de a pie participa de ella y su proceder cotidiano reporta niveles de corrupción extendidos”. Más aún, el fenómeno también se ha ubicado en organizaciones no gubernamentales que, respondiendo a sí mismas, se han convertido en fachadas de actos ilícitos.

LA CORRUPCIÓN Y SUS INDICADORES

Las prácticas de corrupción más comunes son el tráfico de influencias, el soborno, la extorsión y el fraude. De acuerdo con estimaciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cada año se pagan mil millones de dólares en sobornos y el costo de los actos de corrupción equivale al 5% del Producto Interno Bruto a nivel mundial (2.6 mil millones de dólares en total).² Como consecuencia de este fenómeno, según cálculos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en los países en desarrollo se pierde una cantidad de dinero diez veces mayor que la dedicada a la asistencia oficial para el desarrollo.³

² ONU, *Día Internacional contra la Corrupción*, s/d, consultado el 5 de mayo de 2018, <https://www.un.org/es/events/anticorruptionday>

³ *Idem.*

La organización Transparencia Internacional define la corrupción a grandes rasgos como “el abuso del poder encomendado en beneficio propio”.⁴ Dependiendo de los montos manejados en las transacciones y el sector en el que esta se desarrolla, el fenómeno puede clasificarse en: corrupción a gran escala (*grand corruption*), actos de corrupción menores (*petty corruption*) y corrupción política (*political corruption*).⁵

De esta manera, el término *gran corrupción* se refiere a los actos cometidos en los niveles más altos de gobierno que distorsionan las políticas públicas o el funcionamiento central del Estado, permitiendo a líderes beneficiarse a expensas del bien público. Por su parte, la *corrupción política* es aquella que consiste en la “manipulación de políticas, instituciones y reglas de procedimiento en la asignación de recursos y el financiamiento por parte de los tomadores de decisiones políticas, quienes abusan de su posición para mantener su poder, estatus y patrimonio”.⁶

Hasta principios de la década de los años noventa, “el tema del comportamiento de un Estado ante la corrupción practicada en su interior era considerado un asunto de jurisdicción doméstica y, por ende, que estaba regido por el correspondiente ordenamiento jurídico nacional”.⁷ No obstante, afirman especialistas en la materia, factores como la fuga de corruptos y las dificultades que surgieron para su extradición o la recuperación de bienes o dinero que no les pertenecía, la falta de tipificación del soborno transnacional en legislaciones nacionales y los efectos de la corrupción en la credibilidad de los regímenes democráticos, entre otros elementos, generaron interés entre los miembros de la comunidad internacional para atender el fenómeno por medio de normas o mecanismos internacionales.⁸

⁴ *How do you define corruption?*, s.f. 2018.

⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Ibidem*.

⁶ “Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción”, en Boletín 2009, consultado el 30 de abril de 2018, <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>

⁷ Vargas, Edmundo, “La lucha contra la corrupción en la agenda nacional e internacional; las convenciones de la OEA y de la ONU”, Fundación Foro Nueva Sociedad, núm. 194, noviembre-diciembre, 2004, p. 133.

⁸ *Ibidem*, pp. 133-135.

En este contexto, organizaciones regionales e internacionales decidieron incorporar el tema en sus agendas y se aprobaron instrumentos como la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, negociada al interior de la Organización de los Estados Americanos (OEA); el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) de 1997; y el Convenio de Lucha contra el Soborno de Funcionarios Públicos en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de 1997. A principios del siglo XXI destaca la aprobación de la Convención de la Unión Africana (UA) para prevenir y combatir la corrupción de 2003 y, sobre todo, la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en octubre de ese mismo año, siendo este último el único tratado universal jurídicamente vinculante que existe en la materia.

Los esfuerzos de la comunidad internacional para acordar un instrumento jurídico de carácter universal en materia de prevención y combate a la corrupción tomaron fuerza a finales del siglo XX y en octubre de 2003, mediante la aprobación de la resolución 58/4, la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Abierto a la firma en la conferencia celebrada en Mérida en diciembre de ese mismo año, el tratado entró en vigor el 14 de diciembre de 2005; a la fecha cuenta con 184 ratificaciones.⁹ La Convención de la ONU consta de 71 artículos divididos en ocho capítulos y cubre cinco ámbitos principales, a saber: 1) medidas preventivas, 2) penalización y aplicación de la ley, 3) cooperación internacional, 4) recuperación de activos y 5) asistencia técnica e intercambio de información.¹⁰ Adicionalmente, la Convención incluye

⁹ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), United Nations Convention Against Corruption, s.f. 2018, consultado el 4 de mayo de 2018, <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>

¹⁰ UNODC, “Convention Highlights”, United Nations Convention Against Corruption, s.f., 2018. Consultado el 4 de mayo de 2018, <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/convention-highlights.html>

disposiciones relativas a las medidas para la recuperación directa de bienes que cada Estado parte deberá adoptar de conformidad con su derecho interno, los mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso y la restitución y disposición de activos, entre otras.

EL NUEVO PAPEL DEL SECTOR PRIVADO EN LA CORRUPCIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS

A partir de la “reducción del papel del Estado” que contrasta con la creciente participación del sector privado en la prestación de servicios, encabezado por los empresarios, es necesario poner en perspectiva las nuevas connotaciones (de dimensión y efecto) que adquiere la corrupción en este sector, que ahora está más estrechamente vinculado con el sector público por su creciente participación en el desempeño de labores que estaban solo a cargo de los gobiernos.¹¹

Esta situación plantea un desafío mayor, pues pronostica escenarios más difusos para determinar la responsabilidad sobre la corrupción y, por consiguiente, para aplicar sanciones.¹²

Esta corrupción ha sido identificada como “moderna”, producto de la globalización, una corrupción estructural y sistemática que surge donde el sector público y privado confluyen.¹³

Y más aún, la corrupción también se ha visualizado creciente entre los individuos particulares, cuando generan entre ellos acuerdos ilícitos para violar la norma o desviar las formas institucionales establecidas. Por ejemplo, cuando entre ellos se hacen contratos que omiten información o que dan información errónea a fin de pagar menos impuestos o evadir la ley, cuando se compra o se vende material producto de la piratería, o bien, se pueden cometer actos fraudulentos que pueden ir en detrimento de una empresa o del gobierno. La American Chamber Commerce ha señalado que la piratería, sobre todo de software falso, ocasiona

¹¹ Instituto Nacional de Administración Pública, *op. cit.*, nota 1, p. 18.

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

pérdidas de 43 mil millones de pesos al año.¹⁴ En agosto de 2015, la titular de la Procuraduría General de la República (PGR), Arely Gómez González, aseguró que el “cáncer de la piratería” este año causaría pérdidas por 13 mil 144 millones de pesos.

Acciones de este tipo involucran consultas en las que se violenta la propiedad intelectual, como cuando se incurre en plagio, cuando se venden productos por encima de los precios establecidos, cuando dentro de las empresas se estipula que hay seguridad social para los empleados y en realidad no se les proporciona; en fin, cuando se hacen o dicen cosas que permiten obtener beneficios o ganancias privadas en detrimento del trabajo o actividades de otros. Como se ha señalado, la corrupción está por todas partes, incluso en los ciudadanos que la condenan pero la practican pues, como lo señala Amparo Casar, “nos indigna, pero la toleramos” (2015).

La concepción sobre la corrupción tiene un referente histórico y cultural. Esto nos lleva a reflexionar que, aunque son múltiples las razones que hoy nos llevan a centrar el interés en la corrupción, uno de los principales motores que impulsa las medidas anticorrupción a nivel internacional es el económico. Organismos como Transparencia Internacional (TI), el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o la OCDE establecen en sus documentos una relación directa entre corrupción y algunos aspectos relativos al crecimiento económico.

La preocupación en torno a que disminuya la corrupción en los políticos y los servidores públicos se plantea como condición para que los empresarios decidan invertir, pues se ha considerado que un país competitivo es uno que resulta atractivo a los inversionistas. Sin embargo, esto es un tanto cuanto absoluto, pues lleva implícito considerar que el empresario siempre es honesto y que tomará su decisión solo en términos de la corrupción que existe en un país, cuando en realidad muchos empresarios actúan ponderando cualquier situación que les represente ventajas para obtener ganancias, sean legales o no.

¹⁴ “Corrupción cuesta 165 pesos al día a cada mexicano, IMCO”, nota en *Milenio*, 13 de octubre, 2015, http://www.milenio.com/negocios/Cuesta-día-corrupción-mexicano_0_608939112.html

De esto da cuenta el informe de Transparencia Internacional de 1997, donde se evidenció que “las empresas belgas, francesas, italianas, holandesas y coreanas son las más susceptibles de ganar contratos sobornando a funcionarios de otros países, y que, al mismo tiempo, los funcionarios públicos de países como Nigeria, Bolivia, Colombia, Rusia, Pakistán, México, Indonesia, India, Venezuela y Vietnam, se ubicaron entre los más dispuestos a aceptar los sobornos de las empresas privadas” (Transparency International, 1997) (Bautista, 2005).

Precisamente Jaime Rodríguez-Arana, quien coincide con Bernardo Kliksberg, considera que las crisis financieras también obedecieron a que en las escuelas de dirigentes económicos y empresariales la enseñanza de la ética no ha sido eficaz, y lo que se ha transmitido, como el objetivo clave de la empresa o de la sociedad financiera, es únicamente conseguir el beneficio.

De aquí que tanto a Kliksberg como a Rodríguez-Arana, entre otros estudiosos del fenómeno, también les resulte preocupante la especulación en el ámbito financiero, pues constituye una manifestación de la corrupción, en tanto que se basa en el deseo de enriquecimiento a toda costa. Este punto ha trascendido tanto, que la manipulación ilegal de los mercados financieros internacionales se ha ubicado como uno de los aspectos más preocupantes de la corrupción, pues vulnera las economías nacionales.

Así, si la corrupción ha alcanzado niveles tan altos y sus protagonistas del sector público y privado tienen culpas similares, aunque responsabilidades diferentes, la actuación de las empresas privadas que realizan contratos con los gobiernos debe analizarse, sobre todo a la luz de las evidencias de comportamientos deshonestos e ilícitos, como los que se han evidenciado, desde Enron, British Petroleum, la crisis financiera de 2008 o el caso de OHL.

LOS NUEVOS SISTEMAS NACIONALES

La rendición de cuentas es una obligación gubernamental esencial en beneficio del pueblo. A fin de que sea real y efectiva, requiere cumplir con tres dimensiones: información, justificación y sanción. Las dos primeras forman parte del derecho de acceso a la información. La última corresponde al ámbito disciplinario, *lato sensu*.

En México, a través de los Sistemas Nacionales de Transparencia y Anticorrupción se pretende perfeccionar los objetivos específicos antes citados y se establecen las condiciones necesarias para el nacimiento de un Sistema Nacional de Rendición de Cuentas.

Sin embargo, existe un alto riesgo de que la creación del tercer sistema mencionado no se logre de manera atingente. La principal amenaza radica en considerar a estos sistemas como entrópicos, independientes, con finalidades específicas y no vinculantes.

A fin de evitar lo anterior, se estima que para la construcción de un eficiente y eficaz Sistema Nacional Anticorrupción debe considerarse un enfoque integrador, con visión de derechos humanos, sistémico, homeostático, a fin de que logre dar una adecuada respuesta a las necesidades nacionales e individuales. Solamente de esta forma se podrá dar la respuesta debida mediante el servicio público en beneficio de la población en su conjunto y de la persona en lo individual.

EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

En la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación* del 27 de mayo del 2015 se publicó el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de combate a la corrupción.¹⁵

En el dictamen correspondiente,¹⁶ la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la LXII Legislatura precisó que el Sistema Nacional Anticorrupción es:

[...] una instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

¹⁵ http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015

¹⁶ *Gaceta Parlamentaria Cámara de Diputados*; LXII Legislatura, México, Palacio Legislativo de San Lázaro, año XVIII, núm. 4223-III, anexo III, jueves 26 de febrero de 2015, <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2015/feb/20150226-III.pdf>

En este sentido, el sistema pretende la mejora continua del desempeño de la administración gubernamental, así como medir y evaluar el desempeño de los servidores públicos con base en los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, mismos que son aplicables a los particulares, especialmente cuando se afecte la Hacienda Pública o el patrimonio de los entes públicos federales, estatales y municipales.

Sus puntos clave son:

1. Fortalece y amplía las facultades de fiscalización de la ASF a los recursos federales que administren o ejerzan los estados, municipios, la Ciudad de México y sus municipios.
2. Establece una visión transexenal de la rendición de cuentas; se amplían de 3 a 7 años la prescripción de faltas administrativas graves.
3. Institucionaliza el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Considera a la corrupción como un fenómeno bidireccional, por lo cual puede sancionar a servidores públicos y particulares.
4. Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas sancionadas.
5. Crea el Sistema Nacional Anticorrupción.

La construcción de un Sistema Nacional de Rendición de Cuentas necesariamente tiene que atender un enfoque sistémico. La Teoría General de Sistemas¹⁷ refiere a una perspectiva holística e integradora, en la cual resultan de gran relevancia las relaciones y sus conjuntos.

Maritza Vieytes señala que un *sistema* es una entidad cuya existencia y funciones se mantiene como un todo por la interacción de sus partes.¹⁸ En consecuencia, cuando nos referimos a pensamiento sistémico para explicarnos el

¹⁷ Vieytes Suquilvide, Maritza, *El pensamiento sistémico*, Universidad Nacional de Colombia, <http://disi.unal.edu.co/-lctorress/PSist/PenSis14.pdf>

¹⁸ *Ibidem*.

fenómeno de la rendición de cuentas en nuestro país, necesariamente tenemos que referirnos a los dos sistemas nacionales que analizamos, con una visión integradora y de conjunto.

Un enfoque sistémico permite valorar el papel de las instituciones encargadas de las funciones sustantivas en ambos sistemas nacionales, dimensionar y aquilatar las relaciones que se establecen y, sobre todo, encaminar los esfuerzos afines y vinculantes, en la consecución de los objetivos propios y comunes. En ese sentido, no es viable pensar que los dos sistemas, transparencia y anticorrupción, transiten por vías paralelas. Más allá del eventual cruce de rutas, es indispensable su necesaria imbricación, que se reconozcan en lo individual y en conjunto, como sistemas complementarios.

La coexistencia de los Sistemas Nacionales de Transparencia y Anticorrupción permite vislumbrar un Sistema Nacional de Rendición de Cuentas. Para su debida construcción e instrumentación —informar, justificar y sancionar— deberá atenderse, mediante un enfoque integral, sistémico, ir más allá de la mera adición de factores para contemplar una real integración, tanto en sus instituciones como en sus interrelaciones.

En este sentido, la creación de un efectivo sistema de rendición de cuentas en nuestro país, a través de este enfoque, tiene como fundamento considerar que, en tanto sistemas autónomos y no relacionados, su coexistencia no es suficiente, su concepción debe considerarse de manera integral, completa, homeostática, adecuada a la naturaleza y funciones de las instituciones participantes. Por otra parte, de manera esencial debe atender al carácter progresivo del reconocimiento y protección de los derechos humanos en nuestro país, sin dar un paso atrás.

De esta manera, la suma de ambos sistemas puede dar como resultado uno — el de Rendición de Cuentas— que supere a los primeros en lo individual, dado su carácter relacional y en conjunto. Por lo tanto, es posible llegar a la conclusión que, en tanto se encuentren imbricados, permitirán referirnos a la responsabilidad efectiva en el servicio público, el bien responder, en beneficio de la población, que es objeto y finalidad de todo gobierno.

Algunas de las principales consecuencias de la reforma en materia de combate a la corrupción son las siguientes:

- a) Se crea el Sistema Nacional Anticorrupción.
- b) Se crea y conforma el Sistema Nacional de Fiscalización.
- c) Se fortalece la Auditoría Superior de la Federación.
- d) Se instituye el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.
- e) Se crea la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción.
- f) Se incluye como obligación de los servidores públicos la presentación de la declaración de intereses.
- g) Se amplían los supuestos de procedencia para la extinción de dominio, incluyendo ahora el enriquecimiento ilícito.

DEL SISTEMA ESTATAL ANTICORRUPCIÓN EN GUANAJUATO

El 25 de agosto de 2016, el Congreso del Estado de Guanajuato aprobó la minuta proyecto de decreto para reformar la Constitución Política Local, estableciendo el Sistema Estatal Anticorrupción, en donde se señaló como plazo el 17 de julio de 2017 para expedir las leyes secundarias objeto del referido sistema.

El 27 de diciembre de 2016 se aprobó el primer paquete de leyes que se armonizan al Sistema Estatal Anticorrupción de Guanajuato:

1. Ley para la protección de los Derechos Humanos en el Estado de Guanajuato.
2. Ley Orgánica de la Universidad de Guanajuato.
3. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Guanajuato.
4. Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato.
5. Ley de Extinción de dominio del Estado de Guanajuato.
6. Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Guanajuato.

El Sistema Estatal Anticorrupción de Guanajuato se integra por la Auditoría Superior del Estado de Guanajuato (ASEG), la Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas (STRC), la Fiscalía Especializada Anticorrupción (FEA), el Instituto de Acceso a la Información Pública del Estado de Guanajuato (IACIP), el Tribunal de Justicia Administrativa (antes Tribunal de lo Contencioso Administrativo), el Consejo del Poder Judicial del Estado (CPJE), un representante de cada región en el Estado de acuerdo con la modificación del día 6 de septiembre de 2016, fecha cuando se prevé en la Constitución local la coordinación entre la instancia estatal y los municipios de la entidad, específicamente al artículo 132, fracción I, por lo que las personas al frente de las Contralorías Municipales de León, Irapuato, Dolores Hidalgo y Juventino Rosas, tienen representación al momento de la elaboración del presente trabajo en el Sistema Estatal Anticorrupción de Guanajuato, así como también lo integra el Comité de Participación Ciudadana.

La LXIII Legislatura del H. Congreso del Estado de Guanajuato publicó en el periódico oficial número 78, segunda parte, con fecha del 16 de mayo de 2017, la Ley del Sistema Estatal Anticorrupción.¹⁹ Derivado del decreto número 187 aprobado por la sexagésima tercera Legislatura Constitucional del Congreso Libre y Soberano de Guanajuato, se reformaron diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para el Estado de Guanajuato y se expidió la Ley del Sistema Estatal Anticorrupción de Guanajuato.

El artículo primero del Decreto en mención, hace referencia a la reforma de los artículos 10, 22 fracción III, 32 y 91 y se adiciona el artículo 17 con los párrafos tercero y cuarto de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para el Estado de Guanajuato.

En el artículo 17 al que se refiere en el párrafo anterior se menciona que quien ostenta la titularidad de la Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas será nombrado por el gobernador del estado con la ratificación de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso del Estado, además de que la persona nombrada no podrá ser o haber sido dirigente de partido o asociación política ni en el

¹⁹ *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato*, decreto número 187, 16 de mayo de 2017, http://periódico.guanajuato.gob.mx/downloadfile?dir=anio_2017Efile=PO%2078%202da_20170516_1213_1.pdf

ámbito nacional, estatal o local, o candidato a puesto de elección popular, ni ministro de ningún culto religioso en los cinco años anteriores a su nombramiento, además de que deberá acompañar su declaración de conflicto de intereses.

En lo que se refiere al artículo 32 de la misma ley, se menciona que la Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas es la dependencia encargada de llevar a cabo y evaluar el control interno de las dependencias y entidades, promoviendo la participación ciudadana en dichas funciones, así como la prevención de conductas constitutivas de responsabilidad administrativa, y en su caso la aplicación del derecho disciplinario.

De igual manera, se hace referencia a las competencias de la Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas en materia del Sistema Estatal Anticorrupción, entre lo que se destaca:

1. Vigilar el cumplimiento de las normas de control interno y fiscalización, además del apoyo y asesoría de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la administración pública estatal y fungir como apoyo técnico con los municipios.

2. Colaborar en establecimiento de las bases y principios de coordinación necesarios que permitan el mejor cumplimiento de las responsabilidades de sus integrantes.

3. Implementar las acciones que acuerde el Sistema Estatal Anticorrupción.

4. Informar al comité coordinador del Sistema Estatal Anticorrupción y al gobernador del Estado sobre la evaluación de la gestión de las dependencias y entidades de la administración pública estatal, así como del resultado de la revisión del manejo de los recursos, y promover ante las autoridades competentes las acciones que procedan para corregir las irregularidades detectadas.

5. Formular y conducir la política general de la administración pública estatal para establecer acciones que propicien la integridad y la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a la información, así como la generación de lineamientos para la modernización de la gestión y la mejora de trámites y servicios gubernamentales, bajo las bases de coordinación que establezca el comité coordinador del Sistema Estatal Anticorrupción.

6. Implementar las políticas de coordinación que promueva el comité coordinador del Sistema Estatal Anticorrupción en materia de combate a la corrupción.

7. Emitir lineamientos específicos y manuales que integren disposiciones y criterios que impulsen la simplificación administrativa.

El 16 de octubre de 2017 entró en vigor el nuevo Reglamento Interno de la Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas, cuyos aspectos más relevantes tienen que ver con un reajuste a las atribuciones y actividades de ciertas áreas estratégicas y sustantivas de la propia secretaría, sin que esto haya significado un aumento en el número de servidores públicos ni de presupuesto.

Los cambios más relevantes son los siguientes:

- La creación de las direcciones de Investigaciones A y B en la Dirección General de Asuntos Jurídicos, cuya tarea es investigar los actos y omisiones de los servidores públicos o particulares y en su caso, de personas que habiendo fungido como servidores públicos, se ubiquen en los supuestos a que se refiere la Ley, derivados de auditorías, denuncias, quejas y de oficio.
- La creación de la Dirección de seguimiento a órganos internos de control, dado el papel preponderante que estos tendrán en la operatividad de la investigación de faltas administrativas, instauración, sustanciación y resolución de procedimientos de responsabilidad administrativa; además de coadyuvar con los sectores privado, académico y social en la formulación e implementación de políticas y estrategias en materia de acceso a la información, transparencia en la gestión pública, gobierno abierto, datos abiertos, rendición de cuentas y estrategias anticorrupción, de acuerdo con los programas y metas institucionales.
- La creación de la Unidad de Ética, Integridad y Prevención de Conflictos de Intereses, cuya tarea es la de establecer en las dependencias y entidades de la administración pública estatal, medidas preventivas y correctivas, políticas, lineamientos, estrategias y demás instrumentos de carácter general en materia de ética, integridad y posibles conflictos de interés de acuerdo con los

resultados que arrojen el estudio de gestión ética y prevención de conflictos de interés y de clima laboral.

- En la Subsecretaría de Evaluación Gubernamental se crea la Dirección de Investigación de Evaluación y Control a la Administración Pública y la Dirección de Investigación de Evaluación y Control de Programas de Obra Pública, áreas a las que se les otorgan atribuciones para fungir como autoridades investigadoras en términos de lo dispuesto por la Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato.
- La creación del Órgano Interno de Control de la Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas, cuyas atribuciones se detallan en el Título Sexto del Reglamento, enfocándose a la fiscalización y prevención de irregularidades en la citada dependencia.

LEY DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

La Ley de Responsabilidades para el Estado de Guanajuato fue publicada a través del decreto 195 en el *Periódico Oficial del Estado* por la LXIII Legislatura del H. Congreso del Estado de Guanajuato, el día 20 de junio de 2017.

La citada ley cuenta con dos libros: el primero que contiene las disposiciones sustantivas y el segundo que contiene las disposiciones adjetivas.

Para su análisis, la ley se divide de la siguiente manera:

Libro Primero

Disposiciones Sustantivas

Título Primero

Capítulo I

Objeto, ámbito de aplicación y sujetos de la ley

Capítulo II

Principios y directrices que rigen la actuación de los servidores públicos

Capítulo III

Autoridades competentes para aplicar la presente Ley

Título Segundo

Mecanismos de prevención e instrumentos de rendición de cuentas

Capítulo I

Mecanismos generales de prevención

Capítulo II

Integridad de las personas morales

Capítulo III

Instrumentos de rendición de cuentas

Sección Primera

Sistema de evolución patrimonial, de declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal

Sección Segunda

Sujetos obligados a presentar declaración patrimonial y de intereses

Sección Tercera

Plazos y mecanismos de registro al sistema de evolución patrimonial, de declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal

Sección Cuarta

Régimen de los servidores públicos que participan en contrataciones públicas

Sección Quinta

Protocolo de actuación en contrataciones

Sección Sexta

Declaración de intereses

Título Tercero

Faltas administrativas de los servidores públicos y actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves

Capítulo I

Faltas administrativas no graves de los servidores públicos

Capítulo II

Faltas administrativas graves de los servidores públicos

Capítulo III

Actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves

Capítulo IV

Faltas de particulares en situación especial

Título Cuarto

Sanciones

Capítulo I

Sanciones por faltas administrativas no graves

Capítulo II

Sanciones para los servidores públicos por faltas graves

Capítulo III

Sanciones por faltas de particulares

Capítulo IV

Disposiciones comunes para la imposición de sanciones por faltas administrativas graves y faltas de particulares

Libro Segundo

Disposiciones adjetivas

Título Primero

Investigación y calificación de las faltas graves y no graves

Capítulo I

Inicio de la investigación

Capítulo II

Investigación

Capítulo III

Calificación de faltas administrativas

Capítulo IV

Impugnación de la calificación de faltas no graves

Título Segundo

Del procedimiento de responsabilidad administrativa

Capítulo I

Disposiciones comunes al procedimiento de responsabilidad administrativa

- Sección Primera
 - Principios, interrupción de la prescripción, partes y autorizaciones
- Sección Segunda
 - Medios de apremio
- Sección Tercera
 - Medidas cautelares
- Sección Cuarta
 - Pruebas
- Sección Quinta
 - Pruebas en particular
- Sección Sexta
 - Incidentes
- Sección Séptima
 - Acumulación
- Sección Octava
 - Notificaciones
- Sección Novena
 - Informes de presunta responsabilidad administrativa
- Sección Décima
 - Improcedencia y el sobreseimiento
- Sección Décima Primera
 - Audiencias
- Sección Décima Segunda
 - Actuaciones y resoluciones
- Capítulo II
 - Procedimiento de responsabilidad administrativa ante la Secretaría y Órganos Internos de Control
- Capítulo III
 - Procedimiento de responsabilidad administrativa cuya resolución corresponde al Tribunal

- Sección Primera
- Revocación
- Sección Segunda
- Reclamación
- Sección Tercera
- Apelación
- Sección Cuarta
- Revisión
- Capítulo IV
- Ejecución
 - Sección Primera
 - Cumplimiento y ejecución de sanciones por faltas administrativas no graves
 - Sección Segunda
 - Cumplimiento y ejecución de sanciones por faltas administrativas graves y faltas de particulares
 - Transitorios.

Por lo tanto, la Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas y los órganos internos de control se encargarán de investigar y calificar faltas administrativas, iniciar, sustanciar y resolver los asuntos de su competencia.

Todos los entes públicos están obligados a crear y mantener condiciones estructurales y normativas que permitan el adecuado funcionamiento del Estado en su conjunto, y la actuación ética y responsable de cada servidor público.

Los principios y directrices que rigen la actuación de los servidores públicos son lealtad, disciplina, profesionalismo, honradez, eficiencia, rendición de cuentas, imparcialidad, objetividad, eficacia, legalidad e integridad.

Las autoridades competentes para iniciar y dar seguimiento a la probable comisión de alguna irregularidad de los servidores públicos son la Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas, los órganos internos de control de las dependencias y entidades, la Auditoría Superior del Estado de Guanajuato, la

Sala Especializada en materia de responsabilidades administrativas y el Consejo del Poder Judicial.

La Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas y los Órganos Inter-nos de Control tendrán a su cargo las faltas administrativas no graves.

De acuerdo con lo ya señalado anteriormente, derivado del nacimiento del Sistema Estatal Anticorrupción y los cambios a las normativas y estructuras, en los órganos mencionados en el párrafo anterior ahora la autoridad investigadora califica la existencia de faltas administrativas, califica la presunta responsabilidad del infractor, determina si se trata de una conducta grave o no grave, elabora el informe de presunta responsabilidad administrativa y presenta el informe a la autoridad substanciadora.

Es el caso que la Auditoría Superior del Estado de Guanajuato es la competente para iniciar y substanciar el procedimiento por las faltas administrativas graves; cuando la ASEG detecta posibles faltas administrativas no graves da cuenta a efecto de continuar la investigación, y en el caso de detectar posibles faltas administrati-vas graves, substancia hasta llegar a la autoridad investigadora.

Actualmente existen dos modelos dentro del Sistema de Responsabilidades de los servidores públicos: el tradicional representado por la Ley Federal de Respon-sabilidades Administrativas de los servidores públicos y el nuevo modelo garantista representado por la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que com-prende también la responsabilidad de los particulares vinculados a una falta grave.

Las faltas administrativas no graves en que incurre el servidor público cuyos ac-tos u omisiones incumplan o transgredan lo contenido en el artículo 49 de la Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato, se resumen en las siguientes: *a)* cumplir con las funciones encomendadas; *b)* denunciar los actos u omisiones; *c)* que en la celebración de contratos no se actualice un conflic-to de interés; *d)* presentar las declaraciones de situación patrimonial y de intereses en los términos de ley; *e)* registrar, integrar, custodiar y cuidar la documenta-ción e información; *f)* supervisar a los servidores públicos sujetos a su dirección; *g)* colaborar con los procedimientos judiciales y administrativos en los que sea parte; *h)* rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones. Para ello, conjunta-

mente, se ha trabajado de manera muy puntual en la emisión de las normativas que tienen que ver con la aplicación de la ética y la prevención de conflictos de interés.

El capítulo II de la Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato prevé el apartado de las faltas administrativas graves de los servidores públicos, mismas entre las cuales encontramos: *a)* cohecho; *b)* peculado; *c)* desvío de recursos públicos; *d)* utilización indebida de información; *e)* abuso de funciones; *f)* actuación bajo conflicto de interés; *g)* contratación indebida; *h)* enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de interés; *i)* tráfico de influencias; *j)* encubrimiento; *k)* obstrucción de justicia.

En cuanto a las diferencias en la integración de los expedientes administrativos y penales, los actos de corrupción pueden constituir tanto delitos como faltas administrativas, incluso graves, ya que también se encuentran regulados por la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016, vigente a partir del 19 de julio de 2017, así como también en la misma Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato, que en lo referente al tema dispone:

Artículo 51.

Las conductas previstas en el presente capítulo constituyen faltas administrativas graves de los servidores públicos [...] Entre las clases de responsabilidades en las que pueden incurrir los servidores públicos se encuentran:

- 1) Responsabilidad penal, conforme a lo dispuesto en la fracción II del artículo 109 constitucional, es procedente, ante la comisión de delitos por parte de cualquier servidor público o particulares que incurran en hechos de corrupción, en los términos de la legislación penal aplicable.
- 2) Responsabilidad administrativa, acorde a la fracción III del numeral en cita, procede por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Al Tribunal de Justicia Administrativa Local le corresponde:

- a) Dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública local, municipal y los particulares;
- b) Imponer, en los términos que disponga la Ley, las sanciones a los servidores públicos locales y municipales por la responsabilidad administrativa grave, y a los particulares que incurran en los actos vinculados con graves; faltas administrativas;
- c) Fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Estatal o el patrimonio de los entes públicos locales o municipales.

Sus funciones son:

- 1) Crear programas de capacitación y especialización en materia de corrupción y de responsabilidades administrativas;
- 2) Implementar medidas de autonomía, independencia y seguridad, tanto de los magistrados como del personal a su cargo;
- 3) Establecer métodos de control de confianza para todo su personal;
- 4) Crear esquemas de colaboración con los demás órganos del sistema local y
- 5) Diseñar las políticas y las medidas para la debida ejecución de las resoluciones que emitan.

Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción

Unidad administrativa que tiene por objeto la investigación y persecución de los delitos relacionados con hechos de corrupción, así como cualquier otro delito cometido por un servidor público en el desempeño de un empleo, cargo o comisión.

Sus funciones son:

- 1) Diseñar los perfiles básicos y después nombrar a los titulares de las Unidades Administrativas de la Fiscalía Especializada que cumplan con los perfiles, tengan la capacidad técnica y cuenten con los niveles de confianza adecuados;
- 2) Diseñar un sistema propio de control de confianza que le permita asegurarse de que cuenta con los agentes del Ministerio Público y policías de investigación de mando directo apropiados para sus funciones;

- 3) Participar en la elaboración de los programas teórico-prácticos para los agentes del Ministerio Público adscritos a la Fiscalía Especializada;
- 4) Diseñar e implementar estrategias, herramientas y líneas de acción para combatir los hechos que la ley considera como delitos en materia de corrupción. Esto incluye la labor de inteligencia y su desarrollo, e
- 5) Implementar planes y programas destinados a detectar la comisión de delitos en materia de corrupción.

Entidad Estatal de Fiscalización

Serán órganos con autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, en los términos que dispongan sus leyes.

La función de fiscalización se desarrollará conforme a los principios de legalidad. Imparcialidad y confiabilidad. Sus funciones son:

- 1) Rediseñar el concepto de auditoría pública para convertirla en una verdadera herramienta de vigilancia y control;
- 2) Entablar convenios de colaboración con los entes públicos a fin de que estos y sus servidores públicos faciliten los auxilios que requieran las Entidades Estatales de Fiscalización para el ejercicio de sus funciones;
- 3) Establecer nuevos criterios para que sus recomendaciones, solicitudes de aclaración, pliegos de observaciones, promociones de responsabilidad administrativa sancionadora, informes de presunta responsabilidad administrativa, denuncias de hechos y denuncias de juicio político o equivalentes generen valor agregado, sean eficaces y por lo tanto, modifiquen comportamientos en el servicio público;
- 4) Priorizar la verificación de obras, bienes adquiridos y servicios contratados por las entidades fiscalizadas para comprobar si los recursos de las inversiones y los gastos autorizados a las entidades fiscalizadas se ejercieron en los términos de las disposiciones aplicables y
- 5) Diseñar y habilitar canales permanentes de acceso a toda la información y documentación necesaria para llevar a cabo la auditoría correspondiente.

Secretaría de la Transparencia y Rendición de Cuentas

Órganos Internos de Control

Los entes públicos tendrán órganos internos de control con las facultades que determine la ley para prevenir, corregir e investigar actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas; para sancionar aquellas distintas a las que son competencia de los Tribunales de Justicia Administrativa Local, revisar el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de recursos locales; así como presentar las denuncias por hechos u omisiones que pudieran ser constitutivos de delito ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción. Sus funciones son:

- 1) Crear las unidades especializadas en investigación de corrupción en áreas estratégicas como obra pública y compras gubernamentales;
- 2) Crear un nuevo modelo de desarrollo de capacidades personales e interinstitucionales que atienda a las nuevas exigencias de investigación en casos de corrupción;
- 3) Crear un nuevo modelo de auditoría pública en el que se potencie este instrumento y
- 4) Crear convenios profundos y estrictos con dependencias y entidades que cuentan con presupuesto importante en compras gubernamentales y obra pública para establecer mecanismos especiales de control y seguimiento.

La aplicación irrestricta de la normativa correspondiente, tratándose de fincamiento de responsabilidades a los servidores públicos cuya comisión u omisión de conductas, causen un agravio al erario o en su caso al correcto desempeño de la función pública.

CONCLUSIONES

Con motivo de la publicación de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en 1982, se superó una deficiencia que se había venido mostrando en la legislación mexicana: la falta de un sistema que regulara la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, sin perjuicio de las de naturaleza penal, política, civil y laboral.

Dentro del amplio marco del régimen de responsabilidades de los servidores públicos que se establece en nuestro sistema jurídico, donde se delimitan con precisión los distintos ámbitos de responsabilidad, la responsabilidad administrativa es la relacionada estrictamente con el servicio público, con el cumplimiento de principios, facultades, atribuciones y competencias.

La responsabilidad administrativa se da cuando algún funcionario en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, no se ajusta a las obligaciones previstas en la ley, y por los actos u omisiones que afecten los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que rigen en el servicio público.

La responsabilidad administrativa de los servidores públicos, en general, es un tema que aún le falta estudiarse a profundidad en el país, por ser una institución jurídica relativamente nueva en nuestro sistema de derecho. Se han realizado estudios sobre la responsabilidad administrativa de los servidores públicos en el ámbito de la administración pública federal, pero se ha omitido el análisis de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos en los ámbitos del Poder Judicial y del Poder Legislativo,

Sobre la responsabilidad administrativa de los servidores públicos existen muy pocos estudios en México que hayan analizado algunos aspectos generales, sin llegar a profundizar sobre los aspectos más importantes.

Resulta entonces muy interesante el estudio de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, ya que en la actualidad, y con independencia del nacimiento de los Sistemas Nacional y Estatal Anticorrupción, el marco normativo que rige en esta materia es muy amplio porque abarca la totalidad de los servidores públicos.

Por lo que corresponde a las disposiciones de la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos del Estado de Guanajuato y sus Municipios, ya abrogada, estas preveían un procedimiento lineal, es decir, que desde el inicio hasta su resolución se seguía ante la misma autoridad administrativa, sin la posibilidad de que el procedimiento derivara en otras instancias administrativas. Eventualmente, la resolución sancionatoria podría ser susceptible de ser impugnada ante el entonces denominado Tribunal de lo Contencioso Administrativo,

órgano jurisdiccional que podía decretar la validez o nulidad de lo determinado por la autoridad administrativa.

Hoy, la Ley General y la Ley de Responsabilidades Administrativas regulan un procedimiento de responsabilidad administrativa que implica necesariamente la participación de diversas autoridades, como son la investigadora, la sustanciadora y la resolutora, siendo en el caso de faltas graves un órgano diferente al sustanciador. Aún más, permite que el procedimiento se jurisdiccionalice previo a su resolución a través de la interposición del recurso de reclamación, del que se encuentra facultada para resolver la Sala Especializada del Tribunal de Justicia Administrativa, lo cual produce una pérdida de linealidad en la tramitación del procedimiento administrativo; además, si se considera que al no admitirse recurso alguno en contra de la resolución que se dicte en la reclamación, se abre la posibilidad para el recurrente de promover juicio de amparo indirecto ante los Juzgados de Distrito.

En la práctica, como parte de su estrategia, los abogados defensores de los sujetos a procedimiento utilizan indiscriminadamente el recurso de reclamación, pues lo interponen en contra de los acuerdos de admisión de informes de presunta responsabilidad administrativa, invocando como agravios cuestiones relativas a supuestas violaciones acaecidas durante la precedente etapa de investigación, las cuales resultan notoriamente ajenas a las circunstancias que debe tomar en cuenta la autoridad sustanciadora al emitir el auto admisorio.

La vigente Ley de Responsabilidades Administrativas prevé una serie de faltas graves y faltas imputables a particulares, respecto de las cuales las autoridades administrativas se encuentran facultadas para investigar y sustanciar el procedimiento de responsabilidad. Sin embargo, la autoridad resolutora en estos casos es la Sala Especializada del Tribunal de Justicia Administrativa, en mérito de lo cual, una vez cerrada la audiencia inicial, la autoridad sustanciadora debe remitir los autos al citado órgano jurisdiccional.

La Sala Especializada del Tribunal tiene como premisa fundamental cerciorarse de que la falta administrativa sea de las que tienen competencia para conocer. De considerar que no es así, debe devolver el expediente a la sustanciadora para que esta continúe el procedimiento, para lo cual emitirá un acuerdo de admisión de

las pruebas ofrecidas por las partes, dictará las medidas necesarias para su desahogo y, en su caso, abrirá el periodo de alegatos y dictará resolución.

Analizando lo anterior, se advierte que puede llegar a existir falta de congruencia en la *litis*, en tanto que la investigadora presentó su informe de presunta responsabilidad imputando una determinada falta administrativa grave, por ejemplo, abuso de funciones; en ese tenor, fue admitido el informe por la autoridad sustanciadora, en esos términos el implicado formuló sus manifestaciones de defensa y ofreció las pruebas de descargo que estimó pertinentes. De tal manera, al encontrarse obligada la autoridad sustanciadora, ahora resolutora, a resolver sobre la existencia de responsabilidad administrativa en función de una diversa falta no grave, es claro que ni los argumentos de las partes ni las pruebas ofrecidas guardarán correspondencia con la imputación.

Adicionalmente, en las disposiciones originales de la abrogada Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos del Estado de Guanajuato y sus Municipios se establecía que en caso que el sujeto a procedimiento no asistiera a la audiencia sin causa justificada se le tendría por negando los hechos. La reforma de 2013 estableció que ante la inasistencia injustificada del implicado a la audiencia se tendrían por ciertos los hechos imputados. Adicionalmente, la Ley de Responsabilidades vigente no prevé consecuencia alguna para la inasistencia del sujeto a procedimiento a la audiencia inicial, ni dispone que procede en estos casos, lo cual deja a la sustanciadora en la disyuntiva de cómo actuar, tomando en consideración que de conformidad con el principio de legalidad, la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite.

Es de hacer notar que la nueva Ley de Responsabilidades establece una serie de medios de impugnación, entre los cuales se encuentra el recurso de revisión que puede interponerse por las autoridades en contra de las resoluciones definitivas que emita el tribunal. En principio resulta complejo conceptualizar el término *resoluciones definitivas*, puesto que no hay una concordancia semántica dentro de la misma ley que permita identificarlo plenamente con las sentencias que emiten las Salas del Tribunal en los juicios, o bien, con las resoluciones que emite la Sala Especializada en los procedimientos de responsabilidad administrativa.

Se advierte, además, que el legislador local pretendió dotar de competencia a órganos jurisdiccionales de naturaleza federal al disponer que de dicho recurso conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, y además dispuso que este recurso debe tramitarse conforme a lo dispuesto en la Ley de Amparo para la substanciación del recurso de revisión en amparo indirecto. Lo anterior es cuestionable en tanto que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, no es posible desprender un enlace normativo idóneo que permita efectivamente a los Tribunales Colegiados de Circuito conocer del citado recurso en tratándose de sentencias dictadas por Tribunales de Justicia Administrativa de las entidades federativas, máxime que se trate de asuntos de orden local y no federal, que además no derivan de un juicio de amparo.

Así pues, resulta incierto si en la práctica dichos órganos jurisdiccionales federales asumirán la competencia que les otorga la vigente Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato.

En un artículo de investigación es complejo manifestar en la experiencia las múltiples tareas pendientes por llevar a cabo para efecto de que la aplicación oportuna de las sanciones derivadas de las conductas irregulares de los servidores públicos; sin embargo, enumero a manera de conclusiones, las siguientes:

1. Se habla mucho de voluntad política para la creación de un marco normativo que verdaderamente se enfoque al aspecto correctivo y sancionatorio de forma eficaz para los servidores públicos que cometen faltas, ya sean graves o no graves; más que voluntad política, se requiere del conocimiento necesario en la materia para llevar al consenso por verdaderos actores que con su experiencia han aplicado y conocen de las dificultades del ejercicio del derecho disciplinario.

2. Se están trabajando actualmente las políticas anticorrupción en el marco de los Sistemas Nacional y Estatal Anticorrupción, por lo que considero que es necesario que se tome en consideración la causa raíz de la problemática en materia del mal ejercicio del servicio público, para que en esta misma medida se concientice en la creación de sanciones eficaces; es decir, no debe haber justificación alguna para la comisión de una conducta que violente el ejercicio público tratándose del mal manejo de los recursos públicos. Los responsables deben quedar previamente en el conoci-

miento de que al ingresar a un cargo público se tiene en sí la gran responsabilidad de llevarlo conforme a todos los principios consagrados en las diversas normativas.

3. Las lagunas existentes en estos momentos en la Ley de Responsabilidades deben ser analizadas inmediatamente por el legislador. Ya en este momento se deben estar creando criterios por parte de los tribunales competentes, así como de las fiscalías, a fin de ir cerrando las brechas legales correspondientes y así cada día avanzar en lo que a la norma y su debida aplicación se refiere.

4. Los Comités que se conformaron en oportunidad de los Sistemas Nacional y Estatales Anticorrupción deben estar trabajando en la parte que corresponda al acercamiento con los legisladores y con cada uno de los integrantes de dichos comités, a fin de obtener los comentarios pertinentes, llevarlos a las mesas de trabajo técnicas y llevarlos al plano nacional. Es entendible la complejidad del hecho, pero mientras más eficiente y eficaz se realicen estos trabajos, más pronto se comenzarán a visualizar los resultados.

5. Un punto aparte merece la mención de los servidores públicos del ámbito municipal. Es muy preocupante la situación que actualmente viven en los ayuntamientos al carecer en lo general de las herramientas para la aplicación de los nuevos sistemas. Por lo tanto, considero oportuno el análisis serio y profundo de los presupuestos de ingresos y las partidas que debieran aplicarse a la efectividad y eficacia del trabajo en el servicio público. No debería concebirse aun todavía el reducido número de personal en los órganos internos de control, mientras las administraciones trabajan con miras a ejercer ya no sistemas anticorrupción, sino, sistemas de integridad, donde todos y cada uno de los servidores públicos sean un ejemplo para las generaciones presentes y futuras, para que cuando se tome la decisión de ingresar al servicio público, primeramente se genere un acto de conciencia acerca de las capacidades institucionales que se poseen, continuar en la preparación continua y así ser un honor para el país en el que se labora.

Por último, deseo expresar mi profundo agradecimiento y cariño por su gran apoyo para la elaboración del presente trabajo al C.P. y maestro en Auditoría, Carlos Enrique Mendoza Santibañez, y al Licenciado y especialista en Justicia Administrativa, Luis Miguel Sánchez Hernández.

FUENTES DE CONSULTA

Normatividad

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México. 5 de febrero de 1917, http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/pdf1_100715.pdf
- Decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política del Estado de Guanajuato, 25 de agosto de 2016, 27 de diciembre de 2016 y 16 de mayo de 2017.
- Ley General de Responsabilidades para los Servidores Públicos, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de mayo de 2016.
- Ley de Responsabilidades Administrativas para el Estado de Guanajuato, *Periódico Oficial del Estado de Guanajuato*, 20 de junio de 2017, http://strc.guanajuato.gob.mx/wp-content/uploads/2018/09/1_LIBRO-BLANCO-SEA_STRC.pdf

BIBLIOGRAFÍA

- DRESSER, Denise, *Manifiesto Mexicano. Cómo perdimos el rumbo y como recuperarlo*. México. Penguin Random House, 2018.
- GUERRA FRÍAS, Miroslava, *Manual de publicaciones de la American Psychological Association*, 3.^a ed., México, Editorial El Manual Moderno, 2013.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, (2013), *La Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos en México*, México, UNAM 2013.
- MÁRQUEZ GÓMEZ D., Flores Navarro S., López Olvera M., Lara Martínez A., *Corrupción y Sistema Nacional Anticorrupción: temas y problemas*, México, Editorial Liber Iuris Novum, 2016.
- Revista de Administración Pública*, núm. 137, vol. L, núm. 2, mayo-agosto, 2015, Fiscalización, control y Auditoría Gubernamental Instituto Nacional de Administración Pública.

Panorama sobre la delincuencia económica

Irma Katia Zamora González

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años se han producido múltiples reformas constitucionales y legales en nuestro país, con la finalidad de adecuar el orden jurídico nacional a la realidad social.

Dentro de esas transformaciones, destacan aquellas destinadas a contener las diversas manifestaciones de la criminalidad, particularmente de aquella que se evidencia mediante la generación de violencia, pero también la que no se expresa de tal forma, sino que afecta, en primera instancia y entre otros aspectos, a individuos en particular, pero que, frecuentemente, derivan en perjuicios para el sistema económico en su conjunto. En este sentido, en 2012 se expidió la *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita*, la cual no ha estado exenta de controversias.

En esta contribución se ofrece un panorama de la delincuencia económica y del fenómeno de lavado de dinero (blanqueo de capitales) y, posteriormente, se exponen algunos comentarios se diversos aspectos de la ley referida.

Cabe aclarar que, por razón de espacio, sólo se abordan los aspectos más sobresalientes y, en ocasiones, sólo se transcriben las líneas más significativas del texto legal.

ALGUNOS REFERENTES CRIMINOLÓGICOS

Al revisar la literatura jurídico penal, particularmente sobre las manifestaciones de la criminalidad, la gran mayoría se enfocan a la delincuencia común: robo, lesiones, secuestro, etcétera. No obstante, hay excepciones más complejas. En la literatura mexicana, es de destacar las aportaciones de Luis Felipe Guerrero Agripino, desde principios de este milenio, en el ámbito de la delincuencia organizada y otras expresiones de esta que van más allá de los referentes convencionales.

Por ello, en las siguientes líneas destacamos su análisis en el tema que nos ocupa, lo cual se asume como referente teórico para los comentarios sobre la legislación de la materia que se desarrolla más adelante.

En términos generales, la comisión de un delito se relaciona con la creencia que mantiene el delincuente respecto de que obtendrá alguna ventaja al cometerlo. Entre las ventajas principales que se esperan está la acumulación de riqueza económica, obtenida por medios ilícitos. Si bien dicha acumulación es el objetivo central del sistema capitalista, se cuenta con regulaciones que estipulan las formas como se permite perseguir esa meta, de modo que los actores económicos compitan bajo las mismas condiciones. Los delitos de índole económica exceden las fronteras de tales regulaciones, alterando los equilibrios del sistema. Como se comprenderá, no es igual el impacto que tiene en la vida social el robo de una pequeña cantidad de dinero que el desfalco de millones o el acopio de grandes fortunas mediante actividades prohibidas. De allí que se distinga jurídicamente el ilícito de mayor impacto, pues requiere el uso de finanzas e infraestructura que implican acciones concertadas opuestas a las que se consideran legales para la sociedad en un momento dado. Por ese alto manejo de la capacidad financiera, se ha llegado a delimitar esta actividad criminal como “delitos de cuello blanco”.

En las actividades comerciales permitidas, el capital se incrementa mediante una plusvalía determinada por las transacciones de los mercados. Como es lógico, los

participantes en el comercio de monedas, bienes o servicios intervienen con un capital inicial obtenido por algún medio como la inversión, el crédito, la venta legal, etc. Sin embargo, la actividad delincriminal interfiere la normalidad del sistema al insertarle inversiones, créditos y actividades mercantiles basadas en la ilegalidad, principalmente en el manejo financiero de montos y utilidades mal habidas.

En términos generales, estos delitos lo son a causa del daño que producen en el orden económico de la sociedad. Así lo señalan diversos expertos, como Tiedemann, que los refiere como aquellos “que por la ejecución y efectos del hecho pueden poner en peligro, además de lesionar, intereses individuales, la vida económica o el orden correspondiente a ésta”.¹ Los intereses de las personas pueden resultar afectados, pero es más destacable el peligro en que se pone la vida económica en general, pues de ese modo se lesionan los intereses de toda la sociedad.

Miguel Bajo Fernández considera que este tipo de delito es aquel “que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país”.² En este caso, se da la precisión de lo que habrá de entenderse como orden económico —el cual es el sujeto de ese poner en peligro— y se hace depender de tres elementos: la norma, el estado y el país. La diversa proporcionalidad entre estos tres componentes será lo que distinga el orden económico y, por lo tanto, la clase de daño que se podría llegar a sufrir. Entonces, normas distintas, o diferente intervención del estado, o el sucedido en uno u otro país serían las variables para puntualizar este delito y sus alcances.

En un enfoque más particular, José Luis Díaz Echegaray apunta hacia los *delitos societarios*, caracterizados por ser “los que se cometen en el seno de la empresa social por aquellos que detentan su control, como administradores o socios de control, atentando gravemente contra el correcto funcionamiento de la sociedad o contra su patrimonio”.³ Aquí son actores quienes, desde la dirigencia de una sociedad, la ponen en peligro. Debe entenderse, en sentido amplio, que la referida

¹ Citado por Luis Felipe Guerrero Agripino, en *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*. 2.ª ed., México, Ubijus, 2012, p. 216.

² Citado por Guerrero Agripino, *Ibidem*.

³ *Idem*, p. 2017.

empresa social bien puede ser el estado mismo, de modo que sus administradores —los políticos— pueden poner en riesgo la viabilidad del estado o el patrimonio social con que este cuenta. Desde ese punto de vista, la corrupción, en la medida en que arriesga la factibilidad y el patrimonio del estado, puede considerarse un delito económico.

Tomando en cuenta lo anterior, se aprecia que el alcance de los delitos económicos linda con aspectos de orden público y de seguridad porque, para suceder, ponen en funcionamiento conocimientos especiales y estructuras que configuran un modo de operación especializado y colectivo:

Por la naturaleza intrínseca de las conductas propias de la delincuencia económica, éstas no pueden ser realizadas por cualquier sujeto, ni con el uso de medios comunes u ordinarios. Se requieren conocimientos, habilidades y destrezas específicas y de métodos *ad hoc*, para lo cual es necesario el empleo de una infraestructura material y humana determinada. Es por ello que los criminales de este tipo de delitos suelen organizarse para, de esa manera, optimizar los recursos y ampliar las redes de sus operaciones.⁴

Si a esa situación genérica del delito económico se añade el avance que ha tenido la tecnología informática, se comprenderá que el peligro sea más inminente; y el daño más amplio, pues se pueden movilizar cantidades mayores gracias a los sistemas digitalizados. Los países han tenido que ajustar las regulaciones para adaptarlas a esta nueva realidad, pero los procesos legislativos suelen ser más lentos que la actividad ilícita, de forma que se presenta la exigencia de reformar lo ya reformado con una premura superior a otros componentes de la normatividad. A la vez, se presenta una asimetría y desfase en el orden internacional, porque en distintos países se da un matiz diverso en la concepción y precisión para atacar este delito. Al no haber un modelo único entre las naciones, los delincuentes, así como las sociedades financieras y mercantiles que los representan, hallan fórmulas para esquivar la acción de la justicia y los efectos de las regulaciones. Luis Felipe

⁴ Guerrero Agripino, *op. cit.*, p. 218.

Guerrero, en una reflexión al respecto, señala que estos delincuentes “han dejado de ser ejecutores y ahora son ejecutivos”.⁵

REFERENTES SOBRE EL LAVADO DE DINERO

El lavado de dinero se ha convertido en una especialización dentro del conjunto de los delitos económicos, pues concentra, para el resto de las actividades ilícitas de este tipo, la salida y el enlace entre la ilegalidad y la legalidad en términos económicos. Las grandes cantidades de dinero provenientes de otras actividades criminales llegan a un límite en el cual requieren ocultar su estatus ilícito y limpiar las huellas de su origen; de allí su denominación de “lavado”. En la operación de limpieza, los diferentes estratos de la criminalidad convergen en el propósito de esconder los capitales que acopiaron, ya sea provenientes de comercio prohibido, manejo delincencial de dinero empresarial, del estado, o de otras vías.

El núcleo del lavado de dinero es su reintroducción al círculo económico legal. Por ende, su éxito como conducta criminal consiste en que la autoridad no pueda demostrar el origen ilegal de los recursos reintroducidos. A su vez, las regulaciones tienen que enfocarse en el control del dinero que ingresa al sistema comercial o bancario y, en general, al circuito de la economía. Sin embargo, dados los volúmenes negociados en las sociedades actuales, hay zonas o detalles que escapan a los buenos oficios de la autoridad.

Para mayor claridad conceptual, convendrá observar dos caracterizaciones al respecto.⁶ Una la propone Eduardo A. Fabián Caparrós, quien señala al lavado de dinero como aquel “proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas”. Y añade que se trata de una “apariencia de legalidad”, puesto que jamás será totalmente conforme a derecho un proceso que tiene como fundamento un origen ilícito. El eje de esta caracterización es la “masa patrimonial”, puesto que

⁵ *Idem*, p. 219.

⁶ Ambas citadas en Guerrero Agripino, *op. cit.*, p. 221.

implica no solo dinero sino diversas fuentes asociadas como pueden ser empresas, entidades financieras, bienes raíces, entre otras, y, desde luego, dinero en efectivo. El conjunto, por su parte, tiene que ser derivado de “conductas ilícitas”, que son la génesis de todo el proceso y las que dan el carácter ilegal. Y, por último, está la “aplicación” en la economía legal del conjunto económico generado por dichas conductas. El cumplimiento de estos factores actualiza el tipo de delito que es el “lavado” o “blanqueado”. Esto con independencia de que las conductas ilícitas, por sí mismas, conlleven un enfoque específico para los delitos que con ellas se cometan. En ese entendido, el lavado de dinero está en un segundo grado como actividad delictiva, pues supone otros ilícitos previos que le dan sustancia y origen.

La segunda de las caracterizaciones que revisaremos aquí la propone Diego José Gómez Iniesta como una operación con “dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financieros legales”. Destaca que el origen sea en conductas ilícitas de “especial gravedad”. Como queda dicho, por sí mismas constituyen delitos, pero se precisa que no son leves. También se ofrece una serie de acciones propias de la operación: invertir, porque obtiene dividendos con fundamentos ilícitos; ocultar, porque busca evadir a la justicia; sustituir o transformar, porque engaña al orden legal; y restituir, porque devuelve al sistema económico los dineros ya manchados por el acto delictivo inicial.

Estas dos formas de concebir conceptualmente el delito de lavado de dinero mantienen su vigencia, puesto que la actividad ilícita continúa.⁷ No obstante, la regulación ha tenido que modificarse para ajustar sus alcances a las nuevas condiciones que la conducta criminal plantea al orden jurídico.⁸ Así, los delincuentes han sacado provecho de la red mundial y de las brechas entre las legislaciones interna-

⁷ Diego José Gómez Iniesta, por ejemplo, presenta la ponencia (18 de noviembre de 2015) “Delito de blanqueo de capitales” en la Facultad de Derecho de Albacete, actualizando detalles en la concepción del delito en comentario, https://www.youtube.com/watch?v=DvIYEBK3n_I

⁸ Véase la conferencia de Eduardo A. Fabián Caparrós en la Universidad de Valencia (25 de febrero de 2011): “La nueva regulación de los delitos de blanqueo de capitales”, impartida dentro de las Jornadas sobre las reformas penales de 2010, <https://www.youtube.com/watch?v=BFJ25xUFweg>

cionales, para continuar con su propósito criminal por medio de las tecnologías.⁹ Conforme se analiza y modifica la regulación por parte del legislador, el matiz que adquiere cada uno de los nuevos casos afecta a la doctrina jurídica y debe establecer los principios generales que serán de utilidad al considerar casos futuros.

Apuntemos dos de los elementos de doctrina y jurisprudencia atendidos por Fabián Caparrós, ya desde 2010, en uno de sus artículos.¹⁰ Por una parte, cuando el mismo individuo que obtiene los recursos ilícitos es quien realiza la acción de dar aparente legalidad a su masa patrimonial mal habida, actualizando así una conducta específica: el autoblanqueo, que se presenta “cuando quien legaliza los bienes es el mismo sujeto que antes los ha obtenido participando en la infracción determinante”. Por otra parte, si participa en la actividad de lavado alguien que alega su desconocimiento del origen ilícito del dinero, como puede ser un funcionario bancario o algo semejante, entraría de igual forma al “delito imprudente de blanqueo de capitales”, que no exime el supuesto de que el imputado debió haber sospechado el origen ilícito por alguna de las circunstancias en las que se vio implicado. Como estos, otros elementos configuran la puntualidad y diferenciación que la creciente complejidad de este delito conlleva.

Quedaría por ver, en otra oportunidad, los derivados del delito de lavado de dinero, tal como pueden serlo la reconversión del patrimonio blanqueado para sustentar nuevamente los ilícitos de origen, o el financiamiento al terrorismo, o su introducción en el circuito de la política, entre otros posibles. Sin duda, la delincuencia organizada sería el sector que más propicia este ilícito, por constituirse mediante redes que aportan volúmenes muy grandes de dinero “sucio”, al cual es necesario para los delincuentes quitar el merecido estigma de su procedencia.

⁹ Gómez Iniesta, Diego José, “Estafa y blanqueo de dinero a través de Internet”, *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 105, 2013, p. 4.

¹⁰ Caparrós, Eduardo A. Fabián, “Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)”, en *Iustitia*, núm. 8, 2010, pp. 59-86.

COMENTARIOS A LOS ASPECTOS MÁS SOBRESALIENTES
DE LA LEY FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN E IDENTIFICACIÓN
DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA

ARTÍCULO	COMENTARIO
<p>Artículo 1. La presente ley es de orden e interés público y de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos.</p>	<p><i>Naturaleza y observancia de la ley</i> Se refiere que la ley es de orden público y de observancia general en todo el país. Es importante aclarar que, aunque de manera expresa el texto señala que es de observancia general, no debe confundirse con una ley general. En primer lugar, porque no existe disposición constitucional que faculte al Congreso de la Unión a aprobar una ley general en esta materia y en segundo lugar, porque la materia es federal.</p>
<p>Artículo 2. El objeto de esta ley es proteger el sistema financiero y la economía nacional, estableciendo medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, a través de una coordinación interinstitucional, que tenga como fines recabar elementos útiles para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relacionados con estos últimos, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento.</p>	<p>El Código Penal Federal en sus artículos 400 bis y 400 bis 1 tipifica el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Por su parte, el artículo 2 fracción I de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en el tipo penal de delincuencia organizada considera el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita como uno de los delitos cuyo fin o resultado pretenda realizar la organización criminal. En ese sentido, esta Ley pretende establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita. La finalidad preventiva que pretende darse a la ley puede considerarse como general negativa, pues pretende inhibir el delito a través de la amenaza del castigo a los sujetos de la misma, que son las entidades financieras que participan en la realización de actividades vulnerables, así como a notarios públicos, corredores públicos, constructores, personas relacionadas con juegos y apuestas, entre otros. También podemos decir que se trata de una prevención situacional, que se enfoca a controlar a través de la obtención de información las actividades vulnerables y que ello pueda inhibir a quienes pretendan realizar dichas actividades en forma ilícita. Además, puede ser considerada una prevención secundaria enfocada a grupos de riesgo victimológico, pues a través de estas actividades vulnerables se puede utilizar a las entidades financieras, notarios públicos, corredores públicos, casas de juegos y apuestas para la realización del llamado lavado de dinero.</p>

Artículo 10. El personal de la Secretaría que tenga acceso a la base de datos que concentre los avisos relacionados con las actividades vulnerables deberá cumplir con los requisitos precisados en las fracciones del artículo anterior.

Acceso a la base de datos

Cabe señalar que los funcionarios adscritos a la unidad deben reunir los requisitos que determine la Ley Orgánica de La Procuraduría General de la República entre los que se encuentra la evaluación de control de confianza.

Si bien los resultados de este tipo de evaluaciones suelen ser bastante cuestionados, llama la atención que el personal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que tenga acceso a la base de datos que concentre los avisos relacionados con actividades vulnerables, solo tengan que cumplir con las tres fracciones del artículo anterior, sin que deben cumplir con los requisitos señalados en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, es decir, que no deban ser sometidos a evaluaciones de control de confianza.

Artículo 11. La Secretaría, la Procuraduría y la Policía Federal deberán establecer programas de capacitación, actualización y especialización dirigidos al personal adscrito a sus respectivas áreas encargadas de la prevención, detección y combate al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y en las materias necesarias para la consecución del objeto de esta ley, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Este tipo de capacitación, actualización y especialización debería incluir a universidades o instituciones de educación superior que cuenten con programas de ciencias de los datos, pues la principal actividad consiste en el análisis de datos a través de modelos matemáticos y financieros.

<p>Artículo 15. Las entidades financieras, respecto de las actividades vulnerables en las que participen, tienen de conformidad con esta ley y con las leyes que especialmente las regulan, las siguientes obligaciones: [...]</p>	<p><i>Obligaciones de las actividades financieras</i></p> <p>Cabe mencionar que las sanciones administrativas derivadas por las violaciones de las entidades financieras a las obligaciones previstas en este artículo serán sancionadas por los respectivos órganos desconcentrados de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público facultados para supervisar su cumplimiento y se aplicarán las leyes especiales que regulan a cada una de las entidades financieras de que se trate.</p> <p>Cabe mencionar que, esta clase de obligaciones se encuentran en las 40 recomendaciones del GAFI, concretamente para el caso de países de mayor riesgo, así la recomendación 19 señala:</p> <p>“Debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen medidas de debida diligencia intensificada a las relaciones comerciales y transacciones con personas naturales y jurídicas, e instituciones financieras, procedentes de países para los cuales el GAFI hace un llamado en este sentido. El tipo de medidas de debida diligencia intensificada que se aplique debe ser eficaz y proporcional a los riesgos”.</p> <p>Así la recomendación 11 establece un periodo de, al menos 5 años, para que las instituciones financieras mantengan todos los registros necesarios sobre las transacciones, tanto locales como internacionales, para que estas puedan cumplir con rapidez con las peticiones de información solicitadas por autoridades competentes. Como puede apreciarse, la fracción III establece esa obligación por al menos 10 años.</p>
<p>Sección segunda</p> <p>De las actividades vulnerables</p> <p>Artículo 17. Para efectos de esta ley se entenderán actividades vulnerables y, por tanto, objeto de identificación en términos del artículo siguiente, las que a continuación se enlistan: [...]</p>	<p>Si bien la información que se proporcione por parte de las entidades financieras, no puede ser considerada como una violación al secreto bancario (artículo 22 de la presente ley), <i>de facto</i> crea un sistema de delación en donde toda la información generada se concentra en un banco de datos.</p> <p>Es decir, para ser considerada una actividad que deba ser reportada a la secretaría o a la unidad no se requiere tener ningún motivo razonable para sospechar que se trata de una actividad ilícita.</p> <p>La situación se agrava si consideramos que la ley obliga a los notarios públicos a proporcionar información respecto de prestar sus servicios de fe pública en casos como la transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles o el otorgamiento de contratos de mutuo o crédito, sin importar el monto. Una compraventa de una casa pequeña y en un lugar sin servicios públicos es objeto de esta ley. Cabe destacar que el GAFI en ninguna de sus recomendaciones involucra a otros sujetos que no sean entidades financieras.</p> <p>Por su parte, el artículo 53 fracción VI de esta ley, establece como sanción de multa a quienes omitan presentar los avisos previstos en este artículo.</p>

Artículo 18. Quienes realicen las actividades vulnerables a que se refiere el artículo anterior tendrán las obligaciones siguientes: [...]

Obligaciones de quienes realicen actividades vulnerables
De conformidad con los artículos 17 y el 18 de la presente ley, las instituciones financieras, y los sujetos obligados en el artículo anterior, están obligados a recabar información que va desde verificar la identidad de clientes y usuarios, así como solicitar información a estos de la existencia del dueño beneficiario, y en su caso exhibir documentación oficial que permita obligarlo.

En ese sentido, la recomendación 20 del GAFI señala: “Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son producto de una actividad criminal, o están relacionados al financiamiento del terrorismo, a ésta se le debe exigir, por ley, que reporte con prontitud sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)”.

Al respecto se puede decir que dicha recomendación solo obliga a proporcionar información cuando exista sospecha o motivos razonables de que los fondos son producto de una actividad criminal. Sin embargo, nuestra ley establece un sistema de actividades vulnerables, es decir, por el mero hecho de realizar una de las actividades previstas en el artículo 17 se debe proporcionar información respecto de la misma, lo que va más allá de lo señalado en la recomendación 20.

Por su parte, el artículo 53 fracción II de esta ley establece como sanción de multa a quienes incumplan con cualquiera de las obligaciones previstas en este artículo.

Artículo 21. Los clientes o usuarios de quienes realicen actividades vulnerables les proporcionarán a estos la información y documentación necesaria para el cumplimiento de las obligaciones que esta ley establece. Quienes realicen las actividades vulnerables deberán abstenerse, sin responsabilidad alguna, de llevar a cabo el acto u operación de que se trate, cuando sus clientes o usuarios se nieguen a proporcionarles la referida información o documentación a que se refiere el párrafo anterior.

Este artículo establece la obligación para los clientes y usuarios de quienes realicen actividades vulnerables para que les proporcionen información y documentación necesaria para el cumplimiento de la ley de manera amplia. Sin embargo, la recomendación 10 del GAFI establece dicha obligación para las instituciones financieras en determinados supuestos. Dicha recomendación señala:

“Debe exigirse a las instituciones financieras que emprendan medidas de debida diligencia del cliente cuando [...]”

<p>Artículo 22. La presentación ante la Secretaría de los Avisos, Información y Documentación a que se refiere esta ley, por parte de quienes realicen las actividades vulnerables no implicará para estos transgresión alguna a las obligaciones de confidencialidad o secreto legal, profesional, fiscal, bancario, fiduciario o cualquier otro que prevean las leyes, ni podrá ser objeto de cláusula de confidencialidad en convenio, contrato o acto jurídico alguno.</p>	<p>Este precepto va en concordancia con la recomendación 9 del GAFI, que dice: “Los países deben asegurar que las leyes sobre el secreto de la institución financiera no impidan la implementación de las recomendaciones del GAFI”.</p>
<p>Sección cuarta</p> <p>Avisos por conducto de entidades colegiadas</p> <p>Artículo 26. Los sujetos que deban presentar avisos conforme a lo previsto por la sección segunda de este capítulo podrán presentarlos por conducto de una entidad colegiada que deberá cumplir los requisitos que establezca esta ley.</p>	<p><i>Avisos</i></p> <p>Para facilitar la obligación de los sujetos obligados de proporcionar los avisos se prevé la posibilidad de que puedan cumplir a través de una entidad colegiada, es decir, que puedan contratar los servicios de una persona moral que se dedique a esta actividad.</p> <p>Desde luego que dicha entidad colegiada deberá cumplir con una serie de requisitos (previstos en el artículo 27 de la presente ley).</p> <p>Esta situación refleja la complejidad no solo para el sistema financiero de realizar los avisos correspondientes, sino para todos los sujetos obligados.</p>
<p>Artículo 27. La entidad colegiada deberá cumplir con lo siguiente: [...]</p>	<p><i>Obligaciones para entidades colegiadas</i></p> <p>Los requisitos señalados para formar parte de la unidad son los más estrictos (se incluye la evaluación de control de confianza). Dichos requisitos son más relajados para el personal de la secretaría que tenga acceso a la base de datos en que se concentran los avisos y finalmente, el personal de las entidades colegiadas prácticamente no debe cumplir con ningún requisito que garantice que la información a la que tengan acceso quede asegurada.</p>

Artículo 32. Queda prohibido dar cumplimiento a obligaciones y, en general, liquidar o pagar, así como aceptar la liquidación o el pago de actos u operaciones mediante el uso de monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y metales preciosos, en los supuestos siguientes: [...]

Prohibición de pagos en efectivo

Este artículo prevé una prohibición expresa para realizar pagos en efectivo. Su principal objeto es proteger el sistema financiero y la economía nacional a partir de medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita.* En el caso de bienes inmuebles establece un límite para realizar operaciones en efectivo que no excedan de \$706,880.00 (setecientos seis mil ochocientos ochenta pesos 00/100 M.N.). Tratándose de vehículos nuevos en cualquier especie, establece un límite de \$282,752.00 (doscientos ochenta y dos mil setecientos cincuenta y dos pesos 00/100 M.N.) Tales cantidades se encuentran calculadas conforme a 2018, las cuales se determinan en base al salario mínimo vigente al día de la realización del pago o del cumplimiento de la obligación. Para 2018 se determinan las cantidades a razón de \$88.36 (ochenta y ocho pesos 36/100 M.N.).

El límite de \$282,752.00 (doscientos ochenta y dos mil setecientos cincuenta y dos pesos 00/100 M.N.), es igualmente aplicado tratándose de joyerías, metales y piedras preciosas, obras de arte, boletos de apuesta, entrega de premios, concursos y sorteos, servicios de blindaje, acciones en clubes sociales, deportivos o culturales y derechos personales. La búsqueda de este precepto es determinar montos máximos para la realización de operaciones que comúnmente se llevan a cabo en efectivo, implementando un parámetro identificable para identificar las operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Este artículo limita el uso de dinero en efectivo en aquellas actividades consideradas como vulnerables o susceptibles de utilizarse para el blanqueo de recursos de procedencia ilícita. Dicha circunstancia obedece a que conforme a las mejores prácticas internacionales se reconocen cierto tipo de operaciones comerciales como más propensas a ser utilizadas para el lavado de recursos de procedencia ilícita.

No se vulnera el principio de presunción de inocencia, pues no se da por sentado que quienes llevan a cabo operaciones en efectivo superiores a los montos determinados por la propia ley sean responsables de un delito, ni mucho menos que quienes están dedicados a ejercer una actividad vulnerable sean delincuentes, lo que se corrobora con el hecho de que aun cuando se considere que una determinada operación en efectivo tiene inmersos recursos de procedencia ilícita, esta situación es materia de investigación por la Unidad de Inteligencia Financiera de la Procuraduría General de la República, previa denuncia correspondiente.**

* Tesis 1a. CCXLVIII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, 2015, t. I, p. 471.

** Tesis 1a. CCXLIX/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, 2015, t. I, p. 476.

<p>Artículo 33. Los fedatarios públicos, en los instrumentos en los que hagan constar cualquiera de los actos u operaciones a que se refiere el artículo anterior, deberán identificar la forma en la que se paguen las obligaciones que de ellos deriven cuando las operaciones tengan un valor igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal. [...]</p>	<p><i>Transacciones sobre inmuebles</i> En operaciones donde se requiera la formalización ante un fedatario público, mayormente en transacciones sobre bienes inmuebles, será obligado que en los casos excedentes a \$706,880.00 (setecientos seis mil ochocientos ochenta pesos 00/100 M.N.) se establezca la forma en que se pagará la operación.</p>
<p>Artículo 34. La Secretaría podrá comprobar, de oficio y en cualquier tiempo, el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley, mediante la práctica de visitas de verificación a quienes realicen las actividades vulnerables previstas en la Sección Segunda del Capítulo III de esta ley, a las entidades a que se refiere el artículo 26 de esta ley o, en su caso, al órgano concentrador previsto en el penúltimo párrafo del artículo 27 de la misma.</p> <p>Las personas visitadas deberán proporcionar exclusivamente la información y documentación soporte con que cuenten que esté directamente relacionada con actividades vulnerables.</p>	<p><i>Verificación de cumplimiento de obligaciones</i> La Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuenta con atribuciones para verificar el cumplimiento de la Ley a través de las visitas de verificación.</p> <p>Los fedatarios públicos pueden ser verificados, además de las materias en las que son sujetos, a una verificación para identificar primero si se han realizado operaciones por importes superiores a \$706,880.00 (setecientos seis mil ochocientos ochenta pesos 00/100 M.N.), segundo, si se dio el aviso respectivo a las autoridades competentes, y tercero, para identificar las zonas con mayor tendencia a utilización de recursos de procedencia ilícita.</p>
<p>Artículo 35. El desarrollo de las visitas de verificación, así como la imposición de las sanciones administrativas previstas en esta ley, se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.</p>	<p><i>Visitas de verificación</i> La Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, no prevé un procedimiento específico para llevar a cabo las visita de verificación, por lo cual remite directamente a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, para lo cual, debe estarse a lo contenido en los artículos 62 a 69 de dicha ley apartado que regula lo relativo a las visitas de verificación por parte de las dependencias y entidades federales.</p>

Artículo 36. Las verificaciones que lleve a cabo la Secretaría sólo podrán abarcar aquellos actos u operaciones consideradas como actividades vulnerables en los términos de esta ley, realizados dentro de los cinco años inmediatos anteriores a la fecha de inicio de la visita.

Verificaciones

En concordancia con el artículo 63 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, el objeto de las visitas solo podrá recaer sobre actos u operaciones consideradas como actividades vulnerables descritos en el artículo 32 Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Artículo 37. La Secretaría, para el ejercicio de las facultades que le confiere la presente Ley, en su caso, podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública cuando las circunstancias así lo requieran. Los mandos de la fuerza pública deberán proporcionar el auxilio solicitado.

Intervención de fuerza pública

Como es de explorado derecho, para la materialización de las facultades de verificación, atendiendo a las circunstancias específicas, podrá solicitarse la intervención o apoyo de la fuerza pública.

Al ser optativo puede considerarse que no todas las visitas de verificación ameritarán la intervención o auxilio de la fuerza pública.

Artículo 38. La información y documentación soporte de los avisos, así como la identidad de quienes los hayan presentado y, en su caso, de los representantes designados en términos del artículo 20 de la Ley y del representante de las entidades colegiadas a que se refiere el artículo 27, fracción IV, de este ordenamiento, se considera confidencial y reservada en términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Confidencialidad

Este artículo constituye una obligación para los entes obligados en términos del artículo 24 fracción VI de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, al tiempo que se traduce en un supuesto de confidencialidad previsto en el último párrafo del artículo 116 de la citada ley.

No obstante que las denominaciones a que hace referencia la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita no coinciden con la normatividad vigente, debe estarse a lo dispuesto por el apartado transitorio correspondiente.

Artículo 39. La información que derive de los avisos que se presenten ante las autoridades competentes será utilizada exclusivamente para la prevención, identificación, investigación y sanción de operaciones con recursos de procedencia ilícita y demás delitos relacionados con estas.

Fin de la información

El fin de la información se encuentra limitada a los propósitos señalados en este artículo, es decir, la prevención, identificación, investigación y sanción de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

<p>Artículo 43. La secretaría, así como las autoridades competentes en las materias relacionadas con el objeto de esta ley, establecerán mecanismos de coordinación e intercambio de información y documentación para su debido cumplimiento.</p>	<p><i>Mecanismos de coordinación e intercambio de información entre autoridades</i> El artículo en comento hace referencia de forma genérica a la obligación de las autoridades de implementar mecanismos de coordinación e intercambio de información y documentación, dejando que sean éstas las que establezcan los parámetros y características de estos.</p>
<p>Artículo 44. La unidad podrá consultar las bases de datos de la Secretaría que contienen los avisos de actos u operaciones relacionados con las actividades vulnerables y esta última tiene la obligación de proporcionarle la información requerida.</p>	<p><i>Acceso de la unidad a la información de la Secretaría en actividades vulnerables.</i> A través de esta facultad, se busca que la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría tenga a su alcance la información y esté en aptitud de integrar las investigaciones correspondientes a fin de prevenir e identificar operaciones realizadas con recursos de procedencia ilícita.</p>
<p>Artículo 45. La secretaría y la procuraduría, en el ámbito de sus respectivas competencias, para efectos exclusivamente de la identificación y análisis de operaciones relacionadas con los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, están legalmente facultadas y legitimadas, por conducto de las unidades administrativas expresamente facultadas para ello en sus respectivos reglamentos, para corroborar la información, datos e imágenes relacionados con la expedición de identificaciones oficiales, que obre en poder de las autoridades federales, así como para celebrar convenios con los órganos constitucionales autónomos, entidades fedrativas y municipios, a efecto de corroborar la información referida. [...]</p>	<p><i>Convenios de colaboración para identificación y análisis de operaciones</i> Se debe tomar en consideración que atento a lo señalado por esta disposición, los convenios de colaboración para corroborar información se dan únicamente respecto a la contenida en la expedición de identificaciones oficiales y en el marco de operaciones que pudieran configurar el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, cuestiones que restringen el ámbito de aplicación de los mismos a datos concretos y que no pueden ir más allá, pues se estaría afectando el derecho de privacidad e intimidad de las personas.</p>

Artículo 46. La unidad podrá solicitar a la secretaría la verificación de información y documentación, en relación con la identidad de personas, domicilios, números telefónicos, direcciones de correos electrónicos, operaciones, negocios o actos jurídicos de quienes realicen actividades vulnerables, así como de otras referencias específicas, contenidas en los avisos y demás información que reciba conforme a esta ley. [...]

Verificación de información de quienes realicen actividades vulnerables

En este dispositivo, se especifica aún más los datos sobre los que pueden recaer los convenios de colaboración a que hace referencia el artículo anterior y se estima conveniente resaltar que dichos convenios no eximen a la autoridad ministerial de fundar y motivar debidamente el requerimiento de información en específico, atento a las obligaciones que le imponen los diversos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 47. Sin perjuicio de la información y documentación que la secretaría esté obligada a proporcionar a la procuraduría, en caso de que la secretaría, con base en la información que reciba y analice en términos de la presente ley, conozca de la comisión de conductas susceptibles de ser analizadas o investigadas por las instancias encargadas del combate a la corrupción o de procuración de justicia de las entidades federativas, deberá [...]

Obligación de denuncia de la secretaría

Con respecto al presente artículo, el mismo reitera únicamente la obligación de la Secretaría de denunciar aquellas conductas que pudieran ser analizadas o investigadas y en su momento pudiesen configurar el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Artículo 48. El titular de la secretaría mediante acuerdo autorizará a los servidores públicos que puedan realizar el intercambio de información, documentación, datos o imágenes a que se refieren los artículos 43, 44 y 46 de esta ley y de la operación de los mecanismos de coordinación.

Facultad del titular para autorizar a servidores públicos

Para dar certeza de la facultad delegatoria que comprende este artículo, convendría que se limitara y especificaran los servidores públicos que pueden ser autorizados en su caso, para evitar en la práctica un problema por razón de falta de competencia o abusos en las funciones.

Artículo 49. La secretaría podrá dar información conforme a los tratados, convenios o acuerdos internacionales, o a falta de estos, según los principios de cooperación y reciprocidad, a las autoridades extranjeras encargadas de la identificación, detección, supervisión, prevención, investigación o persecución de los delitos equivalentes a los de operaciones con recursos de procedencia ilícita. En estos casos quienes reciban la información y los datos de parte de la Secretaría deberán garantizar la confidencialidad y reserva de aquello que se les proporcione.

Principios que rigen el intercambio de información
Resulta muy importante hacer referencia a los principios de confidencialidad y reserva en el intercambio de información, pues los mismos constituyen los derechos de privacidad e intimidad de las personas, principalmente con respecto a intercambios con autoridades extranjeras, pues al efecto dichos intercambios se sujetan a las disposiciones de tratados, convenios o acuerdos internacionales que en el marco del derecho supranacional debe ajustarse al respeto por los derechos humanos de las personas.

Artículo 50. Los servidores públicos de la secretaría, la procuraduría y las personas que deban presentar avisos en términos de la presente ley, que conozcan de información, documentación, datos o noticias de actos u operaciones objeto de la presente ley y que hayan sido presentados ante la secretaría, se abstendrán de divulgarla o proporcionarla, bajo cualquier medio, a quien no esté expresamente autorizado en la misma. [...]

Obligaciones de reserva y confidencialidad
En este dispositivo se prevén las obligaciones de reserva y confidencialidad a que se encuentran sujetos los servidores públicos que tengan acceso a la información documental, datos o noticias de actos u operaciones objeto de la presente Ley, quienes quedan sujetos a la responsabilidad administrativa y penal correspondiente en caso de no ajustar su conducta a las mismas.

<p>Artículo 51. Los administradores de los sistemas previstos en la Ley de Sistemas de Pago, incluido el Banco de México; las personas morales o fideicomisos que tengan por objeto realizar procesos de compensación o transferencias de información de medios de pagos del sistema financiero, así como compensar y liquidar obligaciones derivadas de contratos bancarios, bursátiles o financieros, y las personas que emitan, administren, operen o presten servicios de tarjetas de crédito, débito, prepagadas de acceso a efectivo, de servicios, de pago electrónico y las demás que proporcionen servicios para tales fines, proporcionarán a la Secretaría la información y documentación a la que tengan acceso y que ésta les requiera por escrito, mismo que les deberá ser notificado en términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, para efectos de lo dispuesto en la presente ley.</p>	<p><i>Requerimientos de información de la Secretaría</i> Se establece el plazo y las formalidades que deberá observar la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para el requerimiento de información a los administradores de los sistemas previstos en la Ley de Sistemas de Pago, personas morales o fideicomisos que tengan por objeto realizar procesos de compensación o transferencias de información de medios de pagos del sistema financiero, así como compensar y liquidar obligaciones derivadas de contratos bancarios, bursátiles o financieros, y las personas que emitan, administren, operen o presten servicios de tarjetas de crédito, débito, prepagadas de acceso a efectivo, de servicios, de pago electrónico y las demás que proporcionen servicios para tales fines.</p>
<p>Artículo 52. La Secretaría sancionará administrativamente a quienes infrinjan esta ley, en los términos del presente capítulo. [...]</p>	<p><i>Sanciones administrativas</i> Este dispositivo prevé el régimen sancionatorio que regirá en cada caso en particular, respecto a la violación de disposiciones contenidas en este ordenamiento, y la competencia especial de los órganos desconcentrados de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con relación a las entidades financieras.</p>
<p>Artículo 53. Se aplicará la multa correspondiente a quienes: [...]</p>	<p><i>Supuestos para la aplicación de multas</i> En este dispositivo se establecen los supuestos en que será procedente la aplicación de multas por el incumplimiento de las obligaciones que impone la normativa en la materia.</p>

Artículo 54. Las multas aplicables para los supuestos del artículo anterior de esta ley serán las siguientes: [...]

Cuantificación de multas

En este precepto se establecen las cuantías de las multas que pueden aplicarse respecto a quienes incumplan con las obligaciones previstas en la propia Ley o actualicen alguna de sus prohibiciones.

Cabe destacar que las multas deben cuantificarse en UMAS (Unidades de Medidas de Actualización) y, no en salarios mínimos, de acuerdo con la reforma constitucional en materia de desindexación del salario, difundida el 27 de enero de 2016.

Artículo 55. La Secretaría se abstendrá de sancionar al infractor, por una sola vez, en caso de que se trate de la primera infracción en que incurra, siempre y cuando cumpla, de manera espontánea y previa al inicio de las facultades de verificación de la Secretaría, con la obligación respectiva y reconozca expresamente la falta en que incurrió.

Principio de oportunidad

Este precepto de corte garantista regula el principio de oportunidad a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a quien sea infractor por primera ocasión y siempre y cuando cumpla espontáneamente con la obligación respectiva.

Artículo 56. Son causas de revocación de los permisos de juegos y sorteos, además de las señaladas en las disposiciones jurídicas aplicables: [...]

Causas de revocación de permisos

En este numeral se encuentran reguladas causas de revocación de permisos de juegos y sorteos, destacando la omisión de atender requerimientos por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 57. Son causas de cancelación definitiva de la habilitación que le haya sido otorgada al corredor público, además de las señaladas en las disposiciones jurídicas aplicables, la reincidencia en cualquiera de las conductas previstas en el artículo 53 fracciones I, II, III y IV de esta ley. [...]

Inhabilitación a corredores públicos

De este artículo destaca la posibilidad de cancelar definitivamente la habilitación que la Secretaría de Economía hubiere otorgado al corredor público, por no atender los requerimientos ni rendir los avisos conducentes a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

<p>Artículo 61. Las sanciones administrativas impuestas conforme a la presente Ley podrán impugnarse ante la propia Secretaría, mediante el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo o directamente ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a través del procedimiento contencioso administrativo. [...]</p>	<p><i>Impugnación de sanciones</i> En este artículo se prevé la posibilidad jurídica de impugnar la sanción administrativa que se imponga, a través del recurso de revisión o bien, directamente mediante el procedimiento contencioso administrativo ante el actual Tribunal Federal de Justicia Administrativa.</p>
<p>Artículo 62. Se sancionará con prisión de dos a ocho años y con quinientos a dos mil días multa conforme al Código Penal Federal, a quien: [...]</p>	<p><i>Delitos de falsedad y alteración de datos</i> En este numeral se encuentran tipificados los delitos de falsedad de avisos y, de alteración o modificación de datos para ser consignados en avisos. Estos ilícitos solo admiten comisión dolosa.</p>
<p>Artículo 63. Se sancionará con prisión de cuatro a diez años y con quinientos a dos mil días multa conforme al Código Penal Federal: [...]</p>	<p><i>Delitos de utilización indebida y de divulgación de información</i> En este artículo se tipifican los delitos de utilización indebida de información y de revelación o divulgación de información, versando ambos sobre los datos que se tengan por razón de su cargo o, bien, sin que se cuente con autorización válida para la difusión conducente.</p>
<p>Artículo 64. Las penas previstas en los artículos 62 y 63, fracción II, de esta ley se duplicarán en caso de que quien cometa el ilícito sea al momento de cometerlo o haya sido dentro de los dos años anteriores a ello, servidor público encargado de prevenir, detectar, investigar o juzgar delitos. [...]</p>	<p><i>Agravantes de conductas delictivas</i> Se establecen agravantes para quienes cometan los delitos y hayan fungido como servidores públicos encargados de prevenir, detectar, investigar o juzgar los ilícitos dentro de los dos años previos a su comisión de aquéllos. Asimismo, se prevé la sanción de inhabilitación a quienes delincan y sean servidores públicos.</p>

Artículo 65. Se requiere de la denuncia previa de la Secretaría para proceder penalmente en contra de los empleados, directivos, funcionarios, consejeros o de cualquier persona que realice actos en nombre de las instituciones financieras autorizadas por la Secretaría, que estén involucrados en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 62 y 63 de esta ley [...]

Requisitos de procedibilidad

En este numeral se prevén como requisitos de procedibilidad la denuncia y la querrela para proceder penalmente en contra de los sujetos obligados a su observancia.

CONCLUSIÓN

Derivado de la transformación del orden económico mundial y de la transmutación de sus dinámicas, estructuras y procedimientos han surgido nuevos fenómenos criminológicos en su seno.

Los delitos de este orden representan problemas complejos que requieren de la intervención estatal y en ocasiones de la configuración de esquemas de coordinación supranacionales para su atención ya que, de su comisión, además de afectaciones individuales, podrían derivar consecuencias que afecten a un sector o que incluso pongan en riesgo el ya de por sí delicado sistema económico de un país.

Lo anterior ha provocado que los Estados reaccionen a la problemática planteada a través de diversas estrategias, entre las cuales destaca, principalmente, la modificación de la legislación en la materia para cimentar una estructura jurídica que articule la política criminal en este rubro y establezca la competencia para la actuación de las autoridades.

Por la frecuencia de su comisión y como consecuencia de sus efectos nocivos destaca en el orden de la delincuencia económica el lavado de dinero tema abordado por el legislador mexicano en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Luego del breve análisis y de las consideraciones que he expuesto en el apartado correspondiente, podemos concluir que se trata de una controversial herramienta del Estado para contener el problema planteado no sólo debido a la especificidad de su contenido técnico, también lo es debido a que en algunos preceptos de su contenido ha sido considerado como violatorio de derechos humanos, por ejemplo, en lo que atañe al respeto del derecho a la privacidad.

Asimismo, del texto legal se deriva que la aplicación de sus normas demanda del gobierno la formación de funcionarios altamente capacitados en aspectos técnicos, la inversión de cuantiosos recursos, así como el fortalecimiento de los lazos de cooperación internacionales a fin de combatir adecuadamente el fenómeno.

Destacan otros aspectos relevantes en torno a las repercusiones del lavado de dinero y de la delincuencia económica en general que, si bien no constituyen el objeto central del presente estudio, conviene referir de manera somera a fin de considerar la existencia de diversas aristas del problema, por ejemplo, el papel de la función notarial en este sistema, ya que el notariado tiene la delicada tarea de intervenir en los procesos que configuran la comisión del delito.

Así pues, es menester que cada uno de los agentes que intervienen en la operación del sistema financiero y la aplicación del orden jurídico de combate a la delincuencia económica y, en particular, al lavado de dinero conozcan a plenitud su contenido para construir un andamiaje eficiente que dote de seguridad jurídica al referido sistema para posibilitar la vigencia plena de un Estado democrático de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)”, en *Iustitia*, núm. 8, 2010.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “La nueva regulación de los delitos de blanqueo de capitales”, conferencia en las Jornadas sobre las reformas penales de 2010, Universidad de Valencia, <https://www.youtube.com/watch?v=BFJ25xUFweg>

GÓMEZ INIESTA, Diego José, “Estafa y blanqueo de dinero a través de Internet”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 105, 2011.

GÓMEZ INIESTA, Diego José, “Delito de blanqueo de capitales”, ponencia en la Facultad de Derecho de Albacete, 2015, https://www.youtube.com/watch?v=DvIYEBK3n_I

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, 2.^a ed., México, Ubijus, 2012.

Las ciencias penales en la actualidad reúne los esfuerzos colectivos de profesores, profesoras, alumnos y alumnas pertenecientes, principalmente, al programa educativo de la Maestría en Ciencias Jurídico Penales de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Los textos aquí compilados y las problemáticas desarrolladas en cada uno de ellos constituyen en diversos sentidos un reflejo de las importantes transformaciones que han acontecido en el sistema de justicia penal en México.

ISBN 978-607-441-631-2



9 786074 416312



Campus Guanajuato

División de Derecho,
Política y Gobierno



SECULARTE A.C.