

Tendencias y particularidades de las ciencias penales de nuestro tiempo

Libro homenaje al Inacipe
por su 40º Aniversario

Joaquín Merino Herrera
Coordinador



OBRA CONMEMORATIVA DEL





**Tendencias y
particularidades de las
ciencias penales de nuestro
tiempo. Libro homenaje
al Inacipe por su 40º
Aniversario**

Joaquín Merino Herrera

Coordinador



DIRECTORIO

RAÚL CERVANTES ANDRADE
*Procurador General de la República
y Presidente de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

ALBERTO ELÍAS BELTRÁN
*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

ELISA SPECKMAN GUERRA
*Secretaría General Académica
y encargada del despacho de la Dirección General*

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS
Secretario General de Extensión

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA
Director de Publicaciones



**Tendencias y
particularidades de las
ciencias penales de nuestro
tiempo. Libro homenaje
al Inacipe por su 40º
Aniversario**



Tendencias y particularidades de las ciencias penales de nuestro tiempo. Libro homenaje al Inacipe por su 40º Aniversario

© Joaquín Merino Herrera (Coordinador)

© 2016 Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe)

Instituto Nacional de Ciencias Penales

Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan,

Del. Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México.

Coordinadora de la Serie 40 Aniversario: Elisa Speckman Guerra.

Coordinador de esta obra: Joaquín Merino Herrera.

Primera edición electrónica, diciembre 2016

ISBN electrónico: 978-607-8447-61-9

Se prohíbe la reproducción parcial o total, sin importar el medio, de cualquier capítulo o información de esta obra, sin previa y expresa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales, titular de todos los derechos.

Esta obra es producto del esfuerzo de investigadores, profesores y especialistas en la materia, cuyos textos están dirigidos a estudiantes, expertos y público en general. Considere que fotocopiarla es una falta de respeto a los participantes en la misma y una violación a sus derechos.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente reflejan la postura del Instituto Nacional de Ciencias Penales.



INACIPE

www.inacipe.gob.mx
publicaciones@inacipe.gob.mx



Conozca nuestra oferta educativa

Posgrado

Investigación

Capacitación

Publicaciones

Contenido



PRESENTACIÓN DEDICADA A LOS INVESTIGADORES DEL INACIPE

| IX

INTRODUCCIÓN

| XIII

I. UN ENFOQUE DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO A PARTIR DE LOS DERECHOS HUMANOS

| 1

Manuel Jorge Carreón Perea

2. POLÍTICA PENITENCIARIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: ESTÁNDARES MÍNIMOS

| 21

Sofía M. Cobo Téllez

3. REFLEXIONES CRIMINOLÓGICAS Y SOCIOLOGICAS DE LA REGULACIÓN DEL CONSUMO LÚDICO DE LA MARIHUANA EN MÉXICO

| 51

Emilio Daniel Cunjama López

Alán García Huitrón

4. EL CONCEPTO DE MÁXIMO RESPONSABLE EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

| 75

Javier Dondé Matute

Karilu Muñoz García

5. HACIA UNA CRIMINOLOGÍA CONTEMPORÁNEA

| 95

David Ordaz Hernández

Javier Figueroa Castellanos

6. LAS INSTITUCIONES DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. ESTUDIO DE CASO DE UNA PERITO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

| 109

Corina Giacomello

- 7. LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y DEL FINANCIAMIENTO DEL
TERRORISMO EN LA ACTUAL SOCIEDAD DEL RIESGO** | 129
Ricardo Gluyas Millán
-

- 8. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES LEGALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS:
ALGUNOS PRESUPUESTOS DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN** | 145
Eduardo Martínez Altamirano
-

- 9. RASGOS, CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE RIESGO** | 183
Joaquín Merino Herrera
Zaira Azucena Pérez Figueroa
-

- 10. UNA BREVE REFLEXIÓN EPISTEMOLÓGICA ACERCA DE LAS
CIENCIAS JURÍDICO-PENALES** | 227
Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño
-

- II. TÉCNICAS Y TECNOLOGÍAS MODERNAS EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINALÍSTICA
DE LOS DELITOS** | 235
Ana Pamela Romero Guerra
-

- 12. DESAFÍO EDUCATIVO PARA LA CRIMINOLOGÍA:
EL FUTURO DE LA CRISIS EPISTEMOLÓGICA** | 255
Alma Leticia Silva Anguiano
María Sierra Pacheco
-



Presentación dedicada a los investigadores del Inacipe



Amados maestros e investigadores de la Dirección de Investigación del Inacipe, estoy en verdad muy agradecido por su invitación para presentar el valioso volumen “Tendencias y particularidades de las ciencias penales de nuestro tiempo”, obra en la que se agruparon sus investigaciones con motivo de la celebración del CUARENTA ANIVERSARIO del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Los temas tratados, como posteriormente apunto,

son de gran importancia y actualidad, pues abordan aspectos relacionados con la victimología, la política criminal, la criminología, el Derecho penal, la criminalística, entre otros. Sin embargo, la obra no necesita presentación alguna debido a que lo acredita por sí misma la excelencia científica de su contenido. En palabras del autor *Del sentimiento trágico de la vida*, Don Miguel de Unamuno “un buen libro no necesita presentación”.

Con natural temor lo presento ante un público especializado en ciencias penales; área del conocimiento de la cual cultivo profesional y académicamente la criminalística desde hace aproximadamente cincuenta años, por consiguiente, ha sido esta inquietud intelectual gran parte de mi vida. Disciplina asimilada en el pasado como auxiliar del Derecho penal y hoy, en virtud de los adelantos científicos y tecnológicos que alimentan su cuerpo de conocimientos y técnicas, considerada fundamental en el procedimiento penal. Su importancia la destaca en las siguientes palabras el maestro de penalistas, Dr. Celestino Porte Petit: “Dadas sus finalidades, la criminalística viene a constituir un complemento en la función encomendada al Derecho penal y al Derecho procesal penal, otorgando protección a las fundamentales garantías del hombre, que serían ilusorias si no se fortalecieran con una certera investigación científica del delito”.

Me autorizan para presentarlo, aparte de la generosidad de quienes me invitaron, el no ser ajeno al Derecho penal por las siguientes razones: primera, el haber vivido en la casa del maestro Porte Petit mientras cursaba la carrera de médico cirujano, tiempo durante el cual, en no pocas ocasiones, le ayudaba a corregir las pruebas del libro que estaba en prensa; segunda; haber sido alumno del maestro Alfonso Quiroz Cuarón de

quien aprendí medicina forense, criminología y muy especialmente criminalística; tercera, haber sido profesor de medicina forense, por más de veinticinco años, en la Facultad de Derecho de la UNAM, así como profesor de criminalística en la División de Estudios Superiores; cuarta, haber ingresado a la Academia Mexicana de Ciencias Penales hace cuarenta y nueve años, lo que me dio la valiosa oportunidad de conocer y escuchar a los fundadores de la misma; quinta, haber sido secretario y presidente de la misma; sexta, haber sido director adjunto del director general, maestro Celestino Porte Petit, de la institución científica que este año celebra 40 años de su fundación. Por todo ello acepté, no sin temor según ya expresé, presentar el volumen que contiene el pensamiento de mis amigos y maestros de la División de Investigación del Inacipe.

Los artículos elaborados por ustedes tocan temas actuales y de gran relevancia cuyo profundo y serio análisis les permitió formular nuevas y acertadas proposiciones, sin repetir, por lo tanto, lo ya sabido. Aunque resulte increíble no deja de existir científico que deje de preferir la mentira inventada por él a la verdad descubierta por otro.

No basta demoler, hay que construir. La crítica científica se justifica solamente entregando, a cambio de un error, una verdad. Por lo común, las nuevas doctrinas surgirán de las ruinas de la abandonada y se fundarán estrictamente sobre los hechos rectamente interpretados. La historia de la ciencia así lo atestigua.

El proponer nuevas ideas, nuevos conceptos, es precisamente lo que los distingue como investigadores, enriqueciendo de esta manera el patrimonio jurídico - penal del Inacipe. Es muy cierto que no se enseña bien sino lo que se hace, y quien no investiga no enseña a investigar.

La investigación no es patrimonio de quien la quiera. Se requieren para llevarla a cabo dotes especiales: vocación de hierro, un profundo —quizá heroico—, desinterés y, sobre todo, la posibilidad y el apoyo para investigar. En general, puede decirse que no hay temas agotados, sino hombres agotados en los temas. Aquí se prueba precisamente la excelencia científica del investigador.

A la vocación por antonomasia: la religiosa, le siguen después otras vocaciones de categoría superior, entre las cuales está la científica, que como ya señalamos en el párrafo anterior, exige amor desinteresado y exclusivo, además requiere una estricta aptitud, requisitos que sin duda alguna cumplen, conforme lo atestiguan, la calidad científica de los artículos redactados.

Innata o creada, insisto, lo esencial es la vocación, porque su capacidad creadora es infinita, y todo ese proceso, prolífico y menudo, penosísimo, de la preparación para la ciencia y para la profesión científica, se abrevia y facilita bajo el signo de la vocación como por arte de encantamiento.

El ambiente apropiado es un sitio de trabajo intenso y estimulante, en el que la investigación original sea apreciada y promovida. La dirección y, sobre todo, el ejemplo de investigadores auténticos, respetados por su amor, su capacidad y sus cualidades morales, constituyen el mejor estímulo para profundizar en el estudio del conjunto de las normas jurídico-penales. Sin dejar de tener presente que la admiración extrema achica la personalidad y ofusca el entendimiento, llegando a tomar la hipótesis por demostración o las sombras por claridades.

El adelanto científico depende de la existencia de investigadores de larga y cuidadosa forma-

ción. Éstos no se improvisan ni se consiguen con decretos o dinero, sino gracias a una formación metódica, larga y delicada, como el cultivo de una planta preciosa. Se necesita la semilla, el terreno, el ambiente, la nutrición y los cuidados adecuados. Los investigadores consumados tienen la responsabilidad de enseñar con el ejemplo a los jóvenes con vocación que se inician en la noble tarea de investigar.

A lo antes mencionado debemos agregar la independencia de juicio, ya que sólo la libertad permite a la ciencia florecer y a la mente desarrollar su máximo potencial; rasgo dominante en los investigadores eminentes es la elevada independencia de criterio. Ante la obra de sus predecesores y maestros no permanecen suspensos y anonadados, sino recelosos y escudriñadores. Aquellos espíritus que, como Vesalio, Eustaquio y Harveo, corrigieron la obra anatómica de Galeno, y aquellos otros llamados Copérnico, Kepler o Newton y Huygens, que echaron abajo la astronomía de los antiguos, fueron sin duda preclaros entendimientos, pero, ante todo, poseyeron individualidad mental ambiciosa y descontentadiza, y osadía crítica extraordinaria. De los dóciles y humildes pueden salir los santos, pocas veces los sabios. Pienso que el excesivo cariño a la tradición, el obstinado empeño en fijar la ciencia en las viejas fórmulas del pasado, cuando no denuncian invencible pereza mental, representan la bandera que cubre los intereses creados por el error.

Como buenos investigadores y excelentes maestros han establecido siempre comunicación con sus alumnos, a ninguno le gusta repetir sus cursos. Da pena ver que el maestro de hoy es un teórico, todo lo perfecto que se quiera, pero sin dimensiones entrañables; es más que un maestro, un profesor, y más que un vasto sabio, un gerente de conocimientos parciales. El verdadero maes-

tro cuando ha enseñado con eficacia, enseña en cada promoción algo nuevo, producto de las largas noches de esfuerzo —sembrador de ideas se les llama con razón—.

Éstos precisamente han sido y son los investigadores que se han reunido con su labor intelectual para editar el volumen conmemorativo de los cuarenta años de su hogar académico, apor- tando en forma clara y precisa nuevas ideas.

Concluyo, apreciados investigadores, esperando el haber cumplido satisfactoriamente a su generosa invitación para prologar la obra escrita que comento, cuya eficacia depende precisamente de esa capacidad en potencia para sugerir. Y esto el autor no lo sospecha nunca cuando escribe.

DR. L. RAFAEL MORENO GONZÁLEZ



Introducción



Este año, tan importante para la justicia penal mexicana,¹ se celebra el cuadragésimo aniversario de nuestro reconocido Inacipe. Lo que ya no es producto de la coincidencia es la participación activa y por demás rele-

¹ Siquiera sea porque entró en vigor de forma integral y bajo un solo esquema de regulación nacional el sistema procesal penal acusatorio y oral que ordena el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

vante que ha tenido nuestra casa en el profundo cambio en la forma de concebir el delito, la justicia penal y los alcances de los derechos humanos en México. Ello, sin embargo, no es algo que deba situarse a partir de 2008 ni en años previos al inicio de esta *vacatio legis* que culminó el pasado 18 de junio del año en curso, más bien implica una permanente y ardua labor que, en éste y en otros rubros, ha sido impulsada durante décadas por destacados estudiosos de las ciencias penales que, por donde se mire, siempre han sido aco-gidos por el espacio de libertad que cultiva el Inacipe, un escenario de autonomía que ha resistido todo intento de politizar la academia y que, pese a todo, ha trascendido en el tiempo, tal y como lo programaron sus verdaderos fundadores. El Inacipe es más que una Secretaría General Académica, es más que una Secretaría General de Extensión, es más que una Dirección General, es más que todas sus áreas operando de forma conjunta; el Inacipe es y debe ser pasión por las ciencias penales.

Precisamente esta obra se suma a los merecidos homenajes que durante este año se rinden al Inacipe con motivo de sus primeros cuarenta años dedicados en exclusiva, como institución única en el mundo, a la difusión y análisis de las ciencias penales. En particular esta propuesta, que se denomina “Tendencias y particularidades de las ciencias penales de nuestro tiempo. Libro homenaje al Inacipe por su 40° Aniversario”, integra doce aportaciones que sobre todo hemos desarrollado investigadores del Inacipe. Como se desprende de su título, en ella se incluyen trabajos de muy distintos perfiles, de modo que en su contenido podrán consultarse estudios sobre los más recientes avances en materia de criminalística y otras contribuciones de corte criminológico que analizan temas que han venido acaparando el interés general en los últimos años, pero tam-

bién un conjunto de artículos que abordan materias que no son menos actuales y que tienen que ver con la victimología, con la política criminal, con el sistema penitenciario, con la persecución del delito e inclusive con las nuevas tendencias en el Derecho penal internacional.

Por ejemplo, si es que hay un ámbito de análisis que, dada la coyuntura nacional en materia de justicia penal, tiene especial importancia, ese es el relativo a la perspectiva que, sobre todo a raíz de la reforma constitucional de 2011, queda plasmada en nuestro régimen jurídico sobre derechos humanos. Como sabemos, la transformación que hemos experimentado en este sentido no se reduce a una visión localista y concentrada que busca garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de las personas sometidas a la acción de la justicia, pues, más allá de ello, la interpretación que se haga a este respecto deberá armonizarse con las normas internacionales en materia de derechos humanos, en lo que también tiene particular relevancia, porque ciertamente era ineludible y perentorio el reconocimiento del papel que siempre debió tener la víctima del delito en el proceso penal² y los derechos que ésta tiene reconocidos de forma universal. Aspectos como los descritos son abordados en la contribución que ofrece Manuel Jorge Carreón Perea, a la que oportunamente se le asignó el título “Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos”.

En este marco de análisis se integra un artículo que se encarga de una materia no solamente actual sino que precisa de urgente atención, y ello, cuando menos porque sigue nuestra tenden-

² Por supuesto que estoy considerando que desde 2008 ello ya se viene construyendo sobre la base del inciso C) del artículo 20 de la Constitución general y que se fortalece con la citada reforma de 2011.

cia nacional a garantizar de forma integral y en todas las direcciones el efectivo cumplimiento de los derechos humanos. Básicamente, me refiero a los ajustes que requiere la política penitenciaria con respecto a las mujeres que se encuentran en prisión. En este sentido, Sofía Cobo Téllez desarrolla un trabajo al que denomina “Política penitenciaria con perspectiva de género: estándares mínimos”, en virtud del cual muestra, con especial solvencia y objetividad, la discriminación que en este contexto siempre han padecido las mujeres, a la vez que propone una serie de directrices o reglas que permitirían disminuir esta clase de violencia institucional que sistemáticamente se registra en los centros penitenciarios de nuestro país.

La calidad por la que se distingue este libro colectivo también se refleja en tres contribuciones que abordan temas relacionados con la criminología. Sirva como ejemplo, el trabajo que realizan Emilio Daniel Cunjama López y Alán García Huatrón, denominado “Reflexiones criminológicas y sociológicas de la regulación del consumo lúdico de la marihuana en México”. Si fuera necesario añadir algo a tan descriptivo título, podría señalar que se trata de una propuesta que hace planteamientos que permiten identificar el rumbo que han tomado los debates sobre el uso lúdico o recreativo de la marihuana y otras drogas. Pero la actualidad continúa con la participación de David Ordaz Hernández y Javier Figueroa Castellanos, siendo que en su propuesta titulada “Hacia una Criminología contemporánea”, se pone de relieve los constantes y significativos avances que ha mostrado la ciencia criminológica y la necesidad de reformular los esquemas de análisis y las concepciones o conocimientos asumidos para entender las particularidades de las nuevas realidades. Este trabajo se combina con el que, con el mismo rigor acadé-

mico, desarrollan Alma Leticia Silva Anguiano y María Sierra Pacheco, al cual titularon “Desafío educativo para la criminología: el futuro de la crisis epistemológica”. En este caso, se ofrece un sólido estudio sobre la ralentización que sufre la evolución de la criminología a causa, sobre todo, de la carencia de criminólogos que se ha venido registrando.

A todas estas aportaciones se añade la que desarrolla Corina Giacomello y que se denomina “Las instituciones de procuración de justicia desde la perspectiva de los servidores públicos. Estudio de caso de una perito de la Procuraduría General de la República”. En este trabajo, que tiene sustento en la investigación de campo, se exponen una serie de razones que, en conjunto, explican las carencias que tiene el sistema de procuración de justicia en nuestro país; sobre todo se deja ver la incidencia que en ello tiene una práctica cotidiana que viene marcada por las limitaciones y las condiciones precarias en que opera el personal de la procuración de justicia, lo cual, como es lógico, se traduce en una sistemática vulneración de derechos humanos de contenido laboral y de otra naturaleza. Desde el inicio, esta autora muestra el sentido de las cosas cuando señala: “nos encontramos con una institución que no respeta y no reconoce a su personal e impone condiciones de trabajo marcadas por relaciones nepotistas, el autoritarismo y la ceguera de género”.

Dentro del variado contenido de este libro homenaje, se incorpora una propuesta que se encarga de un tema muy relevante en el marco del Derecho penal internacional. Se trata del trabajo titulado “El concepto de máximo responsable en el Derecho penal internacional”, en cuya virtud Javier Dondé Matute e Ivonne Karilu Muñoz García analizan diversos aspectos que tienen

que ver con el concepto de culpabilidad asumido en el contexto internacional y las dificultades que ello presenta al momento en que se intenta responsabilizar a los ejecutores materiales de menor rango de los crímenes más graves contra la comunidad internacional. Desde esta perspectiva, se ofrece un estudio que muestra cómo la política criminal internacional se ha enfocado en la represión penal de los líderes o superiores jerárquicos de las organizaciones o los Estados y cómo se debe atribuir responsabilidad a quienes materializan dichos crímenes. La cuestión llega a tal extremo que, pese a que estos hombres de rango inferior intervienen directamente en la ejecución del delito bajo las órdenes de sus superiores, puede que no sean sometidos a los tribunales internacionales.

Tampoco se ausenta ese enfoque innovador en la propuesta que hace Ricardo Gluyas Millán, que lleva por título “La prevención del lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo en la actual sociedad del riesgo”. Concretamente este autor, después de explicar las particularidades de la sociedad posmoderna y los riesgos por los que ésta se caracteriza, deja ver que fenómenos como el lavado de dinero y la financiación del terrorismo han recibido tal impulso por esta dinámica de la posmodernidad que pueden incluirse dentro de los peligros (globales) por los que la también denominada sociedad del riesgo se distingue, lo que forma parte del análisis que en esta propuesta se plantea respecto de la estrategia de prevención internacional que se ha articulado en contra de ambos sectores delictivos y del formato que ha adoptado nuestra regulación nacional para dar cumplimiento a dicho compromiso internacional.

Con esta misma dosis de actualidad e innovación, Eduardo Martínez Altamirano desarrolla

un muy profundo análisis sobre el régimen de la responsabilidad de los servidores públicos que ha adoptado nuestra regulación nacional y la lógica por la que se conduce el Sistema Nacional Anticorrupción, de modo que, tras diseccionar este complejo escenario, el autor explica la manera en que se han articulado las últimas reformas destinadas a materializar la expectativas constitucionales depositadas en este marco de preventión y persecución integral anticorrupción.

En todo esto, no podía faltar la consideración de un terreno cuya importancia no solamente radica en que tradicionalmente establece las directrices en la investigación del delito, sino que además, a estos efectos, tras la reforma en materia de seguridad y justicia que hemos puesto en marcha desde 2008, requiere, si bien de un mejoramiento en las materias o disciplinas que ya la conforman, también de fortalecerse o nutrirse de los avances que se han venido dando en la ciencia, en la tecnología y demás campos. En particular, me refiero al apasionante mundo de la criminalística, el cual, ahora más que nunca, debe ser concebido con una visión multidimensional y multidisciplinaria, pues de una intervención oportuna, escrupulosa y científica en la fase de la investigación depende, en gran medida, la cristalización del objeto del proceso que contempla el artículo 20 de la Constitución general, que no deriva en otra cosa que en el esclarecimiento de los hechos, en proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Dicho en otros términos: nuestro esquema de enjuiciamiento está diseñado de tal manera que lo que se haga desde la investigación del delito tendrá influencia o repercusiones al momento de la valoración de las pruebas. Especialmente el trabajo que propone Ana Pamela Romero nos permite conocer la evolución que han mostrado las técnicas y las

tecnologías en el marco de la investigación del delito, o empleando las palabras de esta autora, los constantes avances que ha registrado la investigación de la criminalística en la búsqueda científica de la justicia.

Otra contribución que denota la diversidad por la que destaca esta obra colectiva se titula “Una breve reflexión epistemológica acerca de las ciencias jurídico-penales”. Se trata de un trabajo que desarrolla Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño, a partir del cual este autor plantea una reflexión que conjuga la filosofía y las ciencias penales. Desde esta perspectiva, se soporta el argumento que apela a que sea la ética la que guíe un diálogo entre la criminología y el Derecho penal, permitiendo optimizar la estrategia político-criminal.

Por último, debo hacer mención al artículo que escribí con Zaira Azucena Pérez Figueroa que hemos denominado “Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal del riesgo”. Con este título anunciamos un contenido que da cuenta de las particularidades por las que ahora se caracteriza la sociedad postindustrial, con especial referencia a los peligros que en ésta se han gestado y a otros que, aunque no deben su nacimiento a dicha etapa, en ella no solamente se mantienen

sino que han potenciado sus efectos, de manera que en este escenario global se produce una acumulación de peligros que conducen a activar la intervención penal para evitar las secuelas que los mismos pueden generar, lo que se traduce en esquemas de criminalización que, en diferentes sentidos, se rigen por paradigmas preventivos que no pocas veces terminan sacrificando los límites al poder punitivo del Estado.

Antes de concluir esta introducción quiero expresar mi agradecimiento a Rafael Estrada Michel, a Elisa Speckman Guerra, a Alfonso Mostalac Cecilia, a Manuel Jorge Carreón Perea, a mis compañeros investigadores y en general a quienes de una u otra manera han contribuido para que esta obra colectiva sea publicada.

¡Muchas gracias por todo Inacipe!

JOAQUÍN MERINO HERRERA

Profesor investigador del Instituto Nacional
de Ciencias Penales
Ciudad de México, a 20 de agosto de 2016.



1 Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos

Manuel Jorge Carreón Perea
Instituto Nacional de Ciencias Penales



Resumen

El presente documento tiene como propósito el reflexionar en torno a la relación que guardan los derechos humanos con el sistema de justicia penal acusatorio, analizando los principios, obligaciones y deberes estatales que tienen las autoridades a partir de la reforma constitucional de 2011.

Palabras clave: Derechos humanos, derecho penal, sistema de justicia, víctimas.

Abstract

This paper aims to discuss the relationship between human rights and the accusatory system of criminal justice. It analyzes the principles, rights and duties given to the authorities by the constitutional reform implemented in 2011.

Key words: Human rights, Criminal law, justice system, victims.

1. Primer acercamiento

La proximidad que prevalece entre el Derecho penal y los derechos humanos no siempre ha sido evidente tanto en el plano dogmático como en el fáctico. En esta tesis, existen posiciones que señalan una diferencia explícita entre ambos, que radica en la aparente dicotomía entre la facultad de castigar e imponer sanciones por parte del Estado que se adscribe al Derecho penal y aquellas obligaciones que tiene éste (el Estado) para asegurar una vida digna de todas las personas que lo conforman.

La posición planteada en el párrafo precedente parte de una falla de origen consistente en atribuir al Derecho penal una *facultad de castigar* a todo aquel que comete una conducta tipificada como delito, siendo precisamente lo opuesto: este tipo de Derecho representa el límite el *ius puniendi* estatal, es decir, establece el marco estricto sobre el cual se puede o no castigar a una persona, consistiendo por ende en una forma de asegurar no sólo el principio de legalidad, sino

también la protección de la persona y la dignidad que le es intrínseca.

De esta forma, a partir de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, del 18 de junio de 2008, paulatinamente se ha buscado eliminar esta visión negativa del Derecho penal y específicamente de su aspecto procedural, a partir de una reestructura integral del sistema de justicia que abarca elementos legislativos, judiciales, institucionales y administrativos, teniendo como eje principal el respeto a los derechos humanos, principalmente de la víctima/ ofendido e imputado.

El proceso formal mixto (denominado también, aunque de forma errónea, inquisitivo) merced a excesos procesales y a actuaciones poco transparente por parte de sus operadores, ha mostrado las deficiencias que prevalecieron en el sistema de justicia penal mexicano durante gran parte del siglo XX e inicios del XXI, lo cual, siendo justos, no puede atribuirse de manera unidireccional a la esfera penal, ya que confluyen diversos elementos que han hecho evidente la necesidad de dar paso a un nuevo sistema de justicia, los cuales expondremos a continuación.

En primer lugar, el proceso formal mixto se desarrolló en una etapa histórica en el cual el país vivía los primeros pasos para la consolidación de un Estado democrático de Derecho, lo cual suscitaba que aun cuando existieran derechos civiles y políticos previstos en la Constitución Federal, en el mundo fáctico la situación era distinta: la hegemonía de un partido único en el poder que controlaba las instancias electorales, limitaban la participación ciudadana y, más importante aún, aquellos que se oponían abiertamente a las actuaciones estatales eran

reprimidos o silenciados por diversos métodos y vías.

En este contexto y sobre todo en las décadas de los setentas y ochentas del siglo pasado, se presentaron una serie de acciones sistemáticas y coordinadas para minimizar los posibles riesgos que traían consigo los opositores al régimen, que se incrustaron en la denominada *guerra sucia*, lo cual generó un desconfianza por parte de la población en las instituciones, además de propiciar un ambiente de impunidad que dejaba en estado de indefensión a la población al momento de acceder a la justicia.

Por otro lado, debemos recordar que de los años 1958 a 1970 se presentó en México el célebre *desarrollo estabilizador*, el cual buscaba consolidar una política económica que lograra un desarrollo económico y social sostenido a partir de los siguientes propósitos:

1) Crecer más rápidamente; 2) detener las presiones inflacionarias; 3) elevar el ahorro voluntario; 4) incrementar la inversión; 5) mejorar la productividad del trabajo y del capital; 6) aumentar los salarios reales; 7) mejorar la participación de los asalariados en el ingreso, y 8) mantener el tipo de cambio.¹

En este sentido y una vez culminado este *desarrollo estabilizador*, se comenzaron a presentar de manera paulatina pero ininterrumpida una serie de crisis económicas en nuestro país (1976, 1982, 1994-1995 y 2008), las cuales no sólo tuvieron un impacto directo en la economía nacional sino que incidieron en otros ámbitos como lo es el sistema de justicia, lo cual se entiende por el aumento de los índices de delincuencia e inseguridad derivados

precisamente de estas crisis, situación que trajo consigo una sobresaturación de la justicia penal y, de manera paralela, mayores niveles de impunidad al fomentar una cultura basada en la corrupción.

Asimismo, debemos considerar que la situación geopolítica de México a partir de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés) en la década de los noventa del siglo pasado, abrió una nueva visión sobre el papel de México en el ámbito internacional, lo cual también se tradujo en la necesidad de impulsar reformas sustantivas en materia jurídica e institucional para hacer frente a los retos que traía consigo un nuevo panorama del país situado en un mundo globalizado.

Finalmente, cabe recordar que a partir de 1990 México ha vivido una transformación radical en lo que respecta al establecimiento de una cultura de respeto a los derechos humanos, ya que en dicho año se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos como organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, convirtiéndose dos años después en un organismo público autónomo, siendo fortalecido en su independencia en 1999 y ampliando sus facultades en el año 2011, en el cual se consolidó la más importante y trascendente reforma en materia de derechos humanos que se ha vivido en nuestro país, sin dejar de mencionar otras acciones fundamentales como la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diciembre de 1998, la firma del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entre otras.

Estos factores, junto a muchos otros fueron trascendentales pero en razón del objetivo de este artículo no pueden ser expuestos aquí, fueron indispensables para pensar en la instauración de un nuevo sistema de justicia penal acorde a los

¹ Tello, Carlos, *Estado y Desarrollo económico: México 1920-2006*, México: UNAM, p. 362.

principios y valores que se buscan impulsar en un Estado democrático de Derecho y de respeto a los derechos humanos, en otras palabras:

Es evidente que nuestro sistema de justicia penal presenta diversos inconvenientes, dificultades y problemáticas que fueron generando, en el ánimo de los gobernados, todo un esquema de inconformidad, de incertidumbre, de inseguridad jurídica, y sobre todo una desconfianza en las autoridades ministeriales, policiales y judiciales.

Frecuentemente se habla de la inseguridad, la impunidad, la corrupción, la incapacidad profesional, como las cuatro circunstancias que fueron convirtiéndose en el punto de referencia de nuestro sistema de justicia penal y que trajeron como consecuencia la búsqueda de un cambio, pues era necesario acabar con estos aspectos que evidentemente generaron un ambiente de retroceso en el tema de justicia penal; pero lo que tenemos que reflexionar es *¿por qué llegamos hasta este punto?*, *¿quienes participan en el ejercicio del poder punitivo fueron los que nos llevaron a esa conflictiva?* Dichas interrogantes son válidas, porque al final de cuentas quien construye la política criminal, quien aplica la norma, quien lleva a cabo la definición de la utilización del Derecho penal o del sistema de justicia penal en general, es el propio Estado, y especialmente, a quienes se les ha delegado el poder dentro del que se encuentra el punitivo.²

Ahora bien y retomando una de las interrogantes planteadas en la cita previa: “*¿por qué llegamos hasta este punto?*”, consideramos que la necesidad de un nuevo sistema de justicia penal se debió, en gran medida, a la necesidad de aproximar la esfera del Derecho penal con los derechos humanos, lo cual nos es menor si atendemos el

² Mirón Reyes, Jorge Antonio (2015), “Los principales retos de la reforma penal para una debida protección de derechos humanos en México”, en *Reflexiones en torno al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Coord. José Héctor Carreón Herrera, México: INEPPA, pp. 40-41.

tipo de bienes jurídicos que tutelan cada uno de su propio ámbito.

Así las cosas, el presente escrito tiene como finalidad trazar un puente entre el Derecho penal y los derechos humanos, a partir del papel que tiene la víctima en el proceso penal acusatorio (en adelante PPA o proceso penal), considerando de manera necesaria las obligaciones en materia de derechos humanos que tiene el Estado con respecto a la víctima.

De esta forma, el guion que se seguirá para tal efecto es el siguiente: en primer lugar se expondrá el concepto de derechos humanos y las distintas variables que devienen del mismo; paso seguido, se analizará la figura de la víctima en el proceso penal, partiendo desde su consideración nominativa, para finalmente desarrollar la importancia que tiene la salvaguarda de los derechos de la víctima en el marco del PPA.

2. Derechos humanos

Debemos partir de una consideración que se encuentra inmersa en la naturaleza misma de los derechos humanos:³ cuando nos referimos a este tipo de derechos nos encontramos ante un concepto polisémico, que difícilmente puede rechazar las interpretaciones que se hagan sobre ellos; en otras palabras, “en la actualidad, existen numerosos conceptos que han tratado de consignar [...] una definición de los derechos

³ A lo largo del documento se hará un uso indistinto de los términos *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, al considerarse que ambos son homónimos y que la aparente diferenciación conceptual que algunos autores operan sobre ella, no resulta esencial para comprender sus implicaciones y que además, representa más un ejercicio retórico de tecnicismo jurídico, lo cual impide la socialización de sus contenidos a un grupo mayor que los asociados con las normas.

humanos. De tal forma, la importancia de establecer una connotación adecuada de los derechos humanos es necesaria para diferenciarla con otro tipo de derechos con los que pudieran confundirse”.⁴

En este sentido, la aparente vaguedad conceptual que reviste a los derechos fundamentales nos permite encontrar una multiplicidad de definiciones sobre las cuales podemos operar su contenido teórico y práctico, tal como se hará patente a continuación.

Como ejemplo de lo anterior, podemos partir del análisis de algunas definiciones que han sido propuestas por autores de diversas latitudes y concepciones jurídicas diferentes; así, una primera consideración es la propuesta por Luigi Ferrajoli en su obra *Derechos y garantías*, para el cual una definición teórica de los mismos es la que se expone a continuación:

[...] son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status*, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁵

La definición propuesta por Ferrajoli nos brinda un panorama sobre el sujeto al cual se adscri-

ben los derechos, o en otros términos, el titular de los mismos, plasmando además una visión sobre la subjetividad que permea precisamente a este tipo de derechos, los cuales, en palabras de Robert Alexy, se traducen en un tipo de norma específica ya que “siempre que alguna gente tiene un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le atribuye este derecho”.⁶

La visión de Alexy se contrapondría con la planteada por Antonio Carrillo Flores para el cual “[...] lo que llamamos derechos humanos, aunque interesa —y mucho— a los juristas rebasan su disciplina, porque si bien numerosos de ellos tienen —o tendrán— la forma de reglas jurídicas, otros son simplemente valores, aspiraciones de justicia social en el marco de una o varias culturas”.⁷ Rescatando esta idea en diálogo con la postura de R. Alexy, podemos observar que existe una contraposición clara: por un lado, el autor alemán marca la interrelación entre derechos humanos con una norma positiva que hace exigible ese derecho, mientras que la posición de Carrillo es tendiente a inscribirlos en el ámbito de la moral, extendiendo sus implicaciones a otras esfera no jurídicas.

Sin establecer una postura a favor de uno u otro autor, se debe conceder que (siguiendo a Carrillo Flores) los derechos humanos efectivamente tienen un impacto e injerencia directa en otros ámbitos más allá de lo legal, como lo podría ser en la sociología, la política y la filosofía; no obstante lo anterior, también es cierto que este tipo de derechos deben encontrarse positivados

⁴ Mirón Reyes, Jorge Antonio (1996), “Conceptualización de los derechos humanos”, en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI*, México: Inacipe, 1996, p. 206.

⁵ Ferrajoli, Luigi (2010), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, p. 37.

⁶ Alexy, Robert (2014), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 31.

⁷ Carrillo Flores, Antonio (1986), “La naturaleza de los derechos humanos”, en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 1, vol. IV, enero-marzo de 1986, México: PGR-PGJDF-Inacipe, p. 104.

y bajo ninguna manera considerarlos únicamente como valores culturales, ya que romperíamos con el principio de universalidad que subyace en los mismos y, más importante aún, del medio para exigirlos.

De esta forma, una visión adicional sobre el concepto de derechos humanos sería la expuesta por Liborio L. Hierro, para el cual:

Estos derechos pueden definirse [...] como aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico. Desde el punto de vista de que cualquier ser humano es, como agente moral, titular de los derechos subjetivos necesarios para realizarse como tal agente moral, las cuestiones suscitadas por el concepto de justicia se resuelven, todas ellas, a partir del mismo principio. Se asume, en primer lugar, que la justificación de la existencia de un orden legal deriva de que es necesario para el desarrollo de la autonomía individual [...]; se asume, en segundo lugar, que la justificación (o legitimidad) de la competencia normativa deriva de la autonomía de los destinatarios de las normas (del consentimiento); y se asume, por fin, que las normas son justas si y sólo si tienen como contenido la protección y la promoción de esa misma autonomía.⁸

Tomando en consideración esta última definición, así como aquellas que han sido citadas en párrafos que anteceden al presente, proponemos la siguiente que, además, servirá de guía para el desarrollo ulterior del escrito; de esta forma, los derechos humanos pueden ser com-

prendidos como *derechos esenciales, subjetivos e inalienables, que tutelan libertades fundamentales, aseguran la igualdad y garantizan la satisfacción de mínimos necesarios para una vida digna*. A continuación analizaremos la estructura y contenido de la definición propuesta con antelación.

En primera instancia los *derechos humanos* son normas jurídicas, lo cual puede resultar una obviedad pero dada su naturaleza y al encontrarse íntimamente ligados a otras esferas de la vida social, es importante retomar su contenido legal; asimismo, debemos considerar que guardan una estructura definida que podría traducirse en la siguiente fórmula:

A tiene derecho a X, el cual será garantizado por E al encontrarse regulado en C.

Por ejemplo:

Ezequiel tiene derecho a la libertad de circulación, el Estado debe garantizarlo conforme lo prevé el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El ejemplo anterior nos permite observar que los derechos humanos poseen un sujeto que los ejerce pero, e igual de importante, existe un sujeto obligado a asegurar su cumplimiento que en este caso son las autoridades de los tres órdenes y niveles de gobierno, es decir, el Estado. Lo anterior no resulta mínimo si consideramos que son precisamente los servidores públicos aquellos que pueden *vulnerar o violentar* derechos fundamentales, lo cual se hace visible en la definición de violación de derechos humanos prevista en la Ley General de Víctimas, que en su artículo 6, fracción XIX señala lo siguiente:

⁸ Hierro, Liborio (2002), "El concepto de justicia y la teoría de los Derechos", en *Estado, justicia, derechos*, Coord. Elías Díaz y Luis Colomer, Madrid: Alianza, pp. 32-33.

Violación de derechos humanos: Todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales, cuando el agente sea servidor público en el ejercicio de sus funciones o atribuciones o un particular que ejerza funciones públicas. También se considera violación de derechos humanos cuando la acción u omisión referida sea realizada por un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente por un servidor público, o cuando actúe con aquiescencia o colaboración de un servidor público.

Como puede advertirse, las conductas de los servidores públicos que atentan contra los derechos humanos previstos en la Constitución Federal o los tratados internacionales⁹ son consideradas como violaciones de este tipo de derechos, lo cual también se suscita cuando existe un incumplimiento de las obligaciones estatales en la materia, mismas que referiremos más adelante.

Ahora bien y siguiendo el curso de la argumentación planteada en párrafos precedentes, tenemos que además de constituirse como derechos en el sentido estricto del término, son de una naturaleza particular, ya que se constituyen como *esenciales* e *inalienables*; en el primer caso, tenemos que se encuentran dirigidos o destinados a la persona, entendiendo a ésta como todo ser humano acorde a lo dispuesto por el artículo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰ Así, debemos considerar

que son esenciales en función de formar parte de la naturaleza moral y jurídica de la persona, anteriores por ende al Estado pero dependiendo obviamente de que éste los reconozca; asimismo, al encontrarse ligados de manera *inherente* a la persona, todo sujeto puede identificar en el otro un ente con derechos iguales a los que posee, es decir y en palabras de Jean-Francois Lyotard: “lo que hace a los seres humanos semejantes es el hecho de que cada ser humano lleva consigo la figura del otro”.¹¹

Por otro lado, la inalienabilidad de los derechos fundamentales se asocia con el hecho de que sus titulares no pueden *enajenarlos* o renunciar a ellos, aun cuando ésta sea su voluntad. En otros términos, este tipo de derechos no es disponible para ningún sujeto y, por ende, ni siquiera para su propios titulares, los cuales pueden optar por no ejercerlos, pero se encuentran impedidos a declarar su renuncia plena a ellos. En el caso de la legislación nacional encontramos un ejemplo que puede ayudarnos a comprender esta posición: el artículo 5 de la Constitución Nacional, señala en su párrafo quinto que “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”, advirtiéndose que no sólo la persona se encuentra impedida a celebrar acuerdos que revoquen la titularidad de sus derechos, ya que el Estado se encuentra obligado a evitar y dar validez a figuras jurídicas que permitan esta situación.

⁹ Entendiéndose por Tratado “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, inciso a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, diferenciándose de los instrumentos declarativos, los cuales no son vinculantes para los Estados.

¹⁰ Se establece esta acotación por mor de las diferentes corrientes que atribuyen derechos humanos no sólo a la persona física, sino también a las morales e incluso a los animales. Si bien es un debate que vale la pena

retomar por su trascendencia doctrinal, no se estima conveniente desarrollarlo en el presente trabajo al exceder la intención que pretende.

¹¹ Lyotard, Jean-Francois (1998), “Los derechos de los otros”, en *De los derechos humanos*, Madrid: Trotta, p. 137.

En lo concerniente a las libertades fundamentales, debemos considerar en un primer momento que la libertad se entiende como la carencia de limitantes externas sobre la voluntad personal, siendo entendida bajo dos vías: una positiva (hacer) y otra negativa (no hacer).

Ahora bien, los derechos humanos no sólo remiten a un aspecto interrelacionado con la libertad, la cual es parte fundamental del desarrollo de la personalidad de cada ser humano, pero si tenemos que la condición de cada sujeto es diferente por condiciones sociales, culturales y económicas, las cuales marcan una diferencia sustancial con respecto a la posibilidad de ejercer o exigir derechos, es indispensable que el tipo de derechos que hemos venido trabajando no sólo se encuentren referidos a un ámbito relacionado con la voluntad, sino que también aseguren que todas las personas sean tratadas de la misma forma sin considerar sus diferencias adjetivas o no sustanciales, es decir, se vinculan con la igualdad que puede ser analizada en tres esferas:

1. Igualdad formal: Aquella que asegura el mismo trato y aplicación de la ley a todas las personas, lo cual garantiza a su vez que no exista un detrimento al ejercicio de derechos por razones como la edad, nacionalidad, preferencia sexual, situación económica, raza, sexo, entre otras. Un ejemplo de este tipo de igualdad la encontramos en el párrafo primero del artículo 4 de la Constitución Federal cuando señala que “El varón y la mujer son iguales ante la ley” o en el numeral 12 del mismo ordenamiento: “En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país”. En ambos casos, se establece una aplicación

indiferenciada de la ley, aunque en dos sentidos: en el primer supuesto, remitiendo a asegurar una igualdad de género; y en el segundo, buscando evitar que exista un trato privilegiado a un grupo determinado.

2. Igualdad material: Aun cuando existe una igualdad en sentido formal que asegura la misma aplicación de la ley, es evidente que en las sociedades actuales se presenta una marcada diferencia entre las personas, la cual se presenta por diversos factores como son la economía, la cultura, la política, el diseño arquitectónico de las calles, entre otros, lo cual conlleva a que determinados grupos de personas se vean impedidos a ejercer de manera plena los derechos que les son inherentes, por ejemplo, una persona en silla de ruedas se encuentra en serias dificultades para cruzar de una acera a otra si no existen rampas o, en un supuesto en materia penal, una persona sin recursos económicos se encontrará en desventaja en un proceso al no tener dinero suficiente para contratar un abogado. En este orden de ideas, es necesario que las autoridades estatales intervengan para generar condiciones de igualdad que permitan ejercer y exigir los derechos; retomando los ejemplos planteados, en el primer caso se deben acondicionar calles y aceras accesibles para personas que padecen alguna discapacidad; mientras que en el segundo de ellos, es imprescindible facilitar el acceso a una defensa para asegurar la igualdad entre las partes conforme lo prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales.
3. Igualdad procesal: La última de las esferas de igualdad se encuentra dirigida al ámbito procesal, lo cual no sólo se limita a la mate-

ria penal ya que abarca todo tipo de proceso, pero también es cierto que en dicho ámbito (el penal) es posiblemente donde adquiere mayor visibilidad en razón de ligarse al Estado como parte acusadora.¹² En este sentido, la igualdad procesal en el marco del proceso penal acusatorio es fundamental para que éste alcance la finalidad y objetivos que persigue, lo cual se liga a su vez al principio de contradicción que subyace al citado proceso y el cual implica que ambas partes podrán “[...] conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte...”.¹³ En este sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé en sus artículos 10 y 11 la igualdad ante la ley, así como entre las partes respectivamente.

Ahora bien y con el propósito de agotar los elementos de la definición de derechos humanos que hemos propuesto, es imprescindible señalar que esta clase de derechos no sólo se encuentran dirigidos a asegurar un espacio propicio para que las libertades fundamentales puedan desarrollarse en un marco de igualdad ya que, de la misma forma, deben encaminarse a lograr que las personas vean satisfechas un conjunto de necesidades mínimas que resultan imprescindibles para asegurar su existencia, como lo son la vivienda, alimentación, el vestido, la educación, el agua, entre otras, pero siempre teniendo presente que la referencia al mínimo no debe ser entendida como limitativa sino ligada a una vida digna.

¹² Aunque es imprescindible considerar que en el proceso penal acusatorio existe la figura denominada *acción penal privada*, la cual tiene su fundamento en el segundo párrafo del artículo 21 constitucional, en donde se establece que “El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

¹³ Artículo 6, Código Nacional de Procedimientos Penales.

Este último punto es fundamental, ya que la satisfacción de los mínimos aludidos no debe interpretarse en el sentido de garantizar únicamente el derecho, sino que el elemento a través del cual éste se materializa (por ejemplo, el agua) debe ser suficiente para que la persona pueda llevar una vida acorde a sus necesidades y deseos, y que a la par permita su libre y pleno desarrollo.

Ahora bien, hemos señalado en párrafos anteriores que el Estado es el sujeto obligado con respecto a los derechos humanos, lo cual implica que sus actuaciones deben encontrarse ligadas a principios, obligaciones y deberes específicos, los cuales en el caso de la Constitución Federal se encuentran consagrados en el párrafo tercero del artículo 1º del ordenamiento citado, las cuales se desarrollarán a continuación:

2.1. PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala la existencia de cuatro principios que rigen a los derechos humanos en el territorio nacional, para los cuales sirven a su vez como directrices de las actuaciones estatales en la materia.

En esta tesisura, el principio de universalidad es posiblemente uno de los más conocidos por encontrarse dirigido a los sujetos titulares de los derechos; así, debemos recordar que universalidad deviene del vocablo latino *universalis* que puede traducirse como característico de todos los elementos de un conjunto, que en el caso que nos ocupa son todas las personas, sin importar sus condiciones no esenciales, como la nacionalidad, raza, profesión de fe, pertenencia étnica, entre otras.

No obstante lo anterior, debemos considerar que la universalidad de los derechos fundamentales no se reduce a una concepción sobre la titularidad de los mismos, ya que de igual forma debe entenderse que no basta con tener reconocido el derecho sino también en que existan posibilidades reales y efectivas para poder disponer o materializar su contenido por parte de todas las personas; en otras palabras:

[...] la universalidad, desde un punto de vista práctico, debe permitir la ampliación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por esos mismos derechos. Los criterios de interpretación y aplicación deben responder a este principio general, que pretende cubrir a la mayor cantidad de titulares de derechos bajo su protección. Lo anterior implica que debe mirarse tanto a quienes directamente se busca proteger como a las demás personas, especialmente a las más desprotegidas. El principio de universalidad de los derechos humanos puede servir como un marco conceptual de inclusión de culturas y de los más desventajados.¹⁴

Ahora bien, el principio de interdependencia puede ser comprendido como aquel que determina la interconexión que prevalece entre los derechos humanos, es decir, el ejercicio de un derecho generalmente incide en la materialización de otros; de igual forma, la vulneración o afectación de alguno de ellos tiene repercusiones directas en otro u otros que se encuentran relacionados con el afectado. Como ejemplo: el derecho a la educación permite el cumplimiento del derecho al desarrollo y a la información; en el supuesto de vulneración, una detención arbitraria afecta los derechos procesales y civiles de la persona que ve restringida su libertad personal. En otros términos:

La interdependencia comprende, al menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir, y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependientes para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos impactará en el otro(s) y/o, viceversa. De tal forma que la protección del derecho a la salud no puede quedar al margen de una revisión de otros derechos condicionantes, como la alimentación y el acceso al agua. Otro ejemplo, los derechos políticos (a votar, ser votado, dirigir los asuntos públicos y participar en la función pública) no debe mirarse de manera independiente de los derechos a la libertad de asociación, libertad de expresión e igualdad y no discriminación. Este grupo de derechos tiene una relación mutuamente dependiente.¹⁵

Siguiendo el desarrollo de los principios, el de indivisibilidad —que siguiendo a Sandra Serrano y Daniel Vázquez guarda una relación estrecha con el de interdependencia descrito con antelación— nos remite a comprender los derechos humanos desde una unidad de sentido, esto es, no pueden fragmentarse o considerarse como ajenos entre sí, o en palabras de los autores referidos con antelación:

El principio de indivisibilidad, por su parte, implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos los derechos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia, sino porque de una forma u otra ellos forman una sola construcción. Por tanto, si se realiza o se viola un derecho, impactará en los otros derechos, más allá de si existe o no una relación de dependencia inmediata entre ellos. La idea central es que la concreción de los derechos sólo puede alcanzarse mediante la realización conjunta de todos ellos.¹⁶

¹⁴ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel (2012), "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México: Porrúa, p. 147.

¹⁵ Op. cit., p. 153.

¹⁶ Ibidem, p. 155.

Finalmente, el principio de progresividad puede ser entendido como aquel que permite conocer los derechos fundamentales desde una visión prospectiva y no regresiva, con lo cual se quiere hacer patente que los derechos humanos una vez reconocidos no pueden ser eliminados o reducidos a un contenido; en otras palabras, si bien el Derecho se adecua o sigue el camino trazado por el contexto (sea éste temporal, político, social, entre otros), en materia de derechos humanos siempre debe tenerse presente que el contenido de éstos en todo momento debe mantenerse o mejorar. Así, la progresividad “constituye una obligación del Estado para asegurar el progreso en el desarrollo constructivo de los derechos humanos, al mismo tiempo, implica una prohibición para el Estado respecto a cualquier retroceso respecto a los mismos”.¹⁷

Teniendo presente lo anterior, a continuación nos avocaremos a desarrollar lo que significan las obligaciones que tiene el Estado en materia de derechos humanos, así como sus implicaciones inmediatas y mediatas.

OBLIGACIONES ESTATALES

En un primer momento, debemos rescatar la idea referente a las obligaciones que tienen las autoridades en materia de derechos humanos, las cuales se prevén en el artículo 1º de la Carta Magna y son cuatro, a saber: respetar, proteger, garantizar y promover. Es importante señalar que estas obligaciones, estipuladas en el ordenamiento jurídico nacional desde el 10 de junio del año 2011, son vinculatorias para todos los servidores públicos de los tres órdenes y niveles

de gobierno, lo cual incluso marca un avance con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su primer numeral sólo prevé dos tipos de obligaciones o compromisos por parte de los Estados (respeto y garantía); de esta forma debemos recordar que:

Las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos corren a cargo de todos los Poderes, incluso considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia ciertos derechos. A partir de tales deberes generales, podemos afirmar que las autoridades de todos los niveles de gobierno también tienen la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho.

[...]

En otras palabras, las autoridades de todos los niveles no solamente deben respetar los derechos mediante conductas de abstención, sino que deben hacer todo lo que está a su alcance para lograr la eficacia plena de los derechos, sin poder esgrimir ningún tipo de estructuración competencial para dejar de tomar medidas a favor de los éstos.¹⁸

Como se advierte, las autoridades tienen que materializar conductas (acciones u omisiones) que permitan a las personas ejercer los derechos que se encuentran reconocidos en la legislación (ya sea nacional vía la Constitución o internacional por medio de los tratados internacionales) o, en caso de vulneración, prever los mecanismos para exigirlos, lo cual es viable a través de las obligaciones aludidas.

¹⁷ Consultado en línea en http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos (el 30 de marzo de 2016).

¹⁸ Carbonell, Miguel (2013), “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, en *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México: Porrúa, p. 68.

La primera de ellas (con lo cual no se pretende establecer una jerarquía) es la obligación de garantizar, que implica la necesidad de que el Estado genere los instrumentos y mecanismos ideales para que las personas se encuentren en posibilidad de ejercer o, en su caso, de exigir los derechos humanos que les reconoce la Constitución Federal. Bajo esta tesis, la garantía sobre este tipo de derechos implica “[...] la creación de la maquinaria institucional para tomar medidas y [...] la provisión de bienes y servicios para satisfacer los derechos; mientras que algunas serán de carácter inmediato, otras serán progresivas”.¹⁹

Por otro lado, la obligación de respetar conlleva la abstención de materializar conductas (acciones u omisiones) por parte de las autoridades (servidores públicos) que puedan vulnerar o poner en riesgo derechos humanos, los cuales pueden ser interpretados como un límite infranqueable a los actos de autoridad; en otras palabras, respetar implica que el Estado no debe, bajo ninguna circunstancia, interferir en el ejercicio o exigencia de los derechos de las personas, por ejemplo, no llevar a cabo conductas como la tortura, desaparición forzada, ejecuciones extra-judiciales o cualquier otra que viole derechos humanos.

De manera correlativa pero en sentido opuesto a la anterior, la obligación de proteger radica en que las autoridades de los tres poderes y niveles de gobierno, se encuentran compelidas a intervenir de manera inmediata en caso de presentarse una violación o posible vulneración de derechos humanos ya sea por particulares u otras autoridades, para con ello asegurar el mantenimiento del disfrute del derecho.

¹⁹ Serrano, Sandra y Vázquez Daniel (2013), *Los derechos en acción*, México: FLACSO, p. 72.

Finalmente, la última obligación a desarrollar es la de promover, que puede entenderse bajo dos vías: la primera de ellas, refiere que el Estado se encuentra compelido a dar a conocer tanto los derechos como su contenido a las personas que habitan en su territorio (así como aquellas que ingresarán al mismo, si atendemos a la manera en cómo se estructura el derecho a la libertad de circulación); en un segundo momento, esta obligación establece que no sólo basta difundir los derechos humanos, sino también incentivar su ejercicio.

Una vez expuestos las obligaciones en materia de derechos fundamentales, las cuales deben ser observadas por todas las autoridades en el ámbito de sus atribuciones, competencias y posibilidades, a continuación desarrollaremos los deberes estatales: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

DEBERES ESTATALES

El cumplimiento de las obligaciones que hemos desarrollado en el apartado anterior asegura el mantenimiento de un Estado constitucional y democrático de Derecho, preservando la integridad y dignidad de las personas; no obstante ello, es preciso reconocer que al momento de presentarse la falta de cumplimiento de una de ellas (de las obligaciones) o su deficiente cumplimiento, pueden generarse violaciones a los derechos humanos, lo cual perjudica no sólo a un individuo, sino a la colectividad por ser derechos cuyos titulares son todos y todas.

Teniendo presente lo anterior, el Estado, como primer deber en la materia, tiene que *prevenir* que se susciten violaciones a los derechos humanos, lo cual se traduce en cumplir con las obli-

gaciones aludidas, impedir que se materialicen conductas que puedan ubicarse bajo este rubro y, más importante aún, limitar sus actuaciones en beneficio de la población; de esta forma es posible lograr la prevención aludida, aunque resulta obvio que conlleva una serie de adecuaciones legislativas, transformaciones institucionales y generación de una cultura de respeto a los derechos fundamentales por parte de los servidores públicos, lo cual puede ser de carácter inmediato y mediato, dependiendo del caso concreto.

Ahora bien, en caso de que no pueda lograrse la prevención de las violaciones a los derechos humanos, es deber de las autoridades competentes el *investigar* las conductas que propiciaron la aludida violación, la cual puede tener tres vías:

- 1) Investigación de corte administrativo, en el cual entrarían en juego instancias como la Secretaría de la Función Pública o las Contralorías de las entidades federativas, en las cuales puede deslindarse la responsabilidad administrativa conducente y, en caso de conductas atribuibles a miembros de instituciones de Seguridad Pública, a los Consejos de Honor y Justicia (para integrantes de instituciones policiales), así como a las Visitadurías (personal adscrito a las Procuradurías o Fiscalías).
- 2) Investigación de corte ministerial, que implicaría seguir un proceso ante la institución del Ministerio Público (federal o de las entidades federativas) y que puede devenir en un proceso penal; sobre este punto es importante señalar que la investigación sería no por una violación de un derecho humano, sino por una conducta tipificada como delito, aunque es preciso señalar que existen

delitos que coinciden con violaciones a este tipo de derechos, pensemos en la tortura, la desaparición forzada, ejecución extrajudicial, entre otras.

- 3) Investigación ante un organismo público autónomo de protección a los derechos humanos (comúnmente conocidas como Comisiones de Derechos Humanos), el cual es de naturaleza administrativa aunque diferente a la seguida ante las Contralorías, por la naturaleza autónoma que les brinda la Constitución Federal, siendo importante señalar que ante este tipo de instancias puede devenir como resultado una *recomendación pública no vinculatoria*, es decir, no tienen poder coercitivo, aunque a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, se brinda la posibilidad de que dichos organismos puedan citar a comparecer ante el Congreso (federal o local) a las autoridades que no acepten los puntos recomendatorios.

En esta tesis es preferible que la investigación de violaciones a los derechos humanos, al parecer del autor, se realice por las tres vías a efecto de agotar todos los medios posibles; sobre el particular, debemos recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, se pronunció sobre el particular de la siguiente forma:

183. La Corte reitera que la obligación de investigar violaciones a los derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a

ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles, y ser orientada a la determinación de la verdad. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos. De otra parte, este Tribunal ha advertido que esta obligación se mantiene “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”.²⁰

Ahora bien, la investigación tiene como objetivo esclarecer los hechos que ocasionaron la violación a los derechos fundamentales, ubicar a los responsables, tras lo cual seguiría el siguiente deber consistente en imponer una *sanción o pena* de carácter administrativo o penal, que en este último caso correspondería a una autoridad jurisdiccional, al ser constitucionalmente la única facultada para tal efecto.

Sobre este punto es preciso detenernos un momento, debido a que los organismos públicos autónomos de protección a los derechos humanos, al no contar con facultades de sancionar, pueden apelar a otra competencia que les otorga la nor-

ma máxima, consistente en denunciar ante las autoridades competentes hechos que constituyen violaciones a derechos fundamentales, para que con ello se siga un procedimiento en el cual pueda aplicarse una sanción o pena a los responsables, ya que en caso contrario no existirían sanciones por la conducta materializada.

Es precisamente en este punto, en el cual comenzamos a visibilizar un puente que se traza entre los derechos humanos y el Derecho penal, ya que las autoridades ligadas a esta última esfera pueden entrar en juego para iniciar un proceso que tenga como resultado, además de una investigación y el posterior esclarecimiento de los hechos, una sanción a los responsables de violaciones a los derechos fundamentales.

Finalmente, el deber de *reparar* las violaciones a los derechos humanos se constituye como uno de los principales objetivos del Estado, la cual tiene que ser de carácter integral y no parcial, comprendiendo las siguientes medidas que son desarrolladas en el Título Quinto de la Ley General de Víctimas vigente: 1) restitución, 2) rehabilitación, 3) compensación, 4) satisfacción y 5) no repetición.

En esta tesitura, la reparación integral que incluyen las medidas, no es privativa de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, en razón de que tanto la Constitución Federal (artículo 20, apartado “C”, fracción IV) como el Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 109, fracción XXV) lo señalan como uno de los derechos que posee la víctima u ofendido del delito, lo cual representa una de las principales características del proceso penal acusatorio, en la cual la víctima tiene un papel fundamental, a diferencia del que se le otorgaba en el proceso formal mixto.

²⁰ *Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm., 277, párrafo 183.*

No obstante lo anterior, cabe plantearse las siguientes interrogantes: ¿qué se entiende por víctima en el PPA? y ¿quién sería entonces el ofendido?, respuestas que habremos de atender en el siguiente apartado.

La víctima en el proceso penal acusatorio

En primera instancia, debemos reconocer que antes del año 2008 la víctima u ofendido del delito tenía un papel secundario en el marco del proceso penal, aun cuando “[...] en sus inicios, el Derecho y el procedimiento penal tenían a la víctima en el centro de su interés; sin embargo con la idea moderna de resocialización, el delincuente asciende al primer plano y el papel de la víctima se reduce casi exclusivamente a un medio de prueba”.²¹

En esta tesitura y en el marco de la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública del 18 de junio de 2008, la víctima vuelve a cobrar una posición cardinal en el ámbito penal, toda vez que en la modificación constitucional aludida “se incorporaron, a favor de la víctima o persona ofendida, derechos fundamentales tan importantes como intervenir personalmente o a través de su representante legal en el curso del proceso; presentar, cuando así lo considere conveniente, los recursos de impugnación que establezca la ley procesal; que se le garantice de forma efectiva su protección personal a través de la implementación de providencias precautorias, e inclusive solicitar medidas cautelares para la protección y restitución de sus derechos”.²²

²¹ González Pérez, Luis Raúl (2015), “Sujetos del procedimiento y sus auxiliares”, en *Código Nacional de Procedimientos Penales. Comentado*, México: SEP, p. 86.

²² Carreón Herrera, José Héctor y Carreón Perea, Héctor (2013), “La víctima, ¿invitado de piedra en el proceso penal acusatorio mexicano?”

Es así, que la víctima u ofendido del delito a partir de la reforma aludida, comienza a recobrar la importancia que tiene en el proceso penal al ampliarse los derechos que posee, mismos que desde el año de 1993 han sido reconocidos a partir de múltiples reformas constitucionales, pero que es hasta el octavo año de la primera década del siglo XXI cuando adquieren una connotación particular.

El reconocimiento de tales derechos, no sólo implica establecer una serie de prerrogativas que tiene la víctima u ofendido del delito, sino que muchos de ellos se encuentran encaminados a brindarle un papel preponderante en el marco del proceso, es decir, a maximizar su posición como *sujeto procesal*, condición que se materializa de manera evidente en el artículo 105 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al señalar en primer lugar a la víctima u ofendido como un *sujeto del procedimiento*, incluyéndose bajo esta categoría a su *asesor jurídico*.

En este orden de ideas, tenemos que la víctima u ofendido es un *sujeto del procedimiento*, pero además es importante acotar que por víctima se entenderá al “sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito”, lo cual se puede leer en el artículo 108 del CNPP.

Sobre este punto, se observa una diferencia entre la *victima* y el *ofendido*, los cuales no son figuras homologables o mutuamente identificables.

en *DFensor. Revista de derechos humanos*, Número 1, enero 2013, México: CDHDF, p. 42.

bles, no sólo por la manera en que recienten la conducta delictiva (de manera inmediata o media respectivamente), sino porque en el primer caso nos referimos exclusivamente a *seres humanos*, mientras que en la categoría de ofendido su ubican también personas morales.

Aunado a lo antes expuesto, dicha definición de víctima contrasta (aunque no de manera tajante) con la estipulada en el artículo 4 de la Ley General de Víctimas, que a los efectos prevé lo siguiente:

Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea Parte.

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.

Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima, ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.

Como puede apreciarse, la Ley General de Víctimas no sólo incluye a las víctimas del delito en su definición, sino también a las de violaciones a los derechos humanos, y prefiere contemplar la figura de *victima indirecta* en lugar de la de *ofendido*, debiendo ser éstas forzosamente personas físicas y no morales, lo cual genera por obvias razones un distanciamiento con la esfera penal.

Lo anterior no carece de relevancia si además consideramos que nos ubicamos bajo dos catego-

rías distintas para el tratamiento de la víctima derivado de un par de normatividades que les reconocen derechos, pero que además les otorgan una conceptualización propia no reducible a la otra. En el siguiente cuadro se expone el punto anterior de manera más visible:

<i>Código Nacional de Procedimientos Penales</i>	<i>Ley General de Víctimas</i>
Víctima – Ofendido	Víctima – Víctima indirecta
Se circumscribe exclusivamente al ámbito penal	Materia penal como los derechos humanos
Víctima: persona física; Ofendido: persona moral	Víctima directa e indirecta: persona física.

Ahora bien, un punto más a resaltar cuando ponemos en juego ambas normatividades (Ley General de Víctimas y Código Nacional), es que en ambos casos encontramos derechos específicos para las víctimas del delito, lo cual es obvio para el caso del CNPP pero no tan inmediatamente referible para la legislación específica en materia de víctimas, la cual contempla tanto derechos en lo general (artículo 7) como de las *víctimas en el proceso penal*, consagrados en el Capítulo IV de la Ley General de Víctimas (artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17).

En el caso del Código Nacional de Procedimientos Penales, los derechos de la víctima y del ofendido se encuentran consagrados en las 29 fracciones que componen su artículo 109, aunado a los derechos reconocidos en el Capítulo II de dicha legislación que lleva por título *Derechos en el procedimiento*, los cuales son también aplicables a la persona imputada.

Sobre este punto vale la pena detenernos para efectuar un análisis sobre ambas normatividades a la luz de un derecho en específico y con ello poder darnos una idea sobre la complementariedad o diferencia entre ellas, para lo cual nos basaremos en el derecho a la reparación del daño.

Como ya habíamos señalado en párrafos precedentes, la Constitución Federal contempla el deber del Estado de asegurar la reparación en su artículo 1º, lo cual se fortalece con lo dispuesto en la fracción IV del apartado C, del artículo 20 constitucional, que estipula lo siguiente: “Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria”.

Bajo esta tesis, observamos que la Constitución prevé la reparación del daño a la víctima del delito, a la par que establece como una obligación por parte de la autoridad facultada (el Ministerio Público) el solicitarla; en este mismo sentido, el CNPP señala en su artículo 109, fracción XXIV, que es un derecho de la víctima u ofendido el que “se le repare el daño causado por la comisión del delito, pudiendo solicitarlo directamente al órgano jurisdiccional, sin perjuicio de que el Ministerio Público lo solicite”, previendo además dicha legislación que es una obligación del Ministerio Público el solicitar el pago de la reparación del daño (fracción XXII, artículo 131 del Código Nacional), con lo cual existe concordancia entre la CPEUM y el CNPP sobre este rubro, aunque de manera sesgada ya que en este último no se prevé lo que sucede cuando se presenta una sentencia condenatoria.

En el mismo sentido, pero con una diferencia sustancial, encontramos también tutelado el derecho en mención en la Ley General de Víctimas, la cual contempla en la fracción II de su numeral 12 que las víctimas tiene derecho a que:

[...] se les repare el daño en forma expedita, proporcional y justa en los términos a que se refiere el artículo 64 de esta Ley y de la legislación aplicable. En los casos en que la autoridad judicial dicte una sentencia condenatoria no podrá absolver al responsable de dicha reparación. Si la víctima o su asesor jurídico no solicitan la reparación del daño, el Ministerio Público está obligado a hacerlo.

La diferencia sustancial de la Ley de Víctimas con respecto a la disposición Constitucional y lo previsto en el Código Procesal, radica en la invocación del artículo 64 de la propia Ley para acotar la manera en que debe materializarse la reparación del daño, situándonos bajo un aspecto ciertamente innovador ya que no sólo se menciona la reparación sino que ésta tiene que darse bajo aspectos concretos, principalmente en el ámbito compensatorio. En este sentido, el mencionado artículo 64 refiere que:

La compensación se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluable que sean consecuencia de la comisión de los delitos a los que se refiere el artículo 68 de este ordenamiento o de la violación de derechos humanos, incluyendo el error judicial, de conformidad con los que establece esta Ley y su Reglamento...

La dirección que el mencionado artículo 64 marca para observar el numeral 68 de la Ley General de Víctimas, hace necesario invocar el contenido de este último a efecto de no perder claridad al respecto, motivo por el cual a continuación se transcribe dicha disposición:

La Federación y las entidades federativas compensarán de forma subsidiaria el daño causado a la víctima de los delitos considerados como graves en el ámbito de su competencia en aquellos casos en que la víctima haya sufrido daño o menoscabo a su libertad, o si la víctima directa hubiera fallecido o sufrido un deterioro incapacitante en su integridad física y/o mental como consecuencia del delito.

Con este matiz, podemos ver que la Ley General de Víctimas al brindar un contenido normativo a la reparación del daño, tutela en mayor medida este derecho posicionándose por encima de la Constitución Federal o el Código Nacional de Procedimientos Penales; no obstante lo anterior, debemos ser cautelosos sobre este punto, ya que en un primer momento dicha legislación general acota la reparación integral a una sola de las medidas que la componen (la compensación) y, además, se limita la participación estatal de naturaleza subsidiaria a delitos considerados como graves, lo cual no es en absoluto deseable, ya que brinda una diferenciación y jerarquía entre las víctimas.

Aunado a lo anterior, existe una contradicción en la propia Ley General de Víctimas con respecto a la reparación a la que tienen derecho las víctimas del delito, ya que siguiendo lo dispuesto en su artículo 12, la reparación se sujeta a la adopción de medidas compensatorias y por lo tanto no es de carácter integral, pero el numeral 26 de dicha Ley prevé que:

Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

Como se aprecia, la reparación a la que tienen derecho las víctimas del delito y de violaciones a los derechos humanos acorde a este artículo 26, es una *reparación integral* que se compone de los cinco tipos de medidas que en su momento habíamos invocado, y no de carácter limitado a una sola de ellas como lo prevé el artículo 12 de la propia Ley General de Víctimas, situación que nos coloca ante un *impasse* o, por lo menos, ante un problema de interpretación de normas aplicables.

Sobre este aspecto, los criterios hermenéuticos en materia de derechos humanos consagrados en el párrafo segundo de la Constitución Federal, a saber: interpretación conforme y principio *pro persona*, pueden ser de gran auxilio para atender la situación ante la que nos encontramos en materia de reparación del daño.

Bajo este matiz de ideas, lejos de establecer un análisis y desarrollo de lo que implica cada uno de dichos criterios, señalaremos que la interpretación conforme consiste en realizar un examen de la legislación *infra constitucional* a efecto de verificar su adecuación con la norma máxima del país, es decir, todas las leyes que emanen de la Constitución Federal no pueden ir en contra de lo dispuesto por ésta, que en el caso que nos ocupa serían el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley General de Víctimas. Por otro lado, el principio *pro persona* puede ser entendido como:

el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme, y cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de aplicación ante los reenvíos que se realizan de las normas sobre derechos humanos a la CPEUM y a los tratados internacionales. Cumple con dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el *contenido constitucionalmente declarado* de los derechos [...] y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con indepen-

dencia de su posición jerárquica; respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales.

En otras palabras, el principio pro persona como criterio hermenéutico implica que la protección de la norma siempre debe beneficiar a la persona, maximizando el ejercicio del derecho o, en caso contrario, eliminando las limitantes internas que el propio derecho contenga. De esta forma, se convierte en un criterio de selección tanto normativo como de preferencia de interpretación, es decir, en caso de existencia de dos o más normas que tutelen el mismo derecho, se optará por aquella que brinde una mayor protección y garantía del derecho, sucediendo lo mismo en el campo interpretativo, operando la selección de la interpretación que maximice la tutela efectiva del mismo.

Teniendo presente lo anterior y situándonos en el derecho que hemos venido trabajando, resulta evidente que el derecho a la reparación del daño, al encontrarse previsto en múltiples legislaciones además de la Constitución, debe ser comprendido a partir de aquella disposición le brinde un mayor desarrollo y contenido, en este caso sería el artículo 26 de la Ley General de Víctimas, pero interpretando su contenido no de manera limitativa sino incluyendo los preceptos o disposiciones que también operan en las otras.

Disertación y conclusión general

En líneas anteriores hemos desarrollado el concepto de derechos humanos, realizado una aproximación al de víctima u ofendido del delito, además de desarrollar un derecho en específico de éstas (el derecho a la reparación del daño), con el propósito de que el o la lectora, tengan una visión integral del tema que hemos intentado

esbozar desde las primeras líneas del presente escrito.

No obstante lo anterior, resulta fundamental preguntarnos acerca de si en verdad el conocimiento de los derechos humanos y de las normas que los contemplan, son esenciales para el Derecho penal y en específico para su aspecto procesal, toda vez que encontramos ciertas relaciones entre ambas esferas (la penal y de derechos fundamentales), pero no existe un punto que sea lo suficientemente nítido para poder esgrimirlo en ese sentido.

Es así, que debemos aceptar como válida la siguiente proposición a efecto de poder entender la relación del Derecho penal y los derechos humanos: los derechos de las víctimas u ofendidos del delito son derechos fundamentales, ante los cuales el Estado tiene obligaciones de garantía, protección, promoción y respeto.

La pasada aseveración no es menor, debido a que implica que las autoridades que intervienen en un proceso penal, además de conocer las formalidades procedimentales, de manera necesaria deben conocer el contenido de los derechos humanos, los principios que los rigen, las obligaciones que tienen con respecto a los mismos, así como sus deberes en la materia, pero también los criterios interpretativos que son aplicables en cada caso concreto, ya que de ello se sigue una tutela efectiva del debido proceso y se da un cumplimiento de la disposición constitucional.

Bibliografía

Alexy, Robert (2014), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Carbonell, Miguel (2013), “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, en *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México: Porrúa.
- Carrillo Flores, Antonio (1986), “La naturaleza de los derechos humanos”, en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 1, vol. IV, enero-marzo 1986, México: PGR-PGJDF-Inacipe.
- Carreón Herrera, José Héctor y Carreón Perea, Héctor (2013), “La víctima, ¿invitado de piedra en el proceso penal acusatorio mexicano?”, en *DFensor. Revista de derechos humanos*, núm. 1, enero de 2013, México: CDHDF.
- Código Nacional de Procedimientos Penales. Ferrajoli, Luigi (2010), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Consultado en línea en http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos, el 30 de marzo de 2016.
- González Pérez, Luis Raúl (2015), “Sujetos del procedimiento y sus auxiliares”, en *Código Nacional de Procedimientos Penales. Comentado*, México: SEP.
- Hierro, Liborio (2002), “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en *Estado, justicia, derechos*, Coord. Elías Díaz y Luis Colomer, Madrid: Alianza.
- Lyotard, Jean-Francois (1998), “Los derechos de los otros”, en *De los derechos humanos*, Madrid: Trotta.
- Mirón Reyes, Jorge Antonio (2015), “Los principales retos de la reforma penal para una debida protección de derechos humanos en México”, en *Reflexiones en torno al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Coord. José Héctor Carreón Herrera, México: INEPPA.
- Mirón Reyes, Jorge Antonio (1996), “Conceptualización de los derechos humanos”, en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI*, México: Inacipe, 1996.
- Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel (2012), “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México: Porrúa.
- Serrano, Sandra y Vázquez Daniel (2013), *Los derechos en acción*, México: FLACSO.
- Tello, Carlos, *Estado y Desarrollo económico: México 1920-2006*, México: UNAM.
- Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm., 277, párrafo 183.



Política Penitenciaria con perspectiva de género: estándares mínimos

Sofía M. Cobo Téllez
Instituto Nacional de Ciencias Penales

“Se supone que estoy en un centro para mejorar, pero con ese trato, no se puede mejorar”

Interna

Resumen Analítico

El inicio del funcionamiento del CEFERESO No. 16 “CPS Femenil- Morelos” así como el informe Especial sobre las Mujeres Internas en los Centros de Reclusión de la República Mexicana, emitido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 2015, y las recomen-

daciones generales adoptadas por el Comité de la CEDAW, resultado del IX Informe de México al Comité (Enero de 2016), advierten la necesidad de que el Gobierno Mexicano realice acciones urgentes, a fin de resarcir las desventajas y la discriminación histórica que han padecido las mujeres y que se reproduce de manera importante en los Centros Penitenciarios. El presente artículo propone la elaboración de estándares mínimos para la creación de una política penitenciaria con perspectiva de género, a fin de disminuir la desigualdad, discriminación y violencia institucional que viven las mujeres al interior de los Centros Penitenciarios de la República Mexicana.

Palabras Clave: Política Penitenciaria, Género, Reinserción Social, Criminología, Sistema Penitenciario, Modelos de Atención.

Analytical summary

The beginning of the functioning of the CEFERESO No. 16 “CPS Female-Morelos”, as well as the Special report on Female Inmates in Detention Centers in Mexico, issued by the CNDH in 2015 and the general advice established by the committee of the CEDAW, result of the IX Mexican Report to the Committee (January 2016), see that the Mexican Government needs to take urgent measures to compensate the disadvantages and historical discrimination that women have been through and that increases in the Detention Centers. This article proposes the elaboration of minimum standards to create a penitentiary policy with gender perspective, in order to decrease inequality, discrimination and institutional violence that women live inside the Detention Centers in Mexico.

Key Words: Penitentiary Politics, Gender, Social Reintegration, Criminology, Penitentiary System, Care Models.

Introducción

En lo ideal, el principio de universalidad de los derechos humanos establece que todas las personas, sin excepción, son sujetas de derechos; en la práctica, observamos que parte de la población enfrenta dificultades y riesgos para el ejercicio de los mismos, constituyendo sectores que necesitan mayor intervención de los gobiernos, llamados comúnmente grupos en especiales condiciones de vulnerabilidad o también considerados en riesgo.¹

La condición de vulnerabilidad tiene que ver con situaciones “que generan debilidad, desventaja o problemas para el desempeño y la movilidad social de las personas, hogares o comunidades, y que actúan como frenos u obstáculos para su adaptación a los cambiantes escenarios sociales y, por supuesto, al ejercicio de los derechos humanos”.²

Niñas y niños, mujeres, indígenas, personas con discapacidad, ancianos, migrantes y presos,³ entre otros, son considerados grupos que enfrentan situaciones que cotidianamente les hacen caer en supuestos de vulnerabilidad, discriminación, desigualdad y violencia; por lo tan-

¹ ONU. Oficina del alto comisionado, México. http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=448&Itemid=249

² Jorge Rodríguez, *Vulnerabilidad y grupos vulnerables*, Chile, CEPAL/ECLAC, 2001, p.24.

³ La mayoría de ellos considerados, incluso, sujetos de asistencia social, tal y como lo establece la Ley de Asistencia Social en su artículo 4, y otros por la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED).

to, requieren de un trato especial de las políticas públicas, lo que origina programas sectoriales y multisectoriales de apoyo y promoción de sus derechos.⁴

En este contexto, y tomando en cuenta que el Estado en su calidad de garante, es el encargado de tutelar a las personas privadas de la libertad, garantizarles buenas condiciones de vida, el respeto irrestricto a sus derechos humanos y acciones encaminadas a su reintegración social, deben priorizar las políticas penitenciarias hacia ese objetivo, tal y como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, especialmente en su artículo 18:⁵ “el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, 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. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”. Sin embargo, y debido a diversas razones derivadas de las causas estructurales de discriminación, desigualdad y violencia en contra de las mujeres, su realidad, en los penales de nuestro país, dista de lo deseable; y ello, aunado a los efectos sociales y familiares que resultan del encarcelamiento de una mujer, hacen que ellas sean “doblemente castigadas, más que por su conducta delictiva, por haber quebrantado las normas sociales, al no cumplir su rol tradicional en la sociedad”.⁶

La realidad de las mujeres privadas de la libertad es diversa, a decir por autores como Corina Giacomello⁷ algunas de las características suelen repetirse con cierta frecuencia ya que la mayoría son primo-delincuentes, víctimas de algún tipo de violencia, en su mayoría responsables de delitos no violentos, con poca o nula educación, viven en condiciones de pobreza, son madres y responsables del cuidado de dependientes. Estas características traen como consecuencia situaciones particulares o necesidades específicas que deben de ser tomadas en cuenta en la elaboración de una política penitenciaria con enfoque de género.

La prisión funciona —a decir por la autora— como un espejo de valores y creencias de un determinado grupo social donde los prejuicios de género inciden en la conformación del *corpus legislativo* haciendo invisibles a las mujeres para la sociedad, la academia, los legisladores y los operadores penitenciarios.⁸

La perspectiva de género, tal y como lo propone el Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC) y ONU Mujeres,⁹ se define como una estrategia para alcanzar la igualdad entre los géneros: mientras “la igualdad de género es el objetivo de desarrollo general a largo plazo... (Mientras que) la incorporación de una perspectiva de género es un conjunto de enfoques específicos y estratégicos, así como procesos técnicos e institucionales que se adoptan para alcanzar este objetivo. La incorporación de una perspectiva de género integra la igualdad de género en las organizaciones públicas y privadas de un país, en políticas centrales o locales, y en programas de

⁴ Jorge Rodríguez, *op.cit.* p. 38.

⁵ Reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

⁶ Marcela Briseño, *Garantizando los Derechos Humanos de las Mujeres en Reclusión*, México, INMUJERES/PNUD, 2006, p. 30.

⁷ En Género, drogas y prisión, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 178.

⁸ Ibídem p. 177.

⁹ <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>

servicios y sectoriales. Con la vista puesta en el futuro, se propone transformar instituciones sociales, leyes, normas culturales y prácticas comunitarias que son discriminatorias”.

Así, una política penitenciaria con perspectiva de género debe de entenderse como aquélla que garantice que los derechos de las mujeres privadas de su libertad, sean ejercidos a plenitud, a través de acciones concretas que impidan la desigualdad, la discriminación y la violencia, en el marco específico de sus características, circunstancias, situaciones y experiencias como mujeres, en lo particular, anulando cualquier desventaja que pudiera existir, incluso con respecto a los hombres que se encuentran en las mismas circunstancias.

Queda por supuesto que el cumplimiento puntual de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación y la falta de violencia son derechos de todas y cada una de las personas, incluidas quienes se encuentran privadas de su libertad, por el motivo que sea; sin embargo, es también claro que las políticas públicas deben reparar en las mujeres como grupo especialmente susceptible, o vulnerable, aún más en el contexto penitenciario.

El presente artículo pretende revisar, desde el punto de vista normativo, los principales preceptos que deberían acompañar al trato y tratamiento de las mujeres en prisión, para después comparar, según el resultado de recientes revisiones llevadas a cabo por organismos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, cuál es su situación en la realidad, perfilando, con ello, los aspectos mínimos indispensables que tienen que tomarse en cuenta en la construcción de una política penitenciaria con perspectiva de género.

Los modelos teóricos utilizados para la realización del presente trabajo se centran en la teoría de género, derechos humanos, garantismo penal, Victimología y, en general, los utilizados en el desarrollo de la criminología crítica.

I. Contexto

Partiendo de la afirmación de que es obligación del Estado generar condiciones para propiciar que las personas en situaciones adversas, como lo son la indefensión, la exclusión o la desigualdad, tengan acceso libre al ejercicio de sus derechos, el gobierno mexicano publicó, en junio de 2014, el Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014-2018,¹⁰ que afirma: “respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos y sin discriminación de ninguna índole, es una obligación del Estado mexicano”. Con este fin, el Programa se propone avanzar en la incorporación del principio de igualdad y no discriminación como obligación en el quehacer público, mediante la armonización de la normatividad vigente. Con ello, progresivamente se garantizarán la igualdad de trato y de oportunidades para el goce de los derechos humanos y el acceso a los servicios públicos y programas. Con el objetivo de asegurar que las instituciones de la Administración Pública Federal ofrezcan protección a la sociedad contra actos discriminatorios, el Programa establece estrategias y acciones encaminadas a prevenir y proteger a la ciudadanía ante eventuales actos discriminatorios o actos ya consumados, a través de recursos administrativos, legales y/o jurídicos, que garantizan la posibilidad de una legítima defensa.

¹⁰ CONAID. CONAPRED, 2014.

Esta declaración reafirma el compromiso del Estado mexicano en la lucha contra la desigualdad y la discriminación, además de instruir a las áreas de gobierno que le componen sobre los lineamientos, derivados de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED), que deben observar en esta materia, lo que, sin duda, incluye al sistema penitenciario.

Con la intención de puntualizar lo que el programa entiende por discriminación, la citada LFPED,¹¹ en su Artículo 1, la define como “**toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades**, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, **el sexo, el género**, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud **o jurídica**, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, **la situación familiar, las responsabilidades familiares**, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo; también se entenderá como discriminación la homofobia, misofobia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial y otras formas conexas de intolerancia”.

A su vez, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia,¹² que tiene

por objeto “establecer la coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, 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 igualdad y de no discriminación, así como para garantizar la democracia, el desarrollo integral y sustentable que fortalezca la soberanía y el régimen democrático establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (Artículo 1), entiende por violencia: “cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público” (Artículo 4), con fundamento, especialmente, “en los derechos humanos universales contenidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de la Niñez, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará)”.

Para los fines que a este artículo interesan, resulta importante resaltar su capítulo IV en el cual, en su artículo 18 define a la Violencia Institucional como:

“Los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminan o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia”.

¹¹ Diario Oficial de la Federación, 11 de junio de 2003. Última reforma publicada: DOF 20-03-2014.

¹² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007. Última reforma publicada en el DOF el 17-12-2015.

En el mismo contexto, vincula a los tres órdenes de gobierno, a organizar el aparato gubernamental de manera tal que sean capaces de asegurar, en el ejercicio de sus funciones, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Para cumplir con su obligación, el artículo 20 establece la obligación de los tres órdenes de gobierno a garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, a fin de prevenir, atender, investigar, sancionar y reparar el daño.

De lo anterior, podemos concluir que las políticas y programas públicos en nuestro país deben estructurarse en torno a principios claros, bien definidos y soportados por las leyes y normas, de combate a la discriminación, a la desigualdad y a la violencia contra las mujeres, así como que es obligación del Estado y sus instituciones garantizar una vida libre de violencia a las mujeres y las niñas en todos los ámbitos, incluyendo el institucional, derivado de su actuación.

En la mayoría de los países del mundo, y también en el nuestro, las mujeres constituyen una minoría dentro de la población penitenciaria: véase figura 1.

Como puede observarse, el número de mujeres recluidas en los Centros Penitenciarios estatales de México ha mantenido un promedio, en los últimos cinco años, cercano al 5%. Véase figura 2.

Comúnmente, el número de mujeres en establecimientos penitenciarios ha sido, a lo largo de los años, significativamente inferior al de los hombres, lo que ha derivado en la justificación de no visibilizarlas, además de la inexistencia de Centros Penitenciarios exclusivos para mujeres: en México, de 389 Centros Penitenciarios, sólo existen 16 exclusivos para mujeres y 226 que albergan mujeres. La mayoría de los Centros Penitenciarios son mixtos, generando condiciones de desigualdad respecto de los internos del sexo masculino. El hecho único de la presencia de mujeres en los Centros Penitenciarios es suficiente para que las políticas públicas en la materia consideren su condición y las necesidades particulares que tienen, como mujeres, para que sus derechos humanos sean respetados, para propiciar su desarrollo y para que les sean otorgadas herramientas efectivas que les permitan, posteriormente al encarcelamiento, integrarse a la sociedad de forma positiva, evitando a toda costa

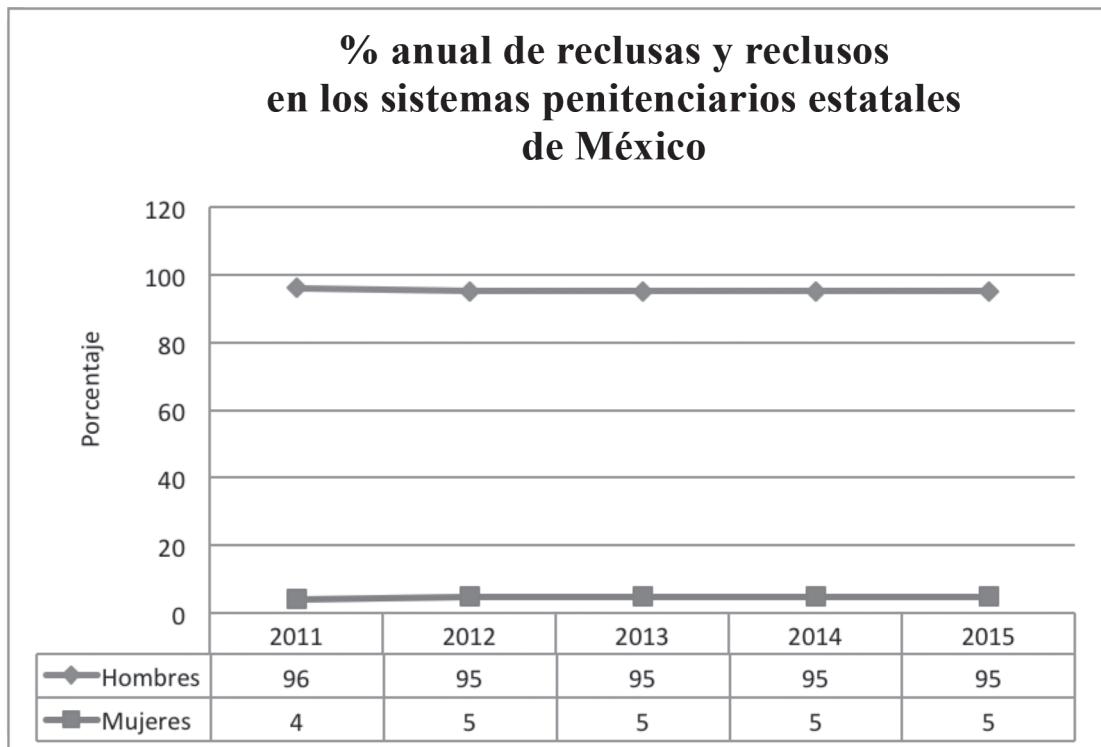
Figura 1.

**Personas Reclusas en Centros del Sistema Penitenciario Estatales
De la República Mexicana
2011-2015**

Año	Fuero común	Fuero federal	Total	Hombres			Mujeres		
				Fuero común	Fuero federal	Total	Fuero común	Fuero federal	Total
2015	252,026	35,679	287,705	239,693	33,000	272,693	12,233	2,679	14,912
2014	186,574	27,108	213,682	177,551	25,066	202,617	9,023	2,042	11,065
2013	176,272	26,047	202,319	168,652	24,060	192,712	7,620	1,987	9,607
2012	172,615	35,557	208,172	165,061	32,768	197,829	7,554	2,789	10,343
2011	153,383	29,864	183,247	148,158	27,790	175,948	5,225	2,074	7,299

INEGI. Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2011 a 2015

Figura 2.



INEGI. Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2011 a 2015

reproducir las desigualdades¹³ y las violencias de género, incluyendo la situación de sus familias, debido a que buena parte de las consecuencias de su reclusión afectan directamente a sus hijas e hijos, y en muchas ocasiones a su padre, madre u otros familiares que dependen de ellas.

Por muchos años, en nuestro país no existieron Centros Penitenciarios especiales para las mujeres; hasta hace poco tiempo, los espacios de reclusión femeninos se constituyeron como anexos a las prisiones varoniles, considerándose éstos “establecimientos mixtos”. De los Centros que albergan exclusivamente población penitenciaria femenil tenemos: Aguascalientes; Saltillo,

Coahuila; Piedras Negras, Coahuila, No. 4 Femenil Tapachula, Chiapas; Cereso Estatal Femenil No. 1 en Chihuahua, CRS Estatal Femenil No. 2 en Chihuahua; Centro Femenil de Santa Martha Acatitla y Centro Femenil de Readaptación Social Tepepan, ambos en la Ciudad de México; CRS Femenil Jalisco; Centro de Readaptación Social Femenil Atlacholoaya, Morelos; CRS Femenil Tanivet, Oaxaca; Centro de Readaptación Social Femenil San José El Alto, Querétaro; Centro de Readaptación Social Femenil Nogales, Sonora; CRS Femenil en Yucatán, CERESO Femenil Cieneguillas, Zacatecas¹⁴ y CEFERESO No. 16 ubicado en Morelos.

¹³ Marcela Briseño, *op. cit.* p. 36.

¹⁴ Información del Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional CNS, 2016.

A finales de 2015 inició funciones el CEFE-RESO No. 16, “CPS Femenil Morelos”, pensado para ser un Centro Federal de Reinserción Social exclusivo para mujeres privadas de la libertad, albergando a 1,341 internas y a 3 menores de edad¹⁵. La población penitenciaria que está sujeta a proceso es de 933 internas del fuero federal y 23 del fuero común, así como 364 sentenciadas del fuero federal y 21 del Fuero Común. Es decir, el 71% de la población penitenciaria se encuentra sujeta a proceso, sin que a Enero de 2016 se hayan radicado los mismos a un Juez de Distrito cercano al Centro de referencia.

La existencia de estos Centros mixtos y los especiales para mujeres, incluyendo al recientemente inaugurado, no ha sido a la fecha acompañada por un Modelo de Atención Integral específico para ellas; es decir, carece de protocolos precisos para la atención y reinserción social de las mujeres ahí recluidas, según sus necesidades particulares de género.

Debe reconocerse que, en general, la falta de políticas y programas públicos eficaces de reinserción social en México no son un problema que afecte exclusivamente a las mujeres privadas de la libertad; sin embargo, como revisaremos a continuación, la situación de ellas amerita urgentemente el planteamiento de una política penitenciaria, concreta y efectiva, con perspectiva de género.

Según principios como el de estricta legalidad, la ley es una condición necesaria dentro de los Sistemas Jurídicos Democráticos. El Sistema Penitenciario no es la excepción; a partir de la Reforma Constitucional al artículo 73, fracción XXII, se faculta al Congreso de la Unión a crear

una Legislación Única en materia de Ejecución Penal, que, homologará los principios y procedimientos en materia de Ejecución Penal, dando certeza jurídica en la materia.

La reciente publicación de la Ley Nacional de Ejecución Penal¹⁶ es indispensable dentro del Sistema, a fin de contar con una ley secundaria adaptada a las Reformas Constitucionales de 2008, 2011 y 2013. Su objeto consiste en establecer las normas que habrán de observarse en el internamiento por prisión preventiva, ejecución de penas y medidas de seguridad impuestas como consecuencia de una decisión judicial.

Respecto al trato de las mujeres en reclusión, el artículo 5 establece que las mujeres estarán ubicadas en un lugar distinto a los hombres y el artículo 10 distingue los derechos especiales que las mujeres privadas de la libertad en un Centro Penitenciario deben de tener, siendo éstos:

- I. Derecho a la maternidad y lactancia;
- II. Recibir trato directo de personal penitenciario del sexo femenino, específicamente en áreas de custodia, registro y atención médica;
- III. Contar con instalaciones adecuadas para una estancia digna y segura, así como con artículos necesarios para satisfacer sus necesidades de higiene propias de su género;
- IV. Recibir a su ingreso, valoración médica que comprenderá un examen exhaustivo que determine sus necesidades básicas y específicas de salud;
- V. Recibir atención médica en hospitales o lugares específicos dentro del Centro Penitenciario;

¹⁵ Datos a Enero de 2016.

¹⁶ Diciembre de 2015.

- VI. Conservar la guarda y custodia de sus hijos e hijas menores de tres años, a fin que pueda permanecer con su madre dentro del Centro Penitenciario;
- VII. Recibir alimentación saludable y adecuada para sus hijas e hijos de acuerdo a su edad y necesidades de salud a fin de contribuir en su desarrollo físico y mental en caso de permanecer dentro del Centro Penitenciario;
- VIII. Recibir educación inicial, vestimenta acorde a su edad y etapa de desarrollo así como atención pediátrica a las hijas e hijos cuando sea necesario en caso de permanecer en el Centro Penitenciario;
- IX. A que las mujeres puedan acceder a los medios necesarios que les permitan adoptar decisiones respecto del cuidado de los hijos e hijas de las mujeres internas;
- X. Contar con instalaciones adecuadas para que sus hijos e hijas reciban atención médica, atendiendo a su edad, condiciones y necesidades de salud específicas.

Esta Ley denota avances significativos para las mujeres reclusas, como que se brindará la atención médica y servicios gineco-obstétricos necesarios y, en su caso, la atención especializada durante el embarazo y posterior a éste.¹⁷ La Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario puede, y debe, ir creando lineamientos o protocolos de actuación, con la intención de proponer estándares mínimos, en nuestro caso hacia la creación de una política penitenciaria con enfoque de género fundamentada en el artículo 10 de la LNESP.

Los principios establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la

cual, sabemos, derivado de la nueva tendencia del Neo-constitucionalismo Moderno —a decir por Carbonell—,¹⁸ cuyo objetivo fundamental consiste en reconocer un catálogo amplio de derechos fundamentales, mismos que, con la reforma de 2011, y la aplicación del denominado “Control de Convencionalidad” y “Principio Pro Persona”, se complementan a la luz de documentos internacionales en materia de protección a los derechos humanos de las personas considerando que la ley aplicable será la más protectora de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

La Constitución Mexicana, por principio en los términos de los artículos 1, 4, 18 y 19, aunque no aborda de forma precisa los derechos específicos que tienen las mujeres privadas de la libertad —sólo en el supuesto de la separación por razones de sexo—, dentro del desarrollo de su articulado enmarca la obligación del estado por garantizar el goce de los derechos humanos de todas y todos los mexicanos, sin importar ninguna circunstancia, como el género.¹⁹

El artículo 4º es muy claro respecto a que, en México, las mujeres y los hombres son iguales ante la ley, además de que “**toda persona**”—entendiéndose que no importa su sexo, género, condición, situación ni factor otro ninguno— “tiene derecho a la alimentación, protección de la salud, a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, a disfrutar de vivienda digna y decorosa, al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como

¹⁷ Párrafo adicionado DOF 19-01-2012.

¹⁸ En *Neo-constitucionalismo y derechos humanos*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2011, p. 24.

¹⁹ Artículo 1º Constitucional.

el ejercicio de sus derechos culturales, a la cultura física y a la práctica del deporte”.

Por su parte, el artículo 18 establece las bases sobre las cuales se organizará el Sistema Penitenciario, siendo el respeto a los derechos humanos, la educación, salud, deporte, trabajo y capacitación las bases constitucionales del proceso de reinserción social, entendiéndolo como el fin último de la pena privativa de la libertad, sin menoscabo de que se trate de mujeres u hombres.

El artículo 19 Constitucional, último párrafo, condena todo acto que se traduzca en un mal trato en la prisión, y molestias que se infieran sin motivo legal, gabela o contribución en las cárceles.

Así, los principales ejes a considerarse para la construcción de las políticas penitenciarias con enfoque de género, derivados del mandato constitucional, pueden resumirse en:

Artículo	Concepto
1º	<p>Gozo de los derechos humanos.</p> <p>Obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizarlos.</p> <p>El Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.</p> <p>Prohíbe toda forma de discriminación.</p>

Artículo	Concepto
18º	<p>Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.</p> <p>El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, 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.</p> <p>Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.</p> <p>Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio.</p> <p>Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales.</p>
19º	<p>Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.</p>

Es importante advertir el limitado contenido de la Ley Secundaria en materia de género, aunque deberá reconocerse que, en términos generales, advierte un trato diferenciado mínimo de la mujer, éste se dirige especialmente a su rol de madre y cuidadora, no de persona individual, aparte de las necesidades de atención médica específica que debe de tener al interior de los Centros Penitenciarios.

Respecto de las hijas e hijos de internas que permanezcan con ellas, se deberá disponer de los espacios correspondientes para asegurar su desarrollo integral, incluyendo los servicios de alimentación, salud y educación, hasta los tres años de edad, aunque es importante hacer mención a la Regla 52 de Bangkok que establece que las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se realizará en función de cada caso y teniendo presente el interés superior del niño.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,²⁰ en su Capítulo II, De la Competencia de las Secretarías de Estado y Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, establece en las competencias de la Secretaría de Gobernación (encargada del Sistema Penitenciario) impulsar las políticas públicas y dar seguimiento a los programas que refuerzen la inclusión social y la igualdad, mediante estrategias y acciones que contribuyan a prevenir y eliminar la discriminación; por su parte, el artículo 43 del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, le da competencia a la Comisión Nacional de Seguridad, a través de la Dirección General de Política y Desarrollo Penitenciario, para la creación de la política pública en la materia.

²⁰ Nueva Ley. Diario Oficial de la Federación, 29 de diciembre de 1976. Texto vigente. Últimas reformas: DOF 30-12-2015.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal	Cap. II	Impulsar las políticas públicas y dar seguimiento a los programas que refuercen la inclusión social y la igualdad, mediante estrategias y acciones que contribuyan a prevenir y eliminar la discriminación.
---	---------	---

Podemos observar, nuevamente, que los derechos contenidos en el artículo en comento van dirigidos principalmente a los hijos e hijas cuya custodia se conserva, exceptuándose el derecho a la atención médica y a la atención por personal femenino, reproduciendo estereotipos de género; es decir, se conciben los derechos de las mujeres en reclusión respecto a los de los hijos e hijas que viven en prisión con ellas, incluso dejando en estado de desprotección los derechos de los menores que no viven en reclusión.

El artículo 67, párrafo cuarto, de la Ley General de Salud relacionado con la NOM-005-SSA2-1993 establece los servicios de planificación familiar, así como las acciones de información y orientación educativa, los cuales comprenderán la atención y vigilancia de los usuarios del servicio de planificación familiar, la promoción y desarrollo de los programas de comunicación educativa, la asesoría en la presentación del servicio, la participación en el establecimiento de mecanismos idóneos para la distribución de medicamentos y otros insumos destinados a los servicios de planificación familiar, entre otros, que no excluyen el caso de las mujeres privadas de la libertad.

El maltrato y la violencia hacia las mujeres, entre la histórica y persistente violación y discri-

minación a sus derechos fundamentales, es un hecho concreto y real en todas las esferas y espacios de la vida pública y privada, del que las instituciones penitenciarias no sólo no se eximen, sino que reproducen, y generalmente lo hacen de manera más cruda.

No es casual que esta problemática sea motivo de instrumentos jurídicos en todo el mundo, como por ejemplo las Reglas de Bangkok, o para el caso de nuestro país la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de febrero de 2007, en cuya exposición de Motivos²¹ se puntualiza que: “no obstante la discriminación hacia las mujeres ha predominado durante décadas, lo más lamentable es que hoy en día, en pleno Siglo XXI, persiste la exclusión, explotación y violencia hacia las mismas; sin ser esto exclusivo de los países en vías de desarrollo; por el contrario, aun en las llamadas ‘potencias mundiales’ existe la violencia contra las mujeres; continuando las sociedades patriarcales en las que los temas de género aún provocan desdén entre quienes ‘deben’ proteger sus derechos”.

Según la citada Ley, “los principios rectores para el acceso de todas las mujeres a una vida libre de violencia deben ser observados en la elaboración y ejecución de las políticas públicas federales y locales, y son:

- I. La igualdad jurídica entre la mujer y el hombre;

²¹ Suscrita por las diputadas Diva Hadamira Gastélum Bajo, Marcela Lagarde y de los Ríos y Angélica de la Peña Gómez, presidentas de las comisiones de equidad y género, especial de feminicidios en la República Mexicana, y especial de la niñez, adolescencia y familias, respectivamente. En: <http://www.conavim.gob.mx/work/models/CONAVIM/Resource/312/1/images/SINALOA.pdf>

- II. El respeto a la dignidad humana de las mujeres;
- III. La no discriminación, y
- IV. La libertad de las mujeres.

La Ley General de Acceso de Las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, en sus artículos 19 y 20, obliga a los tres órdenes de gobierno a organizar el aparato gubernamental de manera tal que sean capaces de asegurar, en el ejercicio de sus funciones, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, para lo cual se deben prevenir, atender, investigar, sancionar y reparar los daños cometidos en su contra.

Recordemos que esta obligación del Estado Mexicano, de garantizar la protección de las mujeres, en función de la persistente violación a sus derechos humanos, se vuelve más apremiante en el caso de las mujeres en reclusión, quienes se encuentran en un particular estado de vulnerabilidad, por lo que el Estado, que está a su cargo, debe fungir como su garante.

El Programa Nacional para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (2014-2018) incluye acciones “integrales” de prevención de violencia contra mujeres en el sector educativo, centros de trabajo, sistema nacional de salud, así como acciones integrales de seguridad ciudadana para prevenirla, sin contemplar la violencia institucional perpetrada por el Estado, que es el caso de las mujeres en reclusión, incluyendo la ausencia de política pública diferenciada en la materia.

En el ámbito internacional, de entre las normas dirigidas a las mujeres en reclusión destacan las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Re-

glas de Bangkok),²² referente a nivel mundial en la materia.

Estas reglas merecen especial atención e importancia, en función de ser el consenso internacional que reconoce las necesidades y situaciones particulares que requieren las mujeres sujetas de penas privativas de la libertad.

Las reglas parten de la consideración de que las reclusas son “uno de los grupos en especiales condiciones de vulnerabilidad que tienen necesidades y requisitos específicos respecto de otros, además de que muchos establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino ”Asimismo, parte del supuesto de que estas reglas no contravienen, sino complementan, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas en Ginebra en el año de 1955.

Es importante mencionar que, en 2015, la Asamblea General de la ONU aprobó las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos, también conocidas como “Reglas Mandela”, las cuales son el resultado de una revisión y actualización de las anteriores.

La primera de las Reglas de Bangkok es un principio básico que establece que “la atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria”, por supuesto, en función de que se trata de medidas indispensables que dan respuesta a situaciones que, la experiencia ha mostrado, violentan los derechos de las mujeres en prisión.

²² ONU. Resolución aprobada por la Asamblea General.

Así, las Reglas ponen especial cuidado en la atención y tratamiento de las mujeres en centros de reclusión, dejando en claro lineamientos específicos referentes al régimen penitenciario femenino resumidos a continuación:

- a. **Ingreso y Registro** (Reglas 2 y 3), especifica la *atención que se debe dar en los procedimientos de ingreso de las mujeres y los niños, particularmente vulnerables en ese momento. Las reclusas recién llegadas deberán tener acceso a los medios que les permitan reunirse con sus familiares, recibir asesoramiento jurídico, y ser informadas sobre el reglamento, el régimen penitenciario y las instancias a las que recurrir en caso de necesitar ayuda, en un idioma que comprendan, y, en el caso de las extranjeras, deberán también tener acceso a sus representantes consulares.*

En el caso de mujeres con niños, se le debe permitir adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose, incluso, la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los niños.

En el momento del ingreso, se debe consignar el número de hijos de las mujeres que ingresan en prisión y la información personal sobre ellos; en los registros deberá constar, sin que ello menoscabe los derechos de la madre, como mínimo el nombre de cada niño, su edad y, en caso de que no acompañen a su madre, el lugar en que se encuentran y su régimen de tutela o custodia, información que tendrá carácter confidencial.

- b. **En cuanto al lugar de reclusión** (Regla 4), se busca, de manera armónica al resto de las normas en la materia, que las mujeres sean *enviadas a centros de reclusión*

cercanos a su hogar o sus centros de rehabilitación social, teniendo presentes las responsabilidades que tienen sobre el cuidado de otras personas, así como sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados.

Esta disposición resulta fundamental y debe ser reconocida en todo contexto, nacional e internacional, para la reinserción social, en el sentido de la cercanía, vínculos y efectos psico-emocionales que de ello derivan.

- c. **Higiene y salud** (Reglas 5-18) son las que difieren más de las normas aplicables a la generalidad de las personas en reclusión, puesto que enfatizan las necesidades particulares de las mujeres en esta materia, y que por lo general no son contempladas ni atendidas por los sistemas e instituciones penitenciarios.

De esta forma, asuntos tan fundamentales como la *provisión gratuita de toallas sanitarias, el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación*; la atención específica a las necesidades básicas de salud deben incluir un enfoque de género, como lo son los estudios de ingreso para la *detección de enfermedades de transmisión sexual o de transmisión sanguínea como VIH; las necesidades de atención de salud mental, incluidos el trastorno postraumático del estrés y el riesgo de suicidio o de lesiones auto-inflictedas; el historial de salud reproductiva de la reclusa, incluidos un posible embarazo, embarazo en curso y los embarazos anteriores, los partos y todos los aspectos conexos; la presencia de problemas de toxicomanía; abuso sexual y otras formas de violencia que se hayan sufrido antes del*

ingreso; sin embargo, como se verá adelante, este tipo de atención fundamental a las necesidades de salud de las mujeres, sus hijas e hijos, en los centros penitenciarios, no es ni cercanamente practicado en la actualidad.

En atención especial a la alta incidencia de casos, se puntualiza la situación de *la reclusa que ha sufrido abuso sexual u otra forma de violencia antes de su reclusión o durante ella*, que incluye informarla de su derecho a recurrir ante las autoridades judiciales, los procedimientos correspondientes y sus etapas. Si la reclusa decide entablar acciones judiciales, se notificará de ello al personal correspondiente y se remitirá de inmediato el caso a la autoridad competente, para que lo investigue. Las autoridades penitenciarias ayudarán a la mujer a obtener asistencia jurídica, incluyendo el acceso inmediato al apoyo psicológico u orientación especializados, y aplicar medidas concretas para evitar todo tipo de represalias contra quien prepare los informes correspondientes o entable acciones judiciales.

En términos generales, se recomienda que la atención médica a las reclusas sea orientada expresamente a la mujer y como mínimo los equivalentes a los que se prestan en la comunidad, respetando en todo momento el derecho de las reclusas a la confidencialidad de su historial médico, así como a que sean atendidas (salvo en los casos que lo ameriten, y en compañía de personal femenino) por mujeres.

Adicionalmente a lo anterior, se recomienda la atención necesaria a casos particulares, como la atención a la salud mental de las reclusas se lleve a cabo a través de *programas amplios de atención y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género y estén habilitados para el tratamiento de los traumas*.

d. Seguridad y vigilancia (Reglas 19-25) las especificaciones, por razones de género, en el trato a las mujeres, se fundamentan en *resguardar la dignidad y asegurar el respeto de las reclusas*, por ejemplo, durante los procedimientos de registro personal, procurando sustituir *los registros sin ropa y los registros corporales invasivos, a fin de evitar las consecuencias psicológicas dañinas y la posible repercusión física de esas inspecciones corporales invasivas*.

Asimismo, se consideran ciertos principios relativos a la aplicación de medidas disciplinarias, por ejemplo, que no se apliquen *sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en período de lactancia*; que *las sanciones disciplinarias para las reclusas no comprenderán la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños*; que no se utilicen *medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior*.

e. Contacto con el mundo exterior (Reglas 26-28) es un elemento particularmente importante en los procesos de reinserción social y cumplimiento de los derechos humanos fundamentales de las mujeres en reclusión y sus familias, particularmente sus hijas e hijos, y que es abordado desde la perspectiva de género, es el contacto con el mundo exterior, alentando y facilitando *por todos los medios razonables el contacto de las reclusas con sus familiares, incluidos sus hijos, tutores y representantes legales de sus hijos*. Cuando sea posible, se adoptarán medidas para reducir los problemas de las mujeres que se hallen recluidas en instituciones lejanas de su hogar.

Las reclusas tendrán el mismo derecho a las visitas íntimas que los reclusos de sexo masculino. Las visitas en que se lleve a niños se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o hijos. De ser posible, se deberán alentar visitas que permitan una permanencia directa y prolongada con ellos.

En el mismo sentido, se recomienda que el personal penitenciario sea capacitado y sensible respecto a la situación y necesidades de las mujeres, para que cuente con las herramientas necesarias para *atender a las necesidades especiales de las reclusas a efectos de su reinserción social, así como de mantener servicios seguros y propicios para cumplir ese objetivo*, con un *compromiso claro y permanente de prevenir y eliminar la discriminación por razones de género*, tanto para las reclusas como para el personal femenino de las instituciones penitenciarias(Reglas 29 a 35).

A partir de la regla 36, se toman en consideración casos excepcionales, como el de las reclusas menores de edad y categorías especiales, como lo son las reclusas condenadas, las que se encuentran en prisión preventiva o en espera de juicio, los grupos minoritarios, indígenas y extranjeras, incluyendo recomendaciones puntuales a sus características particulares, de seguridad y respeto irrestricto a sus derechos humanos.

También se establece el derecho de las internas a la adecuada clasificación (seguridad y mayores posibilidades de reinserción social), la permanencia de programas especiales para embarazadas y madres con hijas e hijos en prisión, haciendo recomendaciones fundamentales para la transformación de los Sistemas Penitenciarios, como el brindar *en la mayor medida posible a las*

reclusas opciones como la visita al hogar, prisiones abiertas, albergues de transición y programas y servicios de base comunitaria, a fin de facilitar su paso del encarcelamiento a la libertad, reducir la estigmatización y restablecer lo antes posible su contacto con sus familiares (Regla 45),además de la creación de esquemas de soporte de salud mental y asistencial tras su puesta en libertad.

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (7,10.1) establece que toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con respeto a la dignidad inherente al ser humano, además, prohíbe torturas y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, opinión que comparten la Convención Americana de derechos humanos y el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes las conceptualiza como todo acto por el cual se inflaja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, **de castigarla por algún acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido**, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. Además, obliga a los Estados a prohibir actos que la constituyan.

En el caso particular de nuestro país, es importante considerar el reciente Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura,

tras su visita a México de abril a mayo de 2014 en donde, en términos generales, concluye que la Tortura en México es generalizada. Dentro de sus recomendaciones propone eliminar la prisión preventiva oficiosa de la Constitución y la legislación, aprobar la legislación federal y estatal necesaria para garantizar el control judicial en la ejecución de penas, incluyendo medidas cautelares, prisión preventiva, condiciones de detención y sanciones disciplinarias, entre otras recomendaciones.

Como se comentó anteriormente, en diciembre de 2015 se aprobaron las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), las cuales pretenden ser una actualización de las elaboradas en el Primer Congreso de la ONU sobre prevención del delito y ahora denominado justicia penal²³ (1955), resultado de la solicitud que hiciera la Asamblea General, en el año de 2010, para que se reflejaran en ella los avances de la Ciencia y mejores prácticas en la materia.

En ellas, se establecen los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados en cuanto al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria, tomando en cuenta la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo.

La segunda parte de las Reglas Mandela contiene disposiciones referentes a categorías especiales de reclusos, sin considerar los establecimientos para menores de edad, debido a que esta consideración se encuentra contenida en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección

de menores privados de la libertad²⁴. Inicia estableciendo que se aplicarán de forma imparcial, tomando en cuenta las necesidades particulares de las categorías más vulnerables dentro del contexto penitenciario.

Se deben adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales sin que éstas se consideren discriminatorias.

La regla número 7 obliga a consignar en los expedientes información relativa a los nombres de los familiares, incluidos los hijos y la edad de éstos, el lugar en que se encuentran y su régimen de custodia o tutela, información que se mantendrá confidencial y solamente a disposición de aquellas personas cuyas funciones profesionales lo exijan.

Además de los motivos de la detención y el trato que corresponda aplicarles; puntualiza que los hombres serán recluidos, en la medida de lo posible, en establecimientos distintos a los de las mujeres, y en los establecimientos mixtos, el pabellón de las mujeres estará completamente separado al de los hombres, bajo la dirección de una funcionaria encargada, quien guardará todas las llaves del pabellón, a fin de que ningún funcionario del sexo masculino entre a los pabellones sino va acompañado de una funcionaria.

La regla 28 distingue que en los establecimientos penitenciarios para mujeres deberá haber instalaciones especiales para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, parto e inmediatamente después. Se procurará que el parto tenga lugar en un hospital civil. Si el niño

²³ Antes se le denominaba: Prevención del delito y tratamiento del delincuente.

²⁴ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.

nace en prisión, no se hará constar este hecho en su partida de nacimiento.

Toda decisión de permitir si un niño o niña permanece en prisión con su padre o madre se basará en el principio de interés superior del niño, tomándose disposiciones para facilitar servicios de guardería y atención sanitaria especiales para niños.

Entre las sanciones disciplinarias, no podrá establecerse la prohibición del contacto con la familia; como parte de sus derechos, se autoriza la comunicación periódica con su familia y amigos por correspondencia escrita y medios como telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole además de recibir visitas. Establece el derecho al internamiento en lugares cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social.

En cuanto a las denominadas “visitas conyugales”,²⁵ este derecho se deberá otorgar sin discriminación y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres, se contará con procedimientos y locales que garanticen el acceso equitativo e igualitario en atención a la seguridad y dignidad.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) reconoce, a su vez, el derecho de toda mujer a tener una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como privado y define a la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una mujer tanto en el ámbito público como privado; en el artículo 2, inciso c), establece que puede ser per-

petrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Los Estados deberán adoptar, por todos los medios apropiados, sin dilación, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia, absteniéndose de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer, velando porque las autoridades y sus funcionarios se comporten de conformidad con esta obligación, a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la misma, incluyendo en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas pertinentes.

En el mismo supuesto, la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) lo establece, obligando a los Estados parte a crear políticas que incentiven la igualdad y no discriminación contra la mujer, así como a revisar la estrategia de seguridad pública, a fin de no afectar de manera desproporcionada a las mujeres. Es decir, a invertir los efectos negativos de la estrategia para las mujeres, cumpliendo con la obligación de la debida diligencia, a fin de prevenir la violencia contra ellas. Sus recomendaciones, derivadas del IX Informe Reglamentario de Cumplimiento a la Convención por parte del Gobierno Mexicano, ponen en evidencia la falta de coordinación intersecretarial para la atención de las obligaciones internacionales en materia de igualdad de Género, que aunque no individualizan a las mujeres en reclusión, al crearse una política penitenciaria diferenciada hacia las mujeres el Gobierno estaría realizando “acciones afirmativas” para resarcir las desventajas y la discriminación histórica que han padecido las mujeres en el mundo.

²⁵ Término superado por el de “visita íntima”.

Por otra parte, en relación con los derechos de los niños, que son aplicables a los que acompañan a sus madres en reclusión, la Convención sobre los Derechos del Niño, publicada el 25 de enero de 1991 en el *Diario Oficial de la Federación*, que entró en vigor en nuestro país al día siguiente, que señalan, respectivamente, en los numerales 2 y 3 del artículo 18, que los Estados prestarán la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño, y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para su cuidado. Siguiendo los preceptos de la Convención, en México existe una Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2014, la cual tiene por objeto reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, garantizar el pleno ejercicio, respeto y protección de sus derechos humanos, pero también crear y regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, a efecto de que el Estado cumpla su responsabilidad de garantizar la protección, prevención y restitución integrales de sus derechos vulnerados, entre otros.

Es a partir de estos supuestos que podemos visualizar los elementos que las políticas penitenciarias en el país deben seguir para otorgarse en estricto sentido de igualdad, y diferenciar y contemplar situaciones y necesidades particulares de las mujeres. La separación en los centros no sólo debe considerarse en tanto a la estructura física, sino también en lo relativo a la atención, políticas y programas de reinserción social adaptadas a las necesidades de las mujeres.

III. Condiciones carcelarias de las mujeres en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana

Las condiciones de vida y el respeto a los derechos humanos en los Centros de Reinserción Social mexicanos son, en todos los casos, deficientes; sin embargo, y a todas luces, la situación de las mujeres en prisión es preocupante y no sólo se acota a lo que sucede dentro de las paredes de los establecimientos, si no que se extiende, afectando de manera importante a sus familias, muy especialmente a sus hijas e hijos.

En diversos foros, desde ya hace varias décadas, se discute el tema de la cárcel como un espacio reproductor de desigualdades basadas en el género, la clase social y el estatus como delincuentes, y se ha hecho conciencia de un sistema penal insensible a las necesidades de las mujeres internas²⁶, y no es para menos.

De entre los rasgos en común que tienen las mujeres privadas de la libertad se encuentra: pobreza, bajo nivel educativo, procedencia de comunidades marginadas, víctimas de violencia, expuestas al reclutamiento por parte del crimen organizado, madres, primo-delincuentes y responsables de delitos no violentos.²⁷

De entre las condiciones con las que cuentan las mujeres al interior de los Centros Penitenciarios de la República Mexicana se encuentra la insuficiencia de espacio y la falta de servicios mínimos, ya que la mayoría de Centros que las albergan son mixtos y sus instalaciones y servi-

²⁶ Salinas, C. En http://www.ibero.mx/iberoforum/17/pdf/ESPAÑOL/1_CLAUDIA_SALINAS_NOTAS_PARA_ELDEBATE_NO17.pdf

²⁷ Guía para personal penitenciario. Las reglas de Bangkok y los derechos humanos de las mujeres privadas de la libertad, 2016.

cios favorecen a los internos, por razones como las ya expuestas; es decir, tienen acceso desigual con respecto a los varones. En materia federal, la mayoría de población penitenciaria femenina proviene de los estados de Tamaulipas, Michoacán, Guerrero, Estado y Ciudad de México. La población penitenciaria en su mayoría es madre y su edad oscila entre los 21 y los 40 años de edad.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en su informe Especial sobre las Mujeres Internas en los Centros de Reclusión de la República Mexicana, emitido en 2015, realiza una evaluación sobre las condiciones carcelarias en los Centros Penitenciarios donde se alojan mujeres, a fin de que las autoridades encargadas del Sistema Penitenciario Mexicano tomen las medidas pertinentes y realicen acciones efectivas para garantizar el respeto a sus derechos humanos. Debido a que la mayoría de los requerimientos específicos en razón de género guardan relación con las condiciones carcelarias de las mujeres, a continuación se realizará un breve análisis del mismo.

Este informe es fundamental, y el más específico en la materia, para dar cuenta de la realidad que guarda la situación de las mujeres recluidas, y sus conclusiones son compartidas por otras instituciones como el Instituto Nacional de las Mujeres, la Cámara de Diputados, el INACIPE y Equis Justicia para las mujeres A.C., que en noviembre de 2015 organizaron de manera conjunta el Foro Internacional Mujeres en Reclusión: una tarea legislativa pendiente. En este Foro se realizaron propuestas para la elaboración de política pública en materia de derechos humanos de las mujeres que viven en reclusión.

Según el Informe Especial de la CNDH, la población penitenciaria en el país dentro del pe-

riodo en que se realizaron las visitas ascendía a 249,912 personas, de las cuales 12,690 correspondía a mujeres; es decir, el 5.08%. Es importante hacer mención que un porcentaje significativo de las mismas no habían sido sentenciadas, sino que se encontraban bajo proceso: en el caso de internas estatales 5,019; es decir, el 52.67%; y en el supuesto federal 1,866 (59%), estando por encima de la media, razón por la cual, deberían estar separadas y sometidas a un régimen penitenciario distinto, en virtud del principio de presunción de inocencia.

El estudio de la CNDH fue realizado a través de visitas de supervisión a los Centros Penitenciarios Federales y Locales, a fin de verificar aspectos que garanticen el respeto a los derechos humanos de las mujeres privadas de la libertad, en especial su:

- a. Situación Jurídica.
- b. Estancia Digna y Segura.
- c. Mantenimiento del orden y aplicación de medidas disciplinarias.
- d. Aquellos aspectos relacionados con grupos en condiciones de vulnerabilidad.

De acuerdo a información del Organismo, los delitos de mayor incidencia entre la población femenil visitada fueron, entonces: contra la salud, robo, secuestro, homicidio, delincuencia organizada, fraude, lesiones, violencia familiar y portación de arma de fuego de uso exclusivo del ejército.

El 77.59% de la población femenina incluida en el estudio tenía una edad entre 18 y 40 años, y la duración de las sentencias, en su mayoría, oscilaba entre 5 y 10 años de prisión (65.53%), datos por demás importantes, que hacen concluir que un porcentaje considerable de las mujeres inter-

nas serían libertadas en periodos relativamente cortos, por lo cual, la política de reinserción social aplicada debe ser especialmente eficaz.

En resumen, los hallazgos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos evidencian cómo el maltrato y los abusos que sufren las mujeres internas en los Centros de Reincisión Social del país implican importantes delitos que son producidos y reproducidos, incluso, por el sistema y el mismo personal del Estado, quien les custodia y debiera protegerlos a toda costa. Los golpes, el maltrato, los abusos, los procedimientos indignos e invasivos, la amplia serie de omisiones y carencias, entre otras prácticas y situaciones preocupantes padecidas por las internas, son inadmisibles, pero reales.

Las principales irregularidades identificadas en los Centros del país, tomando como referencia los preceptos mínimos que, con enfoque de género, debieran garantizarse a las mujeres internas, establecidos por el tratado revisado anteriormente, se enuncian a continuación:

- Práctica de actos de maltrato físico y/o psicológico, como amenazas, golpes, humillaciones, tratos discriminatorios infligidos por personal directivo, técnico y/o de custodia. En algunos Centros, también se denunciaron abusos sexuales, incluyendo la presencia de prostitución en algunos Centros Estatales.
- Deficiencias en las condiciones materiales de los Centros; su infraestructura, mobiliario y equipo presentan carencias y deficiencias como la falta de planchas para dormir, colchonetas, mantenimiento de servicios sanitarios, instalaciones hidráulicas, eléctricas y de drenaje, pisos, paredes y techos.
- Malas condiciones de ventilación e iluminación.
- Fauna nociva, como cucarachas, chinches, ratas y moscas.
- No existe acceso a servicios y actividades como, por ejemplo, áreas destinadas a la observación y clasificación, locutorios, visita familiar e íntima, cocina, comedores, patios, aulas, biblioteca, consultorios y áreas médicas, talleres e instalaciones deportivas. En general, existe desigualdad en las instalaciones destinadas a mujeres respecto a las de los hombres.
- Mala calidad en los alimentos, ausencia de alimentación especial para los hijos e hijas, cantidades insuficientes para satisfacer sus necesidades; en algunas ocasiones, sólo se proporcionan dos alimentos al día y se les da la despensa para que ellas mismas se preparen sus alimentos.
- Sobre población, y, por lo tanto, hacinamiento, como consecuencia de una mala distribución y, en ocasiones, venta de espacios a las internas.
- Actos de autogobierno, cobros y privilegios, como, por ejemplo, que algunas internas ejercen control sobre otras y realizan actos propios de la autoridad (asignación de estancias, vigilancia, mantenimiento del orden, aplicación de sanciones disciplinarias, distribución de alimentos, tareas de limpieza, organización de actividades laborales, educativas o deportivas, acceso a servicio médico, visita familiar e íntima, así como uso de teléfonos públicos; cobro a cargo de las internas, o del personal del Centro, para

tener acceso a servicios que deberían de ofrecerse de manera gratuita).

- Privilegios a algunas internas, como posesión de televisores, hornos de microondas, refrigeradores y celulares.
- Inadecuada separación y clasificación, incluso la mínima establecida conforme al artículo 18 Constitucional (procesadas de sentenciadas); en algunos casos, tampoco lo es respecto al sexo (hombres de mujeres), incluyendo falta de criterios y condiciones de los establecimientos, ya que la mayoría no reúnen las instalaciones físicas necesarias para una correcta clasificación.
- Los correctivos disciplinarios, en ocasiones, no son impuestos por la autoridad competente, sino por personal de seguridad y custodia o por las mismas internas. No se respecta el derecho de audiencia ni se notifica la sanción impuesta. Existen sanciones de aislamiento por períodos prologados, restricción de visita familiar e íntima y comunicaciones telefónicas, así como la ausencia y restricciones importantes para el acceso a actividades relacionadas con la reinserción social, como trabajo, capacitación, educación, salud y deporte.
- En los casos en los que existen programas de reinserción, éstos están acotados a actividades consideradas “propias para las mujeres”, como estilismo y manualidades, lo que evidencia la disparidad y nula perspectiva de género.
- En cuanto a los menores de edad que viven con sus madres, en algunos Centros Penitenciarios no se permite su estancia, o sólo

la de quienes nacieron en el Centro Penitenciario, hasta una edad determinada no homologada, entre seis meses y seis años. Esta situación, vulnera el derecho de las niñas y niños a permanecer con su madre hasta los 6 años de edad, además de que su estancia no considera su interés superior. Además, la niñez que vive con sus madres frecuentemente carecen de servicios de atención, como guardería y educación básica.

- Las internas generalizadamente carecen de instalaciones y personal médico especializado y del sexo femenino; muchas veces son atendidas por el mismo personal médico que atiende al área varonil, en los tiempos que les quedan disponibles.
- No existen medicamentos o no son suficientes.
- No se llevan a cabo campañas de prevención de enfermedades, programas de planificación familiar, contra las adicciones ni para el tratamiento de la intoxicación.
- Los expedientes médicos no se encuentran debidamente integrados.
- En la mayoría de los centros, el personal asignado para la seguridad y custodia de las internas es insuficiente²⁸.
- El personal no ha recibido capacitación en materia de derechos humanos ni de prevención contra la tortura.
- En la mayoría de los Centros con reclusas no existen o son insuficientes las actividades

²⁸ Un promedio de uno a cuatro por turno.

des laborales para ellas, tampoco educativas y deportivas.

- Insuficiencia de aparatos telefónicos para el uso de las internas, limitación y restricción²⁹ de las llamadas.
- Se establecen requisitos excesivos y difíciles de cumplir para recibir visitas familiares y/o íntimas. En casos no se permite la visita íntima.
- Los Centros Penitenciarios no se encuentran acondicionados para las internas que cuentan con alguna discapacidad física.
- En lo referente a las enfermedades mentales, no se les da el tratamiento adecuado y en ocasiones se les aísla.
- No cuentan con instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias del género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua.

Como se observa en las conclusiones de la CNDH, los hechos detectados en 2015 contravienen por completo normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos y evidencian un trato discriminatorio, desigual y violento hacia las internas:

- Se incumple con el derecho que tienen las internas de vivir en condiciones de detención compatibles a la dignidad personal, debido a las deficientes condiciones mate-

riales y operativas de los centros de reclusión.

- Existe una evidente desigualdad de las áreas femeniles respecto de las instalaciones destinadas a los hombres; generalmente, se habilitan lugares originalmente destinados a otro propósito para destinárselos a las mujeres.
- Es necesario garantizar a las internas el acceso a oportunidades de educación, trabajo, capacitación para el mismo, atención de su salud y deporte, a efecto de generar un entorno propicio para reintegrarlas a la sociedad, de tal forma que el sistema penitenciario cumpla efectivamente con su función.
- Las actividades encaminadas a la reinserción social de las internas requiere de personal técnico especializado.
- La capacitación y el trabajo de las internas está generalmente relacionada con labores tales como el maquillaje, corte, confección y manualidades; es decir, actividades catalogadas como “propias de su sexo”, dejando de lado otro tipo de oficios, incluso mejor remunerados, que pudieran serles de mayor utilidad para su posterior vida en libertad.
- En muchos de los Centros varoniles se han ido perfeccionando esquemas de reinserción, en la mayoría de los casos educativos y de trabajo, que son acotados al género, o ausentes, para el caso de las mujeres.

²⁹ En algunos supuestos se permite una llamada cada 10 días por 10 minutos solamente y no a teléfonos celulares, a pesar de que la familia carezca de otro medio de comunicación.

Tras observar los preceptos normativos y la situación real de las mujeres en los Centros Peni-

tenciaros del País, resulta justificada plenamente la urgente necesidad de implementar de políticas en las que los gobiernos Federal y estatales se comprometan a asignar recursos para dotar a los establecimientos que albergan mujeres, de elementos que garanticen las condiciones de espacio, equipamiento y atención suficientes para brindarles una estancia digna y segura.

Por su parte, el INMUJERES, insta a que se debe considerar, por principio, que “muchas mujeres privadas de su libertad que vienen de ser violentadas permanentemente, terminan siendo víctimas de una violencia institucional que se disfraza de justicia”.³⁰

Los centros de reinserción social del país presentan “hacinamiento, corrupción, nula o inadecuada atención médica, falta de privacidad, ausencia de oportunidades para obtener un ingreso que les permita mantener a sus familias, maltrato e imposibilidad para presentar quejas...y carecemos de políticas públicas para atender esa realidad”³¹ “la situación de los Centros de Reclusión Femeninos es propicia para la violación a los derechos fundamentales de las mujeres”.³²

IV. Elementos mínimos para la creación de una política penitenciaria con perspectiva de género

Como pudo observarse, la realidad que viven las mujeres en prisión es más desoladora y preocupante de lo que se piensa. Las mujeres que se en-

³⁰ INMUJERES. Discurso de la Presidenta durante el Foro Internacional Mujeres en Reclusión. Noviembre 3, 2015. En: <http://www.gob.mx/inmujeres/prensa/discurso-de-la-presidenta-durante-el-foro-internacional-mujeres-en-reclusión>

³¹ Ídem.

³² CNDH. *op. cit.*

cuentran privadas de su libertad son víctimas de constantes violaciones a sus derechos humanos, lo cual se refleja mediante actos de violencia físicos, psicológicos y sexuales, que se originan desde el momento de su detención, la inequidad en la imposición de las sentencias con respecto a los hombres, hasta su situación de internamiento en los centros penitenciarios.

En cuanto a los programas para su reinserción social, incluyendo al trabajo, la capacitación para el trabajo, la educación, la salud y el deporte, el tema es aún más grave, pues son prácticamente inexistentes, y los vigentes son estereotípicos, incluyendo el imprescindible contacto con el exterior y sus familias.

La política penitenciaria mexicana debe ser abordada desde la moderna criminología, pero sobre todo sustentada en los documentos nacionales e internacionales de protección a los derechos humanos de los reclusos, principalmente con alta vulnerabilidad social, como las mujeres, a fin de disminuir inequidades a partir del reconocimiento de sus propios derechos.

Tras el estudio, se concluye que nuestro país no cuenta con una política penitenciaria diferenciada hacia las mujeres, situación que se fundamenta en que los ordenamientos vigentes apenas se regulan aspectos como la separación por sexo y algunos derechos que le corresponden a las mujeres en su calidad de madres, no como ser individual.

Eventos como la creación de una Ley Nacional de Ejecución de Sanciones Penales y la inauguración del CEFERESO No. 16, “CPS Femenil Morelos”, pensado para ser un Centro Federal de Reinserción Social exclusivo para mujeres privadas de la libertad, producen un momento

fértil para la creación de reformas estructurales que contemplen que la prevención, habilitación y reintegración social; desde el aspecto normativo hasta el fortalecimiento institucional, a la luz del derecho internacional y el respeto de estándares internacionales de derechos humanos, se regeneren contemplando la solución de las deficiencias, irregularidades y violaciones a los derechos humanos de las mujeres recluidas de los que hemos dado cuenta.

Para que la política penitenciaria con enfoque de género tenga un carácter integral, debemos diferenciar, además, las necesidades mínimas de los sub-grupos de mujeres que interactúan en el ámbito penitenciario:

- **Mujeres que visitan los centros penitenciarios:** las mujeres que visitan los Centros Penitenciarios, ya sean familiares de los o las internas, servidoras públicas en ejercicio de sus funciones o simples observadoras, deben de contar con procedimientos de revisión personal que aseguren el respeto a su dignidad, por lo cual, se ha de sustituir los registros sin ropa y todos aquellos registros corporales invasivos. Las mujeres embarazadas que visitan los Centros no pueden ser sometidas a *scanner* ni otro tipo de revisiones que pongan en riesgo su salud o la de su hijo o hija.
- **Personal penitenciario femenino:** los Centros Penitenciarios femeninos deben estar bajo la dirección de una funcionaria encargada, la vigilancia de las reclusas se realizará por funcionarias mujeres, sólo excepcionalmente se podrá contratar personal masculino ejerciendo funciones que no correspondan a la seguridad y sin que puedan acceder a las celdas, sino es con la

compañía de una funcionaria. Todo el personal debe capacitarse en materia de género y protección de los derechos humanos, las Reglas de Bangkok, prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sobre el uso legítimo de la fuerza, primeros auxilios, entre otros.

El personal penitenciario femenino deberá gozar de derechos y garantías laborales tales como la estabilidad en el empleo (contratos de tiempo completo con la condición de funcionarios públicos), con remuneración digna y proporcional de acuerdo a sus funciones profesionales, con prestaciones laborales y condiciones de servicio favorables, teniendo en cuenta la cercanía de su familia y horarios con los que pueda gozar de más tiempo con la misma, permisos de maternidad retribuidos y periodos vacacionales apegados al calendario escolar.

- **Mujeres reclusas:** como elementos mínimos en la construcción de la política penitenciaria con perspectiva de género, se propone:

Crear un marco normativo homologado que regule las atribuciones del personal, así como manuales de procedimientos que regulen su actuación en base al principio de certeza jurídica y evitar la discrecionalidad de las autoridades. Considerar un régimen distinto y flexible para las mujeres, considerando aspectos relacionados con su salud, embarazo, lactancia y maternidad; por ejemplo, con métodos especiales de clasificación de acuerdo a las necesidades propias del género, procurando en todo momento la cercanía con su familia y entorno social de apoyo. En ese sentido, se

deberá levantar un registro a su ingreso, con información específica referente a los hijos e hijas o personas mayores bajo su tutela.

Resulta imprescindible garantizar los medios para la higiene personal de las mujeres, incluyendo provisión gratuita de artículos necesarios como toallas sanitarias y agua potable.

La atención a la salud con perspectiva de género incluye la intervención gineco-obs-trétrica, alimentación adecuada a sus necesidades, programas de prevención y atención de las adicciones, así como de salud mental.

Las mujeres en prisión deben tener garantizado el ejercicio del derecho a la tutela, contacto con el exterior, a la visita íntima, en condiciones igualitarias respecto a los reclusos del sexo masculino, y corresponder a los estándares de derecho internacional que contemplan a la persona con quien se mantiene vida marital permanente, pero también incluyendo a las parejas estables, a los miembros de la comunidad LGBTTTI y aquéllas con enfermedades de transmisión sexual; no se debe condicionar la visita íntima al uso obligatorio de métodos anti-conceptivos³³ o de una exhaustiva comprobación de vínculo afectivo con su pareja; se podrán contemplar, incluso, las denominadas “visitas intra-carcelarias” con ciertos trámites y particularidades.

Las sanciones necesarias podrán ser administrativas, pero siempre bajo estándares del debido proceso que consideren su salud y condiciones como el embarazo, lactancia y maternidad.

Los programas de reinserción y reintegración social para las mujeres en reclusión deben alejarse definitivamente de cualquier estereotipo de género y fundamentarse en las capacidades y necesidades propias de cada caso.

- **Menores de edad/ adolescentes:** la ejecución de las medidas a las adolescentes que han cometido un delito o se encuentran sujetas a prisión preventiva tiene un fin distinto al de las adultas, pero en cuanto a sus derechos de género, deben garantizarse los mismos, enfocados en su condición de “personas en desarrollo”, obedeciendo a las particularidades derivadas del interés superior del niño y a la protección integral, basándose en el aprendizaje significativo, educación para la paz y solución pacífica de conflictos, con miras a la construcción de ciudadanía responsable y respetuosa de los derechos humanos propios y ajenos³⁴.
- **Procesadas:** deben estar sometidas a un régimen penitenciario distinto en base al principio de presunción de inocencia, iniciando por su separación de las internas sentenciadas. Se deberá contar con un área de locutorios suficiente para el libre acceso a sus defensores en condiciones de privacidad y las veces que sea necesario además de dotarles de servicios educativos, trabajo, capacitación, salud y deporte cuando lo requieran.

³³ Debido a que las mujeres comúnmente se encuentran internas durante el periodo de vida reproductiva y con la reclusión se puede limitar el derecho a la maternidad.

³⁴ Sofía Cobo, *La ejecución de las medidas aplicadas a los adolescentes infractores: un acercamiento al garantismo*, México, INACIPE, 2013, p. 139.

- **Indígenas:** este grupo vive una doble victimización, por su condición de mujer e indígena. Se recomienda la asesoría jurídica inmediata en estricto apego a su lengua, usos y costumbres. Además del respeto a sus costumbres y tradiciones y en su caso, la asistencia de un intérprete y en su caso traductor.³⁵
- **Extranjeras:** requieren de asistencia consular y de políticas flexibles referentes a la visita familiar, a fin de aprovechar el máximo tiempo posible con las mismas, considerando las largas distancias que han recorrido, además de garantizarles el derecho a un intérprete y/o traductor.

HIJOS E HIJAS DE LAS RECLUSAS

- **Que viven en reclusión:** se propone homologar criterios para la estancia de los menores de edad en los centros penitenciarios, además de la creación de un Modelo efectivo de atención especializado para ellas y ellos que garantice su integridad física y emocional. Sería importante incluir actividades y terapias que preparen a madres e hijos a la separación cuando termina el tiempo autorizado para que vivan con sus madres, así como ayuda por especialistas para tomar la mejor decisión respecto a donde vivirán, además de que cuenten con seguimiento y acompañamiento de casos, procurando no romper el contacto madre-hijo y cuidando su sana relación.
- **Que no viven en reclusión:** se necesita una Coordinación Interinstitucional que garan-

tice la integralidad de los derechos de las niñas y niños, a través de un Modelo de atención que proteja y asista el pleno desarrollo del menor de edad en correspondencia al principio de “interés superior”, privilegiando en todo momento el contacto madre-hijo.

V. Conclusiones

En virtud del panorama anteriormente expuesto, y a los pocos avances que son observables, en la actualidad respecto al trato, atención y tratamiento de las mujeres en los Centros Penitenciarios del país, es imprescindible que las autoridades encargadas de crear y aplicar políticas públicas en materia penitenciaria en nuestro país actúen con urgencia para establecer la garantía de los derechos humanos de las mujeres, sus hijas e hijos y personas que de ellas dependen, con criterios de igualdad, integralidad y absoluta perspectiva de género, aplicando, al menos, acciones como:

1. Diagnosticar periódicamente las diferencias en las condiciones de vida en reclusión entre las mujeres y los hombres.
2. Revisar la suficiencia y dignidad de los espacios disponibles en los Centros Penitenciarios -especialmente en los mixtos- destinados a las mujeres internas.
3. Crear un Modelo de Sistema Penitenciario específico para las mujeres en reclusión libre de estereotipos de género y en condiciones que no ofendan la dignidad de las mujeres.
4. Garantizar que el personal de custodia, en las cárceles y espacios de reclusión para mujeres, sea mayoritariamente femenino y

³⁵ Intérprete si es discurso oral y traductor tratándose de escritos.

- que, en su caso, los custodios o reclusos varones no tengan acceso a sus celdas, y que en todos los casos cuenten con protocolos homologados, capacitación y vigilancia de atención especializada, además de normatividad y acciones serias que castiguen severamente el maltrato, discriminación y todo tipo de violencia ejercida en contra de las internas.
5. Capacitar al personal penitenciario en materia de protección a derechos humanos, Reglas de Bangkok, género, uso legítimo de la fuerza, prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros temas a fin de certificar al personal que trabaje en el Centro.
 6. Divulgar y aplicar instrumentos internacionales y nacionales de protección a los derechos humanos de las mujeres reclusas.
 7. En todos los casos, las mujeres en reclusión deberán contar con la adecuada y suficiente atención a su salud, haciendo énfasis en la obstétrica, atención que debe incluir programas permanentes de detección oportuna de cáncer cérvico-uterino y mamario, así como de educación para la salud reproductiva y la prevención de enfermedades e infecciones.
 8. Que se cuente con suficientes medicamentos específicos para la salud de las mujeres, sus hijas e hijos.
 9. Que las mujeres, sus hijas e hijos, tengan acceso a exámenes de laboratorio y otro tipo de estudios médicos especializados de manera periódica en condiciones de igualdad que las mujeres viviendo en libertad.
 10. Homogeneizar los reglamentos y crear Protocolos respecto a la permanencia de niñas y niños y condiciones en las que puedan permanecer con sus madres dentro del establecimiento.
 11. Creación de un Modelo de atención a la niñez con referente padre o madre en reclusión que no solamente implique a los hijos e hijas de las internas que viven con sus madres, sino a los que se encuentran en la sociedad, muchas veces en condiciones de abandono, exclusión social y material.
 12. Garantizar que los Centros cuenten con los espacios dignos y mínimos indispensables para la estancia y convivencia de las mujeres, sus hijas e hijos.
 13. Garantizar la educación y actividades permanentes, profesionales y efectivas para la reinserción social.
 14. Debe, también, garantizarse la adecuada, suficiente y digna alimentación, cuidando el desarrollo físico y psicológico de las mujeres, hijas e hijos, incluyendo esquemas preventivos.
 15. Las mujeres madres internas en los Centros deben contar con programas de apoyo psicológico y orientación en el cuidado y educación de sus hijos.
 16. Por ningún motivo los internos varones deben cohabitar ni deambular en los Centros, o espacios destinados para las mujeres.
 17. Las actividades laborales para las mujeres internas deben excluir en todo momento, estereotipos y discriminaciones de género o de cualquier otro tipo.

18. De igual forma, los planes de actividades deben incluir permanentemente acciones educativas a las internas, sus hijas e hijos.
19. Deberán reforzarse los mecanismos que impidan todo tipo de privilegios al interior de los Centros.
20. Toda normatividad establecida en los Centros de Reinserción femeniles debe considerar, especialmente, el interés superior de las hijas e hijos de las internas que permanecen o no con sus madres.
21. Los presupuestos destinados para los Centros de Readaptación femeniles deben priorizarse.

Es imprescindible recordar que el desarrollo igualitario de las mujeres en todas las esferas de la vida es determinante del grado de avance de la sociedad y que toda forma de exclusión, discriminación y violencia hacia las mujeres es un problema estructural fehaciente, que vulnera y afecta terminantemente las posibilidades de todas y todos para vivir una vida justa, armónica e integrada, derecho fundamental que el Estado debe garantizar, también para las mujeres en reclusión, quienes purgan penas corporales con el objetivo de reintegrarse de manera positiva a la sociedad, que, en estas circunstancias, seguramente será imposible.

VI. Fuentes de Información

LIBROS

Arenal Concepción, *Estudios Penitenciarios*, México, INACIPE, 2010.

- Briseño López Marcela, *Garantizando los Derechos Humanos de las Mujeres en Reclusión*, México, INMUJERES/ PNUD, 2006.
- Carbonell Miguel, *Neo constitucionalismo y derechos humanos*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2011.
- Cavazos Ortiz Irma, *Mujer Etiqueta y Cárcel*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-INACIPE, 2005.
- Cobo Téllez Sofía, *La ejecución de las medidas aplicadas a los adolescentes infractores: un acercamiento al garantismo*, México, INACIPE, 2013.
- Giacomello Corina, *Género, drogas y prisión*, México, Tírant lo Blanch, 2013.
- Griesbach Margarita (Coordinadora), *Presos Invisibles, Hijos e Hijas de Mujeres en Reclusión*, México, INACIPE, 2015.
- Guardiola Juan José Nicolás, *Evolución de la política Penitenciaria Europea*, España, Aranzadi, 2011.
- Kai Ambos, *Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Perú, Palestra, 2010.
- Reidl M. Lucy y otros, *Prisionalización en una cárcel para Mujeres*, México, Secretaría de Gobernación, 1976.
- Rodríguez Vignoli Jorge, *Vulnerabilidad y grupos vulnerables*. CEPAL/ ECLAC. Chile, 2001.

LEGISLACIÓN NACIONAL

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Anteproyecto de Ley Nacional de Ejecución Penal.
- Ley que Establece las Normas Mínimas de Readaptación Social de Sentenciados.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Ley General de Salud.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- NOM-005-SSA2-1993.
- Ley de Asistencia Social.
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED).

Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación.
DOF: 02/04/2013.

Ley Nacional de Ejecución Penal.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará).

Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Convención sobre los Derechos de la Niñez.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

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).

Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela).

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de la libertad.

CONSULTAS ELECTRÓNICAS

http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2015_IE_MujeresInternas.pdf

<http://www.azon.com.mx/spip.php?article254622>

<http://www.conavim.gob.mx/work/models/CONAVIM/Resource/312/1/images/SINALOA.pdf>

http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=448&Itemid=249

<http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>

www.cns.gob.mx/portalWebApp>ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository

http://www.ibero.mx/iberoforum/17/pdf/ESPAÑOL/1_CLAUDIA_SALINAS_NOTAS_PARA_ELDEBATE_NO17.pdf http://www.canaldelcongreso.gob.mx/vod/reproducir/0_d1siazov/Foro_Internacional%3A_Mujeres_en_Reclusión

<http://www.gob.mx/inmujeres/prensa/discurso-de-la-presidenta-durante-el-foro-internacional-mujeres-en-reclusión>

OTRAS FUENTES

Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el estado que guardan los derechos humanos de las mujeres internas en centros de reclusión de la República Mexicana, 2013 y 2015.

Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación 2014-2018. CONAID. CONAPRED, 2014.

INEGI. Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2011 a 2015.

Programa Nacional para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (2014-2018).

CEDAW. IX Informe Reglamentario de Cumplimiento a la Convención por parte del Gobierno Mexicano

Guía para personal penitenciario: Reglas de Bangkok y los derechos humanos de las mujeres privadas de la libertad, UNDOC-INMUJERES, 2016.



Reflexiones criminológicas y sociológicas de la regulación del consumo lúdico de la marihuana en México

Emilio Daniel Cunjama López
Alán García Huitrón
Instituto Nacional de Ciencias Penales

"El observador social no debe pasar por alto lo común, pues muchas veces ahí se instala lo complejo de las razones del mundo"

Pierre Bourdieu

Resumen

Amás de un siglo de iniciada la política internacional fiscalizadora en contra de las drogas, algunos países han comenzado, desde al menos una década, a generar debates de los logros y los costos de esta reacción transnacional prohibicionista, principalmente dirigida hacia el consumo de la marihuana. Mientras que algunos países están a favor de continuar, e

incluso fortalecer, la tendencia prohibicionista, otros países han abierto la posibilidad de aplicar modelos de política pública regulatorias para el consumo lúdico de la marihuana y otras drogas. En México, La Suprema Corte de Justicia de la Nación en octubre de 2015, falló a favor del uso lúdico de la marihuana de cuatro de personas, un suceso inédito que dio pie a que en noviembre de 2015 el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos ordenara a las Secretarías de Gobernación y de Salud llevar a cabo una serie de debates a nivel nacional acerca del uso de la marihuana a partir de las perspectivas de la salud, los derechos humanos, los aspectos económicos y la seguridad ciudadana. El presente texto tiene como objetivo generar reflexiones en torno al debate nacional, desde la perspectiva criminológica y sociológica, respecto a la regulación del consumo lúdico de la marihuana en México..

Palabras clave: Consumo lúdico de la marihuana, regulación, criminología y sociología.

Abstract

More than a century initiated the audit international policy against drugs, some countries have begun, for at least a decade, to generate discussion of achievements and costs of this transnational reaction prohibitionist, mainly directed towards consume of the marijuana. While some countries are in favor of continuing, even strengthening, the prohibitionist trend, other countries have opened up the possibility of regulatory models of public policy for the recreational use of marijuana and other drugs. In Mexico, the Supreme Court of Justice of the Nation in October 2015, rules in favor of four plaintiffs 'rights to produce and consume the substance for personal use. This unprecedented event that gave rise

to that in November 2015 the President of the United Mexican States ordered out to the Ministries of the Interior and health out a series of national debates about marijuana use from the perspectives of health, human rights, economic issues and public safety. This text aims to generate reflections on the national debate from criminological and sociological perspective regarding the regulation of recreational use of marijuana in Mexico.

Key words: Recreational marijuana use, regulation, criminology and sociology.

Introducción al contexto internacional y nacional de las drogas (marihuana)

Si bien la historia de las drogas, en su valor de uso, es tan larga como el de la propia humanidad en sus expresiones religiosas, medicinales o de goce,¹ la historia de su reacción, es decir, de su control político y jurídico internacional en su valor de cambio, es más reciente, pues data de principios del siglo XX. A partir de entonces, han sucedido diversos momentos cruciales de gran importancia para abordar la lógica actual de la discusión acerca de la pertinencia o no de una regulación permisora del consumo lúdico de la marihuana en nuestro país.

Antes de que comenzara a regir una política prohibicionista en su contra, el uso medicinal y recreativo de ciertas drogas fue legal en los Estados Unidos y en México a finales del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX.² No obstante,

¹ Vid. Escohotado, Antonio (1996), *Historia elemental de las drogas*, Barcelona: Anagrama.

² Vid. Astorga, Luis (2005), "El Porfiriato y los años veinte", en Astorga, Luis, *El siglo de las drogas*, México: Plaza y Janés, pp. 19-42; Valdés Castellanos, Guillermo (2013), "Los primeros años del narcotráfico (1926-

el 9 de marzo de 1909 se dio el primer intento de establecer una política internacional en materia de drogas. Conocida como *Conferencia de Shanghai contra el Opio*, a esta reunión asistieron únicamente 13 países y tuvo como principal finalidad generar un rígido control en la producción, posesión, tráfico y consumo de la amapola.³ Su razón de ser, más que la seguridad o la salud pública, fueron los términos económicos tras la Primera y la Segunda Guerra del Opio, particularmente la lucha por el monopolio de la droga entre británicos, franceses, chinos y norteamericanos,⁴ así como procesos etnocéntricos de los entonces “emprendedores morales”, constituidos por predicadores protestantes puritanos.⁵ Cristalizado este intento inicial con el primer tratado de fiscalización internacional de drogas del mundo, en 1912, mejor conocido como la *Convención Internacional del Opio*, se inició así una serie de acuerdos que con el tiempo conformarían el marco legal internacional del régimen de control mundial

1940)", en Valdés Castellanos, Guillermo, *Historia del narcotráfico en México*, México: Aguilar, pp. 20-50.

³ Los productos derivados de la amapola son: opio, dilaudid, morfina, metopan, codeína, hycodan, papaverina, percodan, heroína, semillas de amapola y nalline, en Canales Pichardo, Víctor M., *Drogas psicotrópicas y narcotráfico*, México: Cárdenas Editor, pp. 82-84.

⁴ Como menciona Tagle, “la razón por la cual se iniciaría la política internacional estadounidense de prohibir inicialmente el comercio del opio por la Conferencia de Shanghai en 1909, y después agregándose cada vez más plantas y drogas y extendiéndose por todo el mundo, fue una variable económica hegemónica, misma que se descubre como el interés real que se encuentra encubierto por los aparentes ánimos de proteger la salud de la comunidad, en Fernando Tenorio Tagle (2011), “Las políticas en torno a las drogas: una guerra inútil”, México, Alegatos, Número 76, pp. 680-681.

⁵ De acuerdo con Ecohotado, la política prohibicionista, impulsada por predicadores protestantes puritanos que condonaban todas aquellas prácticas foráneas consideradas nocivas, se impulsó discriminando el opio asociado a los chinos —con su efecto contrario a la productividad—, la marihuana a los latinos —con su tendencia a la relajación, que no a la trasgresión— y la cocaína a los negros —con su impacto en el desenfreno sexual—, en Ecohotado, Antonio (2004), *Historia de las Drogas*, Vol. 1, Madrid: Alianza, p. 238.

de las drogas,⁶ principalmente: la *Convención Única sobre Estupefacientes* de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972; el *Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas* de 1971, y la *Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* de 1988. En esta relación jurídica, mención especial merece la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* del año 2000, instrumento paradigmático en la relación droga-delito.

Desde aquel momento, las potencias contratantes —ahora llamadas Estados parte— han sostenido en estos pilares jurídicos, y a través de instituciones como: la Comisión de Estupefacientes (CND), establecida en 1946 por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas; de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), creada por la Convención Única de 1961, y la Oficina de Naciones Unidas para el Control de la Drogas y el Delito (UNODC), constituida en 1997, una política particular en contra de ciertas drogas, considerándolas peligrosas para la salud individual y pública y, por tanto, prohibidas por las distintas legislaciones. El control inicial que se tenía del opio y sus derivados, ha mudado a las 234 sustancias que existen actualmente.

Hace más de una década diversos países y algunos estados de los Estados Unidos han discutido y puesto en marcha diferentes modelos públicos para tratar el problema de las drogas, particularmente de la marihuana.⁷ Estas alterna-

⁶ Vid. Amira Armenta y Martin Jelsma (2016), *Las convenciones de drogas de la ONU. Guía básica*, Transnational Institute (TNI).

⁷ Para una mayor simplificación en este texto se toman los tres modelos principales: prohibición, despenalización y legalización. Sin embargo, según Villeda, las categorías del estatus legal de la marihuana se dividen en cinco: ilegal, legal (consumo regulado por el gobierno), legal/ilegal (leyes escasas y consumo tolerado), ilegal/despenalizada (consumo en pequeñas cantidades despenalizado, pero tráfico y venta ilegal), e ilegal/tolerada (consumo personal tolerado, pero tráfico ilegal), en Karen Alvarez Villeda

tivas parecen surgir de dos hechos muy particulares y ciertamente contradictorios: por un lado, el incremento del consumo de drogas⁸ y sus fatídicos efectos secundarios en términos de violencia criminal organizada y, por otro, la revelación de los beneficios económicos de la droga como mercancía de gran proyección hacia el mercado legal y monopólico.⁹ El debate internacional, así, ha germinado desde dos puntos distantes: los efectos del mercado criminal de las drogas en términos de *salud, seguridad y derechos humanos*, particularmente en países en desarrollo; y de los *aspectos económicos* que vislumbran el succulento negocio de las drogas, principalmente en países desarrollados.

Si bien en la postura prohibicionista, encamionada a criminalizar toda la cadena del tráfico de drogas, están adheridos más del 95% de los Estados miembros de la ONU,¹⁰ en el caso de la despenalización o de la descriminalización del consumo¹¹ se han sumado países como Alemania, Bélgica, España, Italia, Portugal, Suiza e incluso

(2009), “Legalización de la marihuana por continente”, en Kena Moreno (coord.), *Legalización de la marihuana. ¿A qué precio?*, México: Centros de Integración Juvenil (CIJ), pp. 93-130.

⁸ Mientras en la década de los noventa el total de consumidores era de 185 millones de personas (3.1% de la población total), en 2013 este número ascendió a 246 millones de personas (3.4% de la población total). *Vid. ODCCP (2002), Global Illicit Drug Trends*, New York: ODCCP; UNODC (2015), *World Drug Report 2015*, Vienna: UNODC. Asimismo, de acuerdo con UNODC, de 2009 a 2012 se han identificado más de 256 nuevas sustancias psicoactivas (NSP).

⁹ Para Troy Dayton, jefe del ArcView, desde que la venta de marihuana cambió de estatuto en Estados Unidos, el mercado de cannabis es la industria que más crece en América del Norte. *Vid. ArcView Market Research and New Frontier (2016), The state of legal marijuana markets*, 4a ed., USA: ArcView and New Frontier.

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas y Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (2009), *Informe 2008*, ONU/JIFE.

¹¹ Tanto la UNODC como la OMS han votado e instado a los Estados miembros a despenalizar el consumo de algunas drogas, impidiendo tratar a los consumidores como delincuentes e impidiendo graves consecuencias, como el VIH. *Vid. Who (2014), consolidated guidelines on HIV prevention, diagnosis, treatment and care for key populations*, Switzerland: who.

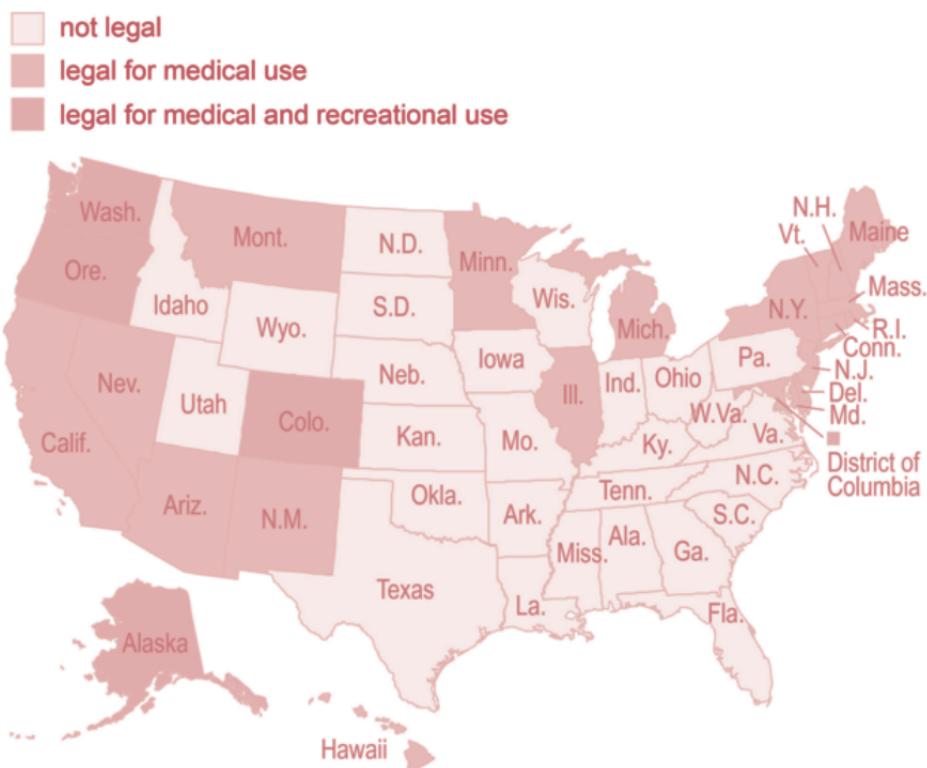
Méjico que, desde agosto de 2009, estableció la portación permitida en ciertas cantidades para determinadas sustancias.¹² La legalización “hace referencia al proceso de eliminación de las prohibiciones legales sobre la producción, la distribución y el consumo de sustancias controladas para otros propósitos diferentes a los medicinales o los científicos, generalmente a través de la sustitución con un mercado regulado”,¹³ como sucede parcialmente en Países Bajos,¹⁴ en Uruguay¹⁵

¹² *Vid.*, Cunjama López E. Daniel (2012), “Neoliberalismo, tráfico y descriminalización de las drogas”, *Revista Metapolítica*, Año 3, No. 76, enero-marzo de 2012.

¹³ Organización de los Estados Americanos (OEA) (2012), *Escenarios para el Problema de Drogas en las Américas 2013-2025*, OEA, p.13.

¹⁴ Técnicamente Holanda nunca ha legalizado las drogas. Según el embajador de los Países Bajos en México, Dolf Hogewoning, los famosos *coffeeshops* no están en todo el país, tan solo se concentran en las áreas urbanas de Ámsterdam, Rotterdam, la Haya y en la región fronteriza del sur, bajo ciertas normas: 1) las drogas susceptibles a estos mercados son las llamadas blandas (*cannabis* —hachís y malezas—, pastillas para dormir y tranquilizantes, setas alucinógenas y khat); 2) no se publicitan; 3) no hay venta de drogas duras; 4) el Alcalde vigila que estos establecimientos no alteren el orden público, de lo contrario, existen sanciones de clausura temporal o permanente; 5) se prohíbe la entrada y/o venta a jóvenes menores de 18 años, y 5) el nivel máximo para la venta es de cinco gramos por persona al día. Martínez Huerta, David, “Holanda, Uruguay y Portugal destierran mitos sobre la legalización de la marihuana; comparten sus experiencias”, *Sin Embargo*, 29 de septiembre de 2013.

¹⁵ Después de ser votada a favor en la Cámara de Representantes (50-46) y en el Senado (16-13), así como de ser firmada por el Presidente Mujica en diciembre de 2013, el 6 de mayo de 2014 entró en vigor en Uruguay la Ley 19.172 con lo cual este país se convirtió en el primero del mundo en legalizar completamente la producción, venta y consumo de la marihuana para uso personal. Con esta norma, se crea el Instituto de Regulación y Control de Cannabis (IRCCA), responsable de regular el proceso de marihuana para usos comerciales, médicos y no médicos, y de promover campañas de información educativa sobre los riesgos y los daños del uso y abuso de la marihuana. Bajo el nuevo sistema, existen cuatro formas de acceso a la marihuana: 1) Marihuana medicinal, prescrita por un doctor y aprobada por el Ministerio de Salud Pública; 2) Cultivo personal de hasta seis plantas por vivienda (cosecha anual de hasta 480 g); 3) Membresía de un club cannábico (99 plantas de manera colectiva, entre 15 y 45 miembros, y con una cosecha anual de máximo 480 g por cada miembro) y 4) Venta en farmacias autorizadas (compra de hasta 10 g por semana). Algunas restricciones son: prohibido fumar en espacios cerrados, públicos, laborales, centros de salud, escuelas e instituciones deportivas; el uso medicinal está limitado a uruguayos mayores de 18 años de edad; los usuarios deben registrarse en el IRCCA; todas las formas de anuncios publicitarios de productos de marihuana psicoactiva está prohibido; no se puede conducir un

Mapa 2.1. Panorama de la legalización de la marihuana en los Estados Unidos (2015)

Fuente: Marie Morelli (2015), “By the numbers: Marijuana is now legal in 23 states and the District of Colombia”, USA: Syracuse Media Group.

y en los estados de Oregón,¹⁶ Alaska,¹⁷ Colorado¹⁸ y Washington¹⁹ en los Estados Unidos, estos últimos para el uso recreativo o lúdico de la marihuana, o en términos medicinales en el caso de Canadá, Países Bajos, Argentina, Brasil, Perú, Chile y Colombia, así como de 23 estados norteamericanos (véase mapa 2.1).

automotor bajo el influjo de la marihuana; la venta en farmacias no puede exhibirse al público, entre otros. *Vid. Ley N° 19. 172. Marihuana y sus derivados. Control y Regulación del Estado de la Importación, Producción, Adquisición, Almacenamiento, Comercialización y Distribución.*

¹⁶ *Vid. Measure 91, 2014.*

¹⁷ *Vid. Measure 2, 2014.*

¹⁸ *Vid. Amendment 64, 2012.*

¹⁹ *Vid. Initiative 502, 2012.*

Por su parte, la historia de la fiscalización de algunas drogas en México,²⁰ después de sostener una política legal en el ascenso y ocaso del Porfiriato, comenzó hasta el año de 1920, cuando autoridades sanitarias emitieron las primeras disposiciones tendientes a la prohibición de la marihuana; posteriormente en 1926 esta política se extendió hacia los opiáceos, a partir de esta fecha nuestro país inició una política abiertamente prohibicionista, firmando y ratificando las Convenciones de 1961, 1971, 1988 y 2000, entre otras.²¹

²⁰ Para ahondar en la historia de las drogas en México, desde la época prehispánica hasta la actualidad. *Vid. López Betancourt Eduardo (2009), Drogas: Su Legalización*, México: Porrúa, pp. 89-115.

²¹ *Vid. Gabriel Mario Santos Villareal (2009), Instrumentos internacionales signados por México en materia de narcotráfico*, México: Cámara de

Cuadro 2.1. Tabla de orientación de dosis máximas y consumo personal

Narcótico	Dosis máxima de consumo personal e inmediato	
Opio	2 gr.	
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg.	
Cannabis Sativa, Indica o Mariguana	5 gr.	
Cocaína	500 mg.	
Lisergida (LSD)	0.015 mg.	
	<i>Polvo, granulado o cristal</i>	<i>Tabletas o cápsulas</i>
MDA, Metilendioxianfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-3,4-metilendioxi-n-dimetilfeniletilamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

Fuente: Artículo 479 de la Ley General de Salud.

Sin embargo, el 20 de agosto de 2009 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, sin posterior voto,²² diversas reformas a la Ley General de Salud, al Código Penal Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales a fin de establecer un marco jurídico preciso para prevenir y combatir la farmacodependencia, el narcomenudeo y el narcotráfico que incluyó la regulación para la portación de ciertas sustancias. Entre otras cuestiones,²³ las reformas determinaron la dosis máxima de consumo personal e inmediato para farmacodependientes y consumidores, tratando de terminar con la subjetiva interpretación de las autoridades ministeriales y la corrupción de los dictámenes periciales. A través de la tabla de orientación, el

consumo se encuentra despenalizado como excusa absolvatoria, siempre y cuando las cantidades de droga con que se les sorprenda no rebasen lo señalado, de lo contrario se estará en presencia de narcomenudeo o narcotráfico (véase cuadro 2.1). Asimismo, la autoridad ministerial está obligada a canalizar a las personas detenidas a los centros de tratamiento y rehabilitación; en las dos primeras detenciones la participación del consumidor o del farmacodependiente es voluntaria, a la tercera, la asistencia al tratamiento es obligatoria para farmacodependientes.

A más de seis años de distancia, con la modificación de dichos ordenamientos, algunas entidades federativas tienen pendientes aspectos como: 1) armonizar sus leyes estatales y reglamentos con los ordenamientos del ámbito federal; 2) emitir directrices institucionales necesarias para delinear los procesos a seguir en procuradurías y centros de salud estatales; 3) crear fiscalías especializadas contra el narcomenudeo, y 4) instalar Tribunales para el Tratamiento de Adicciones

Diputados LX Legislatura.

²² En mayo de 2006, la Presidencia de la República (comandada en aquel entonces por el ex presidente Vicente Fox) vetó las reformas que pretendían despenalizar el consumo bajo ciertas cantidades, aprobadas sin modificaciones por la Cámara de Senadores.

²³ Para profundizar sobre el impacto de estas reformas. Vid. Inacipe/PGR (2010), *Farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico*, México: Inacipe/PGR.

(TTA). En este último punto, por ejemplo, solamente los estados de Chihuahua, Durango, Estado de México, Morelos y Nuevo León han cumplido con el cometido.

Un hecho de enorme trascendencia para nuestro país fue la resolución histórica de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en noviembre de 2015,²⁴ mediante la cual el máximo tribunal de este país aprobó, aludiendo al libre desarrollo de la personalidad (derecho humano), un amparo indirecto que permitió el uso de marihuana con fines lúdicos y recreativos a cuatro personas de la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante (SMART). Con este fallo, la Corte dio un revés a la controversia suscitada entre estas cuatro personas y la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) —órgano administrativo descentrado de la Secretaría de Salud (SSA)—, que en 2013 había negado la solicitud por escrito de estas personas para ejercer sus derechos correlativos al autoconsumo del estupefaciente conocido como “cannabis” y el psicotrópico “THC” en los aspecto de: siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión, transporte; y, consumo lúdico y personal de marihuana.

Los efectos de esta resolución solamente impactan a los cuatro quejosos, no al resto de la población, quienes podrán, sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar y consumir cannabis con fines recreativos y lúdicos, salvo que sea frente a otras personas sin su expreso consentimiento, ni frente a menores de edad y mujeres

²⁴ Vid. Expediente 237/2014, Amparo en revisión por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), con fecha de resolución el 4 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>

embarazadas. De igual forma, dicho resolutivo no permite a estas personas realizar actividades de comercialización, suministro o cualquier otro que se refiere a la enajenación y/o distribución, tampoco les concede el derecho para comprar semillas para la siembra, este último acto sirvió de controversia para dicha resolución.

En cumplimiento a la sentencia de la SCJN, en diciembre de 2015 la Cofepris emitió cuatro autorizaciones por tiempo indeterminado para el consumo personal de marihuana con fines recreativos y lúdicos de las personas amparadas.²⁵

Las discusiones acerca de la legalización del consumo de marihuana no son nuevas, por el contrario, han sido recurrentes. La balanza a finales del siglo XIX y principios del XX se inclinó por su legalización medicinal e incluso con fines recreativos; posteriormente a partir de los años 20's le siguió un período de más de 100 años de prohibición. Actualmente se vuelve a discutir la conveniencia de la despenalización del consumo lúdico y medicinal de la marihuana en diferentes países y diversos estados de la Unión Americana.

Particularmente en México, tanto factores internos (las reformas de 2009 a los ordenamientos de salud y penales, la resolución de la Corte sobre las personas de SMART y la violencia generada por el mercado ilegal de las drogas), como factores externos (la discusión internacional y el proceso de legalización en algunos estados de los Estados Unidos con fines medicinales y recreativos) dieron pie a que en noviembre de 2015 el Presidente de México ordenara a las Se

²⁵ Vid. Comunicado de prensa de la Cofepris 107/15. Disponible en: <http://www.cofepris.gob.mx/Documents/NotasPrincipales/11122015.pdf>

cretarías de Gobernación y de Salud realizar un Foro Debate Nacional sobre el Uso de la Marihuana, entre enero y marzo de 2016, con el objetivo principal de escuchar a todas las voces y a todas las posturas (especialistas, investigadores, académicos, profesionales de la medicina, abogados, integrantes de organizaciones de la sociedad civil y otras personas con calificación técnica) para definir las políticas y las acciones que debe adoptar el Estado mexicano frente a este tema. Se realizaron cinco foros nacionales de debate, organizados en los siguientes temas: 1) Salud pública y prevención; 2) Ética y derechos humanos; 3) Aspectos económicos y de regulación, y 4) Seguridad ciudadana. Asimismo, se estableció una página web que muestra documentos científicos y documentales acerca del consumo de la marihuana, disponibles en: www.gob.mx/debatemarihuana.

Racionalidades del consumo de marihuana en México y su regulación

Bajo la tesis de este epígrafe de este texto, habría que plantear dos preguntas que, al tanto de la situación nacional, se han tornado tan comunes que se han dejado de analizar. Por un lado, la primera cuestión es indagar *¿para qué legalizar el consumo lúdico de la marihuana?*, es decir, *¿qué beneficios traería a la sociedad mexicana una regulación permisiva del consumo?* La segunda cuestión se encuentra relacionada a la definición del problema del consumo de la marihuana con la intención de no mezclar racionalidades que, en forma específica, traerían argumentos distintos. La pregunta es: *¿cómo se debe tratar el tema de la regulación del consumo lúdico de la marihuana?, ¿cómo un problema de seguridad?, ¿cómo un problema de salud? o ¿cómo un problema de respeto a los derechos humanos?*

II.1. LA RACIONALIDAD DE LA SEGURIDAD. EL NEXO DROGA (MARIHUANA)-VIOLENCIA

En el marco del Día Internacional contra el Uso Indebido de Drogas, celebrado el 26 de junio de 2015, la Subsecretaría de Prevención y Atención Ciudadana de la Secretaría de Gobernación (SEGOB) afirmó que “el 40% de los delitos cometidos en el país están vinculados con el uso indebido de sustancias ilegales”.²⁶ En ese sentido, la Encuesta Nacional de Adicciones (ENA) de 2011 advirtió en su informe que de 5,284 adolescentes y jóvenes en 30 Consejos Tutelares de Menores en 2009, “el 24.3% cometió un delito bajo la influencia de alguna sustancia. El robo fue el delito más cometido por los menores.”²⁷

Ambos argumentos de gobierno se encuentran situados en la racionalidad de la seguridad respecto al consumo de drogas ilícitas, es decir, una postura que deduce que si se legaliza el consumo de la marihuana se incrementaría la violencia; la postura contraria intenta responder la pregunta de *¿para qué legalizar el consumo lúdico de la marihuana?* afirmando que «*si se regula el consumo de la marihuana se terminará la violencia que aqueja el país*», es decir, argumentos contrarios.

Si bien es verdad que en el sexenio pasado los delitos de alto impacto relacionados con el control de las drogas ilegales se elevaron considerablemente, principalmente los homicidios dolosos vinculados con el narcotráfico, no obstante, estos delitos se encuentran vinculados con los estados en donde se siembra y se trafica marihuana y cocaína, no en los que se consumen mayoritariamente.

²⁶ Pacheco, Juan (2015), “Vinculado al consumo de drogas, el 40% de los delitos cometidos en México”, México: Quadratín, 26 de junio de 2015.

²⁷ Secretaría de Salud (SSA), et al. (2011), *Encuesta Nacional de Adicciones 2011*, México: SSA, p. 5.

riamente, lo que indicaría en primer momento que la violencia ejercida en nuestro país no se encuentra relacionada con el consumo, sino con el tráfico.²⁸ De este modo si se llegase a regular la marihuana para el consumo interno, el tráfico seguiría causando el problema de violencia relacionada con los homicidios dolosos y la delincuencia organizada pues, de acuerdo con la JIFE de Naciones Unidas,²⁹ *México sigue siendo el país por el cual transita el 90% de cocaína a Estados Unidos; una de las drogas más consumidas en este país, después de la marihuana.*

La razón de establecer este tipo de relaciones entre el delito y droga (o entre droga y delito) está ampliamente vinculada al artículo «*The drugs/violence nexus: a tripartite conceptual framework,*» publicado en 1985 en el *Journal of Drug Issues* por Paul Goldstein. Este artículo, escrito en plena efervescencia del crack en Nueva York, se ha convertido desde entonces en un clásico multicitado por académicos y políticos expertos en el tema. En él, Goldstein concluyó que los nexos entre droga y violencia se pueden dar bajo tres modelos:³⁰

- Vinculación psicofarmacológica;
- Vinculación económico-compulsiva, y
- Vinculación sistémica.

Si bien este texto, como se ha comentado, es actualmente un referente acerca del vínculo drogas/delincuencia, las críticas hacia él han sido

enérgicas, sobre todo en su *ingenua causalidad entre ambas categorías* y en el *olvido de otras variables*. De tal forma que los estudios recientes sobre esta conexión hablan de tomar en cuenta, por lo menos, las siguientes variables: el tipo de droga, el tipo de delito, la personalidad del sujeto, el contexto sociocultural, la secuencia temporal, la muestra elegida, la metodología utilizada, entre otros.

Desde esta perspectiva, la mera descripción de posesión de las drogas o el puro diagnóstico médico de su adicción, al momento de la detención del o de los sujetos probables delincuentes, no aseguran que precisamente el consumo de marihuana sea la causa unidireccional del hecho delictivo, ni de éste con el consumo. La relación entre la violencia y la marihuana, son bastante inestables.

En cuanto a la vinculación psicofarmacológica que plantea Goldstein, generada directamente por los efectos psicoactivos de la droga en el consumidor, la evidencia empírica muestra que principalmente esta hipótesis confluye con la sustancia del alcohol, mientras que en el caso del consumo exclusivo de la marihuana los resultados son inconsistentes, tal y como lo muestra el propio Goldstein, y como lo han revelado R. Hammersley, en 2008, con *Drugs & Crime*, y Parker y Auerhahn años atrás, en 1998, en su artículo «*Alcohol, Drugs and Violence*», concluyendo, entre otras cosas, que la marihuana puede incluso disminuir la violencia y, por tanto, las probabilidades de realizar delitos de carácter violento.

Respecto a la vinculación económico-compulsiva, es decir, la que se genera con el fin de conseguir los bienes necesarios para financiar el consumo de sustancias adictivas, los estudios realizados están fuertemente relacionados a dro-

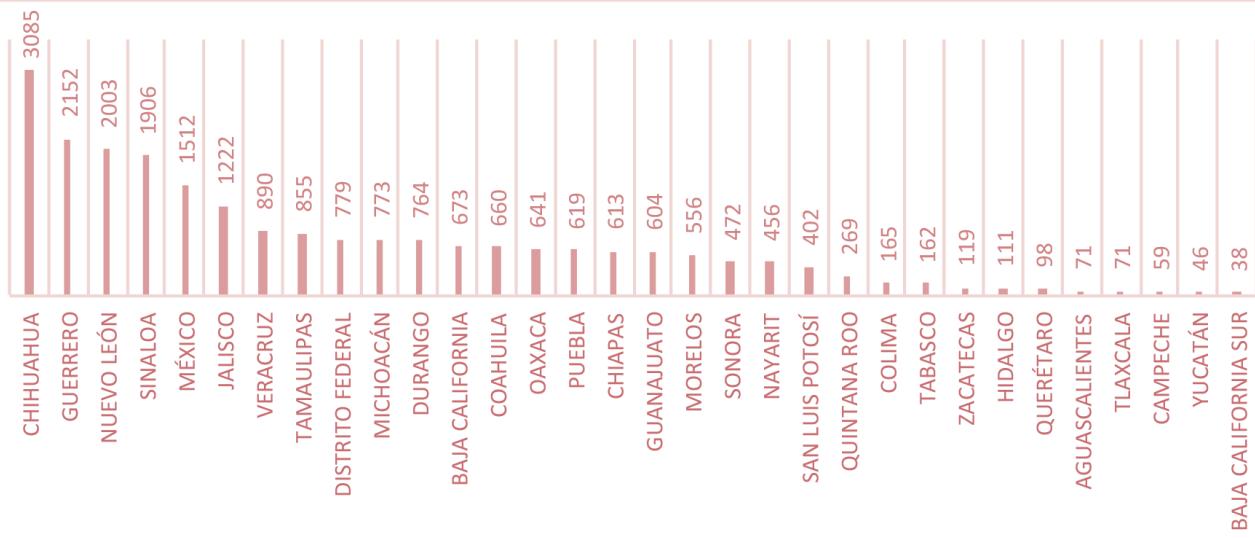
²⁸ Vid. Cunjama, Daniel y García, Alan (2014), «Narcotráfico y territorios en conflicto en México», *El Cotidiano*, núm. 184, México, pp. 99-110.

²⁹ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) (2014), *Informe 2013*, Nueva York: JIFE, p. 51.

³⁰ Goldstein, Paul (1985), «*The drugs/violence nexus: a tripartite conceptual framework,*» *Journal of Drug Issues*, Vol. 15, p. 496.

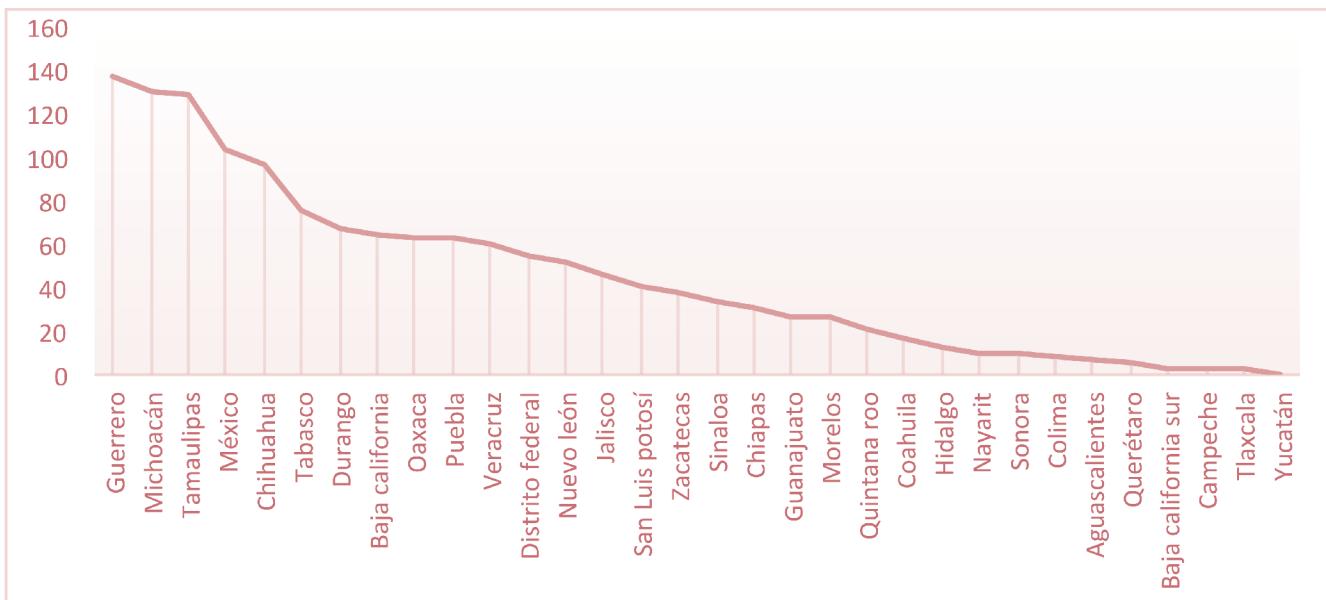
**TENDENCIAS Y PARTICULARIDADES DE LAS
CIENCIAS PENALES DE NUESTRO TIEMPO**

Figura 2.1. Homicidios dolosos por entidad federativa en 2011



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNP) (2016), *Cifras de homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículos 1997-2016*, México: SESNP.

Figura 2.2. Secuestros por entidad federativa en 2011



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNP) (2016), *Cifras de homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículos 1997-2016*, México: SESNP.

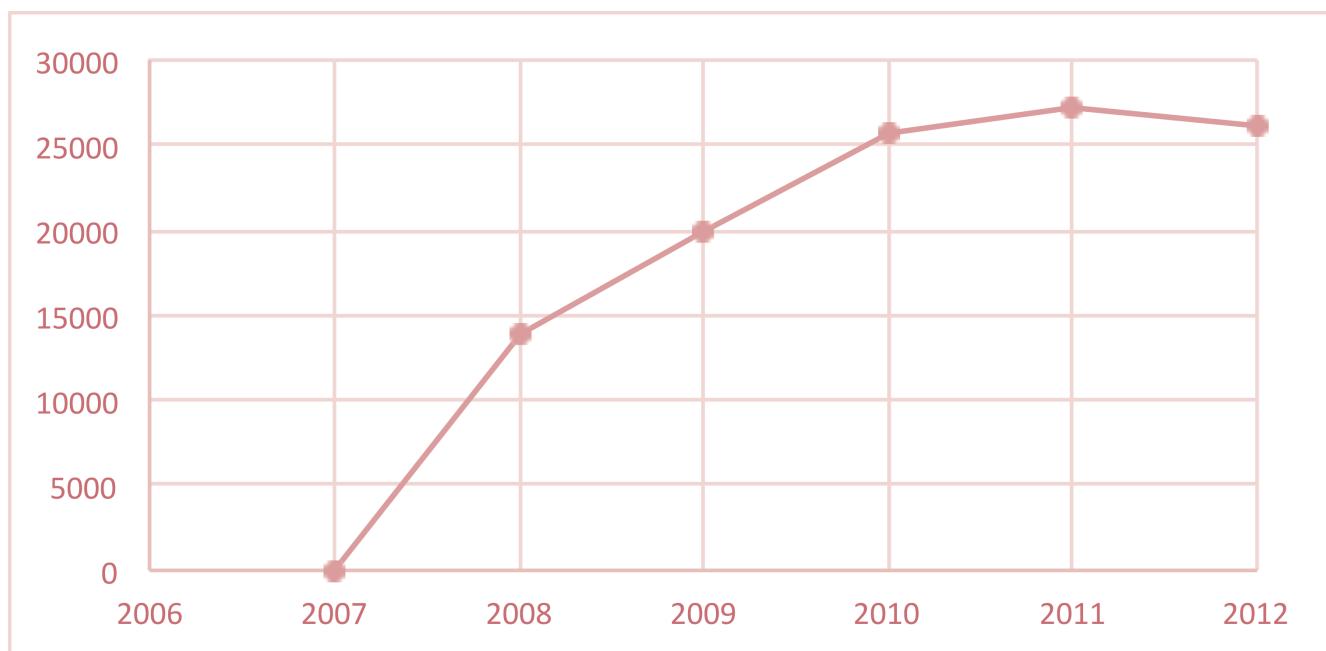
gas como la heroína y la cocaína, no para la marihuana, tal y como lo han mostrado, por ejemplo, Bennett y Holloway en 2009 con su artículo “The causal connection between drug misuse and crime”, así como de Inciardi, McBride, McCoy y Chitwood en 1997 en su texto denominado “Recent Research on the Crack/Cocaine/Crime Connection”, dentro de la obra de McShane y Williams, *Drug Use and Drug Policy*.

Finalmente, en cuanto a la violencia sistémica, generada por el mercado ilegal paralelo de las drogas, los estudios muestran que el comercio de la marihuana es bastante pacífico, no obstante este mercado casi siempre —refiere Bean en 2006 con *Drugs and Crime*— se mezcla con el tráfico de otras sustancias psicoactivas, tales como la cocaína, la heroína y las drogas sintéticas, lo

que le confiere un contexto violento. En tal sentido, la relación droga-delito, al menos para la marihuana, no es muy consistente en cuanto a las dos primeras hipótesis, no al menos en el grado en que se presenta la tercera, sobretodo en conexión con otras drogas prohibidas.

Esta violencia sistémica, menciona Bean, pude de a su vez clasificarse en cuatro supuestos: a) crimen organizacional, tales como disputas por territorios, aplicación de reglas de la organización, castigo de delatores y luchas contra las autoridades policiales y militares; b) crimen relacionado con la transacción entre vendedores o entre vendedor y comprador; c) crimen de una tercera parte relacionada, que involucra a los espectadores de las disputas por drogas en mercados relacionados, por ejemplo los llamados “da-

Figura 2.3. Muertes violentas de 2007 a 2012



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 2013.

ños colaterales”,³¹ y e) formas secundarias, como consecuencia del desarrollo y del crecimiento del mercado de drogas, como la corrupción policial e institucional, la pérdida de la confianza en las instituciones, en sí, el debilitamiento del Estado de Derecho.³²

El consumo de marihuana en general no se encuentra necesariamente relacionado con prácticas violentas, es así, a guisa de ejemplo, que si bien Hidalgo fue el cuarto estado con mayor consumo de marihuana en México, de acuerdo con datos de la ENA 2011, éste se encontró dentro de las siete entidades federativas con menos homicidios dolosos y dentro de los 10 estados con menos secuestros, de acuerdo con cifras del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SES-NSP) en 2011.³³ Lo anterior, rompe con la relación consumo/violencia (véase figura 2.1 y 2.2).

La manifestación de violencia que sí disminuiría, en todo caso, sería una que ha sido invisible en los debates, que poco se ha puesto atención sobre ella; se trata de la violencia que padece el consumidor, ya que el estigma tan fuerte que ha marcado la ilegalidad de la marihuana se ha visto reflejado en discriminación, extorsiones y abuso de autoridad por parte de algunos policías, así como también en escarnios derivados de los procesos de criminalización, mismos que han llevado a los consumidores a instituciones carcelarias, acentuando la exclusión social y la violencia.³⁴ Un grupo vulnerado que, sin duda, acentúa

³¹ Muerte «secundaria» de inocentes civiles que fallecieron a causa del fuego cruzado entre autoridades y crimen organizado, o entre organizaciones criminales de distintos carteles.

³² Vid. Bean, Philip (2014), *Drugs and crime*, 4^a ed., Nueva York, Devon, Routledge.

³³ Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2011.

³⁴ Vid. Becker, Howard (2009), *Outsider. Hacia Una sociología de la desviación*, México: Siglo XXI; Consejo Nacional para Prevenir la Discrimi-

esta condición de vulnerabilidad al ser estigmatizados, discriminados, segregados, marginados y criminalizados por agentes policiales y ministerios públicos, un daño que incluso llega a tener impacto en su salud física y mental.³⁵

En síntesis, es claro que uno de los motivos del alza reciente de los delitos de alto impacto en nuestro país se encuentra relacionado con la política prohibicionista, sin embargo, este vínculo es respecto al tráfico (violencia sistémica), principalmente el que va a Estados Unidos y el que entra de Centroamérica, no del consumo interno (violencia psicofarmacológica y económico-compulsiva). Habrá que discutir la conveniencia de la política prohibicionista, pues la “guerra contra el narcotráfico” del sexenio anterior dejó, según cifras del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 121 683 muertes violentas (véase Figura 2.3), lo cual implica una relación de tipo: endurecimiento del prohibicionismo-incremento de la violencia.

Los resultados de esta política de guerra en la parte del campo situacional, es una violencia en escalada y una percepción de inseguridad perturbada, producto de la expansión (territorial, de objetivos, organizativa y de métodos) y del conflicto entre organizaciones criminales. En el campo institucional, por su parte, se incrementó el debilitamiento de la confianza y legitimidad del Estado, así como el cuestionamiento de un gobierno de la punibilidad que deviene en violaciones graves a los derechos humanos. Recientemente en marzo de 2016, la prestigiada revista *The Lancet* publicó un artículo en el cual sostiene

ción (Conapred) (2009), “Estigma y discriminación hacia las y los usuarios de drogas y sus familiares”, México: Conapred.

³⁵ Vid. Ibid, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), “Estigma y discriminación hacia las y los usuarios de drogas y sus familiares”...

que las políticas prohibicionistas en todo el mundo no sólo han fracasado sino han favorecido la violencia vinculada con el tráfico de drogas, la enfermedad, la discriminación, el desplazamiento forzoso y la violación a los derechos humanos, entre otras actividades socialmente dañinas.³⁶

Entonces si el problema de la violencia vinculada a las drogas se encuentra en el tráfico y no en el consumo interno, para disminuir el problema de la violencia relacionada con la política prohibicionista en su cauce sistemático se tendría, por tanto, que pensar en políticas transnacionales y regionales o por lo menos binacionales en contra del crimen organizado, pues una política local de regulación del consumo lúdico poco ayudaría a contrarrestar dichas violencias, pero paradójicamente, el endurecimiento de la política prohibicionista sí las ha incrementado.

II.2. LA RACIONALIDAD DE LA SALUD. ¿LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO?

El título séptimo del Código Penal Federal vigente, tipifica la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos (estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud,³⁷ los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales en la

³⁶ Vid. Joanne Csete, et al. (2016), Public Health and International Drug Policy, The Lancet Commissions, Published Online, 24 March 2016 [<http://press.thelancet.com/DrugsPolicy1.pdf>]

³⁷ El artículo 235 de la Ley General de Salud prohíbe la siembra, cultivo, cosecha, elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción médica, suministro, empleo, uso, consumo y, en general, todo acto relacionado con estupefacientes. El artículo 237, menciona la prohibición en el territorio nacional, de todo acto respecto de las substancias y vegetales, entre otras, la *Cannabis sativa, índica* y *americana* o marihuana.

materia),³⁸ por considerarlos delitos contra la salud. Las penas por estas conductas oscilan entre uno y 25 años.

Como se mencionó en líneas anteriores, a partir de las modificaciones a los ordenamientos penales y los relativos en la materia de salud de 2009, se delimitaron las competencias para autoridades federales (narcotráfico) y estatales o locales (narcomenudeo).³⁹ Al año 2015, por ejemplo, de un total de 199 479 internos en centros penitenciarios estatales, 20 538 están por el delito de narcomenudeo (comercio de drogas ilícitas a pequeña escala), mientras que 12 998 se encuentran por delitos contra la salud, es decir, un total de 16.8% de población penitenciaria estatal relacionada con este tipo de delitos en sus diferentes modalidades.⁴⁰ En tanto, del total de la población penitenciaria del fuero federal en 2012 (48 066), el 60.2% estaba por delitos contra la salud.⁴¹ Cabe decir, a partir de estos datos, que gran parte del accionar penal y punitivo de los últimos años ha estado claramente marcado por el fenómeno del narcotráfico y de su vertiente del narcomenudeo, no solamente en cuanto al incremento de la inseguridad subjetiva (miedo y percepción de inseguridad, en gran par-

³⁸ Vid. Convención de 1961 y Convención de 1988 sobre estupefacientes y psicotrópicos.

³⁹ De acuerdo con la tabla de orientación de la Ley General de Salud, habrá narcomenudeo cuando una persona posea narcóticos en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil el momento de las cantidades consideradas como dosis máximas de consumo personal; situación que atraerán las autoridades del fuero común. Por ejemplo, de los 500 mg de cocaína como dosis máxima para el consumo personal, 499 gramos se consideraría narcomenudeo; en tanto se estará ante narcotráfico cuando se esté en posesión de una cantidad que resulte ser igual o mayor de multiplicar por mil la dosis máxima personal, es decir, en este caso en posesión de 500 gramos o más, situación que será sancionado por la autoridad del fuero federal.

⁴⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2015), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2015*, México: INEGI.

⁴¹ Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) (2012), *Resultados de la primera Encuesta en Centros Penitenciarios Federales*, México: CIDE, p. 24.

te, por la difusión masiva, esquizofrénica y mediática de estos fenómenos) y objetiva (homicidios dolosos, desapariciones forzadas, secuestros, extorsiones, robos de vehículo con violencia, entre otros, producto de la violencia sistémica), sino también respecto a la dinámica de las instituciones de control punitivo (policial, ministerial, judicial y militar) que cada vez obtienen un mayor papel en la vida cotidiana de las y los ciudadanos de zonas en conflicto. Sin duda, al menos en México, el debate y la práxis de las drogas ilícitas han estado marcadas por la racionalidad de la seguridad, pero también por la racionalidad de la salud, pues jurídicamente es el motivo de su prohibición, pues como se advirtió anteriormente, el bien jurídicamente tutelado es precisamente éste (delitos contra la salud).

En el flanco del prohibicionismo se dice que las drogas ilícitas, entre ellas la marihuana, son dañinas y nocivas para la salud, y que causan un daño irreversible en quienes las consumen, principalmente en grupos poblacionales conformados por niñas y niños, adolescentes y juventudes. Sin embargo, al menos para la marihuana, no existen datos claros acerca de las muertes relacionadas por su consumo. Incluso, el informe 2013 de la JIFE de Naciones Unidas menciona que “De un total de 43 factores de riesgo, el consumo de drogas ocupaba el lugar 19 en la clasificación de las principales causas de fallecimiento en todo el mundo (el alcohol ocupaba el tercer lugar y el tabaco el segundo). En lo que respecta a las personas de 15 a 49 años, el consumo de drogas era la sexta causa más habitual de decesos”.⁴² De estos datos, surge invariablemente el siguiente cuestionamiento «si existen otras sustancias que han generado mayores causas de fallecimiento y problemas de salud

en términos generales ¿por qué prohibir el consumo de marihuana y permitir el consumo de alcohol? O ¿por qué no regular el consumo de tabaco? Ambas sustancias claramente estudiadas e identificadas por sus consecuencias trágicas en la salud de los consumidores».

En nuestro país, esta racionalidad se torna bastante controversial, sobre todo cuando existen problemas de salud más graves que los derivados del consumo de marihuana, por ejemplo, la ingesta de azúcar, la cual, según estudios recientes, es altamente adictiva y tóxica.⁴³ El mismo Instituto Nacional de Salud Pública (INSP) cita el trabajo intitulado “Epidemiología de la diabetes mellitus en México”, publicado por la Academia Nacional de Medicina de México en el 2015, el cual refiere que “A partir del 2000, la diabetes es la primera causa de muerte en mujeres y la segunda en los hombres, después de la cardiopatía isquémica, enfermedad frecuentemente resultante de la diabetes”.⁴⁴ Además de que el azúcar contribuye también en otro de los problemas de salud pública más importantes de nuestro tiempo, como lo es la obesidad infantil,⁴⁵ pues la UNICEF menciona que “México ocupa el primer lugar mundial en obesidad infantil, y el segundo en obesidad en adultos, precedido sólo por los Estados Unidos.

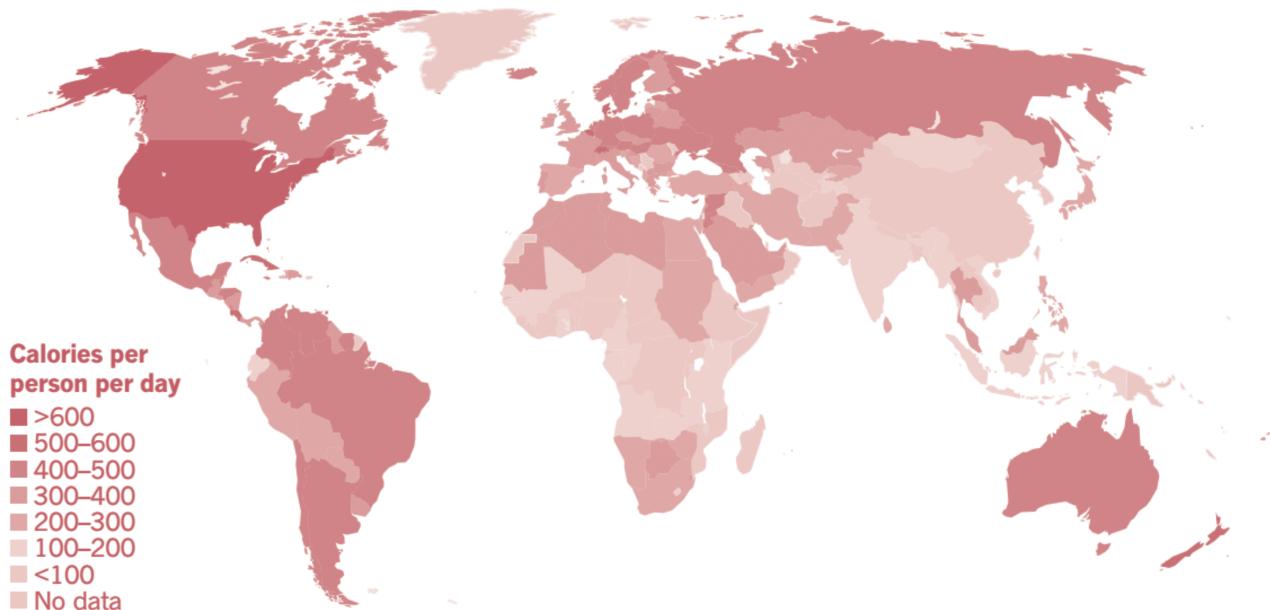
⁴³ De acuerdo con Lustig, Schmidt y Brindis, el consumo de azúcar induce a todas las enfermedades asociadas con el síndrome metabólico, tales como hipertensión, triglicéridos altos, diabetes, envejecimiento e incluso tiene efectos tóxicos sobre el hígado, en Lustig, Robert H., et al., (2012), “The toxic truth about sugar”, *Nature*, Vol. 482, febrero 2012, p. 28.

⁴⁴ Rojas Martínez, María Rosalba, et al. (2015), “Epidemiología de la diabetes mellitus en México”, en Aguilar Salinas, Carlos A., et al., *Acciones para enfrentar a la diabetes. Documento de postura*, México: CONACYT, p. 2.

⁴⁵ En 2010 una investigación llevada a cabo en Gran Bretaña por Georgina Coade de la Universidad de Bristol, concluyó a partir del análisis de células de 32 niños, que el azúcar común es la razón por la cual los niños comienzan a presentar obesidad en edades cada vez más tempranas. Los resultados de la investigación se socializaron en la 92^a Reunión y Exposición Anual de la Sociedad de Endocrinología en San Diego, Estados Unidos.

⁴² JIFE, *Informe...*, op. cit, p. 2

Mapa 2.2. Abastecimiento mundial de azúcar expresada en calorías por persona y por día, 2007



Fuente: Lustig, Robert H, et al., (2012), “The toxic truth about sugar”, *Nature*, Vol. 482, febrero 2012, p. 29.

Problema que está presente no sólo en la infancia y la adolescencia, sino también en población en edad preescolar”.⁴⁶ Y para sostener esta afirmación cita los resultados de la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición que “indican que uno de cada tres adolescentes de entre 12 y 19 años presenta sobrepeso u obesidad.”

Bajo la lógica prohibicionista que ha marcado el consumo de la marihuana en la cual se protege jurídicamente la salud, ¿no debería entonces el Derecho penal observar a empresas prestigiadas como Productos Marinela S.A de C.V, Grupo Bimbo, Coca-Cola Company, entre otras? El azúcar, como sostuvo recientemente el jefe del Servicio de Salud de Ámsterdam —donde por cierto el cannabis es legal— “...es la droga más peligrosa

de los tiempos y aún puede conseguirse en cualquier lugar...”.⁴⁷ Los datos a nivel mundial revelan, sin embargo, una realidad trágica de acuerdo con el abastecimiento de esta sustancia lícita (véase mapa 2.2).

Otro argumento que, bajo la discusión del uso lúdico de la marihuana desde la óptica de la salud, se increpa con gran claridad y preocupación es icon la legalización de la marihuana se está empeñando el futuro de nuestros niños! Sin embargo, nuestro país es uno de los peores países para ser niños, de acuerdo con el estudio “¿Cómo va la vida en México?” de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Según el estudio, la calificación de México en el bienestar de los niños en comparación con otros países miembros de la OCDE no es favorable en

⁴⁶ UNICEF, “Salud y Nutrición. El doble reto de la malnutrición y la obesidad” [en línea]. Obtenido con fecha 14 de abril de 2016 en <http://www.unicef.org/mexico/spanish/17047.htm>

⁴⁷ Waterfield, Bruno (2013), “Sugar is addictive and the most dangerous drug of the times”, *World-Europe: The Telegraph*, 17 de septiembre de 2013.

las siguientes categorías: ingresos y riqueza, condiciones de vivienda, mortalidad de infantes, tasa de nacimientos en madres adolescentes, competencias de lectura, jóvenes que no trabajan ni estudian ni están en formación, privación de la educación, y tasa de homicidio infantil.⁴⁸

Por otro lado la UNODC, dentro de la lógica de la política prohibicionista sostiene que “Las drogas no son dañinas porque se fiscalicen, se fiscalizan porque son nocivas, y causan daño tanto al adicto rico y bello como al pobre y marginado”.⁴⁹ Argumento contrario a los resultados y recomendaciones del artículo recién publicado en *The Lancet*, en el cual se sostiene que el prohibicionismo ha causado más daño que el propio uso de las drogas ilícitas en términos de salud y violación a los derechos humanos.⁵⁰ De igual manera, la relación entre desviación social y reacción social utilizada por la UNODC parece adscribirse a un paradigma anacrónico al sostener que «la desviación social causa reacción social, es decir, la conducta antisocial genera la intervención del Estado mediante el sistema penal» apuntalando una forma de concebir la relación *sujeto-sociedad-institución* pasando por alto posturas más recientes bajo las cuales se sostiene que la reacción social es la productora de la desviación y no al revés.⁵¹

En la historia del prohibicionismo se ha criminalizado a grupos étnicos, como los chinos (opio), los latinos (marihuana) o personas de

color (heroína), quienes desde entonces fueron etiquetados como delincuentes, particularmente traficantes y consumidores de drogas, es decir que a la prohibición establecida jurídicamente la reacción punitiva actúa como catalizador de criminalización del consumo y estigmatización del consumidor. Lo mismo ha sucedido con las sustancias, pues si bien éstas tenían en sus orígenes un valor de uso milenario (no por ello no dañino), con el traspaso de su uso sagrado a su consumo lúdico, se han convertido en mercancías criminales, ilegales y de riesgo, por tanto, criminalizantes. Esto último, ha conllevado a que los grupos criminales funcionen con las reglas del mercado ilegal, mayores beneficios a menores costos, y en tal sentido diseñen y elaboren sustancias de calidad deficiente, con mayor poder adictivo, y más dañinas para la salud. Como dijera Friedman —premio nobel de economía— en una misiva hacia el gobierno de los Estados Unidos en los años 90s: “si hubiéramos legalizado las drogas hace 17 años el crack jamás hubiera existido”.⁵²

El abordaje prohibicionista punitivo ha impedido observar los hechos sociales, nublados por criterios axiológicos específicos y prejuicios incrustados en el *imaginario colectivo* que imponen una idea del bien y del mal. Al adoptar esta visión se entiende que el consumidor o adicto es resultado de defectos personales, un anormal peligroso, inmoral y antisocial, al cual es necesario intimidar, persuadir o corregir por medio de técnicas médicas y mediáticas que incluso llegan a la privación de la libertad disfrazada de tratamiento médico, como los internamientos en anexos o las clínicas de rehabilitación de adictos, apuntalando a una falta de conciencia derivada de la intoxicación.

⁴⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2015), *¿Cómo va la vida en México?*, OCDE, p. 3.

⁴⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito (ONUDC) (2009), *Informe Mundial Sobre las Drogas 2009*, Nueva York: ONUDC, p.1.

⁵⁰ Vid., op. cit., Joanne Csete, et al., *Public Health and International Drug Policy...*

⁵¹ Vid., Becker, Howard (2009), *Outsider. Hacia una sociología de la desviación*, México, Siglo XXI.

⁵² Dornbierer, Manú (1991), *La otra guerra de las drogas. Historia y testimonios de un negocio político*, México: Grijalbo, p. 180.

cación que no le permite al paciente decidir acerca del tratamiento médico que se le propina, una violación clara al uso libre del cuerpo.

Es necesario, por el contrario, desligarnos de cuestiones causales e ideológicas y abordar el problema desde un pensamiento complejo y científico, que intente desenmarañar no sólo el cómo los sujetos llegan a consumir, sino también los efectos de las drogas y los tratamientos de desintoxicación, especialmente de la marihuana. En materia de prevención del consumo los que toman la voz son bioquímicos, éstos nos dicen, en términos generales, que la adicción es causada por la propia sustancia, y que por tanto se debe suministrar alguna otra que gradualmente ayude a dejar de desear la droga adictiva. Desde la psicología y la psiquiatría, se observa al consumidor y al farmacodependiente como enfermos individual y socialmente, sin embargo Johann Hari, autor del libro *Tras el grito*,⁵³ ha planteado una postura importante para entender el consumo, sobre todo en los contextos posmodernos actuales. Según él, lo que motiva el consumo no es la propia sustancia, ni una enfermedad, mucho menos una conducta autolesiva, por el contrario, el consumidor busca compañía. Es una expresión social, más que individual, pero positiva más que negativa. Es decir, el sujeto que consume busca un beneficio, más que un riesgo. Como refiere Romani y otros, “al fijarse sólo en los riesgos, descontextualizándolos de la totalidad de la experiencia juvenil, obtenemos una visión estereotipada de las y los jóvenes”⁵⁴

II.3. RACIONALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. HACIA UN CONSUMO RESPONSABLE

“La historia del mundo (decía Hegel) no es más que el desarrollo de la idea de libertad”.⁵⁵ El paso de los tipos de Estados (del absolutismo al liberal de Derecho y de éste al social democrático), así como de las ideas en materia de seguridad (de la seguridad nacional y pública a la seguridad humana y ciudadana) y de política criminal (del paradigma Volkish al paradigma iushumanista), refuerzan precisamente este ansiado mundo de los derechos humanos. Si bien esta idea surgió como esencia de los Estados contemporáneos con la Revolución Americana (Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia en 1776) y Francesa (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789), no fue sino hasta bien entrado el siglo XX, posterior a la tragedia de la civilización moderna con la Primera y la Segunda Guerra Mundial, que los derechos humanos tomaron especial relevancia en el actuar de los poderes públicos y privados. Aunque la dignidad humana, sostiene Habermas, “existía en la Antigüedad y adquirió su expresión canónica con Kant, sólo alcanzó a materializarse en textos de Derecho internacional y en las constituciones nacionales recientes hasta después de la Segunda Guerra Mundial”.⁵⁶ Desde entonces, los Estados han puesto en marcha la compleja maquinaria de los derechos humanos en diversos asuntos públicos, sobreponiendo el ser humano y su indivisibilidad a toda ideología, institución o interés particular.

La histórica reforma constitucional en materia de derechos humanos acaecida en junio de 2011

⁵³ Véase Johann Hari (2015), *Tras el grito. Un relato revolucionario y sorprendente sobre la verdadera historia de la guerra contra las drogas*, España: Paidós.

⁵⁴ Oriol Romani (Coord.) (2010), *Jóvenes y riesgos. ¿Una relación ineludible?*, Ediciones España, Bellaterra, p. 29.

⁵⁵ Hegel, Georg Friedrich (2004), *Philosophy of history*, DOVER Philosophical Classics, p. 456.

⁵⁶ Habermas, Jürgen (2010), *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, España: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Vol. 44, p. 107.

en México, tuvo como propósito la incorporación de las obligaciones que tiene el Estado mexicano en materia de derechos humanos. De esta manera, el artículo 1º constitucional, pilar de la mencionada reforma, establece que:

...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. 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...⁵⁷

De lo anterior derivan tres ideas fundamentales. Primero, que la aplicación de la ley en nuestro país tiene necesariamente que tomar en cuenta a los tratados internacionales, y en caso de conflicto con la propia Constitución se debe favorecer en todo momento a las personas (*principio pro persona*), eliminando con ello la ley que no le beneficie. En segundo lugar, las obligaciones del Estado nacional en este tenor son las de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como de prevenir, investigar, sancionar y reparar los mismos, incluidos en el deber de garantía. Finalmente, como tercer punto, se incluyen los principios de universalidad (ampliación de los titulares y de las circunstancias), interdependencia (el disfrute de un derecho depende de la realización de otro derecho), indivisibilidad (todos los derechos se encuentran unidos) y progresividad (el disfrute de los derechos es un proceso en vista de mejora constante).

⁵⁷ Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

A partir de esta perspectiva, el asunto de las drogas, particularmente del consumo de la marihuana en nuestro país, no debe desligarse de la *racionalidad de los derechos humanos*, que es, en todo caso, lo que habría que proteger, sobre todo en el marco de las ideas expresadas por el representante en México de la UNODC, Antonio Mazzitelli, quien el 28 de marzo de 2016 sostuvo que “el problema de drogas es y siempre ha sido esencialmente de salud y tiene que encontrar respuestas en ese rango, las cuales tienen como centro de enfoque y desarrollo al individuo, así como a la sociedad”.⁵⁸

Esta misma divergencia argumentativa se expresó tras la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en 2015, donde se otorgó un amparo a cuatro personas para consumir, poseer, transportar y sembrar marihuana, y el cual versó como tema central en el respeto a los derechos. Si bien el Ministro Arturo Zaldívar reconoció el daño a la salud que provoca el consumo de la marihuana, al igual que otras sustancias legales, estimó que este daño no se encuentra proporcionalmente equiparable para justificar su prohibición (principio de proporcionalidad abstracta el cual, según Alessandro Baratta, implica que “solo graves violaciones a los derechos humanos pueden ser objeto de sanciones penales. Las penas deben ser proporcionales al daño social causado por la violación”).⁵⁹

El derecho a la salud, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), “abarca libertades y derechos... entre las libertades está el derecho a

⁵⁸ Ballinas, Víctor (2016), “Insta la ONU a terminar con la guerra contra las drogas”, México: *La Jornada*, 29 de marzo de 2016, p. 3.

⁵⁹ Baratta, Alessandro (2004), “Principios de Derecho Penal Mínimo”, en Baratta, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal. Compilación in memoriam*, Argentina: Editorial B de F, p. 309.

controlar su salud y su cuerpo sin injerencias”.⁶⁰ Cabe entonces el cuestionamiento de si la política prohibicionista se encuentra violentando este derecho o no. En el amparo 237/2014, promovido ante la Corte nacional, las personas de SMART invocaron violación al derecho de identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y libertad individual; todos ellos en relación al principio de dignidad humana —fundamento de los derechos humanos universales— así como del derecho a la disposición a la salud. Lo anterior es de estricta observancia, máxime y el contexto actual del Estado social democrático y de Derecho, donde la libertad personal y los límites tutelares del Estado hacia sus ciudadanos deben ser claros y respetuosos de las decisiones que cada sujeto tome respecto a su cuerpo, sin que ello exponga a terceros. Cabe ahora cuestionarse si los individuos pertenecientes a estas sociedades contemporáneas y postindustriales se encuentran en condiciones óptimas para asumir el compromiso de la era de los derechos humanos y de la libertad responsable y consciente, sobre todo en un contexto en el que algunos países o municipios de nuestro país les cuesta trabajo a las autoridades sanitarias controlar enfermedades como la malaria, la desnutrición o el dengue.

Conclusiones

El péndulo histórico de la reacción institucional respecto al proceso capitalista de las drogas ilícitas, que comprende la producción, la distribución, el intercambio y el consumo de estupefacientes y psicotrópicos, ha girado en diferentes direcciones de política criminal. Desde la prohibición en la

Edad Media y la Corte Manchú de China en 1839, pasando por la legalización a finales del siglo XIX y principios del XX en los Estados Unidos, y la prohibición internacional durante gran parte del siglo XX y lo que va del nuevo siglo, hasta ciertas alternativas de despenalización e incluso de legalización (para fines medicinales y/o recreativos) en algunos países y estados de la Unión Americana a finales del siglo XX y principios del XIX. La gran mayoría de los países a nivel mundial llevan más de 100 años con una política de fiscalización, dirigida por organismos internacionales como la UNODC, la CND y la JIFE.

Los argumentos principales que actualmente subyacen, sea con la política internacional de la prohibición o con una «nueva» política de regulación de las drogas ilícitas (particularmente de la marihuana), rondan diversas racionalidades. En el presente texto se han expuesto particularmente tres de ellas, lo anterior sin pretender que únicamente sean éstas las que deberían discutirse. Es importante no olvidar la racionalidad económica ya que, como se ha comentado al principio, esta variable es una de las que se encuentran en la cima del proceso de legalización en los Estados Unidos, y posiblemente puede ser una de las más importantes, ya que el mercado de la marihuana es uno de los más lucrativos. Tan sólo en el estado de Colorado, de acuerdo con el profesor y asesor político Miles K. Light, las ganancias subieron de 720 mdd en 2014 a 996 mdd en 2015. Específicamente en materia de impuestos, la recaudación pasó de 76 mdd (65% por venta medicinal y 35% por la venta recreacional) en el primer año a 135 mdd (45% por uso medicinal y 55% recreacional).⁶¹

⁶⁰ Organización Mundial de la Salud (OMS) (2015), “Nota descriptiva N° 323. Salud y derechos humanos”, OMS, diciembre de 2015.

⁶¹ Zavala, Misael (2016), “Ventaja económica en legalización de la marihuana”, *El Universal, Nación*, 8 de marzo de 2016.

Respecto a la racionalidad de seguridad, debe quedar claro que la violencia y la delincuencia vinculadas a las drogas, principalmente a la marihuana, no van a disminuir automática y drásticamente, pues el problema de la criminalidad en México vinculada a las drogas se instala en el tráfico (violencia sistemática organizacional del mercado de drogas ilícitas) y no en el consumo (violencia psicofarmacológica y violencia económico-compulsiva).⁶² En todo caso se tendría que profundizar en la posible disminución de la violencia estigmatizante del sistema de justicia penal (SJP) que, con el paradigma de la prohibición, ha aumentado considerablemente hacia el usuario. De acuerdo con el Colectivo por una Política Integral hacia las Drogas, A.C. (CUPIHD), aun con la reforma de 2009 en materia de despenalización del consumo, “la relación entre las autoridades policiales y los consumidores se sigue dando en un terreno en el que no han desaparecido la discriminación, la criminalización, el abuso, la coacción, y donde la lógica del respeto a los derechos humanos todavía no es la imperante”.⁶³ De igual forma, debe discutirse el cómo los Estados han enfrentado este problema desde la perspectiva de la seguridad. México, en este sentido, ha pasado por una experiencia trágica con la llamada «guerra contra las drogas», emprendida en el sexenio anterior, la cual tuvo devastadores efectos, no sólo en términos de violencia subjetiva (percepción de la inseguridad) y objetiva (violencia criminal) sino también en el campo institucional penal (debilidad y desconfianza institucional) e, incluso, en otros ámbitos sociales, económicos y culturales.

⁶² Vid., op. cit., Cunjama E. Daniel y García Alan, “Narcotráfico y territorios en conflicto...”

⁶³ Bacca Mejía, Ángela Margoth, et al., (2015), *Encuentros con la ley. Relaciones entre jóvenes usuarios de drogas ilícitas y policías en Ciudad de México*, México: Cuadernos-CUPIHD, Vol. 9, p. 3.

La resolución de la SCJN en el sentido de los principios de proporcionalidad y de dignidad humana es un antecedente trascendental que debe ser observado por las instituciones del gobierno federal y estatales. El tema del consumo lúdico de la marihuana debe entonces anclarse ineludiblemente a la racionalidad de los derechos humanos; lo que se discutiría entonces sería el alcance del Estado para introducirse en el ámbito de las decisiones que una persona toma o deja de tomar acerca de su cuerpo y de su salud, puesto que la evidencia científica disponible hasta hoy ha puesto en la mesa las falacias con las cuales se ha sostenido la política prohibicionista en el mundo y ha observado sus efectos superiormente negativos. Se trata de discutir la violación de derechos al consumir marihuana, con independencia de que ello implique o no, daños a la salud de los consumidores, pues la demonización de la sustancia, del consumo y finalmente del consumidor ha jugado un papel importante para construir mitos desde las posiciones axiológicas e ideológicas, que no han permitido visibilizar las problemáticas reales del tema, como por ejemplo el tema de la eficiencia de los tratamientos, del mercado ilegal, de la violencia que genera el tráfico, de las condiciones precarias de los productores, la geopolítica establecida por los mercados ilegales de la marihuana y por supuesto de la violación a los derechos.

Legalización, dice Elías Neuman, implica “control y no confundir con adhesión a la dependencia a las drogas.... legalizar es también proporcionar gratuitamente las drogas con acuerdo a ciertos casos y en especiales circunstancias... legalizar no significa desprenderse de los adictos actuales. Al contrario, de lo que se trata es de solucionar sus problemas”.⁶⁴

⁶⁴ Neuman, Elías (1997), *La Legalización de las drogas*, Buenos Aires: Depalma, 2^a edición, pp. 237-238.

La visión integral, no sólo del derecho a la seguridad, sino de la seguridad humana de los derechos (económica, alimentaria, en materia de salud, ambiental, personal, de la comunidad y política) debe ser prioridad en los proyectos de nación.

El Estado mexicano no puede disolver la racionalidad respeto a los derechos humanos como el razonamiento central del consumo lúdico de la marihuana, ya sea para su control (restricciones en la producción, distribución, intercambio y consumo) o para su tratamiento (campañas de prevención, tratamiento y rehabilitación). En el ámbito económico, observar los aspectos recaudatorios (no tan altos para desincentivar la generación de mercados negros, pero tampoco tan bajos como para desincentivar su consumo). Desde el ámbito de los derechos humanos, la política ante el consumo de la marihuana, cualquiera que sea, debe estar acompañada y respaldada por políticas sociales y de salud que generen una cultura que desaliente el consumo y que trate eficientemente el control de las adicciones. Apuntar a una política integral que no desconozca los efectos nocivos de las drogas, pero tampoco los provocados por el prohibicionismo punitivo, una dinámica integral que atienda los derechos humanos, la salud, la seguridad, la economía y la cultura. Pero, sobre todo, alejarse de argumentos ideológicos y basarse más en la evidencia científica.

Al cierre de este escrito, han sido pronunciados por el presidente de la República los resultados del Foro Debate Nacional sobre el Uso de la Marihuana en nuestro país, dictando lo siguiente: se deberán realizar una serie de reformas en México que permitan el uso médico y científico de la marihuana, así como el incremento al consumo permitido a 28 g de acuerdo a los estándares internacionales. Asimismo, la postura de México en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS) sobre Drogas de 2016, realizada pocos

días antes, planteó un decálogo a manera de propuestas en la misma dirección, a saber:

1. Cooperación internacional.
2. Frente común ante la delincuencia organizada transnacional.
3. Mayor acción y colaboración de las agencias especializadas de la ONU para bordar el tema de drogas.
4. Políticas públicas alienadas con los esfuerzos a favor del desarrollo sostenible de la agenda 2030.
5. Apoyar a las comunidades afectadas por el crimen organizado con alternativas educativas, laborales y recreativas.
6. Atender el tema mundial de las drogas desde la perspectiva de los derechos humanos.
7. La adicción de drogas debe atenderse con mecanismos de prevención y soluciones terapéuticas integrales.
8. Privilegiar penas proporcionales y alternativas al encarcelamiento que incorporen una perspectiva de género.
9. Una campaña orientada a niños y jóvenes a nivel global para prevenir el consumo de drogas.
10. Asegurar la disponibilidad y mejor acceso de sustancias controladas para fines médicos y científicos.⁶⁵

⁶⁵ Obtenido de: Venegas Daniel (2016), Peña pide en ONU no criminalizar consumo de drogas y autorizar uso médico, Política, Milenio.com, 19 de

Una postura inédita acerca del uso de la marihuana en nuestro país, pues el 21 de abril de 2016 el Ejecutivo Federal envió una propuesta de reforma en el sentido siguiente:

“Uno. Autorizar el uso de medicamentos elaborados a base de marihuana y/o sus ingredientes activos. En este sentido, estaría permitido otorgar registros de medicamentos que contengan marihuana y/o THC en el país, así como su importación.

Como todos los medicamentos, los elaborados con extractos de cannabis también estarían sujetos a estrictos controles sanitarios, debiendo demostrar la calidad, seguridad y eficacia de sus cualidades terapéuticas.

Dos. La reforma propuesta también prevé autorizar la investigación clínica con fines de registro para productos que contengan marihuana y sus ingredientes activos.

Tres. La iniciativa propone que no se considere delito la posesión, para uso personal, de hasta 28 gramos de marihuana, conforme a estándares internacionales. Esto quiere decir, que se dejará de criminalizar el consumo.”

No obstante la postura progresista, la producción y la venta seguirán en la ilegalidad, el tiempo avanzará para mostrarnos los resultados.

abril de 2016, [En línea] http://www.milenio.com/politica/Pena_criminalizar_consumo-Pena_ONU-Pena_UNGASS-Pena_Nieto_NY_0_722327876.html, consultado el 21/04/2016; CFR. Estados Unidos Mexicanos – Non paper de contribución al proceso preparatorio del documento final de la UNGASS, Proposals for UNGASS 2016 Operational Recommendations, obtenido de <http://idpc.net/alerts/2015/09/the-zero-draft-for-the-2016-ungass-contributions-from-member-states-and-regional-bodies>, consultado el 19 de abril de 2016.

Bibliografía

LIBROS

- Bacca Mejía, Ángela Margoth, *et al.*, (2015), *Encuentros con la ley. Relaciones entre jóvenes usuarios de drogas ilícitas y policías en Ciudad de México*, México: Cuadernos-CU-PIHD, Vol. 9.
- Baratta, Alessandro (2004), *Criminología y Sistema Penal. Compilación in memoriam*, Argentina: Editorial B de F.
- Canales Pichardo, Víctor M. (1999), *Drogas psicotrópicas y narcotráfico*, México: Cárdenas Editor.
- Carlos A., *et al.*, (2015), *Acciones para enfrentar a la diabetes. Documento de postura*, México: Conacyt.
- Dornbierer, Manú (1991), *La otra guerra de las drogas. Historia y testimonios de un negocio político*, México: Grimalbo.
- Escohotado, Antonio (2004), *Historia de las Drogas*, Vol. 1, Madrid: Alianza.
- Hegel, Georg Friedrich (2004), *Philosophy of history*, Dover Philosophical Classics.
- Kena Moreno (Coord.) (2009), *Legalización de la marihuana. ¿A qué precio?*, México: Centros de Integración Juvenil (CIJ).
- Neuman, Elías (1997). *La legalización de las drogas*, Buenos Aires: Depalma, 2^a edición.
- Oriol Romani (Coord.) (2010), *Jóvenes y riesgos. ¿Una relaciones ineludibles?*, España: Ediciones España, Bellaterra.

ARTÍCULOS

- Cunjama López E. Daniel (2012), “Neoliberalismo, tráfico y desriminalización de las drogas”, *Revista Metapolítica*, Año 3, No. 76, enero-marzo de 2012.
- Fernando Tenorio Tagle (2011), “Las políticas en torno a las drogas: una guerra inútil”, México, *ALEGATOS*, Número 76.
- Goldstein, Paul (1985), “The drugs/violence nexus: a tripartite conceptual framework”, *Journal of Drug Issues*, Vol. 15.

Habermas, Jürgen (2010), “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, España: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Vol. 44.

Lustig, Robert H., *et al.*, (2012), “The toxic truth about sugar”, *Nature*, Vol. 482, 2 de febrero 2012.

Joanne Csete, *et al.*, (2016), “Public Health and International Drug Policy”, *The Lancet Commissions*, publicada en línea, 24 de marzo 2016 [<http://press.thelancet.com/DrugsPolicy1.pdf>]

Documentos de organismos internacionales

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) (2014), *Informe 2013*, Nueva York: JIFE.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDC) (2009), Informe Mundial sobre las Drogas 2009, Nueva York: ONUDC.

Organización de las Naciones Unidas y Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (2009), Informe 2008, ONU/JIFE.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2012), Escenarios para el problema de drogas en las Américas 2013-2025, OEA.

Organización Mundial de la Salud (OMS)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2015), ¿Cómo va la vida en México?, OCDE.

DOCUMENTOS DE ORGANISMOS NACIONALES

Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) (2012), Resultados de la primera Encuesta en Centros Penitenciarios Federales, México: CIDE.

Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Estados Unidos Mexicanos – Non paper de contribución al proceso preparatorio del documento final de la UN-

GAASS, Proposals for UNGASS 2016 operational recommendations. International Drug Policy Consortium.

Expediente 237/2014, Amparo en revisión por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), con fecha de resolución el 4 de noviembre de 2015.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2015), Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2015, México: INEGI.

Secretaría de Salud (SSA), *et al.*, (2011), Encuesta Nacional de Adicciones 2011, México: SSA.

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2011.

PRENSA

Ballinas, Víctor, “Insta la ONU a terminar con la guerra contra las drogas”, *La Jornada*, México, 29 de marzo de 2016.

Martínez, Huerta, David, “Holanda, Uruguay y Portugal destierran mitos sobre la legalización de la marihuana; comparten sus experiencias”, *Sin Embargo*, 29 de septiembre de 2013.

Pacheco, Juan, “Vinculado al consumo de drogas, el 40% de los delitos cometidos en México”, *Quadratín*, México, 26 de junio de 2015.

Venegas Daniel, “Peña pide en ONU no criminalizar consumo de drogas y autorizar uso médico”, *Política, Milenio.com*, 19 de abril de 2019.

Waterfield, Bruno, “Sugar is addictive and the most dangerous drug of the times”, *The Telegraph*, World-Europe, 17 de septiembre 2013.

Zavala, Misael, “Ven ventaja económica en legalización de la marihuana”, *El Universal*, Nación, 8 de marzo de 2016.



El concepto de máximo responsable en el derecho penal internacional

Javier Dondé Matute
Karilu Muñoz García
Instituto Nacional de Ciencias Penales



Resumen

En el Derecho Penal Internacional se ha desarrollado la idea de investigar y enjuiciar solamente a aquéllos que se consideran son los “máximos responsables” de la comisión de los crímenes tan atroces que impactan y conmueven a la comunidad internacional. Se ha considerado como tal a los líderes y superiores

jerárquicos, sin embargo, al acotar el concepto se ha pasado por alto considerar la culpabilidad de los acusados en la comisión de los crímenes. Lo anterior ocasiona que individuos que sean de un rango inferior pero cometieron los crímenes con especial crueldad, no sean enjuiciados ante los tribunales internacionales por no cumplir con el criterio de ser un líder o superior jerárquico.

Palabras clave: máximo responsable, superior jerárquico, autor directo, culpabilidad Derecho Penal Internacional.

Abstract

International Criminal Law has developed the idea of investigate and prosecute only those who bear the greatest responsibility of the crimes that deeply shock the conscience of humanity. It has considered as such the higher and senior leaders, nonetheless, limit the concept has overlooked take into consideration the culpability of the accused in the commission of crimes. This causes that individuals who are of a lower rank but commits the crime with special cruelty, don't be prosecuted in international courts for failing to meet the criterion of being the higher or senior leader.

Key words: greatest responsibility, high level perpetrators, direct perpetration, culpability, International Criminal Law.

Introducción

Recientemente la Corte Constitucional de Colombia emitió la sentencia C-579/13 en la que hace un análisis de la compatibilidad entre la obligación de sancionar violaciones a los dere-

chos humanos y la justicia transicional enmarcada en el Acto Legislativo No. 1 del 31 de julio de 2012, que reforma la Constitución.

La sentencia aborda muchos temas dentro de los que destacan los elementos y definición de la justicia de transición,¹ los derechos de las víctimas en este contexto,² el juicio de sustitución,³ las bases del Acto Legislativo No. 1,⁴ los posibles conflictos entre las obligaciones derivadas del sistema interamericano de derechos humanos y la justicia de transición,⁵ la impunidad,⁶ entre otros.

Indudablemente, cada uno de estos temas puede ser objeto de un comentario o análisis jurídico. Sin embargo, en estas líneas se abordará el tema de los máximos responsables de crímenes internacionales, que en el marco jurídico nacional colombiano tiene un significado ligeramente distinto del que se había empleado por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) y por otros tribunales internacionales. La Fiscalía, precisamente en su Reporte Intermedio sobre la situación en Colombia, identifica como máximos responsables a los mandos del Estado o de alguna organización, tales como los paramilitares y demás grupos armados organizados.⁷

Sin embargo, surge un problema de compatibilidad con los derechos humanos dado que este

¹ Corte Constitucional de Colombia, *Instrumentos Jurídicos de Justicia Transicional- no sustituye elementos estructurales y definitorios de la Constitución Política / Marco Jurídico para la Paz-Contenido y Alcance*, Sentencia C-579/13, pp. 158-178.

² *Ibídem*, pp. 236-258.

³ *Ibídem*, pp. 258-303.

⁴ *Ibídem*, pp. 304-334.

⁵ *Ibídem*, pp. 336-340.

⁶ *Ibídem*, pp. 360-383.

⁷ Oficina de la Fiscalía de la CPI, Reporte Intermedio de la Situación de Colombia, párr. 159 y 196.

concepto no se ha explorado con la seriedad debida. ¿Por qué los líderes y superiores jerárquicos son los máximos responsables en la comisión de crímenes internacionales? O lo que es lo mismo, ¿los subordinados no son por lo menos igualmente responsables?

Está claro de dónde viene el concepto de máximo responsable. Históricamente han sido los líderes y superiores jerárquicos quienes han escapado de la acción de la justicia penal, como ha sido ejemplificado en los casos interamericanos sobre amnistías como *Barrios Altos y Almonacid Arellano*.⁸ El Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) de hecho establece desde el preámbulo que uno de los objetivos de la CPI es, precisamente, “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.⁹

¿Pero esto justifica priorizar casos en contra de las personas que están en una posición de mando? ¿El combate a la impunidad no debería incluir a quienes cometen crímenes de suma gravedad?

Para darle respuesta a estas interrogantes debemos iniciar con un análisis del concepto de máximos responsables en los tribunales internacionales, es decir, ¿quiénes se han considerado como tales en los tribunales *ad-hoc* y en los tribunales híbridos. En segundo lugar, se hará un análisis de dicho concepto en la CPI a la luz del ECPI. En tercer lugar, se abordará la situación

de Colombia, debido a que el concepto ha cobrado un especial significado para el proceso de paz en el país, y finalmente se presentará una propuesta al concepto de máximos responsables en el Derecho penal internacional (DPI).

Criterios internacionales de máximos responsables

TRIBUNALES AD-HOC

El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) fueron creados para investigar a los responsables de violaciones graves al Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de los Balcanes y Ruanda, respectivamente. Los Estatutos de los Tribunales no contemplaban ninguna disposición en la que se mencionara que se debían investigar a los máximos responsables de dichas violaciones, por lo que ambos tribunales comenzaron sus operaciones juzgando a individuos que no tenían rango o que éste era bajo.¹⁰

Sin embargo, debido a la presión del Consejo de Seguridad para agilizar el trabajo de ambos tribunales y poder enjuiciar a los “peces gordos”,¹¹ es que el TPIR y el TPIY modifican sus criterios de política criminal y deciden concentrar sus es-

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C. No. 154, 28 de agosto de 2013, C-579/13*; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Barrios Altos v. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

⁹ ECPI, preámbulo, párr. 6.

¹⁰ La primera persona en ser enjuiciada en el TPIY fue Dražen Erdemović, soldado del Ejército Croata que participó en el tiroteo de musulmanes en Srebrenica, Erdemović se declaró culpable. El primero en ser juzgado en el TPIR fue Jean Paul Akayesu, alcalde de Taba, juzgado por genocidio. Ninguno de los acusados eran actores relevantes de los crímenes cometidos en la Ex Yugoslavia o en Ruanda. Charles C. Jalloh (2013), “Prosecuting those bearing ‘Greatest responsibility’: the lessons of the Special Court for Sierra Leone”, en *Marquette Law Review*, Vol. 96, p. 876.

¹¹ Consejo de Seguridad, Resolución 1534 (2004), 26 de marzo de 2004, párr. 5.

fuerzos en los más altos líderes sospechosos de ser los máximos responsables de los crímenes dentro de su jurisdicción.¹²

En un *policy paper*, la Fiscalía del TPIY señala que concentrará sus investigaciones y acusaciones a los “más altos miembros o líderes”. En su identificación tomará los siguientes criterios:

1. La seriedad del crimen, incluido su severidad, magnitud, naturaleza e impacto.
2. El nivel de liderazgo y posición en las estructuras militares y políticas así como información acerca de formaciones militares, organizaciones políticas, las estructuras de mando tanto *de facto* como *de jure*, la relación entre las organizaciones políticas, militares y paramilitares al momento del conflicto.
3. La responsabilidad entre los líderes de alto nivel, evaluando su intervención, su forma de participación, contribución al crimen y la importancia de su rol.¹³

En este sentido, la Fiscalía del TPIY si bien toma como punto de partida a los más altos miembros o líderes para considerar quiénes son máximos responsables, contempla además otros

¹² Completion Strategy of the International Criminal Tribunal for Rwanda, S/2004/341, 3 de mayo de 2004, párr. 14 “(...) El Fiscal se guiará por la necesidad de concentrarse en aquellos que se supone han estado en posiciones de liderazgo y en aquellos que, de conformidad con Fiscal, son los principales responsables de genocidio” (traducción de los autores); Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, regla 28 (reformado el 14 de abril de 2004) “(...) determinará si la acusación, a primera vista, se concentra en uno o más de los más altos líderes sospechosos de ser responsables por la comisión de crímenes jurisdicción del Tribunal” (traducción de los autores).

¹³ Xabier Agirre Aranburu (2010), *Prosecuting the most responsible for international crimes: dilemmas of definition and prosecutorial discretion*, 2010, disponible en <https://www.academia.edu/2571646/Prosecuting_the_most_Responsible_for_International_Crimes_Dilemmas_of_Definition_and_Prosecutorial_Discretion> p. 8. Consultado el 9 de febrero de 2016.

criterios, es decir, no investigará a los individuos basándose solamente en lo que son (líderes o superiores jerárquicos) sino que también tomará en cuenta lo que esos líderes hicieron.

Así, podemos señalar que la Fiscalía amplía el significado del criterio de máximos responsables al considerar aquellas personas que además de su papel en la estructura jerárquica, también tienen un mayor grado de culpabilidad al considerar relevante la magnitud y severidad del crimen.

Se podría considerar que la posición de la Fiscalía del TPIY está más apegada al principio de culpabilidad al considerar la seriedad del crimen y la forma de participación. Sin embargo, sigue priorizando la investigación únicamente a los líderes y deja de lado a las personas que si bien no están en lo alto de la jerarquía en su grupo, cometieron los crímenes con brutalidad.

En lo que concierne al TPIR, en su *Completion Strategy* señala que la Fiscalía tomará en cuenta los siguientes criterios para identificar a los máximos responsables:

- El presunto *status* y grado de participación del individuo durante el genocidio.
- La supuesta conexión que un individuo puede tener con otros casos.
- La necesidad de cubrir las principales áreas geográficas de Ruanda donde los crímenes fueron cometidos.
- La disponibilidad de evidencia respecto al individuo que se trate.
- La posibilidad concreta de arrestar al individuo.

- La disponibilidad de material de investigación para transmitir a un Estado para enjuiciamiento nacional.

El TPIR no toma en consideración criterios de gravedad o seriedad del crimen como lo hace el TPIY, lo que hace es tomar a los más altos líderes que representan los actores relevantes en el genocidio de Ruanda. Por consiguiente, el Tribunal enjuició con base en el criterio de máximos responsables al primer ministro, al jefe de Estado Mayor del Ejército, el director de Gabinete del Ministerio de Defensa, miembros de los medios de comunicación y otras personalidades de alto rango.¹⁴

TRIBUNALES HÍBRIDOS

Por su parte, al crear los tribunales híbridos parecía que siguieron las políticas de priorización de los tribunales *ad-hoc* y contemplaron desde sus estatutos la investigación de los máximos responsables.

El Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) en su artículo 1(1) establece que “la Corte tendrá competencia para enjuiciar a las personas que son los máximos responsables por violaciones graves al Derecho internacional humanitario y al Derecho nacional del país”.¹⁵

Dicho concepto fue interpretado jurisprudencialmente por la CESL en el sentido de que se considerarán como máximos responsables a aquellos individuos que llevaron a cabo una función de liderazgo, contemplando entonces que la

¹⁴ TPIR (2015), *Report on the completion of the mandate of the International Criminal Tribunal for Rwanda as at November 15, 2015*, S/2015/884, 17 de noviembre de 2015, párr. 14.

¹⁵ Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, art. 1(1).

severidad o la escala masiva del crimen no son aspectos primordiales a tomar en cuenta.¹⁶

La decisión de la Sala de la CESL se vio reflejada en la política criminal de la Fiscalía toda vez que solamente llevó a juicio a 10 acusados, los cuales eran los más altos líderes de los grupos armados organizados involucrados en el conflicto en Sierra Leona, así como al ex Presidente de Liberia Charles Taylor.¹⁷

De la misma forma, las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (SECC) fueron establecidas con el propósito de llevar a juicio a los altos líderes de la Democrática Kampuchea y aquellos que son máximos responsables por crímenes y graves violaciones al Derecho penal camboyano, Derecho internacional humanitario y costumbres durante el periodo de 1975 y 1979.¹⁸

Al respecto, las SECC llevaron a juicio a nueve personas acusadas de crímenes internacionales, entre los que se encuentran el Jefe de Estado y Ministros de la Democrática Kampuchea.¹⁹

Del anterior estudio a los criterios de los tribunales *ad hoc* e híbridos podemos desprender

¹⁶ CESL, *Prosecutor v. Moinina Fofana, Decision on the preliminary defense motion on the lack of personal jurisdiction filed on behalf of accused Fofana*, Trial Chamber, 3 de marzo de 2004, SCSL-04-14-PT, párr. 40.

¹⁷ La CESL agrupó a los individuos en tres casos: CDF Case que involucraba a Sam Hinga Norman, Monina Fofana y Allieu Kondewa (líderes del Civil Defense Forces); RUF Case los acusados eran Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (líderes del Revolutionary United Front); AFRC Case los acusados eran Tamba Brima, Ibrahim Bazzi Kamara y Santigie Borbor (líderes del Armed Forces Revolutionary Council); así como el caso contra Charles Taylor.

¹⁸ Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, 6 de junio de 2003, art. 1 y 2.

¹⁹ Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, 6 de junio de 2003. Consultado el 8 de marzo de 2016.

que el criterio de dichos tribunales para considerar quiénes son los máximos responsables de la comisión de crímenes internacionales ha sido el de inclinarse por los líderes y superiores jerárquicos, y seleccionarlos únicamente por la posición formal que tenían dentro de un grupo, es decir, por su *status* y no tomaron criterios de culpabilidad en su análisis.

El concepto de máximos responsables en la Corte Penal Internacional

El ECPI, al igual que sus antecesores, el TPIY y el TPIR, no limita la investigación de casos a aquellas personas que se consideren los máximos responsables de la comisión de crímenes competencia de la Corte. Sin embargo, la Fiscalía de la CPI ha contemplado en sus *policy paper* el priorizar los casos a este tipo de acusados.

Para dilucidar el contenido de máximos responsables en la CPI abordaremos en primer lugar los criterios jurisprudenciales en relación al dicho concepto para señalar que la Corte se ha alejado de los demás criterios internacionales del mismo, al grado de rechazarlo; en segundo lugar estudiaremos la política criminal de la Fiscalía para analizar si dicha política es conforme a los criterios jurisprudenciales de la Corte, para finalmente plantear los problemas a los que conlleva el actual concepto de máximos responsables en la CPI y que no han sido explorados con la seriedad debida.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CPI

La CPI en varias sentencias se ha pronunciado acerca del concepto de máximos responsables, si bien no ha sido el tema central de la discusión,

nos ha dado algunas guías para poder establecer su contenido.

En el *Caso Ntaganda*, la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) rechazó la solicitud del Fiscal para emitir una orden de arresto al considerar que Bosco Ntaganda no cumplía el umbral de gravedad contemplado en el artículo 17 del ECPI. Al respecto, la Sala establecía como requisito de dicho umbral que el acusado cayera en la categoría de máximos responsables, para lo cual señala las cuestiones a considerar como tal, a saber:

[...]

La persona pertinente cae dentro de la categoría de **más altos líderes sospechosos de ser los máximos responsables**, considerando (1) el rol que jugó la persona a través de actos u omisiones cuando las entidades estatales, organizaciones o grupos armados al que pertenece cometían crímenes, jurisdicción de la Corte, sistemáticos o a gran escala, y (2) el rol jugado por dichas entidades estatales, organizaciones o grupos armados en la totalidad de la comisión de crímenes, jurisdicción de la Corte, dentro de la situación relevante.²⁰

En este sentido, la SCPI I consideraba que para que un caso sea admisible ante la CPI, el acusado debía ser un máximo responsable, a su consideración, los más altos líderes dependiendo del rol que jugaron en la organización y el que jugó ésta en la comisión de crímenes. Cabe señalar que la Sala no señala cómo debe ser el rol del acusado, o si se tomará en cuenta la comisión del crimen con especial crueldad o su gravedad, solamente considerará el *status* que el individuo tuvo en la organización.

²⁰ CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decision by the Pre-Trial Chamber I of 10 february 2006, 10 de febrero de 2006, ICC-01/04-01/07, párr. 64.

La Sala de Apelación (SA) revirtió la sentencia de la SCP I y estableció que en relación a la categoría de los “más altos líderes sospechosos de ser los máximos responsables” el efecto disuasivo de la Corte es más alto si no se excluye ninguna categoría de acusados. Asimismo, estableció que los individuos que no están en lo alto de la organización pueden tener una influencia considerable, cometer crímenes muy serios u ocasionar su comisión generalizada.²¹

La SA considera que dicha categoría es contraria a una interpretación contextual del ECPI, concretamente al art. 33 que contempla la exigencia de órdenes de superior jerárquico toda vez que no aplicaría para los mismos superiores, y al art. 27(1) que establece que el Estatuto será aplicado por igual a todos sin distinción del cargo oficial así como al propio preámbulo de dicho instrumento ya que solamente menciona “los crímenes más graves” más no a los “máximos responsables”, por lo que si era intención de los redactores del ECPI introducir dicha disposición, lo hubieran hecho.²²

Es importante destacar que no es deseo del ECPI ni de la CPI limitar las investigaciones únicamente a los máximos responsables de la comisión de crímenes de su competencia y menos a los líderes y superiores jerárquicos de los Estados u organizaciones.

²¹ CPI, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgement on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, article 58"*, Appeals Chamber, 13 de julio de 2006, ICC-01/04-169-US-EXP, párr. 77.

²² CPI, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgement on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, article 58"*, Appeals Chamber, 13 de julio de 2006, ICC-01/04-169-US-EXP, párr. 78 y 79.

POLÍTICA CRIMINAL DE LA FISCALÍA DE LA CPI

La primera vez que la Oficina del Fiscal habló de “máximos responsables” fue en su *Policy Paper* de septiembre de 2003, que establecía como estrategia el enfocarse en investigar y perseguir a aquellos que tienen la mayor responsabilidad, tales como líderes de Estados u organizaciones presuntamente responsables por esos crímenes.²³

En el último *Plan Estratégico de la Fiscalía* correspondiente a 2016-2018, continua con su política de perseguir a los máximos responsables, sin embargo, cambia un poco su estrategia. Perseguirá a un número limitado de personas de medio y alto nivel solamente si no puede comprobar directamente la responsabilidad de los máximos responsables, es decir, como último recurso para llegar a los líderes.²⁴ Enjuiciará a autores de bajo nivel cuando su conducta haya sido particularmente grave y haya adquirido notoriedad.²⁵

Se observa que la Fiscalía adopta el criterio de los tribunales *ad-hoc* e híbridos al priorizar sus investigaciones a aquellos que son los máximos responsables, es decir, los líderes y, únicamente con el objetivo de llegar a los más altos líderes, investigará a individuos de bajo nivel, en otras palabras, son sólo un medio para un fin.

El problema principal no está en que la Fiscalía priorice casos para su persecución. De hecho, es entendible que debido a la cantidad de crímenes internacionales que se cometen en el mundo, el trabajo de la Fiscalía ha quedado rebasado; por otra parte, los criterios de interés de la jus-

²³ Oficina de la Fiscalía de la CPI (2003), *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, septiembre de 2003, p. 7.

²⁴ Oficina de la Fiscalía de la CPI (2015), *Strategic Plan 2016-2018*, 16 de noviembre de 2105, párr. 35 y 36.

²⁵ *Ibidem*, párr. 36.

ticia y admisibilidad de la Corte son invitaciones a priorizar los casos, por lo que es indispensable que escoja a aquellas personas representativas de aquellos crímenes. Sin embargo, el problema reside en quiénes son esas personas que decide procesar.

PROBLEMAS DEL CONCEPTO DE MÁXIMOS RESPONSABLES A LA LUZ DEL ECPI

Uno de los mayores problemas a los que se enfrenta el actual concepto de mayores responsables de acuerdo a como lo ha contemplado la Fiscalía de la CPI, es su aplicación a la luz del ECPI, específicamente en relación a las formas de autoría y participación, así como de la eximente de responsabilidad penal de órdenes de superior jerárquico.

Formas de autoría y participación en el ECPI

Para que mejor se entienda el dilema que aquí se plantea es útil verlo en términos de las formas de imputación en la CPI:

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
 - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
 - b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
 - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice, encubridor, colabore de

algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

- i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
- ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad.²⁶

El ECPI prevé diversas formas de autoría que claramente están dirigidas a los mandos estatales o de las organizaciones que pueden cometer crímenes internacionales (incluyendo grupos armados organizados). El artículo 25 prevé figuras como el “ordenar” y el artículo 28 establece la responsabilidad del superior jerárquico. Adicionalmente, la jurisprudencia de la CPI ha establecido figuras como la autoría (o coautoría según el caso) mediante aparatos organizados de poder. En la medida en la cual una persona con posición de mando utiliza una organización para cometer un crimen internacional, esta for-

²⁶ ECPI, art. 25(3).

ma de imputación también está diseñada para responsabilizar a los líderes o superiores jerárquicos; en términos de la Fiscalía, a los máximos responsables.²⁷

Entonces ¿estas formas de autoría son más graves, dado que acarrean mayor responsabilidad que la autoría directa o la autoría mediata (simple)?

Para entender el problema que surge, es necesario hacer referencia a la forma en la que están planteadas las formas de autoría y participación en el ECPI. El artículo 25(3) señala los diferentes modos de responsabilidad por los cuales una persona puede ser enjuiciada en la CPI. Esto ha sido interpretado jurisprudencialmente en el sentido de que dicho artículo hace una distinción entre autores y partícipes del crimen.²⁸

Para ello, la Corte toma el criterio de control sobre el crimen, en el cual una persona será autor o principal si tiene control sobre la comisión del crimen, es decir, tiene el poder de frustrar su realización, y va a ser partícipe si tiene un grado menor de control sobre el éste.²⁹ En este sentido, señala que el inciso (a) del artículo 25(3) del ECPI contempla a los principales del crimen, a saber, a los que lo cometen, y los incisos (b) al (d) son los partícipes, esto es, aquellos cuya conducta está conectada a la comisión del crimen.³⁰

El modo de responsabilidad de participación en la comisión de un crimen está siempre supeditada a la existencia de un autor que cometa el

crimen. Mientras que la responsabilidad de los principales es autónoma al no depender de un tercero.³¹

El artículo 25 del ECPI no establece una jerarquía de culpabilidad, menos una de penas, sino que solamente identifica varias formas de conducta ilícita, por lo que un individuo acusado de contribuir de algún otro modo conforme al artículo 25 (3)(d) puede ser igualmente o más culpable que uno acusado por cometer el crimen conforme a su inciso (a).

Ahora bien, suponer que los líderes y superiores jerárquicos son los máximos responsables implica que las conductas que éstos típicamente realizan son más graves que las que realizan los subordinados. ¿Entonces los subordinados son los mínimos responsables?, es decir, ¿ordenar una muerte es más grave que ejecutar a la persona? Parece una afirmación muy cuestionable. Podemos pensar que la gravedad es la misma, pero que una sea mayor que la otra no es del todo convincente. Sin embargo, a esto nos lleva el concepto actual de máximos responsables.

Pensemos en un ejemplo, un general ordena una matanza de civiles dentro de un contexto de conflicto armado, claramente comete un crimen de guerra; pero uno de los soldados ejecuta la orden con especial crueldad y decide quemar vivas a las víctimas, ¿es posible afirmar que solamente el general es un máximo responsable?

La respuesta aquí planteada es no, al menos no a la luz del ECPI o la jurisprudencia de la CPI. Un individuo que ordena la comisión de un crimen bajo el artículo 25 (3)(b) se considerará como par-

²⁷ CPI, *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 7 de marzo de 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, párrs. 1399-1415.

²⁸ *Ibidem*, párr. 1383.

²⁹ *Ibidem*, párr. 1396.

³⁰ *Ibidem*, párr. 1383 y 1384.

³¹ *Ibidem*, párr. 1385.

típico, ya que su conducta está ligada a quien lo ejecutó (el autor directo), sin embargo, la conducta del superior puede tener un grado menor de culpabilidad que el ejecutor. Lo mismo opera en sentido contrario, quien ordenó la matanza puede tener un grado de culpabilidad mayor que el autor del crimen.

Entonces, ¿por qué considerar como el máximo responsable de esa matanza al superior jerárquico que dio la orden sólo por su *status* sin tomar en consideración el grado de culpabilidad que tuvo su acción? Es más, ¿no se estaría mandando un mensaje de impunidad a los subordinados de los crímenes más graves que trascienden la conciencia de la comunidad internacional?

El concepto de máximo responsable no implica necesariamente que los subordinados (especialmente los que actúan con crueldad extrema) no sean sancionados. Sin embargo, como estas personas no son una prioridad para investigar y procesar, pueden no ser sentenciadas ante la CPI o a nivel nacional.

Puede pensarse también en un ejemplo histórico. Es ampliamente conocido el caso de Josef Mengele. Este médico nazi es conocido por sus experimentos en seres humanos vivos, especialmente gemelos, durante su estancia en el campo de concentración de Auschwitz. Sus actividades seudocientíficas han inspirado incluso tipos penales en el ECPI. El artículo 8 que prevé los crímenes de guerra, incluye los experimentos médicos o biológicos. Sin embargo, Mengele nunca ocupó cargos muy elevados en la jerárquica militar o del Partido Nazi. Ni siquiera fue director del campo de concentración donde cometía sus crímenes. Bajo los criterios modernos de máximo responsable, Mengele no sería una prioridad

para ser procesado, por lo que pudiera haber escapado de la acción de la justicia.³²

Por su parte, el concepto de máximos responsables de la Fiscalía de la CPI pierde todo sentido frente a la responsabilidad de superior jerárquico del ECPI, contemplada en su artículo 28:

- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
 - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
 - ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
- b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

³² United States Holocaust Memorial Museum, (2016), *Holocaust Encyclopedia*, Washington D.C., disponible en <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007060>. Consultado el 8 de marzo de 2016.

- i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a efectos de su investigación y enjuiciamiento.³³

La responsabilidad de superior jerárquico implica que un superior, ya sea militar o civil, es considerado responsable por la conducta ilícita de sus subordinados al haber fallado en sus obligaciones de prevenir, reprimir y sancionar dichas conductas, por lo que se considera como una responsabilidad por omisión.³⁴

Esta forma de responsabilidad es diferente a las contempladas en el artículo 25 del ECPI por la ausencia de intención que tiene el individuo de cometer el crimen. Toda vez que justamente dicha ausencia es lo que hace que un líder no sea un autor o partícipe y se le considere un superior jerárquico de conformidad con el artículo 28.³⁵

³³ ECPI, art. 28

³⁴ CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II*, 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08-424, párr. 405.

³⁵ Un ejemplo es el caso de Jean-Pierre Bemba (líder del Movimiento de Liberación del Congo), la Fiscalía lo acusaba como un coautor, sin embargo, no pudo comprobar que el acusado tenía la intención de cometer los crímenes, por lo cual se le confirmaron los cargos como superior jerárquico.

Además de la ausencia de intención, dicho artículo contempla la posibilidad de la falta de conocimiento por parte del superior jerárquico de que sus subordinados estaban cometiendo crímenes, basta con probar que el acusado debía haber sabido, pero a causa de su actuar negligente, no se allegó de la información necesaria para saberlo.³⁶

Cabe señalar que este modo de responsabilidad está enfocado en tener un efecto disuasorio en la comisión de los crímenes, toda vez que son los superiores jerárquicos los que tienen el poder de frustrar su comisión al cumplir con sus obligaciones impuestas por la comunidad internacional de prevenir, reprimir y sancionar a sus subordinados. Por lo que se trata de mandar un mensaje a la comunidad internacional de que los líderes, ya sean presidentes de los países o líderes de los grupos armados, son inmunes de investigación ante la CPI.

Ahora bien, si consideramos que los máximos responsables sólo son los líderes y superiores jerárquicos, entonces caeríamos en el supuesto de que un individuo que no tuvo intención de cometer el crimen, no tuvo conocimiento de que se estaba cometiendo, no tuvo ningún grado de culpabilidad y que además su actuar fue omiso, únicamente por su *status*, su conducta se considera más grave que la de aquel subordinado que sí tenía la intención de cometerlo y que, además, lo hizo con una especial crueldad.

Estos ejemplos nos llevan al campo de la culpabilidad e ilustran cómo se vulnera este principio, dado que no se tomarían en cuenta conceptos

³⁶ CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II*, 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08-424, párr. 427-434.

como la gravedad y la especial crueldad en consideración. La culpabilidad también se ve vulnerada dado que el general, por el simple hecho de estar en una posición de mando, es considerado más responsable que el que no tiene esa jerarquía dentro de la organización. Esto equivale a priorizar procesos de personas por su *status*, no por su conducta y es una manifestación del Derecho penal de autor.³⁷

Eximente de responsabilidad penal: órdenes de superior jerárquico

El artículo 33 del ECPI contempla que un individuo que hubiere cometido un crimen en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad al menos que estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior que se trate, no supiere que la orden era manifiestamente ilícita y la orden no fuera manifiestamente ilícita.³⁸

Así, el ECPI contempla que un subordinado pueda ser eximido de responsabilidad penal por las órdenes que cumplió de su superior si satisface los requisitos mencionados. En este sentido, dicha eximente está dirigida para quienes la hagan valer sean los subordinados y no los más altos líderes o superiores jerárquicos, toda vez que los últimos son los que emiten las órdenes que siguen sus subalternos.

Sin embargo, si la Fiscalía de la CPI decide investigar únicamente como máximos responsables a los líderes y superiores jerárquicos, deja

sin materia al artículo 33 del ECPI toda vez que no se llevarían ante la Corte subordinados que pudieran hacer valer la eximente de responsabilidad de órdenes de superior jerárquico.

De lo anterior podemos concluir que la política criminal de la Fiscalía de la CPI es contraria a los principios elementales del ECPI, a la jurisprudencia de la Corte, a las formas de autoría y participación del DPI, a la eximente de responsabilidad de órdenes de superior jerárquico y, sobre todo, al principio de culpabilidad, por lo que la Fiscalía debe adecuar sus criterios de priorización de casos a su propio instrumento rector.³⁹

Situación en Colombia en el marco de proceso de paz

El Acto Legislativo No. 1 del 2012 señala, como un criterio de priorización, que se preferirán las investigaciones y procesos en contra de las personas consideradas máximos responsables. Esto deriva del artículo 66º transitorio, párrafo 4, que se agrega a la Constitución y que en su parte relevante señala:

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que

³⁷ Luigi Ferrajoli (2001), *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 5^a ed., Madrid: Trotta, p. 498.

³⁸ ECPI, art. 33.

³⁹ De conformidad con el artículo 21 (1)(a) del ECPI, la Corte aplicará en primer lugar: el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y prueba.

permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática...

Entonces, uno de los criterios para determinar a quién procesar y a quién no depende de lo que se entienda por la expresión “máximos responsables”. Aquí ya podemos decir que la Corte Constitucional parece adelantarse al Congreso pues el Acto Legislativo señala que será aquél quien le dará contenido a esta expresión. No obstante, el Tribunal establece ya su concepto.

La Corte Constitucional llega a la siguiente definición de máximo responsable: “[...] el máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”.⁴⁰

La primera afirmación que se puede hacer es que el concepto de la Corte Constitucional es más amplio que el de la Fiscalía, ya que no se limita a los líderes y superiores jerárquicos. Solamente con la palabra “dirigido” se alude necesariamente a personas en una posición de mando. La frase “tenido control” no necesariamente refiere a los líderes y superiores jerárquicos o, por lo menos, no a los de alto nivel. Puede incluir a los líderes de unidades menores dentro de las organizaciones o simplemente al autor mediato. También puede decirse que refiere a una circunstancia

más fáctica, pues no necesariamente alguien con control tiene formalmente un cargo dentro del Estado o de la organización. Se incluye a quienes materialmente pueden dirigir.

La hipótesis de financiamiento es completamente novedosa y tiene un problema que salta a la vista. Financiar un crimen internacional no es una forma de autoría en el Estatuto, por lo cual se amplía la potestad punitiva sin una razón de política criminal internacional que la sustente. En otras palabras, resulta extraño que en Colombia pueda procesarse y de forma preferente a quienes financian cuando esto no es posible ante la CPI. No debe dudarse que quienes financian tienen una responsabilidad penal, sin embargo, dentro del contexto de la priorización de casos no parece haber cabida, desde la óptica de estándares internacionales y política criminal, para estas personas.

Los criterios de la Corte Constitucional no resuelven el problema de considerar a las personas en posición de mando como los máximos responsables. Si bien, la frase “tenido control” no necesariamente se refiere a este tipo de personas y permite pensar, en términos de formas de autoría, en otros individuos, no resuelve la cuestión del subordinado que actúa materialmente con especial crueldad y otras personas que quizá deberían priorizarse en los procesos penales. Consecuentemente, las observaciones hechas con anterioridad son aplicables al régimen colombiano.

Como señala el Acto Legislativo, corresponde al Congreso definir con mayor precisión el concepto de máximo responsable. Entonces, el Acto Legislativo y el fallo comentado son solamente criterios orientadores. En todo caso, es importante que se defina este concepto tomando en consideración mínimamente el principio de cul-

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, *Instrumentos jurídicos de justicia transicional; no sustituye elementos estructurales y definitorios de la Constitución Política / Marco Jurídico para la Paz-Contenido y Alcance*, Sentencia C-579/13, p. 314.

pabilidad, no sólo los criterios de la Fiscalía y los antecedentes de responsabilidad estatal derivados de los derechos humanos.

Propuesta de concepto de máximos responsables

¿En qué guiarnos para establecer un criterio compatible con el principio de culpabilidad dentro del concepto de máximo responsable?

Un primer acercamiento lo da el propio marco jurídico de la CPI. La Regla 145(1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba establece como criterios para la imposición de la prueba lo siguiente: “[...] la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado”.

Adicionalmente, se consideran agravantes las siguientes:

- i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar;
- ii) El abuso de poder o del cargo oficial;
- iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa;
- iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas;
- v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas

de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21;

- vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.⁴¹

Como se puede observar hay varios criterios que toman en consideración el principio de culpabilidad, entendido como criterio de gravedad: indefensión de la víctima, crueldad, cantidad de víctimas o motivos discriminatorios. Por su parte, el cargo oficial es solamente uno de estos criterios, pero no se toma de forma aislada. Es el abuso del poder o del cargo oficial el que agrava, no la jerarquía en sí misma.

Resulta importante destacar que estos criterios no han sido empleados solamente para aplicar penas. También han ayudado a darle contenido al concepto de “gravedad suficiente” en el contexto de las admisibilidades previstas en el artículo 17 del Estatuto. Esto ha sido el entender de la Fiscalía⁴² y de la jurisprudencia de la CPI.⁴³

Es importante que la Fiscalía y las instancias judiciales de la CPI acepten estos criterios de culpabilidad para determinar la “gravedad suficiente”. Así se confirma que la inclusión de un elemento de culpabilidad dentro del concepto de máximo responsable tiene sustento dentro del marco jurídico de la CPI y aceptación dentro de la política criminal de sus órganos operadores.

⁴¹ Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, Regla 145(2).

⁴² Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2010), *Policy Paper on Preliminary Examinations*, octubre 2010, parr. 70.

⁴³ CPI, *Prosecutor v. Abu Garda, Decision on the Confirmation of Charges, Pre Trial Chamber I*, 8 de febrero de 2010, ICC/02/05/02/09/243/Red, parr. 31; *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II*, 31 de marzo de 2010, ICC/01/09/19/Corr, parr. 131.

Una propuesta que se haga en este sentido será compatible con los derechos humanos (primordialmente con el principio de culpabilidad) y con los estándares internacionales.

En resumen, se propone eliminar el concepto de mandos dado que tiene una connotación formal y viola el principio de culpabilidad, pues prioriza a quienes tienen un cargo dentro del Estado o de la organización, en lo que se considera una manifestación del Derecho penal de autor. Siguiendo el criterio de la Corte Constitucional se propone sustituirlo por el de personas con control. Este concepto puede incorporar a los mandos, pero también a quienes dirigen fácticamente a un órgano estatal o a una organización. Así se vuelve más fácil incorporar la idea de abuso de poder o de cargo oficial de la Regla 145, donde se prioriza el **abuso** no la posición de mando en sí.

Se propone eliminar “a quienes financian” del concepto de máximo responsable, dado que no tiene fundamento en el DPI y sería una ampliación del poder punitivo estatal sin respaldo o fundamento internacional. Resulta relevante señalar que en los casos *Flick*⁴⁴ y *Krupp*⁴⁵ se procesó por crímenes internacionales bajo la forma de imputación de financiar. Con este antecedente hubiera sido fácil que las personas que redactaron el Estatuto incorporaran esta figura. No obstante optaron por no hacerlo. Esto confirma que como medida de política criminal no fue deseable procesar a quienes financian crímenes interna-

⁴⁴ United States Military Tribunal, *Trial of Friedrich Flick and five others*, 20 de abril a 22 de diciembre de 1947, disponible en <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-9.pdf>. Consultado el 8 de marzo de 2016.

⁴⁵ United States Military Tribunal, *Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp Von Bohlen Und Halbach and eleven others*, 17 de noviembre de 1947 a 30 de junio de 1948, disponible en <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf>. Consultado el 8 de marzo de 2016.

cionales. En todo caso tendría que recurrirse a otras formas de complicidad, incluyendo el “suministrar medios para la comisión”,⁴⁶ pero no directamente el financiamiento.

Se propone incorporar los criterios de culpabilidad y de gravedad suficiente previstos en la Regla 145; en especial, aquellos que aluden a la gravedad del crimen internacional en cuestión: crueldad, número de víctimas, ventaja sobre éstas y motivos discriminatorios.

Conclusión

El concepto de máximo responsable se ha identificado con el de los líderes o superiores jerárquicos de las organizaciones o de los Estados. Los altos grados de impunidad que históricamente se han registrado en la comisión de crímenes internacionales explica esta situación. Sin embargo, estos criterios objetivistas no responden a la verdadera gravedad de estas faltas y al nivel de reproche que les corresponde. Es por ello que aquí se propone se incorpore un elemento de culpabilidad en la formulación de definición de máximo responsable. Lo que podría denominarse como el “Dilema de Mengel como no responsable” ilustra como la crueldad en los medios empleados es un factor (entre otros) que debe considerarse.

Afortunadamente, hay antecedentes en el DPI y en los criterios más recientes de la Fiscalía que apuntan hacia la incorporación de otro tipo de elementos para identificar a los máximos responsables, de forma adicional al liderazgo que ejercía la persona. No obstante, estos elementos no deben tomarse en forma conjunta. Es decir que la

⁴⁶ ECPI, art. 25 (3)(c).

persona sea líder y actué con especial crueldad o de forma discriminatoria.

Es importante para enfatizar este punto el hecho de que cualquier criterio de política criminal que se adopte no puede ir en contra del ECPI. Este tratado permite una gran discreción a la Fiscalía para determinar a quién procesar. Sin embargo, como se evidenció con el análisis presentado aquí, tomar al máximo responsable como al líder o superior contradice el texto del ECPI y la jurisprudencia de la CPI. Esto permite llegar a la conclusión de que el concepto de líder no puede simplemente complementarse con criterios de culpabilidad; por el contrario, debe sustituirse.

La postura de la Fiscalía ha permeado al Derecho nacional. En Colombia, donde se hacen los primeros esfuerzos por homologar las normas de política criminal con el DPI, se han limitado a copiar la idea del líder como máximo responsable sin una reflexión mayor. Por ello, para complementar estas conclusiones se ofrecen los mapas conceptuales comparando los criterios de la Fiscalía, los de la Corte Constitucional y la propuesta aquí esbozada en forma de anexo.

Bibliografía

Acto Legislativo No. 01 del 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial de Colombia*, Bogotá, Colombia, 31 de julio de 2012.

Acuerdo de Londres, 8 de agosto de 1945, preámbulo, art. 1 y 3, disponible en <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt-chart.asp>>

CESL, *Prosecutor v. Moinina Fofana, Decision on the preliminary defense motion on the lack of personal jurisdiction filed on behalf of accused Fofana*, Trial Chamber, 3 de marzo de 2004, SCSL-04-14-PT.

Consejo de Seguridad, *Completion Strategy of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, S/2004/341, 3 de mayo de 2004.

Consejo de Seguridad, *Carta de fecha 22 de diciembre de 2000 dirigida al Secretario General por el Presidente del Consejo de Seguridad*, 22 de diciembre de 2000, S/2000/1234.

Consejo de Seguridad, *Report of the Secretary General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*, 4 de octubre de 2000, S/2000/915.

Consejo de Seguridad, *Resolución 1534*, 26 de marzo de 2004.

Corte Constitucional de Colombia, *Instrumentos Jurídicos de Justicia Transicional- no sustituye elementos estructurales y definitorios de la Constitución Política / Marco Jurídico para la Paz - Contenido y Alcance*, sentencia C-579/13.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C. No. 154, 28 de agosto de 2013, C-579/13.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrrios Altos v. Perú, Fondo*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75.

CPI, *Prosecutor v. Abu Garda, Decision on the Confirmation of Charges, Pre Trial Chamber I*, 8 de febrero de 2010, ICC/02/05/02/09/243/Red.

CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision by the Pre-Trial Chamber I of 10*, 10 de febrero de 2006, ICC-01/04-01/07.

CPI, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I*, 16 de diciembre de 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red.

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga, Decision on sentence pursuant to article 76 of the Statute, Trial Chamber II*, 23 de mayo de 2014, ICC-01/04-01/07-3484.

CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II*, 7 de marzo de 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG.

- CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II*, 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08
- CPI, *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgement on the prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, article 58", Appeals Chamber*, 13 de julio de 2006, ICC-01/04-169-US-EXP.
- CPI, *Situation in the Republic of Kenya, Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II*, 31 de marzo de 2010, ICC/01/09/19/Corr.
- Dondé Matute, Javier (2014), "La política criminal de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para el inicio de investigaciones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, pp. 31–76. (<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/14/dtr/dtr2.pdf>
- Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional.
- Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, art. 1.
- Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, 19 de enero de 1946.
- Ferrajoli, Luigi (2001), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5^a ed., Madrid: Trotta.
- Jalloh, Charles C. (2013), "Prosecuting those bearing 'Greatest responsibility': the lessons of the Special Court for Sierra Leone", en *Marquette Law Review*, Vol. 96.
- Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, 6 de junio de 2003.
- Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2003), *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, septiembre de 2003.
- Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2010), *Policy Paper on Preliminary Examinations*, octubre 2010.
- Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2012), *Situación en Colombia, Reporte Intermedio*, noviembre 2012.
- Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2015), *Strategic Plan 2016-2018*, 16 de noviembre de 2105.
- Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.
- TPIR (2015), *Report on the completion of the mandate of the International Criminal Tribunal for Rwanda as at November 15, 2015*, S/2015/884, 17 de noviembre de 2015.
- TPIY (1996), *Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Sentencing Judgment, Trial Chamber*, 29 de noviembre de 1996, IT-96-22-T.
- United States Military Tribunal, Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp Von Bohlen Und Halbach and eleven others, 17 de noviembre de 1947 a 30 de junio de 1948, disponible en <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf> (08/03/2016).
- United States Holocaust Memorial Museum, *Holocaust Encyclopedia*, Washington, DC, disponible en <http://www.ushmm.org/wlc/sp/article.php?ModuleId=10007615>
- United States Military Tribunal, *Trial of Friedrich Flick and five others*, 20 de abril a 22 de diciembre de 1947, disponible en https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-9.pdf. Consultado el 08 de marzo de 2016.
- Xabier Agirre Aranburu (2010), *Prosecuting the most responsible for international crimes: dilemmas of definition and prosecutorial discretion*, disponible en <https://www.academia.edu/2571646/Prosecuting_the_most_Responsible_for_International_Crimes_Dilemmas_of_Definition_and_Prosecutorial_Discretion>. Consultado el 9 de febrero de 2016.

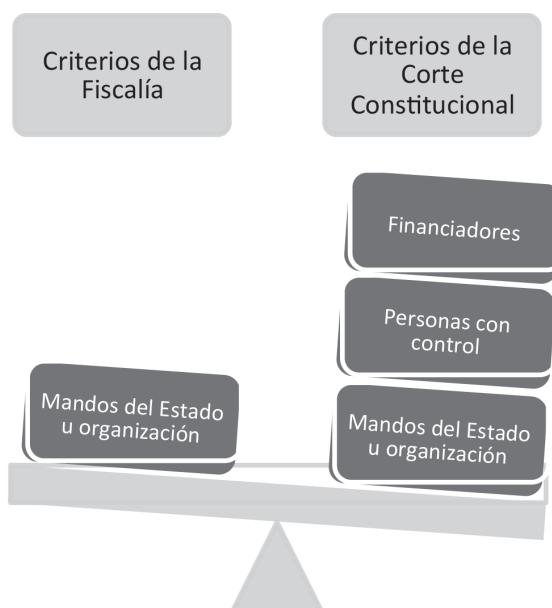
Anexo I

CRITERIOS PARA ESTABLECER EL CONCEPTO DE “MÁXIMOS RESPONSABLES”

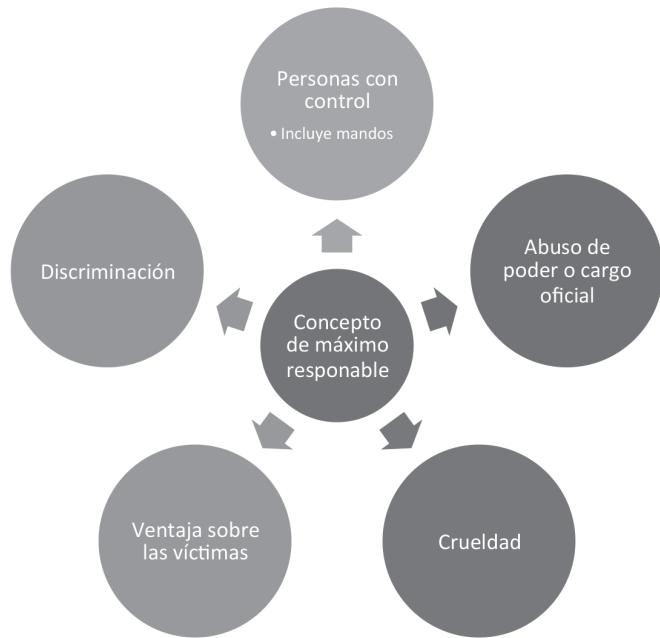
Criterios de la Fiscalía



Comparativo entre los criterios de la Fiscalía y la Corte Constitucional de Colombia



Propuesta considerando criterios de culpabilidad





Hacia una criminología contemporánea

David Ordaz Hernández
Javier Figueroa Castellanos
Instituto Nacional de Ciencias Penales



Resumen

La criminología y sus distintas academias han construido sistemas de regulación y un cambio de política en la que las condiciones pueden escapar fácilmente de nuestros lenguajes conceptuales, lo que genera a su vez que nuestros programas de investigación parezcan anticuados e irrelevantes. En tales circunstancias las tareas especiales de la teoría

criminológica actual incluyen elaborar nuevas preguntas, hacer nuevos avistamientos, y ver las conexiones entre fenómenos aparentemente inconexos en formas que permitan la investigación de fondo para captar con mayor precisión las particularidades del entorno vigente. Así, las preguntas concretas de la delincuencia y el control del delito pueden proporcionar una medida pertinente y válida de las teorías sociales. La criminología puede reponer sus recursos intelectuales en su compromiso con el trabajo teórico de la teoría social contemporánea. En esa medida, la aspiración más allá de este texto es seguir el movimiento entre la reflexión teórica y la investigación empírica, entre la criminología y la teoría social, entre el análisis académico y el mundo social vívido.

Palabras clave: criminología contemporánea, modernidad tardía y teoría social.

Abstract

Criminology and its various academies have built systems of regulation and policy change in conditions that can easily escape our conceptual languages, which in turn generates that our research programs look outdated and irrelevant. In such circumstances the special tasks of the current criminological theory includes developing new questions, making new discoveries, and find connections between seemingly unrelated phenomena in ways that allow background research to capture more accurately the characteristics of the current environment. Thus, the specific questions of crime and crime control can provide a relevant and valid measure of social theories. Criminology can replenish its intellectual resources in its commitment to the theoretical work of contemporary social theory.

In this respect, the scope beyond this text is to follow the connection between theoretical reflection and empirical research, between criminology and social theory, between academic analysis and vivid social world.

Key words: contemporary criminology, late modernity and social theory.

1. Hacia una criminología contemporánea

La criminología contemporánea yace en un mundo de acuciosos cambios. La velocidad y complejidad de esta evolución se refleja en el carácter cambiante de la cuestión criminal y los recurrentes temas: la delincuencia juvenil, los delitos ante el narcotráfico, la delincuencia en pandillas, los delitos convencionales, los delitos de cuello blanco, la violencia doméstica, los crímenes ecológicos, el expansionismo penal, el vigilantismo (entendido como la toma de las responsabilidades de seguridad por parte de los ciudadanos), los crímenes de guerra, los movimientos sociales, el abuso de las personas de la tercera edad, los fraudes, los delitos sexuales, los ciberneticos y otras formas de resistencia o desviación.

Al dejar de contemplar los datos estadísticos inmediatos de la criminalidad y mirar lo que subyace en la vida cotidiana y el control social, como los procesos de circulación de bienes y personas, la dinámica de los hogares y familias, la ecología del urbanismo, las condiciones del mercado laboral, el poder de las instituciones del Estado, se vuelve irrefutable que la criminología está comprometida en la conversión de nuestros tiempos.

La cuestión que impulsa este texto se refiere a la comprensión del desafío que se plantea en

la criminología ante las transformaciones políticas y económicas de la actualidad, que marcan la vida social a inicios del siglo XXI. El nuevo orden de las relaciones sociales y económicas, la flexibilidad de los procesos sociales, el vertiginoso cambio tecnológico y la notable multiculturalidad que confeccionan la modernidad tardía¹ plantean un escenario de complejos desafíos teóricos para la criminología que no pueden ser obviados. Seguir con los programas convencionales de investigación criminológica e ignorar los cambios del nuevo orden mundial es dar la espalda al pensamiento social contemporáneo y al análisis de la política criminológica. El contexto industrial y urbano donde nace la criminología, a mediados del siglo XIX, le dio como característica su tendencia a constituirse como un saber oportuno, sincrónico, de vanguardia. Los criminólogos —principalmente aquellos que recurren a la teoría social como Elena Larrauri, Carlos Alberto Elbert, Fernando Tenorio, Raúl Zaffaroni, Iñaki Rivera, Máximo Sozzo entre otros— han procurado un pensamiento congruente entre la teoría y el mundo tal cual es, han basado su análisis en explicar las realidades actuales ante los fenómenos de criminalidad y el desorden, tanto como con los conflictos en los movimientos sociales y la dislocación entre gobiernos y población. Es así como este artículo demuestra que las transformaciones sociales del siglo XXI bosquejan nuevas cuestiones criminales que requieren atención y comprensión por su relevancia, entendiendo las implicaciones intelectuales para la redirección de objetivos temáticos y compromisos políticos de la criminología.

Para iniciar este relato sería importante reflexionar ¿cómo poder llegar a un acuerdo entre

criminologías ante los cambios que quejan al siglo XXI?, ¿los sistemas teóricos y metodológicos de las criminologías explican adecuadamente la dinámica contemporánea del delito y la justicia penal? En caso contrario ¿qué ajustes necesita la criminología?, ¿cómo cambiar el alcance de nuestro análisis? Es así como se ponen a discusión nuevos tópicos de la criminología que responden al mundo social contemporáneo, estos son algunos puntos que se abordarán a continuación.

2. La criminología y su futuro

Con un enfoque curioso, constructivo y alejado del nihilismo criminológico, se entiende que los criminólogos y las criminologías son categorías complejas que necesitan hoy en día de niveles superiores de comprensión y permeabilidad. Por lo tanto se pretende problematizar aún más y lograr una clarificación conceptual. En este momento es necesario recalcar que la academia tiene poco que ganar cuando trata de sustituir el término criminología por conceptos artificiales como el de justicia actuarial.² Asimismo, el proyecto de incorporación de la criminología al análisis de la globalización con frecuencia acarrea crisis teóricas,³ dichas crisis —por las que ha pasado con bastante frecuencia— no pueden desalentar a los criminólogos en sus nuevos esfuerzos hacia una criminología contemporánea. A mi parecer la angustiosa búsqueda de la identidad científica de la criminología trajo limitaciones en las incursiones de los criminólogos a *otros lugares*, dicho posicionamiento ahora es impensable o erróneo

¹ Zygmunt Bauman (2011), *La globalización*, México: Fondo de Cultura Económica, p. 151.

² Kelly Hannah-Moffat (2013), *Actuarial Sentencing: an “unsettled” position*. Justice Quarterly, p. 30.

³ Gregg Barak (2009), *Criminology*, Lanham, Md.: Rowman y Littlefield Publishers, p. 6.

al reducir los esfuerzos de los estudios criminológicos en una sola dirección.

La idea de una criminología como ciencia autónoma y resistente por el uso del método científico obedece a etapas anteriores de su desarrollo histórico,⁴ y estas condiciones particulares de desarrollo criminológico son las que debemos interrumpir. Esto implica que los estudiantes de las criminologías y el control del delito —como sostiene Pitch—⁵ tendrán que aprender a pensar más allá de los umbrales de la criminología como se constituye en la actualidad su cuestión criminal. Sabiendo que la criminología está destinada a la movilidad epistemológica casi suicida;⁶ debe ser una disciplina que continuamente se redefina para comprender los niveles académicos —teóricos y metodológicos— del mundo social y jurídico en los que aspira a intervenir.

Tales afirmaciones parecen innecesarias ante la escalada y arraigo que mantiene la criminología en la vida académica; en ese sentido este *saber* goza de una gran salud en términos cuantitativos. Hablando de actividades relativas a la criminología, se realizan en México cerca de cinco congresos al año, hasta febrero del año 2015 la Subsecretaría de Educación Superior a través de su registro de Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios Superiores Federales y Estatales del país ha inscrito 163 planes de estudio en diferentes niveles educativos en criminología; los estudiantes con cédula son más que en otros tiempos; los departamentos de investigación

de las universidades contemplan más que nunca a la criminología; existe un gran número de consultoras privadas en la materia; las revistas especializadas y las publicaciones académicas son prolíficas en el análisis de la criminalidad; el abordaje de la cuestión criminal en volumen nunca había sido tan vigoroso. Sin embargo la salud y la arrogancia que escolta a la criminología como disciplina político-académica, se desvanece en la medida que entra al terreno de la discusión pública sobre sus aportes y toma de decisiones en la política pública del país.

Es un hecho que para las sociedades occidentales, la seguridad, la criminalidad y su castigo es tan importante, ininteligible y polémico que ningún saber científico puede decretar la forma de comprenderlo o atenderlo. El crimen y el castigo tienen una función tan importante como sistemática en las sociedades actuales que están estrechamente vinculadas a la vida cotidiana;⁷ la percepción y la emoción de los riesgos, el vívido temor de un imaginario colectivo basado en la incertidumbre;⁸ este conglomerado desaparece con facilidad de cualquier método analítico, pero sin embargo la criminología podría lograr su contención. Es por eso que la criminología debe de desistir en sus intentos de monopolizar el discurso criminológico y de reclamar la exclusividad del análisis de la cuestión criminal. Esto es, dejar de dar una exclusiva versión teórica para explicar el fenómeno de la criminalidad, y apoyarse de otras disciplinas que describen ontológicamente los fenómenos violentos desde otras latitudes.

⁴ Carlos Alberto Elbert (2004), *Rebuilding Utopia? Critical criminology and the difficult road of reconstruction in Latin America , Argentina y Estados Unidos: Crime, Law and Social Change*, p. 4.

⁵ Tamar Pitch (1995), *Limited responsibilities*, Londres: Routledge, p. 25.

⁶ Massimo Pavarini (1994), Nuevos modelos explicativos en criminología. La visión de la criminología crítica, México: *Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, pp. 159-181.

⁷ David Garland, Máximo Sozzo (2005), *La cultura del control*, Barcelona: Gedisa, pp. 236-237.

⁸ Zygmunt Bauman (2011), *Daños colaterales*, Madrid: Fondo de Cultura Económica, p. 75.

De las ideas anteriores podemos desglosar que algunos modelos intelectuales y supuestos institucionales —principalmente los provenientes del sistema penitenciario—, que sirvieron a las generaciones anteriores de criminólogos, no son del todo apropiadas para el presente. Más aún, los cambios sociales de los últimos años ya han llevado a una reflexión y un replanteamiento en diversos saberes, cuando la criminología académica apenas se consolidaba con dificultad como una especialidad de perspectivas plurales. Por consiguiente, algunos de nuestros hábitos académicos criminológicos tienen que ser evaluados. Por citar un ejemplo, el cambio de las formas de legitimación del sistema penal y los acuerdos sociales que hay al respecto han afectado las formas en que los criminólogos piensan sobre las cuestiones de regulación de la autoridad. La ambigua distinción y el deterioro entre lo público y lo privado del control de los conflictos en las urbes,⁹ hasta el desplazamiento de la justicia penal es-tatal de la producción de seguridad y control del crimen por los sistemas de vigilancia privados, que suponen el control de *lo que pasará*,¹⁰ han tenido tal impacto que la criminología se ocupa del análisis de la regulación y el control de la criminalidad. Así, los criminólogos procedentes de diversas vertientes o estudios como la policía, las cárceles, las víctimas, los sistemas de justicia o la prevención deliberan más allá de la relación Estado-delincuente. El resultado de una criminología contemporánea no es estructurar nuevas formas de concebir la distribución del orden social con sus disyuntivas normativas y éticas, sino de repensar el proceso de construcción de la cues-

tión criminal¹¹ para mejorar los aspectos de conceptualizar las características fundamentales del control y orden social en el nuevo milenio.

Considero que otra oportunidad de este mundo académico cambiante es la soltura que tienen los jóvenes hacia un intercambio intelectual entre investigación empírica y los intereses renovados hacia la comprensión de la teoría social. El trabajo es reunir el pensamiento que se reconoce como fragmentado para llevar a la criminología hacia una integración científica que procure el cambio social.¹² Esta actividad requiere de responsabilidad académica, el criminólogo se encuentra obligado a considerar las condiciones contemporáneas de la sociedad y a ser reflexivo sobre la función política de la criminología para elegir dignamente la cuestión criminal; en este punto considero necesario que se lleve a cabo una revalorización de los textos clásicos que fundaron los movimientos epistemológicos de la criminología, pues permiten poner en relieve los problemas actuales de esta disciplina ante la organización social, la vida cotidiana de la sociedad mexicana y las distintas formas de gobierno.

El contexto de la criminología contemporánea

El trayecto de la criminología teórica desde los años cuarenta a la actualidad ha brindado aportes satisfactorios y también ha tenido limitaciones; en el lado de los aportes encontramos amplios estudios empíricos y validaciones teóricas pero con severas críticas a su utilidad en el mundo real. Una criminología contemporánea

⁹ Richard Sennett (2011), *El declive del hombre público*, Barcelona: Anagrama, pp. 361-379.

¹⁰ Véase Zygmunt Bauman y David Lyon (2013), *Vigilancia líquida*, Barcelona: Paidós.

¹¹ Entendida como aquel conjunto de explicaciones de los conflictos sociales, la violencia y el castigo en relación con las instituciones de la sociedad.

¹² Carlos Alberto Elbert (2012), *Criminología, ciencia y cambio social*, Buenos Aires, Argentina: Eudeba, pp. 180-182.

sugiere estrategias e iniciativas para prevenir y disminuir el crimen en la medida que se analiza al sistema de procuración de justicia. Uno de los pioneros de la criminología del siglo XX en relación al análisis contemporáneo de las sociedades es Edwin Sutherland,¹³ quien ha demostrado haber construido una definición duradera:

Criminología es el cuerpo de conocimientos relacionados a la criminalidad como fenómeno social. Se incluye dentro de su ámbito de aplicación los procesos de elaboración de leyes, de incumplimiento de las mismas, y de reacción hacia su incumplimiento. Estos procesos son tres aspectos de una secuencia un tanto unificada de interacciones.

Gran parte de la construcción de la teoría criminológica moderna —por la búsqueda de sí misma—, se logra entre la década de 1950 y 1970; este desarrollo permitió que los criminólogos advirtieran que el análisis de la sociedad y el crimen no sólo eran de carácter explicativo sino que influían en los agentes del control social y criminal.¹⁴ El punto cúspide del uso académico para combatir la delincuencia se encuentra a finales de la década de 1960, cuando los movimientos sociales y las crisis económicas ponían en controversia el uso de la fuerza y la criminalización.

Para Garland¹⁵ los fundamentos de la criminología contemporánea se encuentran en Gran Bretaña, por la combinación de una criminología administrativa y los registros institucionales. Los autores del siglo XX siempre mantuvieron la necesidad de llevar la teoría de la criminalidad y

¹³ Edwin Sutherland, Donald Cressey (1996), *Principles of criminology*, Filadelfia: Lippincott, p. 1.

¹⁴ Véase Roger Matthews (2014), *Realist criminology*, Inglaterra: Palgrave Macmillan.

¹⁵ David Garland, Máximo Sozzo (2005), *La cultura del control*, Barcelona: Gedisa, p. 83.

el castigo al mundo real del control de la delincuencia, dar una salida al conocimiento criminológico.

No hay mejor manera de abordar la criminología actual que hablar sobre su pasado. Una de las primeras producciones criminológicas que analizan el porvenir de la sociedad contemporánea y el delito es la obra de Radzinowicz,¹⁶ quien afirma la discordancia entre la teoría criminológica y su aplicabilidad:

Lo que parece profundamente preocupante es la diferencia entre “criminología” y “política criminal”, entre el estudio del crimen y el castigo, y los modos actuales del control de la delincuencia. Esta brecha, para decirlo en términos más generales, entre la teoría y la práctica siempre ha existido, pero se ha vuelto cada vez más naturalizada con el trascurrir de los años, y no hay indicios de que se reduzca en el futuro previsible.

Radzinowicz no será la última persona en dar cuenta del desarrollo del populismo penal, pero pone al descubierto que la criminología juega un papel importante en la política criminológica. Es por eso que para el criminólogo actual debe ser atractiva la discordancia entre los resultados de la investigación criminológica y las políticas que se aplican en esta área. Es así como los gobiernos actuales han normalizado a través de la retórica del uso de la ley y el orden, utilizando medidas penales más extensas, mayor uso de la prisión, lo que demuestra un claro distanciamiento entre los resultados de los expertos en criminología y las políticas del castigo. De forma especial Ferrajoli refiere las dos razones del fracaso del populismo punitivo:

¹⁶ Leon Radzinowicz (2002), *Adventures in criminology*, Londres: Routledge, p. 468.

En primer lugar, porque su efecto principal es el debilitamiento del tejido social, que forma el primer presupuesto no sólo de la democracia, sino también de la seguridad. El miedo, en efecto, rompe los lazos sociales, alimenta tensiones y lacrimaciones, genera fanatismos, xenofobias y sectorizaciones, genera desconfianzas, sospechas, odios y rencores. Envenena en poco tiempo a la sociedad, haciéndola retroceder al estado salvaje y a la ausencia de civilidad. Y esta regresión, como es obvio, representa el principal terreno de la cultura de la criminalidad y de la violencia, además de la amenaza más insidiosa para la democracia.¹⁷

En el segundo lugar, estas políticas demagógicas desvían la atención de la opinión pública y el compromiso de los recursos de los aparatos investigativos judiciales en los procesos contra la criminalidad organizada y contra sus convivencias con los poderes políticos y económicos. Las mismas sirven, de hecho, a orientar la acción de tales aparatos hacia la pequeña criminalidad que depende del gran crimen organizado.

En la persecución del *distinto* se plantean las políticas criminológicas del populismo penal, engendrando el terror y la suspicacia del *otro*, del ajeno a la civilización.

Hacer noción a la evolución del análisis del populismo penal permite contrastar a la luz histórica las distintas generaciones de la criminología académica moderna, pues muestra la solidez y tacto que tiene el conocimiento de la cuestión criminal para tener un mayor impacto en la política pública de los distintos gobiernos. En ese sentido cabe hacer una reflexión sobre la produc-

ción criminológica de América Latina puesto que es bastante razonable reconocer que ocurre algo contrario a lo anteriormente señalado, esto quiere decir que nuestra región padece del presentimiento de ir en un sentido inverso al desarrollo de los sistemas de conocimiento criminológico; sabiendo que nuestros conocimientos han madurado y nuestras sociedades se han vuelto más civilizadas y modernas pareciera que repentinamente sufrimos un retroceso. La evolución de la criminología en América Latina se encuentra bloqueada. Esa inversión entre el éxito del papel de la criminología (ya antes mencionado) y su rol en la vida pública es un tema a desarrollar en la criminología actual. Esta cuestión proporciona diversos puntos de análisis, donde es necesario utilizar los recursos históricos para reflexionar sobre los temas de nuestro tiempo. De esa forma cabe explicar que los conocimientos criminológicos que tienen una mayor aceptación en la academia tienen una situación geográfica específica, o mejor dicho una preponderante hegemonía político económica, que por razones de poder y legitimidad incluyen y excluyen estudios criminológicos. Estos ejercicios de poder siempre se encuentran tentados a generalizar y crear vínculos aparentes entre las conclusiones de los estudios y el orden social de las civilizaciones bajo la narrativa de la ilustración progresista.¹⁸ En un sentido general, la criminología organiza el saber sobre el crimen, los criminales y las distintas formas del control del delito. De forma científica y elaborada, los criminólogos analizan el trabajo de las instituciones penales y la cultura popular del crimen, así como el imaginario social que existe de la criminalidad. Para exemplificar lo dicho se puede decir que la criminología se inscribe

¹⁷ Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio, Andrés Ibáñez (2013), *Derecho y razón*, Madrid: Trotta, pp. 75-76.

¹⁸ Wayne Morrison, Raul Eugenio Zaffaroni, Ernesto Bernal Sarmiento (2012), *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona: Anthropos, pp. 54-55.

en cuatro perímetros sociales: a) los corporativos de la academia y sus discursos;¹⁹ b) la esfera del control del delito y el orden social a través del sistema penal;²⁰ c) el ámbito cultural, el cual incluye las formas en que las fuerzas culturales se enlazan con la práctica de los sistemas penales en la lucha contra el crimen. Esto es, hacer que la criminología salte del estrecho margen del delito y la justicia penal para analizar las muestras simbólicas de la transgresión y el control, los sentimientos y emociones que surgen de los hechos delictivos, así como el análisis de las campañas políticas diseñadas para definir el crimen y sus efectos o castigos;²¹ d) por último, la cuestión más letal que ha sido olvidada por la criminología, el ámbito de la guerra, analizada y criticada bajo las condiciones morales del nacimiento del Estado moderno.²² Estas propuestas de matrices criminológicas se encuentran vagamente identificadas por el criminólogo, pero desde mi opinión, son la clave para que la disciplina siga siendo un parámetro en las decisiones gubernamentales e influencia en la sociedad.

El desarrollo del pensamiento criminológico contemporáneo refleja el crecimiento de las ciencias sociales bajo la teoría crítica. Tanto de las investigaciones como del dominio de la teoría sociológica, de la psicología social y de los estudios culturales, se manifiestan principalmente corrientes intelectuales en criminología como el marxismo, el feminismo y el posmodernismo. Sin embargo se considera necesario, como anuncia

¹⁹ Raúl Eugenio Zaffaroni (2005), *En torno de la cuestión penal*, Montevideo: B de F, p. 23.

²⁰ David Garland, Máximo Sozzo (2005), *La cultura del control*, Barcelona: Gedisa, p. 313.

²¹ Jeff Ferrel, Keith Hayward, Jock Young (2008), *Cultural criminology*, Los Angeles: SAGE, p. 2.

²² Véase Mbembe, A. (2003), Necropolitics. *Public Culture*, 15(1), pp. 11-40.

Elbert,²³ que la criminología de Latinoamericana subraye la reconstrucción social, la redistribución y la inclusión.

Pero la criminología puede pensarse en múltiples contextos. Su historia nos muestra la capacidad de analizar la cuestión criminal desde los controles gubernamentales del crimen, el ámbito institucional como elemento de gobierno y en ocasiones es fuente de asesorías estratégicas para el control del crimen y del castigo.

Criminología moderna

Es importante señalar que la criminología moderna no hace referencia a lo coetáneo, más bien reseña el conjunto de problematizaciones y conceptos referentes al razonamiento de la sociedad de finales del siglo XIX y del siglo XX, época que fue trazada por los saberes de la psicología clínica, la antropología criminal, los amplios estudios estadísticos del crimen y la fuerte idea del progreso a través de la disciplina.²⁴ Dicho marco histórico fraguó los ejes de las instituciones penales en el Estado benefactor durante setenta años del siglo XX. Donde la lógica principal era que la ciudadanía, en el ámbito social, mantenía un sistema de beneficios basados en seguros.²⁵ La criminología moderna ya no se encuentra en la vanguardia del reconocimiento de la cuestión criminal, pero su discurso de supremacía permitió la configuración del sistema penal durante setenta años.

²³ Véase Carlos Alberto Elbert (2004), *Rebuilding Utopia? Critical criminology and the difficult road of reconstruction in Latin America. Crime, Law and Social Change*, Argentina y Estados Unidos.

²⁴ David Garland, Máximo Sozzo (2005), *La cultura del control*, Barcelona: Gedisa, p. 71.

²⁵ Sandra Walklate (2007), *Understanding criminology*, Maidenhead: McGraw-Hill/Open University Press, p. 107.

La criminología que pertenece a los tiempos de la modernidad tenía un gran apego por la razón instrumental, su compromiso social se encontraba bajo los diseños de la ingeniería social. Mientras que el castigo desde una visión retributiva era visto como irracional y contraproducente para la sociedad.²⁶ La función de castigar se conducía bajo medidas individualizadas, correctivas, bajo el análisis de problemas particulares; dicho postura inicia con el programa de Marburgo, como lo señala Ferrajoli.²⁷ La criminología moderna conceptualizaba a la delincuencia como un problema social que se expresa en actos individuales, eran los síntomas de la criminalidad. Signos de sujetos mal adaptados o que carecieron de una sana socialización. En estos momentos de modernidad la criminología tuvo un fuerte acercamiento con la psicología, se centró en causas profundas, experiencias lejanas de infancia y en los conflictos psicológicos. Así se produjo una cuestión criminal con un objeto de estudio propio a lo que Zaffaroni llama paradigma etiológico.²⁸ El problema era el delincuente y este sujeto era un inadaptado; el tratamiento correccional, la solución.

La criminología siguió el curso de la modernidad y las formas de investigación cambiaron a lo largo del siglo; en un principio como se ha mencionado, fue la medicina y la psicología de la anormalidad las que abordaron el objeto de estudio, mientras que más adelante bajo una nueva explicación etiológica, se acercó la psicología social y la sociología.²⁹ El proceso de explicación a través de la privación social (privados de una

educación adecuada, o de socialización familiar, o las oportunidades de trabajo, o el tratamiento adecuado para sus problemas sociales y psicológicos) evolucionó en la privación relativa (la experiencia de sentir carencia por algo a lo que uno cree tener derecho); en todo caso, es visible que la criminología se mantuvo al margen del evento delictivo y de las oportunidades criminales.

La criminología moderna, fuera de la política y neutral ante los movimientos sociales, pudo combinar su experiencia científica para mimetizarse en las reformas liberales. Se podría expresar que la criminología supo navegar en una centroderecha política que le permitió la aceptación de los diversos posicionamientos de la izquierda no radical y de la derecha. Se puede decir que la posición conservadora de la criminología moderna fue representada en los discursos políticos de ciertos sabios morales, como jueces y magistrados, que mantenían una explicación de la delincuencia originada por una moral incipiente.³⁰

5. La criminología de la modernidad tardía

Como se habrá dado cuenta el lector, el mundo que habita la criminología hoy se encuentra lejos de las descripciones previamente mencionadas; no es el mismo el mundo que vio nacer a la criminología moderna ni persisten fuertemente las aspiraciones de orden y progreso. Los profundos cambios sociales, políticos y económicos de inicios de la década de los años setenta deshicieron las certezas de las teorías sociales y el progreso. De forma sintética, se puede decir que el mundo es más complejo y problemático. Tan problemáti-

²⁶ Véase David Garland (1999), *Castigo y sociedad moderna*, Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

²⁷ Véase Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio, Andrés Ibáñez (1995), *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.

²⁸ Raúl Eugenio Zaffaroni (2011), Buenos Aires: Ediar.

²⁹ *Ibídem*, p. 219.

³⁰ Wayne Morrison (1995), *Theoretical criminology*, Londres: Cavendish Pub, p. 110.

co que los teóricos no pueden ponerse de acuerdo con la caracterización de las formas de vida y el nuevo orden mundial. Por lo tanto existen una serie de conceptualizaciones de diversos autores como: *postmodernidad* de Jean Baudrillard, *modernidad tardía* de Anthony Giddens, *modernidad líquida* de Zygmunt Bauman, *sociedad del riesgo* de Ulrich Beck, *sociedad postindustrial* de Daniel Bell y Alain Touraine, *capitalismo de la posorganización* de Scott Lash, *hipermodernidad* de Gilles Lipovetsky entre otras descripciones. Todos estos términos complejizan la realidad, discuten sobre la periodicidad y la identificación de las transformaciones del mundo. Es por eso que los criminólogos tienen mucho que hacer en la construcción de la cuestión criminal bajo las conceptualizaciones de los tiempos actuales; muchos ya han iniciado una respuesta digna como respuesta intelectual a los recalcitrantes criminólogos modernistas.

Varios estudios criminológicos relativamente recientes dan cuenta de la complejidad de la nueva era mundial.³¹ Estos trabajos muestran o advierten los giros dramáticos que ha sufrido el mundo, la complejidad y peso que recae en la disciplina criminológica. Hay que tener en cuenta que los principios más afectados de la criminología moderna son su racionalidad instrumental y el tratamiento criminológico. Para comprender esto, la criminología crítica atiende a la modernidad tardía como el surgimiento cúspide de un cambio radical en el último tercio del siglo XX. Las criminologías que advierten esta evolución son atentas a la construcción social de la realidad, aceptan una confusión epistemológica por el uso de la razón científica, reconocen un pluralismo y la naturaleza controvertida de las normas,

así como examinan la vida cotidiana para comprender mejor la criminalidad. Los principios criminológicos que dieron nacimiento a la criminología crítica de la década de 1970 no podrían tener mayor validez hoy en día. Por lo tanto es necesario hacer una evaluación de los resultados de la criminología crítica para pronto emprender su oposición a los efectos neoliberales del sistema penal y las formas económicas de racionalizar el castigo.³²

La necesidad de desarrollar una criminología a pesar de la caída de los grandes relatos legítimadores³³ o del nihilismo posmoderno es remontar esfuerzos sobre el análisis de la transformación social en los sistemas penales cambiantes y el controvertido uso de la fuerza a través de los aparatos de justicia; éstos son temas de discusión inminentes puesto que han cambiado las formas de pensar y de actuar ante el delito. Independientemente de las conceptualizaciones señaladas, la modernidad tardía informa sobre una reconfiguración social, económica y cultural hecha por la congregación de diversos acontecimientos interrelacionados:

1. La transformación de la producción y el intercambio capitalista,
2. Los cambios de secularización de la familia y los hogares,
3. Cambios en la ecología social y la demografía,
4. El impacto de los medios masivos de comunicación, y

³¹ Wayne Morrison, Eugenio Zaffaroni, Ernesto Bernal (2012), *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona: Anthropos, pp. 54-55.

³² Emma Bell (2011), *Criminal justice and neoliberalism*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

³³ Jean-François Lyotard (1989), *La condición postmoderna*, Madrid: Cátedra, p. 31.

5. La democratización de la vida cultural

6. La democratización de la vida cultural³⁴

La transformación de la civilización tiene que ver con la reorganización de las clases sociales, y esto se logró cuando grupos poderosos obligaron a recesiones durante 1970 y 1980 a través de la imposición de una economía agresiva de libre mercado, que tenía entre sus fines la desaparición del Estado benefactor y la imposición de una cultura conservadora. Es innegable que la modernidad tardía trajo nuevas formas de consumo, libertades individuales y elecciones,³⁵ pero a su vez estos cambios estructurales modificaron el sentido de seguridad y delincuencia. Uno de las contradicciones esenciales que considero para el análisis criminológico de estos tiempos es reconocer las supuestas libertades de la vida cotidiana *versus* las supuestas restricciones estatales para la gobernanza, puesto que los problemas de control de la criminalidad posiblemente provengan de la permisividad amoral de las instituciones sociales.

Así, el panorama de la criminología actual muestra altos niveles de delincuencia y un sinfín de políticas criminológicas paliativas o contradictorias. Además, miles de jóvenes han crecido en períodos de hiperviolencia y grupos sociales consideran a esta violencia como una condición normal de la vida diaria. El temor al delito permea la existencia de la sociedad y la explotación afectiva a través de los medios de comunicación permiten la politización de las políticas de “securitiza-

ción”.³⁶ Por último podemos decir que el dominio gubernamental de la justicia penal está a merced de un mercado creciente de seguridad privada.

Sin duda, la modernidad tardía ha configurado en las mujeres y hombres una *consciencia psicológica del crimen* que obliga a una adaptación de rutinas defensivas, mientras que la exposición a altos niveles de miedo e incertidumbre resultan en un continuo de frustraciones. Estas adaptaciones al temor del delito configuran nuevas formas de defensa o de evitación del delito, que suelen ser respuestas hostiles. Parte de la población se vuelve más tolerante a la violencia percibida pero intolerante a la comprensión del delincuente. Y esta postura exige generar políticas para un mayor control de los delincuentes y sus castigos, sin importar la posible pérdida o invasión de derechos humanos. De forma casi natural, criminologías del control del delito emergen a esas voces, criminologías que refuerzan la incertidumbre, basadas en la elección racional, en la prevención situacional para concluir fríamente en la incapacitación o exclusión del *delincuente*.

7. Criminología contemporánea y cultura

Concebir la cuestión criminal sin la cultura es caminar a ciegas. La complejidad cultural y las múltiples bifurcaciones de las imágenes de la violencia y el miedo saturan la vida social de las sociedades. Tratar de monopolizar o sistematizar las formas de analizar esas cuestiones es casi imposible, es por eso que la academia criminológica congruente ha sido flexible con la cuestión criminal y rompe sus barreras para discutir a profundidad este fenómeno. El problema central de investigación a

³⁴ David Garland (1991), *Governmentality and the problem of crime*, Foucault, Criminology, Sociology, Theoretical Criminology, pp. 173-214.

³⁵ Véase Gilles Lipovetsky (2010), *La era del vacío*, Barcelona: Anagrama.

³⁶ Wilhelm Heitmeyer (2011), *Control of violence*, Nueva York: Springer, p. 168.

través de los métodos culturales tiene una serie de aristas como el feminismo, urbanismo, ecología (criminología verde), arquitectura, cine, política, análisis de riesgos, entre otras, que permiten comprender la cultura política de la sociedad.

En el contexto de la modernidad tardía, el criminólogo tiene opciones estratégicas en el mercado laboral; puede ser en sí mismo una especie de obrero, especialista en debates del populismo punitivo o como fuente de datos para debates más amplios como la defensa de la criminología mediática;³⁷ este papel con frecuencia se le asigna a los *ideólogos jerarcas del saber* o a académicos cómodos. Un segundo criminólogo puede tener un fuerte compromiso con la discusión actual, centrando su discurso en la cuestión social y cultural de la delincuencia. El conocimiento criminológico actual requiere la comprensión y el entendimiento cercano a los estudios críticos, con nuevas respuestas institucionales, puesto que muchas instituciones se resisten al esclarecimiento de la cuestión criminal. A pesar de las adversidades ideológicas y políticas que se presentan al criminólogo consciente, los circuitos de comunicación académica nunca habían sido tan extensos y contiguos a la organización cultural y social de las comunidades, lo que permite intervenciones de mayor precisión y claridad en la expresión de los conocimientos académicos.

Estas cuatro décadas posteriores a la aparición de la modernidad tardía significan repensar la criminología en contextos diferentes. Durante mucho tiempo la criminología sufrió de prisiónización, ya que se localizaba bajo las paredes de las instituciones de la justicia penal de Estado. A medida que avanza la criminología se crean

nuevos lugares epistemológicos donde el marco institucional se vuelve objeto de estudio. Por ello es claro que el resurgimiento de la policía privada y la comercialización de la seguridad permite nuevas formas de conocimiento acerca de la delincuencia y la victimización que tienen que ser examinadas. Los procesos secundarios de victimización, frecuentes en la modernidad tardía, obligan a rediseñar los temas en criminología.

Bajo su responsabilidad académica, la criminología ha generado las oportunidades de participar en los debates públicos sobre la cuestión criminal que aqueja nuestros tiempos. Aquel criminólogo que intente entrar al *campo de batalla* deberá comprender los términos en los que se discuten; asistir a ellos bajo una crítica ingenua será legitimar las nuevas formas de criminalización. Por ello los criminólogos deben desarrollar una autoconsciencia sobre los principios que rigen estos tiempos y conocer a profundidad la situación social, pues la cultura política definirá el destino de la criminología. Es un camino que está por decidirse.

8. A modo de conclusión

Sería críptico esperar que los conocimientos criminológicos futuros fueran uniformes. Se espera entonces que los criminólogos que estudian bajo la mirada de la modernidad tardía, entreguen estudios criminológicos de diversas texturas y una variada complejidad, pues los contextos contemporáneos de la violencia no pueden tener un fácil consenso o una agenda compartida. Es admirable reconocer que un grupo de estudiantes ha dejado los campos tradicionales de estudio; la sociología del castigo y las empresas criminales se vuelven temas de interés. Sólo queda invertir los intereses de la criminología mediática para adherirse

³⁷ Véase Raúl Eugenio Zaffaroni (2011), *La cuestión criminal*. C.A.B.A., Buenos Aires: Planeta.

a nuevos horizontes criminológicos. Del mismo modo, es digno reconocer que los trabajadores y académicos que habitan el sistema penal se saben presa de obsoletos términos tradicionales y están a la espera de innovaciones tecnológicas, políticas u organizacionales que impactarán en las formas de control del delito.

Tal vez para una criminología contemporánea se requieran recursos intelectuales con compromiso en la teoría social; en ese sentido se debe continuar con el viaje de la reflexión teórica y la investigación empírica, entre criminología y teoría social hacia la explicación de la cuestión criminal.

Bibliografía

- Adams, M. (2009), *A Delinquent Discipline: The Rise and Fall of Criminology*, *Acad. Quest.*, 22(4), 491-503. doi:10.1007/s12129-009-9133-7.
- Ahmed, S. (2014), Constitutive Criminology and the 'War on Terror'. *Critical Criminology*, 22(3), 357-371. doi:10.1007/s10612-014-9235-6.
- Barak, G. (2009), *Criminology*, Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers.
- Bauman, Z., (2001), *La globalización*, México: Fondo de Cultura Económica.
- _____, (2011), *Daños colaterales*, Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. y Lyon, D. (2013), *Vigilancia líquida*, Barcelona: Paidós.
- Bauman, Z., Rosenberg, M., y Arrambide, J. (2007), *Vida de consumo*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Carrington, K., y Hogg, R. (2002), *Critical criminology*, Cu- llompton, Devon, Reini Unido: Willan Pub.
- DeKeseredy, W. (2011), *Contemporary critical criminology*, Nueva York: Routledge.
- Elbert, C. (2004), Rebuilding Utopia? Critical criminology and the difficult road of reconstruction in Latin Ameri- ca, *Crime, Law and Social Change*, 41(4). doi:10.1023/b:- cris.0000025768.98914.d5
- _____, (2012), *Criminología, ciencia y cambio social*, Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Ferrajoli, L., Bobbio, N., y Andrés Ibáñez, P. (1995), *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.
- Ferrell, J., Hayward, K., y Young, J. (2008), *Cultural criminology*, Los Angeles: SAGE.
- Freilich, J., y LaFree, G. (2014), Criminology Theory and Terrorism: Introduction to the Special Issue, *Terrorism and Political Violence*, 27(1). doi: 10.1080/09546553.2014.959405.
- Garland, D. (1999), *Castigo y sociedad moderna*, Madrid: Si- glo Veintiuno Editores.
- _____, (1997), 'Governmentality' and the Problem of Crime, Foucault, Criminology, Sociology. *Theoretical Criminology*, 1(2). doi:10.1177/1362480697001002002.
- Garland, D., y Sozzo, M. (2005), *La cultura del control*, Bar- celona: Gedisa.
- Garland, D., e Iturralde, M. (2007), *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, Bogotá: Siglo del Hombre.
- Giddens, A., Beriain, J., y Sánchez Capdequí, C. (1996), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona: Anthropos.
- Hannah-Moffat, K. (2013), Actuarial Sentencing: an "Unsettled" Proposition, *Justice Quarterly*, 30(2). doi:10.1080/ 07418825.2012.682603.
- Harcourt, B. (2003), The Shaping of Chance: Actuarial Models and Criminal Profiling at the Turn of the Twenty-First Century. *The University Of Chicago Law Review*, 70(1). doi:10.2307/1600548.
- Heitmeyer, W. (2011), *Control of violence*, Nueva York: Springer.
- Lipovetsky, G. (2010), *La era del vacío*, Barcelona: Anagra- ma.
- Lyotard, J. (1989), *La condición postmoderna*, Madrid: Cá- tedra.
- Matthews, R. (2014), *Realist criminology*, Inglaterra: Pal- grave Macmillan.
- Morrison, W. (1995), *Theoretical criminology*, Londres: Ca- vendish Pub.

- Morrison, W., Zaffaroni, E., y Bernal, C. (2012), *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona: Anthropos.
- Pavarini, M. (1994), Nuevos modelos explicativos en criminología. La visión de la criminología crítica. México: *IterCriminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 3.
- Pitch, T. (1995), *Limited responsibilities*, Londres: Routledge.
- Radzinowicz, L. (2002), *Adventures in criminology*, Londres: Routledge.
- Ruggiero, V., South, N., y Taylor, I. (1998), *The new European criminology*, Londres: Routledge.
- Sennett, R. (2011), *El declive del hombre público*, Barcelona: Anagrama.
- Sutherland, E., y Cressey, D. (1966), *Principles of criminology*, Filadelfia: Lippincott.
- Walklate, S. (2007), *Understanding criminology*, Maidenhead: McGraw-Hill/Open University Press.
- Zaffaroni, E. (2005), *En torno de la cuestión penal*, Montevideo: B de F.
- _____, (2011), *La palabra de los muertos*, Buenos Aires: Ediar.
- _____, (2013), *La emergencia del miedo*, Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zaffaroni, E., y Rep. (2011). *La cuestión criminal*, Buenos Aires: Planeta.



**Las instituciones de
procuración de justicia
desde la perspectiva de
los servidores públicos.
Estudio de caso de una
perito de la Procuraduría
General de la República**

Corina Giacomello
Instituto Nacional de Ciencias Penales



Resumen

Las instancias de procuración de justicia no cuentan con la aprobación de la sociedad mexicana. De hecho, son consideradas de las más corruptas y menos eficaces del sector público. La desconfianza subyace la cifra negra de los delitos, es decir, el número de delito no denunciados y, con ello, la impunidad. Diver-

sas contribuciones académicas buscan entender por qué la procuración de justicia funciona como funciona desde la perspectiva de quiénes reciben el servicio, es decir, presuntos culpables y víctimas del delito. En este artículo, en cambio, se propone una mirada novedosa, a saber, la relación de la máxima instancia de procuración de justicia, la Procuraduría General de la República, a partir de entrevistas con servidores y servidoras públicas operativas: policías, agentes del ministerio público y peritos. Recurro a una entrevista central con Mónica, una perito, como eje para analizar las temáticas principales y las demás entrevistas. Nos encontramos con una institución que no respeta y no reconoce a su personal e impone condiciones de trabajo marcadas por relaciones nepotistas, el autoritarismo y la ceguera de género.

Palabras clave: Procuraduría General de la República, servidores públicos, procuración de justicia, cosificación, motivación, permanencia, perspectiva de género.

Abstract

Mexican society does not trust attorney offices. Actually they are considered among the most corrupt and least effective public institutions. Lack of trust underlies the number of unreported crimes and, with them, impunity. Several academic contributions attempt to explain why the prosecution of crimes works the way it does from the perspective of the people who receive the service, that is, people accused of a crime and those who are victims of one.

In this article, instead, I propose a new perspective, that is, an analysis of the Attorney General Office from the perspective of public officers that

work in operative functions: forensics, police and prosecutors. I use an interview with Monica, a forensic, as the central axis of analysis of the other interviews and the main topics. We encounter an institution which does not respect nor recognize its staff and that imposes working conditions characterized by nepotism, authoritarianism and gender blindness.

Key words: Attorney General, public officers, motivation, permanence, gender perspective.

Introducción

Mónica era una mujer de unos escasos treinta años cuando la conocí, en julio de 2014, en la Coordinación de Servicios Periciales de la Procuraduría General de la República (PGR o la Procuraduría, de aquí en adelante). Perito criminalista. Morena. Madre soltera. Servidora pública. *Sobreviviente*.

Mónica representa un México invisible y desprestigiado: el de las y los servidores públicos que arriesgan su vida tratando de “procurar justicia”.

Procurar implica esforzarse para obtener algo, y también significa lograrlo. Este doble sentido de tensión hacia una meta y coronamiento de la misma, refleja fielmente el trabajo de las llamadas instancias de procuración de justicia: las policías de investigación, los y las agentes del Ministerio Público y las dependencias de servicios periciales. A través de actividades de inteligencia, mediante la recopilación y análisis de indicios, por medio de la realización de pesquisas, diligencias, cateos, intervenciones, interrogatorios y numerosos otros actos de investigación, los representantes de las instancias de procuración tratan, o justamente, procuran procurar

justicia. El término clave es: consignar. Dicho de otra manera: conseguir la apertura de un proceso penal en contra de una persona y presentar suficientes elementos de prueba para que un juez imponga una sentencia condenatoria.

Ahora bien, esta renovación diaria de la tensión-logro que implica la procuración de justicia involucra maquinarias burocráticas y operativas: las procuradurías. Aparatos del Estado que no están pasando por su mejor momento: la ciudadanía no confía en su labor. La cifra negra de los delitos —es decir el número de delitos que no se denuncian— ha ido en aumento en los últimos diez años. De acuerdo con el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI), la cifra negra fue de 80% en 2004, 87% en 2007 y 85% en 2008 y 2009.¹ La Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) muestra que en 2010 la cifra ascendió a 92%. En 2013 (últimos datos disponibles) era de 93.8%.² Las razones por las cuales las personas deciden no denunciar es porque consideran la denuncia ante las instancias de procuración de justicia como una pérdida de tiempo y por desconfianza en la autoridad.³

Los datos de la encuesta del INEGI antes mencionada muestra que los ministerios públicos y procuradurías ocupan el lugar 7 de 10 (donde 10 es el más bajo) en una lista de percepción ciudadana sobre la efectividad de las autoridades. En

cambio, ocupan el tercer lugar en la lista de autoridades consideradas más corruptas. Por decirlo simple y llanamente: las y los mexicanos consideran que las procuradurías son de las instituciones menos efectivas y más corruptas.

Volvamos a Mónica.

1.1. VENTE DE ESTE LADO Y VE

Siento que la mayoría de las personas se dejan llevar por lo que dicen los demás y no se adentran un poco... dicen “PGR es esto y el otro” y se van con esa idea, pero realmente no les preguntan a las personas que trabajamos aquí qué es lo que pasamos, qué es lo que sufrimos, qué es lo que nos hace falta. A veces el perito no come, no duerme y solamente se dedica a trabajar. Y las personas no se preguntan por qué, solamente es de pegarle (a la institución), de decir “trabajan mal” ¡ajá! pero vente de este lado y ve.

Yo no digo que no haya personas malas pero también hay personas buenas que están comprometidas con la institución, que están comprometidas con la comunidad y con México, porque esto es ponerse la camiseta, como dirían algunos.

Este es un extracto de la entrevista que tuve con Mónica, en el cual nos invita a ir más allá de la percepción común acerca de PGR y asomarnos a ver el día a día de la vida de su personal. Ese era justamente el marco dentro del cual se dio la entrevista: la búsqueda del rostro humano del funcionario o funcionaria, las historias de vida que están sentadas atrás de un escritorio, de una bata o de un chaleco antibalas.

A mediados de 2014 fui invitada por un servidor público del área de Formación Profesional de PGR a proponer un proyecto a la Subprocuradu-

¹ México Evalúa (2012), “Seguridad y justicia penal en los estados: 25 indicadores de nuestra debilidad institucional”, disponible en www.mexicoevaluea.org.

² INEGI (2014), “Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción de Seguridad Pública (ENVIPE) 2014”, disponible en www.inegi.org.mx.

³ Giacomello, C, *Un pie en la cárcel y otro en el panteón. Testimonios de agentes del ministerio público, policías y peritos de la Procuraduría General de la República (en imprenta)*.

CUADRO 1.1. DISTRIBUCIÓN DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS EN LAS DIFERENTES ÁREAS

<i>Subprocuraduría/Coordinación/Delegación</i>	<i>Número de entrevistas</i>
Subprocuraduría de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad (SDHPDSC)	11
Subprocuraduría de Investigaciones Especiales en Delitos Federales (SEIDEF)	4
Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada (SEIDO)	5
Subprocuraduría de Control Regional, Procedimientos Penales y Amparos (SCRAPA)	3
Coordinación de Servicios Periciales	7
Agencia de Investigación Criminal	1
Delegación Durango	4
Delegación Yucatán	4
Delegación Zacatecas	4
Delegación Puebla	4
Total	47

ría de Asuntos Jurídicos e Internacionales que estuviese orientado a mostrar el perfil personal y “humano” de servidores públicos operativas de la PGR. El trabajo tenía que contribuir a los esfuerzos de profesionalización de la PGR y, específicamente, a resaltar el sentido de identidad de los agentes del Ministerio Público, policías y peritos con la institución.

Presenté una propuesta que contenía distintos productos, entre ellos la elaboración de una investigación para publicación basada en las historias de vida. El proyecto fue aceptado

y comenzó el trabajo de campo. Entre finales de junio y mediados de octubre de 2014 realicé 47 entrevistas con funcionarios y funcionarias operativas de PGR, divididas en cuatro Subprocuradurías, la Coordinación de Servicios Periciales y cuatro Delegaciones Estatales. Siempre estuve acompañada por un funcionario y académico de PGR adscrito a Formación Profesional. De hecho él realizó las entrevistas en Mérida y Durango.

En la siguiente figura (Cuadro 1.1) se muestra cómo estuvieron repartidas las entrevistas.

El contenido de las entrevistas versan sobre tres bloques principales de preguntas, flexibles de acuerdo a cada situación individual: i) modalidad de ingreso a PGR y puestos ocupados en la institución, así como los ciclos de contratación y despido; ii) motivaciones extrínsecas e intrínsecas para laborar en la institución; y iii) situaciones de riesgo vividas en el desempeño de su trabajo.

La mayoría de las personas entrevistadas eran agentes del Ministerio Público. También entrevisté a peritos, un subprocurador, varios titulares de unidad y algunos policías. Estos últimos, sin embargo, están sub-representados, no por decisión mía sino porque hubo impedimentos para ello por parte de personas que laboraban en la Policía Federal Ministerial.

El análisis del material recopilado y los hallazgos de la investigación están plasmados en un libro de mi autoría titulado *Un pie en la cárcel y otro en el panteón. Testimonios de agentes del Ministerio Público, policías y peritos de la Procuraduría General de la República*,⁴ en proceso de publicación por Inacipe y Tirant lo Blanch.

En este artículo me voy a referir únicamente a Mónica, como estudio de caso, cuyo análisis nos va a remitir a tendencias encontradas también en otros, sin perder la unicidad de su historia.

1.2. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ?

¿Qué pretende aportar un estudio de la procuración de justicia a partir del análisis de la voz y de las experiencias de sus integrantes operativos? Hay un aspecto vinculado al proyecto original que tiene que ver con valorar y visibilizar

la historia de vida, los valores, las motivaciones extrínsecas e intrínsecas de los informantes. Esto tiene fines inmediatos, es decir, dar voz y protagonismo a las personas entrevistadas. Este componente de valoración fue importante para las y los entrevistados, a quienes rara vez, si es que nunca, en sus dos, cinco, diez o hasta treinta años de trabajo en PGR les habían preguntado sobre quiénes son, qué piensan, qué les preocupa y qué les mueve de su trabajo. Pero el estudio de la máxima institución del país en procuración de justicia *desde adentro* también permite dilucidar cuáles son los principales problemas institucionales en términos de funcionamiento interno y cotidiano de la maquinaria burocrática y cómo éstos afectan directamente: a) el desempeño de las y los servidores públicos, y b) los efectos del mismo sobre la procuración de justicia.

Mi estudio se suma a otros de la misma naturaleza y los complementa. Uno de ellos, *El Ministerio Público desde adentro. Rutinas y métodos de trabajo en las agencias del MP*, de Ana Laura Magaloni,⁵ académica del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), está basado en la observación realizada en agencias del Ministerio Público del Distrito Federal y del Estado de México. La autora afirma que para conocer cómo opera la persecución penal en México hay que saber de qué está hecha la institución y cómo funciona *desde adentro*. El trabajo etnográfico permite ver cuál es el trato real que las y los funcionarios, en este caso los “MP”, dan al ciudadano, llámeselo víctima o detenido. Aun así, la autora no logra lo que se propone: ver cómo funciona la institución *desde adentro*. Más bien nos describe cómo funcionan las instancias de procuración de

⁴ Op. cit.

⁵ Magaloni, A. L. (2009), “El Ministerio Público desde adentro. Rutinas y métodos de trabajo en las agencias del MP”, disponible en www.cide.edu.

justicia desde la perspectiva de una observadora externa enfocada en las y los receptores, a saber, los presuntos delincuentes y las víctimas de un delito. Además arriba a unas conclusiones muy generalizadas e incluso poco confiables: nos presenta a las y los servidores públicos como un ente homogéneo compuesto por personas que persiguen única y universalmente la perpetración de la impunidad.

Otro análisis detallado basado en la observación en agencias es el de Catalina Pérez Correa, también investigadora del CIDE. En el artículo “*Front Desk Justice: Inside and Outside Criminal Justice in Mexico*”⁶ muestra los resultados de una investigación realizada también en instancias de procuración local, específicamente dos agencias del Ministerio Público de la Delegación Miguel Hidalgo, en el Distrito Federal. La autora nos presenta un panorama que podemos resumir así: funcionarios mal preparados que operan bajo un sistema hecho de inercias. A esto se añade la falta de transparencia —que permite la perpetuación de malos tratos y tortura en contra de los detenidos—, un trato a menudo altisonante hacia las y los denunciantes, infraestructura pobre y en mal estado y falta de equipo e infraestructura para realizar tareas de investigación. La autora concluye con una metáfora ilustradora, comparando los muebles rotos y oxidados de las agencias del Ministerio Público con el código moral y la forma de operar de los funcionarios. Éstos aparecen como objeto de estudio inmersos en sus funciones: burócratas de la maquinaria operando bajo los engranajes de la misma para prestar un servicio a los denunciantes. Es decir, la procuración de justicia desde el punto de vista de los servicios que presta.

⁶ Pérez Correa, C. (2008), “Front Desk Justice: Inside and Outside Criminal Justice in Mexico”, disponible en www.bibliojuridicas.unam.mx.

A diferencia de los trabajos anteriores, mi trabajo entiende la cotidaneidad de la procuración de justicia desde la óptica de quien la actúa y no de quien la recibe u observa desde afuera. Las y los servidores públicos son sujetos y no objeto de conocimiento, y sus narrativas son el lente a través del cual se conoce la maquinaria, es decir, la PGR.

Una obra sin duda cercana a la mía en cuanto a la búsqueda de “la persona atrás del burócrata” es el libro de Cristina Bagné *Estado de Derecho y Ministerio Público en México*.⁷ La autora construye su trabajo a partir de catorce entrevistas con agentes del Ministerio Público, locales y federales, y ocho entrevistas con especialistas en la materia. También analiza la evolución histórica de la figura del ministerio público, las reformas en materia de justicia y otros temas afines. Con respecto a las entrevistas existen muchas coincidencias entre los testimonios del libro de Bagné y mi investigación. También ahí se trata de mostrar la cara más humana de los agentes de procuración de justicia. Sin embargo, los testimonios son un componente más entre otros que procuran un análisis amplio, que toca numerosos temas.

En mi proyecto los testimonios son centrales y fungen como materia prima del estudio. A diferencia de lo que ocurre en el trabajo de Bagné, no uso las entrevistas como fuente de opinión sino como recursos discursivos para el análisis. PGR es abordada desde las experiencias y las narrativas de sus funcionarios y funcionarias. A su vez, me aproximo a la procuración de justicia, a diferencia de los textos mencionados, no desde los procedimientos sino desde la relación institución-funcionarios.

⁷ Bagné, C. (2014), *Estado de Derecho y Ministerio Público en México*, Ciudad de México: Inacipe, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Los resultados de investigaciones basadas en el “componente humano” y no en uno meramente neutral, generalizado, despersonalizado del “burocrata” dan la oportunidad de identificar áreas de oportunidad o de mejora en la institución. Por un lado entonces, ofrecen una interpretación de por qué la procuración de justicia funciona en la forma en que la conocemos. Por otra parte, sientan las bases para la elaboración de políticas de fortalecimiento institucional a partir del recurso humano y de algunas áreas clave: selección del personal, ingreso, permanencia, ascenso, motivación, reconocimiento, respeto a la dignidad del personal y de su integridad física, emocional, psicológica y familiar. Subrayan además la necesidad de introducir la perspectiva de género de manera seria y urgente.

El caso de Mónica es el trampolín para mostrar, en el análisis comparado con las demás entrevistas, cómo en PGR —al igual que en otras instituciones del sector público mexicano, si no es que en todas— prevalecen el amiguismo, el nepotismo y la informalidad. Pero también nos muestra esa otra parte de la procuración de justicia que nunca sale a la luz: los riesgos, el compromiso, la emoción y el amor por el trabajo.

En la siguiente sección presento en forma narrativa y secuencial el contenido de la entrevista con Mónica. En los apartados sucesivos analizo el caso de Mónica en comparación con los hallazgos generales de la investigación de cual deriva este artículo, en aras de visibilizar similitudes, diferencias y tendencias.

2. Mónica

Antes de empezar quisiera mencionar por qué nos entrevistamos con Mónica. En junio de 2014,

el funcionario de PGR que me acompañó a lo largo de la investigación de campo, junto con una servidora, realizamos una serie de reuniones preparatorias en algunas áreas estratégicas de esta institución, entre ellas la Coordinación de Servicios Periciales. En esa ocasión, la directora de la dependencia nos platicó el caso de una joven perito que casi perdió la vida en medio de una balacera perpetrada por integrantes de “Los Zetas” en contra de personal operativo de la PGR en el estado de Michoacán. Bajo el fuego incesante, Mónica logró enviar, por medio de su celular, las coordenadas del lugar donde se encontraban, permitiendo así que se activara un operativo de rescate. Su lucidez salvó la vida de todo el equipo.

Nos interesaba conocer a esa joven, a quien imaginábamos vestida como Valquiria. La Directora de Periciales instruyó que Mónica viajara del estado en el cual se encuentra actualmente destacada, y al que me referiré como F****, para reunirse con nosotros.

Mónica es joven, de tez morena y el pelo pintado con tonos rojizos. Es tímida, silenciosa, casi sorprendida de que su dicho sea de interés y forme parte de un esfuerzo académico dirigido a sus pares, a la sociedad en general y a los niveles de autoridad más altos de la Procuraduría. Ella se encuentra allí, en ese salón enorme de las relucientes instalaciones de Periciales, porque su jefa, conocida como “La Química”, se lo pidió. Para qué y por qué, quién sabe.

Fue suficiente con diez minutos de charla de contexto para que el titubeo inicial fuera reemplazado por lágrimas calladas y prudentes, por la conciencia de tener algo que decir y por la incertidumbre sobre qué tanto hablar. Poco a poco, con el progresar de los minutos y de las preguntas, el

hielo se fue, si no rompiendo, derritiendo. El testimonio de Mónica es, en mi opinión, un destilado de lo que significa trabajar en la PGR, aunque no necesariamente represente todos y cada uno de los casos.

2.1. ESTUDIOS E INGRESO

Mónica trabaja en Servicios Periciales desde 2009. Tiene 33 años, es madre soltera y tiene un hijo de alrededor de 4 años.⁸ Es egresada de la licenciatura en Criminalística. Realizó sus prácticas en la delegación de la PGR de I****. Cuando salió la convocatoria para la plaza de perito participó, realizó los exámenes y fue aceptada. Para Mónica siempre estuvo claro que quería ser perito, especialmente le llamaba la atención trabajar sobre cuerpos.

Siempre desde que estudié mi lineamiento fue ese, ser perito, ya sea del poder del distrito o en PGR.

Además de la pasión por su carrera y la investigación, Mónica optó por buscar trabajo en la PGR y mudarse al Distrito Federal también por una razón económica. Como nos señalan otros peritos, la institución garantiza un salario digno y estabilidad laboral. ¿Cuáles eran las necesidades económicas de Mónica? ¿Qué sacrificó para satisfacerlas?

*Tengo un niño de cuatro años, bueno tres años y medio. Cuando estaba aquí (trabajando en el Distrito Federal) él estaba en I**** con mi mamá.*

Fue muy difícil venirme, de hecho después de mi incapacidad yo me lo quería traer al Distrito pero mis papás me decían: “¿Cómo te lo vas a llevar? Sabemos a qué hora entras pero no sabemos a qué hora sales”. Yo les decía: “Lo

voy a meter a la guardería, lo cuidan de 9:00 a 3:00 de la tarde” y me decían: “Ajá... si a veces te vas y dices —Regreso hoy— y luego —¿Qué creen? No regreso hoy, regreso mañana—, ¿quién va a ir por él?”.

Entonces se quedó con mis papás y me lo traían entre semana. Mi papá viene muy seguido entonces me lo traía, o a veces venían pero yo me tenía que ir de comisión. Si podían se quedaban, si no se daban la vuelta y se iban.

Creo que fue difícil también para él. A veces llegaba yo a la casa de mis papás y no me hacía caso y esa parte me dolía más porque veía que con algunos de mis parientes se iba y estaba bien, o prefería que ellos le dieran el biberón y conmigo no, entonces sí era... el remordimiento.

Mónica es madre soltera y se hace cargo de su hijo. Sin embargo, el papá del niño se otorgaba el derecho de reprocharla y amenazarla:

Con su papá... con él no se dieron las cosas, y me decía: “Te lo voy a quitar porque tú no estás con él”. Esa parte fue un poco más... pesada.

A la pregunta de cómo logró superar esa situación y permanecer en su trabajo contestó:

*Mi mamá es la que ha tenido mucho que ver, porque me ha dado ánimos y siempre me ha dicho: “Mira Mónica, si tú crees que ya no puedes estar allí (en el Distrito Federal) y ya te quieras estar aquí (en I****), pues le echamos ganas, vemos cómo le hacemos”.*

Mi mamá no se podía venir conmigo porque tengo a otra hermana más chica y está estudiando la universidad ahorita y dice “No la puedo dejar tampoco a ella. Decide lo que creas conveniente”.

Y sí, decidí estar aquí, y dejar allá a mi niño. Más que nada fue por él porque, pues le tengo que dar una buena vida, tengo que sacarlo adelante.

⁸ Datos correspondientes a julio de 2014.

2.2. "LA VIDA DEL PERITO"

Es algo emocionante, bueno a mí me gustaba ir del tingo al tango, de un lado para el otro y ya lo sabes, así es el trabajo y si tú lo decidiste pues adelante.

Conoces muchas partes. Creo que he viajado prácticamente a toda la República. De toda la parte del Norte lo único que me faltó fue Baja California Sur, Chihuahua; creo que al Sur solamente me faltó Tabasco, Campeche y nada más.

A lo mejor no es de que llegas y te vas a pasear pero conoces su clima, su gente, su comida porque, pues sí... tenemos que comer.

Hay veces que tenemos que ir a algunos lugares y nos dice el MP: "Allí no hay nada" entonces vamos a la tienda y compramos... casi siempre "la comida del perito" es la coca, agua, chicharrines, cosas así, para ir haciendo ruido.

En la mochila, a "Crim" y a "Foto" nunca le falta una bolsita de atún, que es lo más práctico. A veces sí se puede ir a comer, a veces no, nada más es lo que encontramos en la tienda o lo que lleve algún otro compañero de su "lunch" y que nos convide un pedacito a cada quien.

Aquí (en las instalaciones centrales de Servicios Periciales) teníamos una muda para cuando saliéramos a trabajar porque te pueden decir: "Ya los necesitamos listos para salir en cinco minutos, preparen sus cosas". A veces nos dicen "La comisión es de un día" y se alarga la comisión un día, dos o más.

Nada más nos llevamos una muda, así por lo menos tenemos un día. Y si no, tenemos que comprar; si se puede, o si no lavarlo en el cuarto, dejarlo tendido y al otro día ya está.

Porque hay comisiones en las que a veces se trabaja todo el día y toda la noche...

La estancia más larga que me ha tocado fue de quince días. Pero depende de la investigación, del MP. Las estancias de quince días son porque, por ejemplo, hay lugares que son muy distantes. Me tocó ir a la sierra en el estado de Chiapas y las distancias son considerables. Nos levantábamos a las seis de la mañana y nos íbamos y trabajábamos, teníamos que regresar porque la neblina bajaba muy pronto, y en eso se nos iba un día.

En el estado de Michoacán me tocó otra, igual había que estar al pendiente de todo lo que saliera, por eso fue una estancia de quince días y creo que no fui la única, hubo un rol para todo eso y fuimos muchísimos los que estuvimos hasta por quince días debido a las situaciones que ha tenido Michoacán.

Allí estábamos en una base militar, teníamos que estar "en uno", teníamos que estar al pendiente por cualquier cosa que pudiera salir.

Hasta que algo salió.

2.3. EL ASUNTO DE MICHOACÁN

En esa ocasión fuimos a una diligencia, fue un viernes, nos habíamos ido desde el jueves en la tarde, llegamos allá (a Michoacán) como a las ocho y media de la noche. Hablamos al MP y nos dijo: "Hospédense porque vamos a trabajar hasta mañana". Nos hospedamos. El viernes nos quedó de ver en el hotel donde él se había hospedado. Fuimos, se pusieron de acuerdo, allí estuvimos un buen rato hasta que nos dijo: "Estén preparados porque ya nos vamos a ir". Nos dividió en dos equipos porque en esa ocasión íbamos dos "Crimis", dos peritos de foto y uno de hechos de tránsito y creo que nada más, no me acuerdo qué otras especialidades iban, creo que nada más eran ésas. Pues nos dividimos. A mí nada más me tocó ir con una compañera de foto y al otro equipo se fue foto, "Crimi" y hechos de tránsito.

Nos llevaron a puntos diferentes, a mí me tocó en el municipio de La Piedad. Nos fuimos y nos dijeron: “Nos vamos a esperar porque tenemos que tomarlos en flagrancia”. Nos esperamos, estuvimos allí muchísimo tiempo, intervenimos hasta en la tarde como a las 3:00 - 4:00 de la tarde de más o menos.

Llegamos al lugar, era una zona despoblada, una zona abierta, lo único que había era un cuartito como de dos piezas. Pura terracería y campos de cultivo. Lo único que pasaba por allí eran unas vías de tren.

El MP nos dijo: “Ahora nos tenemos que esperar porque es una toma clandestina (de hidrocarburos, N.D.A.), tenemos que esperar al personal de PEMEX porque ellos son los que nos van a apoyar”.

Era un lugar muy alejado de la población, la carretera estaba como a unos tres o cinco kilómetros, no recuerdo muy bien.

Nos tardamos muchísimo esperando que llegara el personal de PEMEX.

Mi compañera Carla y yo nos subimos a la camioneta porque no había nada en donde taparse, el calor allí estaba horrible. Nos subimos a la camioneta y allí estuvimos, no sé cuánto tiempo pasó... y de repente.... yo escuché como cohetes o algo así y mi compañera me dice “Moni, nos están balanceando”, le dije “No, son cohetes” “Sí, Moni, agáchate... ¡Mira!”. La camioneta estaba un poquito sesgada hacia el camino de terracería... el camino solamente era una brecha, solamente pasaba un coche, no podían pasar más...

El camino estaba obstruido por las camionetas de los delincuentes, integrantes de Los Zetas, quienes estaban disparando desde esa posición. La camioneta en la que se encontraba Mónica no estaba blindada.

Estábamos muy, muy nerviosas... ella también... mi compañera Carla no tenía mucho de que había regresado de su incapacidad porque también tenía una bebé, era ape-

nas dos meses más grande que mi niño, yo también tenía poco que había regresado de mi incapacidad. Entonces pues sí estaba así de: “Moni, mi niña, iqué le va a pasar!”

Fue algo muy rápido... cuando empezamos a escuchar el tiroteo nos agachamos y ella dijo: “Ya nos dejaron, ya no hay nadie”... minutos antes los habíamos visto que estaban todos allí pero ya no veíamos a nadie.

De por sí íbamos muy pocos. Iba el MP, secretarios, de peritos éramos apenas ella y yo y policías eran muy pocos, si acaso doce o quince en total, no éramos muchos.

Entonces me dice: “No hay nadie” y yo volteo y efectivamente no había nadie. Fue más angustiante... pensamos: “Ya se fueron, nos dejaron y ¿nosotras qué vamos a hacer?” Y así estuvo un rato, ella llorando y yo también. Ella decía: “Mi hija, no la puedo dejar así” y a mí también se me vino a la mente mi bebé. Dije: “No, no puede ser, tenemos que hacer algo”. “Y si le hablamos a los jefes?” “No Carla espérate, tenemos que salir de aquí”. Te pasan muchas cosas en la cabeza. “Tenemos que salir de aquí porque tenemos que ver a nuestros niños, no sé cómo”.

Y pasó el tren. Entonces... así sea de que nos vayamos corriendo... no sé... te imaginas tantas cosas. Después se calmó un poco la balacera... nosotras sólo escuchábamos los balazos. Había un vehículo en frente, como no sé... a diez metros más o menos... ocho, no sé.... uno que estaba sobre la misma brecha y atrás había otros dos vehículos. Y había personas que yo veía que trían chalecos.

Después de pasar por la angustia de pensar que las habían dejado solas, vieron que en realidad sus compañeros de diligencia habían estado respondiendo al fuego.

Después vimos que se tranquilizó un poco y vimos a tres AFI⁹ que pasaban heridos, uno estaba sangrando.

⁹ Integrantes de la desaparecida Agencia Federal de Investigación, sustituida en 2012 por la actual Policía Federal Ministerial.

Carla y yo marcamos para acá (la Coordinación de Servicios Periciales), hablamos con nuestros jefes, les dijimos que estábamos en La Piedad, que no sabíamos exactamente en dónde, lo único que yo tenía eran las coordenadas porque no podía referenciarlo con nada más, ni con las vías, no sabíamos ni el kilómetro de las vías, nada, solo puras coordenadas, entonces hablando con mi jefe me decía: “¿Dónde están?” “No sé, lo único que tengo son las coordenadas”. Saqué las coordenadas con mi teléfono. Me dijo “mándamelas” y ya se las mandé. Me preguntó “¿cuántas personas van?” Y como nosotras no veíamos a nadie le dijimos “no hay nadie, el MP se fue, no sabemos cómo salir de aquí”.

“La Química” nos marcó, el jefe de fotos nos marcó, mi jefe nos marcó, los compañeros que se habían ido al otro punto igual nos marcaron, nos dijeron que ya habían salido los policías que estaban en el punto de ellos, que ya habían salido para allá con nosotras, que nos aguantáramos, que tuviéramos fe, dándonos ánimo.

Nos dijeron: “Ya mandamos refuerzos, ustedes tranquilas” pero todo mundo te puede decir “tranquilas, no va a pasar nada, van a llegar por ustedes”... y aparte ya estaba oscureciendo, porque eran las seis, las siete de la noche y... ellos (los delincuentes) conocen estos rumbos, saben por dónde se pueden meter, cómo pueden salir, nosotros no sabemos nada.

Los delincuentes se mantenían en la salida del camino de terracería, cerca de su camioneta.

Trataron de acercarse pero ya después nos dimos cuenta que gracias a Dios su camioneta se había estancado allí, se les atascó porque llevaban mucho arsenal. Si hubiesen llegado con nosotras no sé qué hubiese pasado.

Ya después... no sé cuánto tiempo pasó, empezamos a escuchar sirenas pero nosotras decíamos: “Es que... no sabemos... no sabemos si son de los nuestros o si no son de los nuestros. Qué tal si son de los malandros y nos llevan y

nosotras pensando que son de los nuestros... ya estábamos muy... ya estábamos mal, la verdad.

Pasó el tiempo, se oyeron las ambulancias, helicópteros y llegaron hasta donde estábamos nosotras, nos dijeron “bájense”, nos bajamos de la camioneta en la que íbamos, no sé ni cómo llegué a la otra camioneta, nos subimos todos amontonados. El chiste es que queríamos salir de allí pero con el temor de que no sabíamos si eran de nosotros o no porque si bien ya nos habían dicho “ya van a ir por ustedes”... no sabíamos.

Llegaron militares, policías federales, federal de camino, llegaron muchos policías, helicópteros.

Cuando terminó el operativo de rescate, Carla y Mónica tuvieron que ponerse a trabajar.

Nos dijeron: “Bájense que tienen que tomarle fotos, tienen que ver qué sacaron”. No teníamos ni cabeza para eso... los militares sacaron todo el armamento (de la camioneta de los delincuentes) y dijeron: “Son tantas granadas, armas largas, armas cortas, cartuchos”.

Ya cuando terminaron nos sacaron de allí y nos iban escoltando, íbamos de una caseta a la otra y cambiaban las patrullas hasta que llegamos a la Ciudad de México.

Carla y yo nos venimos a la casa donde yo rentaba y le dije “yo me quiero ir a mi casa”, me contestó “yo igual”, y cada quien se fue a su casa.

Llegué a la madrugada a la casa de mi mamá y abracé a mi niño y lo único que hice fue ponerme a llorar; te pasan tantas cosas por la cabeza... de que si lo iba a volver a ver, si lo iba a volver a abrazar.

Mónica llegó a su casa el sábado en la madrugada y se quedó hasta el lunes. Durante esos dos días no comentó nada, pero su mamá notó que no estaba bien.

No le dije nada hasta el lunes que me regresaba a trabajar. Cuando me despedí de mi niño igual me solté a llorar y mi mamá me dijo: “¿Qué te pasa? Algo tienes, desde que llegaste no estás bien”. Y fue cuando le conté. Y ya me dijo “Si ya no quieras trabajar ya no vayas, nosotros vemos cómo le hacemos, y si sacamos adelante a tus hermanos igual sacamos a tu hijo, no te preocupes”. Eso fue lo que me dijo.

Le pregunté si se imaginaba que algo así podía pasar y contestó:

No. De hecho nunca me imaginé que pasara algo así. Uno dice: “Voy a trabajar” y normal es que nunca ha pasado algo así de tal dimensión o a lo mejor sí pero no nos enteramos o a lo mejor lo vemos muy lejano, “a nosotros no nos puede pasar”.

La institución les brindó apoyo, ofreciéndoles unos días de descanso (no especifica cuántos en la entrevista) y soporte psicológico. No obstante decidió no tomar la terapia y regresó a trabajar el día lunes.

Como tenemos mucho trabajo... e igual siento que es un poquito más deprimente si te vas, sigues pensando cosas, imaginándote qué pudo haber pasado, qué estaría pasando ahorita.

Mis jefes siempre han estado al pendiente de lo que pasó. Incluso nos dijeron que si nosotros creímos conveniente ir a una terapia...

Después de lo que pasó yo estaba de que “si me voy, no me voy, me quedo (trabajando en la PGR en el Distrito Federal)” por mi niño... pero fue pasando el tiempo y gracias a Dios con el apoyo de mi familia, el apoyo de los compañeros, de mis mismos jefes, se te va olvidando un poco. Y más que nada eso: tengo a mi niño, tiene que salir adelante...

Mónica siguió trabajando en su puesto como perito criminalista en la Ciudad de México. Fi-

nalmente, en 2014, solicitó su traslado. Desde mayo aproximadamente está destacada en el estado de F***.

Lo solicité porque estaba en otra comisión por quince días y mi niño se enfermó, entonces me tuve que regresar porque él estaba en el hospital. Me fui con él y aquí tenían mucho trabajo entonces ya después vine para hablar con “La Química” y decirle que me regresé, pensando que a lo mejor me iban a levantar un acta por haberme ido así. Fui a hablar con ella para ver qué procedía y me dijo: “Mira, Mónica, no te preocupes, yo te entiendo, también soy madre, y estas cosas pasan ¿no? Hiciste lo correcto”.

Entonces le planteé cómo estaba mi situación, que casi no veía a mi hijo... y de un tiempo para acá se me fue enfermando mucho y me dijo “te voy a cambiar” y sí me dio el cambio.

*Ahora vivo en la casa de mis papás en I*** y F*** me queda muy cerca.*

Me siento bien. Cuando llego del trabajo mi hijo ya me está esperando y me dice: “¿Qué me vas a contar hoy?” o “¡Vamos a cantar!”, porque sí me espera para que lea con él, o que me ponga a cantar con él.

Sí, es muy distinto.

El trabajo es muy tranquilo, aunque sí tenemos mucho trabajo, pero es más sencillo, no es tan estresante o ajetreado. La verdad yo extraño el ajetreo de aquí pero no se puede tener todo en la vida. Ahora tengo a mi niño y estoy con él, lo veo más y estoy bien con él.

Tengo muchas cosas que agradecerle a PGR, he aprendido muchísimo. Aquí es donde vienes realmente a aprender el trabajo, en la práctica.

Me gusta mi trabajo, y sí... extraño mucho aquí.

3. Diferencias y similitudes con las demás entrevistas

Escogí el caso de Mónica por varias razones: en primer lugar, es uno de los más elocuentes; en segundo, contiene los elementos esenciales del análisis: ingreso, permanencia, motivación, integridad personal y familia. Éstos no son los únicos, pero sí los que más definen la relación de la persona con la institución. En tercer lugar, su condición de género es indicativa de un fenómeno que no se puede pasar por alto en el funcionamiento y organización de la institución: la presencia —en aumento— de mujeres jóvenes madres solteras. A continuación analizo los temas principales de la narrativa de Mónica en relación con los hallazgos derivados de las demás entrevistas.

3.1. INGRESO Y PERMANENCIA

En el caso de Mónica tenemos dos condiciones que no se repiten en la mayoría de las demás entrevistas: i) desde la carrera quería formar parte de las instancias de procuración de justicia; e ii) ingresó mediante convocatoria. ¿Cuál es panorama general? La mayoría de las personas entrevistadas ingresaron a la PGR por: i) alguna persona conocida (familiares, profesores universitarios o vecinos y amigos) o ii) realizaron en la PGR el servicio social y fueron invitados a quedarse.

Es decir, la mayoría ingresó por mecanismos informales, en algunos casos derivados de relaciones nepotistas o de amistad. Llama la atención que en Servicios Periciales se nota un cambio, las personas de mayor edad, que ingresaron hace veinte o treinta años, entraron a la institución por medios informales y sin saber

a profundidad en qué consistía el trabajo de la Procuraduría. Mónica y otros jóvenes peritos entrevistados en Zacatecas y Puebla, en cambio, tenían plena conciencia, desde la carrera, de que querían formar parte de las instancias de procuración de justicia. Asimismo, mientras que los peritos mayores entraron sin pasar exámenes ni atender convocatorias, los jóvenes sí superaron un procedimiento de admisión derivado de una convocatoria pública.

3.2. PERMANENCIA

Ingresar a la PGR representa para muchos la oportunidad de tener un trabajo. Sobre la marcha aprenden en qué consisten sus funciones y cómo desempeñarlas. Reciben cursos de capacitación, a menudo también en el extranjero. Pueden tener acceso a mecanismos de ascenso, generalmente marcados por el compadrazgo o una combinación de relaciones interpersonales y méritos acumulados a través del trabajo y de la capacitación. A lo largo de su carrera en la institución, las y los servidores públicos pueden ser comisionados o cambiados a distintas áreas. En fin, acumulan *know-how* y se convierten, poco a poco, en engranajes de la máquina denominada PGR. Engranaje es una palabra poco favorecida para describir a una persona, es absolutamente despersonalizadora, pero describe fielmente el proceso de cosificación al cual están sometidas las personas que trabajan en la institución. Una cosificación burocrática, puesto que funcionan como piezas de un tren en movimiento. Y cosificación institucional, producto de las dinámicas internas de la PGR, poco respetuosas de los derechos y de la dignidad de sus integrantes.

Una primera forma de violación sistemática, cotidiana, es la permanente incertidumbre labo-

ral. En la narración de Mónica se percibe la posibilidad de una relación laboral continua. Únicamente en Servicios Periciales se ha planteado este panorama. Las informantes refieren que la especialización de las y los peritos es lo que garantiza su permanencia. Esta afirmación no ha sido comprobada por otras fuentes.

En cambio, entre las y los agentes del Ministerio Público prevalece una relación persona-institución marcada por los siguientes pasos: i) ingreso por canales informales o a través del servicio social; ii) capacitación, ascensos, permanencia; iii) despido/renuncia forzosa; iv) reingreso. Las personas entrevistadas saben y admiten que su trabajo en PGR no es eterno y que en cualquier momento pueden “pedirles la renuncia”. La causa principal es el cambio de jefe y el hecho de que la nueva persona encargada de una determinada fiscalía, unidad, área o dirección requiere de plazas disponibles para emplear a las personas allegadas —familiar o profesionalmente— a ella. Sucesivamente, una vez sin trabajo, las personas expulsadas de la PGR, sobretodo policías y agentes del Ministerio Público, enfrentan grandes dificultades para encontrar un nuevo empleo, ya que sus antecedentes laborales pesan casi tanto como antecedentes penales: trabajar en la PGR acarrea el estigma de corruptos, o, en el mejor de los casos, de flojos e incapaces.

La fórmula del reciclaje institucional se cierra con el reingreso de estas personas a la PGR, meses o años después de su expulsión, por medio de algún otro conocido que, de nueva cuenta, les extiende la invitación para que entren en la institución. Es decir, el reingreso, así como el ingreso, se da por canales informales y está sujeto a la misma incertidumbre laboral anterior. Hay personas que llevan más de veinte años trabajando en la PGR bajo el esquema del reciclaje institucional.

3.3. MOTIVACIÓN

En el escenario antes descrito, la motivación juega un papel clave para que logre comulgar una persona con su puesto y con las tareas y riesgos que éste implica. En el caso de Mónica vemos varios componentes de motivación: i) la pasión por el trabajo; ii) el atractivo económico y, en relación con el anterior; iii) las obligaciones para con su hijo, especialmente dada su condición de madre soltera.

Estas motivaciones intrínsecas forjan la relación de Mónica con la PGR desde su perspectiva individual, como profesional, mujer y como madre.

En la mayoría de las entrevistas encontramos motivaciones parecidas, de corte profesional y personal unas, y más orientadas a la sociedad, otras. Entre las primeras destacan:

- La pasión por la investigación
- Cada caso es diferente
- La adrenalina
- Es “adictivo” (principalmente en referencia a los operativos)
- Uno aprende siempre cosas nuevas
- Los retos, la autosuperación
- Conocer toda la República y otro países o continentes en operativos y cursos de preparación
- Vivir experiencias que el común de la gente no vive

- Para apoyar a la familia (parte económica, de estabilidad y de proveer seguridad a través del trabajo desempeñado)

Como también lo señala Mónica, la diversidad de los casos, el “ir del tingo al tango”, los viajes, el conocimiento y la experiencia son motivaciones que generan apego al trabajo. Es importante señalar que estas motivaciones pueden fomentar el vínculo con la institución y sus objetivos, mas no necesariamente implican que el trabajo se va a llevar a cabo con apego a los derechos humanos, de manera expedita, profesional y objetiva. Incluso una persona que realiza una ejecución extra-judicial puede estar en el entendido que de esa acción satisface los objetivos de su institución así como los satisfactores personales y profesionales.

Ahora bien, con respecto a las motivaciones de carácter público y social, los informantes señalan que lo que aman de su trabajo es:

- Poner un granito de arena para mejorar la sociedad
- Hacer algo por el país
- Obtener una consignación
- Mandar a los delincuentes a la cárcel

Como en el caso anterior, estas categorías, a primera vista cargadas de sentimientos positivos y valores, pueden convertirse en abuso de autoridad, persecución de los más débiles o, como ha sido percibido por la autora en el transcurso de las entrevistas, en falta de criterios para discernir casos relevantes de los que no lo son, confundir víctimas con criminales y permitir o solapar situaciones en donde se percibe una clara violación a los derechos humanos.

Estos factores de motivación generan básicamente apego al puesto y a la institución. Ésta es un arma de doble filo. Pues por un lado, implica que el personal esté dispuesto a trabajar en condiciones adversas, peligrosas, que a veces incluso atentan contra su dignidad. Los riesgos a la vida son la expresión más cruda de las implicaciones del trabajo operativo pero hay muchas más.

Por otro lado, la lealtad vertical hacia la institución puede alentar el encubrimiento y complacencia con prácticas no necesariamente apegadas a Derecho y a los objetivos de la persecución de justicia.

4. Aspectos negativos del trabajo en PGR

No todo es miel sobre hojuelas en la Procuraduría. Todo lo contrario. Las y los informantes se enfrentan a un sinnúmero de obstáculos para el desarrollo de su trabajo, además de la inestabilidad laboral permanente y los riesgos para su vida: falta de equipo básico —computadoras, impresoras, sillas, insumos, vehículos, etc.—, viáticos insuficientes o con reembolso a mediano y largo plazo, desveladas y mal comidas, por mencionar algunos. El horario base es de 09:00 a 21:00 h, doce horas de trabajo por tres para la comida. Pero a las horas de nómina se añade el tiempo extra, determinado a voluntad del jefe —quien decide, por ejemplo, que todo mundo debe salir a las 22:00 h.— o por los ritmos del trabajo que a veces requieren turnos de veinticuatro horas, recibiendo declaraciones, atendiendo víctimas, participando en operativos de alto riesgo.

El personal de la PGR sabe a qué hora entra pero no a qué hora sale. Ni si saldrá vivo, a veces. Esto es extenuante no sólo para una persona, sino también para su familia. No sorprende que,

de acuerdo a la “Encuesta de Clima y Cultura Organizacional 2014” (ECCO) 55% de las personas que trabajan en la PGR están solteras.¹⁰ En cambio, datos del INEGI para el año 2010¹¹ muestran que las personas solteras (incluyendo las divorciadas, separadas y viudas) representan el 45% de la población mexicana.

Desde luego para ambos, hombres y mujeres, la relación con la familia es crucial y su pérdida es dolorosa. Pero a las presiones, angustias y sufrimiento al que están sujetos hombres y mujeres alejados de su familia por días, semanas o meses en situaciones de riesgo y secrecía, se añaden otras más en el caso particular de las mujeres. Y más si son madres solteras. Los hombres suelen contar con una pareja o ex pareja que cuida a sus hijos e hijas en un modelo más tradicional, por el cual el hombre está afuera de la casa trabajando y la mujer en la casa, o también trabajando fuera del hogar pero viviendo con los hijos y las hijas. En cambio, en el caso de las mujeres entrevistadas existen numerosos casos como los de Mónica. Mujeres que no tienen una pareja o ex pareja que actúe como padre. El cuidado de los hijos, por lo tanto, se traduce en una responsabilidad de la familia materna.

Los horarios y las comisiones largas o el destaque en entidades lejanas del lugar de origen tienen un sesgo de género que no parece ser tomado en cuenta por la institución. Por razones sociales y culturales se concluye que las mujeres pasen más tiempo con sus hijos que los hombres. Y si no lo hacen, no sólo recae sobre ellas el estigma de malas madres, sino los sentimientos de

culpa, y las prolongadas ausencias para los hijos. Recordemos que muchas de estas mujeres no son sólo el soporte afectivo de sus hijos e hijas, sino el económico también. En el caso de Mónica vemos cómo debe sacrificar parte de los satisfactores personales y profesionales relacionados con trabajar en la Coordinación de Servicios Periciales para satisfacer aquéllos relacionados con su rol de madre. Este *aut-aut* no ha salido en ninguna entrevista con hombres.

Entre otras carencias señaladas por el personal está la ausencia de reconocimiento, la arbitrariedad de los controles de confianza y la falta de contención y apoyo psicológico. Este último punto es crucial sobre todo para quienes trabajan con víctimas de trata y secuestro y con familiares de los mismos.

5. Reflexiones finales

El escenario institucional y laboral que nos presentan las y los informantes de la PGR es el siguiente: tenemos a una institución que absorbe casi la totalidad del tiempo de su personal, reduciendo la convivencia de éste con sus familias, a menudo amenazando la integridad de la estabilidad familiar a través de sistemáticas privaciones y estresores psicológicos, físicos y económicos.

Una institución vertical, que deja poco espacio para la independencia y, al mismo tiempo, por las carencias estructurales, demasiado espacio para la improvisación. La persistencia de mecanismos de ingreso-expulsión-reingreso marcados por el compadrazgo, el nepotismo, el autoritarismo, la aproximación. Un proceso de aprendizaje “sobre la marcha” y de capacitaciones que no son interiorizadas por el personal. Horarios largos e impredecibles; una estabilidad laboral que se

¹⁰ PGR (2014), “Encuesta de Clima y Cultura Organizacional 2014”, disponible en www.pgr.gob.mx.

¹¹ INEGI (2015), “Población, hogares y vivienda”, disponible en www.inegi.org.mx.

presenta a la vez constante y efímera. A esto se le añade el riesgo de perder la vida.

No parece existir perspectiva de género ni de derechos humanos en la institución para con su personal.

Aun así, al final de las entrevistas se repiten comentarios parecidos a los de Mónica, una suerte de reconocimiento y agradecimiento con la institución. En primer lugar por ofrecer un trabajo, por el crecimiento, el conocimiento, las experiencias. Por haber podido comprar una casa, pagar las colegiaturas de la escuela de los hijos e hijas, dar condiciones de vida digna a la familia. En todos los casos sobresale el cariño a la institución, una pasión casi palpable y contagiosa.

En la narrativa de las personas entrevistadas “los sacrificios” aparecen como un mal menor en la tarea de la procuración de justicia pero sobre todo en la satisfacción de seguir desempeñando el trabajo que les gusta y apasiona. Por el cual, literalmente, están dispuestos a dar la vida. Las implicaciones sociales del trabajo se enlazan con las satisfacciones individuales y compensan los sacrificios, incluso los impactos psicológicos que genera el trabajo con personas víctimas de tráfico, trata y secuestro. El rescate de víctimas y el trabajo con éstas, la devolución de una persona viva o de un cadáver a la familia, la detección y persecución de delitos que afectan a la vida humana directamente —como la fabricación y venta de medicamentos falsos, por ejemplo— subliman las dos facetas previas y otorgan un sentido más profundo a la aplicación técnica de la ley, de la cual se desprenden satisfactores personales y públicos.

Los reactivos con resultado más alto de la ECCO 2014 son coherentes con los hallazgos cuantitativos mostrados en este capítulo:

- Me comprometo a lograr cada día mejores resultados en mi trabajo
- Me siento feliz haciendo mi trabajo
- Trabajar en el gobierno me permite contribuir al bienestar de la sociedad
- En mi trabajo si veo corrupción la denuncio
- Conozco el impacto del trabajo de mi institución
- Me siento orgulloso de ser parte de mi institución

Lo mismo pasa al revés: los reactivos con valores más bajos coinciden con las principales problemáticas señaladas por las personas entrevistadas y tienen que ver con los horarios, el tiempo con la familia, el reconocimiento, la capacitación y la igualdad de género.

Pero las narrativas de las y los informantes coinciden en que son más que un recuento de sumas y restas. Es una forma asimilada de vida. “Ser PGR”, “ponerse la camiseta” son expresiones que no buscan solamente convencer o responder a quien interpela, sino comunicar una adscripción en la cual se comulgan y disuelven los binomios. La palabra que aglutina la experiencia de la incertidumbre y el reciclaje, la cosificación y la aportación a la sociedad, la brutalidad indiferencia de la institución con su personal y la dedicación total, en tiempo, cuerpo y vida de éste con los fines de la misma, es la vocación. Este término alude a un significado que va más allá de uno mismo, casi un destino o, como lo definió un informante, una mística. La mística de ser parte de la Procuraduría General de la República.

Este artículo nos muestra por un lado a una institución que, como locomotora en movimiento, busca el cambio, pero, al mismo tiempo, reproduce vicios e inercias. Sin embargo, estos vicios no son sólo hacia fuera, hacia la sociedad a la cual deben rendir cuentas, sino también hacia dentro, hacia las y los servidores públicos. ¿Cuál es el objetivo de esta perspectiva?, ¿qué nos aporta la mirada desde las y los servidores públicos que he tratado de mostrar con este artículo? En primer lugar, complementa los hallazgos presentados por otras investigaciones mencionadas en la primera parte de este artículo. Nos describe la procuración de justicia desde la perspectiva de quien trabaja en ella y nos muestra dos grandes temas: el primero tiene que ver con la relación institución-personal. Es difícil imaginar una institución eficiente y respetuosa de los derechos humanos cuando miramos cómo se selecciona y trata a su personal. La mejora de la procuración de justicia, por lo tanto, no puede dar resultados si no pasa por condiciones laborales dignas y procesos reales y transparentes de selección y profesionalización, mismos que se tratan de alcanzar con el servicio profesional de carrera. Pero también es necesario poner fin a las situaciones de abuso en las que trabajan las y los servidores públicos y a la cosificación de los hombres y las mujeres cuya vida está casi consagrada a la PGR.

Y aquí está el segundo tema. Si bien en la institución no faltan personas ineptas, corruptas, presas de los vicios y de las inercias de la procuración de justicia como violencia del Estado, hay muchos trabajadores que tienen otra visión. Un verdadero compromiso con su trabajo, con la sociedad y con la PGR. Este potencial está allí pero no es visto y no es respetado, mucho menos reconocido. El proceso de dignificación del personal es clave también.

Por último, esta aportación abre la puerta para otro trabajo que habría que emprender: estudiar a fondo los procesos de resistencia. Indagar sobre corrupción, la ineptitud, la desidia de algunos servidores públicos. No como lugares comunes a los que ya nos hemos acostumbrado, ni como una cacería de brujas como a veces se presenta en un intento, a menudo vano, de recobrar credibilidad. Sino desde una rigurosa perspectiva académica sobre el por qué la procuración de justicia funciona como funciona, ya no a través de la voz de las personas comprometidas, sino de aquéllas que se benefician de los vicios de las instituciones de procuración.

Bibliografía

- Azaola, E., Ruiz Torres, M. A. (2009), *Investigadores de papel: poder y derechos humanos entre la Policía Judicial de la Ciudad de México*, Ciudad de México: Fontamara.
- Bagné, C (2014), *Estado de Derecho y Ministerio Público en México*, Ciudad de México: Inacipe, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Carbonell, M. (2008), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, Ciudad de México: UNAM.
- García Ramírez, S., Islas, O. (2009), *La reforma constitucional penal. Jornadas de Justicia Penal*, Ciudad de México: Inacipe, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Ferrajoili, L. (2009), *Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado*, Ciudad de México: Vanguardia en Ciencias Penales.
- Fix-Zamudio, H. (2002), *Función Constitucional del Ministerio Público*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Giacomello, C, *Un pie en la cárcel y otro en el panteón. Testimonios de agentes del ministerio público, policías y peritos de la Procuraduría General de la República* (en imprenta).
- INEGI (2015), “Población, hogares y vivienda”, disponible en www.inegi.org.mx.

- _____ , (2014), “Encuesta Nacional sobre Victimización y Percepción de Seguridad Pública (ENVIPE 2014)”, disponible en www.inegi.org.mx.
- Laveaga, G., Vizcaíno, Á. (2010), *Los desafíos en la capacitación de los agentes del Ministerio Público ante la reforma constitucional en materia penal*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Gobierno del Estado de Chihuahua.
- Magaloni, A. L. (2009), “El Ministerio Público desde adentro. Rutinas y métodos de trabajo en las agencias del MP”, disponible en www.cide.edu.
- Méndez, J. (2014), “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, disponible en www.hchr.org.mx.
- México Evalúa (2012), “Seguridad y justicia penal en los estados: 25 indicadores de nuestra debilidad institucional”, disponible en www.mexicoevalua.org.
- Pérez Correa, C. (2008), “Front Desk Justice: Inside and Outside Criminal Justice in Mexico”, disponible en www.bibliojuridicas.unam.mx.
- PGR (2014), “Encuesta de Clima y Cultura Organizacional 2014”, disponible en www.pgr.gpb.mx.
- Ruiz Mena, R. (2010), *Errores en la procuración y administración de justicia*, Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Saldaña Serrano, J. (2015), *Ética del Ministerio Público. Virtudes ministeriales*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- SEGOB (2012), *Encuesta Nacional sobre el Sistema de Justicia Penal (ENSIJUP 2012)*, Ciudad de México: Secretaría de Gobernación-SETEC.
- Suárez de Garay, M. E. (2006), *Los policías: una averiguación antropológica*, Guadalajara: ITESO.
- Vasconcelos Méndez, R. (2014), *Reforma procesal penal y Ministerio Público*, Serie Juicios Orales, núm. 22. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Zepeda Liguona, G. (2004), *Crimen sin castigo*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, CIDAC.



La prevención del lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo en la actual sociedad del riesgo

Ricardo Gluyas Millán
Instituto Nacional de Ciencias Penales



Resumen

El propósito de este artículo consiste en exponer la manera en que en la actualidad se enfrentan los riesgos de lavado de activos y financiamiento al terrorismo en México y en general, como medio de enfrentar la posible vulneración de los recursos económicos

que con estos fines pueden penetrar las instituciones bancarias o financieras. El documento está estructurado en cinco secciones, un apartado de bibliografía y un anexo. En la primera sección se hace estado del concepto de riesgo en la sociedad moderna, considerándolo como una "amenaza a vigilar", en la actual sociedad del seguimiento, en la segunda se estudia el riesgo de conformidad con la Recomendación uno del Grupo de Acción Financiera Internacional y una normatividad preventiva mexicana, en la tercera se presentan elementos de discusión sobre la problemática de medición del riesgo de lavado. En la cuarta se presenta una matriz de riesgo inherente con propósito didáctico y finalmente, en la quinta sección se concluye que es necesario continuar con el mejor conocimiento científico del factor riesgo con el objetivo de minimizarlo y evitar así las consecuencias adversas de la penetración de recursos ilícitos o lícitos en el caso del financiamiento del terrorismo, para evitar que desestabilicen el sector financiero o inhiban el progreso social.

Palabras clave: riesgo, compliance, matriz de riesgo, lavado de activos, financiamiento del terrorismo.

Abstract

The purpose of this article is to explain how today the risks of money laundering and terrorist financing in Mexico and in general, as a means to address the possible infringement of the financial resources for these purposes, can penetrate banking or financial institutions. The document is divided into five sections, a section of bibliography and an annex. The first section is devoted to state the concept of risk in modern society, considering it as a "threat to watch" in today's soci-

ety monitoring, in the second, risk is studied with in accordance with Recommendation number one of Financial Action Task Force and Mexican preventive regulations, in the third section elements of discussion on the problem of laundering risk measurement are presented. In the fourth matrix inherent risk is discussed with didactic purpose and finally, in the fifth section it is concluded that it is necessary to continue with the best scientific knowledge of risk factor in order to minimize and avoid the adverse consequences of penetration of resources illegal or legal in the case of terrorist financing, to avoid destabilizing the financial sector or inhibit social progress.

Key words: Risk, compliance, risk matrix, money laundering, terrorism financing.

Los nuevos riesgos de la modernidad

En esta sección se realiza una revisión de la literatura especializada en materia de riesgo y se expone el proceso a través del cual éste se ha constituido en una amenaza actual, en particular en lo que se refiere al lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LA/FT).

De acuerdo con Beck Ulrich (1986),¹ en la actualidad estamos inmersos en una sociedad de riesgo, nos desenvolvemos en él. El riesgo está en todas partes y actividades, nada escapa de su influencia; con diferentes matices, intensidades y contextos, es un factor que se debe de enfrentar para el adecuado desarrollo y progreso social.

Ante tal condición, sólo podemos manejarlo, administrarlo, desde el punto de vista personal y or-

¹ Beck Ulrich (1986), *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*, España, Paidós Ibérica.

ganizacional, con el objeto de minimizar sus efectos pero, finalmente, siempre existirá un “riesgo permitido”² (concepto desarrollado por el Derecho penal). En efecto, en una intervención quirúrgica, por ejemplo, siempre existirá el riesgo de que las variables se salgan de control, motivo por el cual la correcta aplicación de la *lex artis* implicará que se exente de responsabilidad penal a quien enfrenta una situación como la recién descrita.

Así, la administración del riesgo que se debe implementar obliga a diferentes actividades y propósitos. Para ello es necesario —en principio— identificar los riesgos, posteriormente medirlos (cuantificarlos), mitigarlos, identificar los que se pueden considerar como residuales, diseñar e implementar planes de manejo de riesgos e instrumentar políticas y medidas de control.

El riesgo es tan antiguo como la actividad del hombre y nos obliga a medir sus consecuencias para establecer conductas y esquemas apropiados a su superación. Asociado con el peligro en una de sus facetas más intensas, el riesgo ha obligado a sistemas de control, incluso automatizado, con objeto de regularlo y mantenerlo en niveles “tolerables”, permitidos.

El riesgo ha estado, según este autor, asociado con la misma naturaleza, con la amenaza de la industrialización, y se ha exacerbado en la actualidad, vinculado al consumo considerado como normal:³

Contra las amenazas de la naturaleza exterior hemos aprendido a construir cabañas y a acumular conocimientos. Por el contrario, estamos entregados casi sin

protección a las amenazas industriales de la segunda naturaleza incluida en el sistema industrial. Los peligros se convierten en polizones del consumo normal. Viajan con el viento y con el agua, están presentes en todo y atraviesan con lo más necesario para la vida (el aire, el alimento, la ropa, los muebles) todas las zonas protegidas de la modernidad, que están controladas tan estrictamente. Cuando detrás del accidente están excluidas la defensa y la prevención, sólo queda como actividad (aparentemente) única: negar, una tranquilización que da miedo y que desarrolla su agresividad a medida que los afectados quedan condenados a la pasividad. Este resto de actividad, a la vista del resto de riesgo existente realmente, tiene en la inimaginabilidad e imperceptibilidad del peligro sus cómplices más poderosos.

Sin embargo, no todas los contextos de riesgo son controlables con mecanismos y diseños de ingeniería, o mediante normas administrativas o penales, existen zonas de indefinición de los procesos que generan riesgo, que son aprovechadas por los agentes oportunistas para implementar sus políticas depredatorias, desde el punto de vista social: las así denominadas “zonas grises”, donde prevalece la indefinición de procesos y procedimientos orientados a minimizar los riesgos, e incluso con zonas de indefinición jurídico penal. Al respecto, nuestro autor señala:

Por otro lado, junto con las inseguridades del juicio científico crece la «zona gris» de las presunciones irreconocibles de riesgos. Si de todas maneras es imposible determinar las relaciones causales de forma definitiva y terminante, si la ciencia sólo es un error disimulado a la espera de nuevos datos, si cualquier cosa puede suceder ¿de dónde procede entonces el derecho a «creer» en unos determinados riesgos y no en otros? Ya que, precisamente, la crisis de la autoridad científica puede favorecer una ofuscación general de los riesgos. La crítica de la ciencia también es, por tanto, contraproduktiva para el reconocimiento de los riesgos.

² Cuando alguien realiza un riesgo que no está permitido lleva cabo una conducta prohibida.

³ Beck Ulrich, *op. cit.*, p. 80

Con mayor precisión, Becht afirma sobre la conciencia que debe de imperar sobre el riesgo:⁴

Este rasgo teórico fundamental de la conciencia del riesgo tiene un significado antropológico: las amenazas de la civilización hacen surgir una especie de nuevo «reino de las sombras», comparable a los dioses y los demonios de la antigüedad, el cual se esconde detrás del mundo visible y pone en peligro la vida humana en esta tierra. Hoy ya no estamos en contacto con los «espíritus» que hay en las cosas, sino que estamos expuestos a «radiaciones», tragamos «toxinas» y nos vemos perseguidos hasta en sueños por el miedo a un «holocausto atómico». En lugar de una interpretación antropomórfica de la naturaleza y del medio ambiente ha aparecido la conciencia moderna y civilizatoria del riesgo con su causalidad latente, no perceptible y sin embargo presente por doquier. Tras las inofensivas fachadas se esconden sustancias peligrosas, hostiles. Todo tiene que ser visto doble, sólo puede ser captado y enjuiciado correctamente en esta duplicación. El mundo de lo visible tiene que ser interrogado, relativizado y valorado en relación a una segunda realidad pensada y, sin embargo, escondida en él. Los patrones de la valoración se encuentran en esta realidad, no en la visible...

La consideración del factor riesgo no es exclusiva de los fenómenos naturales y se extiende a la problemática social delictiva, en virtud de que en la actualidad, y como consecuencia de la globalización, se han detectado amenazas que se cieren sobre las diferentes actividades económicas, entre las que encontramos el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (LA/FT).

Como lavado de activos podemos considerar, desde el punto de vista jurídico a nivel internacional, lo establecido en el artículo 6 (Penalización del blanqueo del producto del delito) de la Con-

vención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos; como terrorismo, financiamiento del terrorismo y terrorismo internacional, las conductas establecidas en los artículos 139 (Terrorismo),⁵ 139 quáter (Financiamiento del terrorismo)⁶ y 148 bis (Terrorismo internacional)⁷ del Código Penal Federal mexicano vigente.

⁵ Artículo 139.- Se impondrá pena de prisión de dos a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación.

Se aplicará pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un terrorista y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades.

⁶ Artículo 139 quáter.- Se impondrá la misma pena señalada en el artículo 139 de este Código, sin perjuicio de las penas que corresponden por los demás delitos que resulten, al que por cualquier medio que fuere, ya sea directa o indirectamente, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán destinados para financiar o apoyar actividades de individuos u organizaciones terroristas, o para ser utilizados, o pretendan ser utilizados, directa o indirectamente, total o parcialmente, para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal: 1) Terrorismo, previstos en los artículos 139, 139 bis y 139 ter; 2) Sabotaje, referido en el artículo 140; 3) Terrorismo internacional, incluido en los artículos 148 bis, 148 ter y 148 quáter.

⁷ Artículo 148 bis.- Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que resulten:

I. A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes, personas o servicios, de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para presionar a la autoridad de ese Estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación;

II. Al que cometa el delito de homicidio o algún acto contra la libertad de una persona internacionalmente protegida;

III. Al que realice, en territorio mexicano, cualquier acto violento en contra de locales oficiales, residencias particulares o medios de transporte de una persona internacionalmente protegida, que atente en contra de su vida o su libertad, o

⁴ *Idem*, p. 81.

Lo anterior ocasiona que, en los circuitos bancarios y financieros, e incluso en los no financieros, comerciales y de servicios (actividades profesionales no financieras designadas o actividades susceptibles), se presenten diversas oportunidades de vulneración a estas últimas con el propósito de lograr objetivos criminales: en el caso del lavado de dinero para dar a la ganancia ilícita una apariencia de licitud, para continuar con un espiral de acumulación delictiva a escala simple y ampliada y, en el caso del financiamiento del terrorismo nacional o internacional, con el propósito de proporcionar los recursos necesarios para cometer los actos terroristas que tanto vulneran a la sociedad. Por lo que ha sido necesario ya desarrollar metodologías y herramientas orientadas a medir y administrar el riesgo de LA/FT.

Sin embargo, la penalización de las conductas recién descritas no inhibe que se utilicen los circuitos bancarios y financieros con objeto de realizar actividades de LA/FT. Es claro que el Derecho penal ha resultado ineficaz para la prevención de los delitos, motivo por el cual se han desarrollado una serie de principios y sistemas legales para evitar el LA/FT.

En efecto, algunos autores ya desde principios de esta década, han señalado que en la globaliza-

IV. Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer, se esté cometiendo o se haya cometido en el extranjero. Para efectos de este artículo se entenderá como persona internacionalmente protegida a un jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores, así como los miembros de su familia que lo acompañen y, además, a cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, los miembros de su familia que habiten con él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho a una protección especial conforme al derecho internacional.

ción actual el lavado de dinero ha adquirido una dimensión tal que puede ser ya considerada como una actividad ilícita relacionada con un riesgo “a vigilar”.⁸

The global financial crises created a different context for the economic growth and globalization. In the last few years, five risks have been designated as “risks to watch”, as survey respondents assessed them with high levels of variance and low levels of confidence while experts consider they may have severe, unexpected or underappreciated consequences: cyber-security, demographic challenges, resource security, retrenchment from globalization, weapons of mass destruction. Strongly connected to these risks others are important to analyze: corruption, illegal trade and money laundering. There is a strong relation between corruption and money laundering. During the economic crunch the level of corruption and fraud had scientifically increased. Internal control could be a good instrument to reduce corruption and to stop the illegal trade and money laundering. Internal control is a dynamic integral process that is continuously adapting to the changes an organization is facing.⁹

⁸ Ionescu, Luminița and Power, Mar (2011), *Internal control, corruption and money laundering*, 2011, Annals of Spiru Haret University, Economic Series, Volume 2, number 3, p. 91-97. Abstract.

⁹ Las crisis financieras globales crearon un contexto diferente para el crecimiento económico y la globalización. En los últimos años, se han designado como “riesgos a vigilar”, cinco tipos de situaciones; en la literatura se les evaluó con altos niveles de varianza y bajos niveles de confianza, al tiempo que los expertos consideraron que dichos riesgos tienen consecuencias severas, inesperadas o no apreciadas: ciberseguridad, retos poblacionales [migraciones], seguridad de recursos [naturales], el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo debido a la racionalización económica producida por la globalización, y armas de destrucción masiva. Estrechamente vinculado con estos riesgos otros son igualmente de importantes para analizar: corrupción, comercio ilegal y lavado de dinero. Existe una estrecha relación entre corrupción y lavado de dinero. Durante la crisis económica el nivel de corrupción y fraude se ha incrementado con sustento científico. El control interno podría ser un buen instrumento para reducir la corrupción y detener el comercio ilegal y el lavado de dinero. El control interno es un proceso dinámico e integral que se adapta continuamente a los cambios que enfrenta la organización (Traducción libre del autor.)

Estos riesgos globales, han generado respuestas nacionales e internacionales con objeto de someterlos a control, dando lugar incluso a lo que algunos criminólogos han denominado la “sociedad del seguimiento”, tal y como lo observa Tim Owen:¹⁰

*The concern to reduce crime and monitor human behaviour with new electronic technologies in the tracking society, Garland observes, has led to a situation where consumers are placed under the gaze of electronic inspection and every person monitored as a potential surveillance object.*¹¹

En materia de prevención del LA/FT, estos riesgos han producido una serie de normas nacionales e internacionales orientadas a evitar la infiltración de los recursos ilícitos, o incluso lícitos,¹² en las entidades bancarias y/o financieras y comerciales y de servicios. A continuación se estudian dos propuestas normativas que tanto en el contexto internacional, como en el ámbito jurídico nacional tratan del riesgo de la penetración de dichos recursos en los circuitos financieros y no financieros¹³ de actividades financieras y comerciales en las sociedades modernas y en particular de México.

¹⁰ Owen Tim (2007), “Culture of crime control: Through a post-foucauldian lens”, *Internet Journal of Criminology*, en: <http://www.internetjournalofcriminology.com/owen%20-%20culture%20of%20crime%20control.pdf>, p. 4.

¹¹ “El propósito de reducir el crimen y monitorear el comportamiento humano con las nuevas tecnologías modernas en la “tracking society”, observa Garland, ha conducido a una situación donde los consumidores son colocados bajo el escrutinio de la inspección electrónica y cada persona monitoreada como un objeto potencial de vigilancia” (Traducción libre del autor.)

¹² Como sucede en el caso del financiamiento del terrorismo.

¹³ Actividades profesionales no financieras designadas según el GAFI, o actividades vulnerables, según la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita vigente en México.

Hacia un concepto normativo internacional y nacional de riesgo

En esta sección se revisan algunas normas que se han considerado relevantes en materia de prevención de riesgos de LA/FT, con el propósito de identificar los criterios, políticas y procedimientos rectores orientados a la administración del riesgo, tanto en el contexto internacional como nacional, en lo que al sector bancario-financiero se refiere.

En la número uno de sus “Cuarenta Recomendaciones”, o principios básicos que deben observar los países en materia preventiva, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI),¹⁴ entidad de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), ha establecido que el concepto de riesgo debe ser la piedra angular de la prevención del LA/FT, ya que al someter el

¹⁴ Al respecto véase: Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales, en: http://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/VSPP_GAFI%20%20%20130701.pdf. donde se señala respecto a esta entidad internacional, lo siguiente:

“[El GAFI] Es un organismo intergubernamental cuyos objetivos consisten en establecer normas y promover la aplicación efectiva de las medidas legales, reglamentarias y operativas para combatir el lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, así como de la proliferación de armas de destrucción masiva y otras amenazas relacionadas con la integridad del sistema financiero internacional. El Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales (GAFI) fue creado en 1989 por el Grupo de los Siete G-7, y en abril de 1990 dio a conocer sus “Cuarenta Recomendaciones” que tenían por objeto proporcionar un plan de acción necesario para la lucha contra el lavado de dinero. Estas recomendaciones fueron revisadas en 1996 y reformuladas sustancialmente en 2003, para reflejar los cambios en las tendencias del lavado de dinero y anticipar futuras amenazas. En el año 2001, emitió las “8 Recomendaciones Especiales sobre el Financiamiento del Terrorismo”, que fueron complementadas en octubre de 2004 con la emisión de la 9^a recomendación especial referida al movimiento transfronterizo de efectivo. Asimismo, el 16 de febrero de 2012, publicó una nueva versión de sus “Recomendaciones”, en las que se integran las medidas esenciales contenidas en las anteriores “Cuarenta Recomendaciones”, con las “9 Recomendaciones Especiales”, que constituyen los estándares internacionales utilizados por más de 180 países para combatir eficazmente y de manera global los mencionados delitos, así como para evitar el uso de los sistemas financieros con fines ilícitos”.

riesgo a un mecanismo de control se implementa un mecanismo que permite su minimización, y no sólo eso, sino que también establece que los países miembros deben de disponer de una autoridad nacional encargada no sólo de evaluar sino también de entender dichos riesgos. En el caso de México dicha autoridad es la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), con lo que esta manera se cumple con esta fracción de la Recomendación. Se propone además que la asignación de todo tipo de recursos destinados a la administración de los riesgos se base en este indicador.

La administración de los riesgos implica, por lo tanto, una mejor comprensión de sus causas, conocimiento de sus orígenes y evaluación para cada uno de los usuarios de los servicios bancarios y financieros y de las actividades no financieras designadas o actividades propensas por su naturaleza a ser vulneradas por los recursos ilícitos. Así, el enfoque basado en riesgo, propone el GAFI, debe permear las normatividades nacionales, con el propósito de evitar la vulneración de las estructuras financieras formales por los recursos ilícitos en las economías e impedir la proliferación de los actos terroristas. Y la Recomendación, como se acaba de mencionar, es válida no sólo para las instituciones bancarias y financieras, sino también para las así designadas “actividades no financieras designadas” (ANFD), o actividades vulnerables. En la Recomendación se especifica que es necesario identificar los riesgos e implementar medidas para controlarlos, mitigarlos, y minimizarlos a través de mecanismos administrativos propios de las actividades vulnerables, y de supervisión bancaria y financiera no prudencial, sino específicos de la administración de riesgos contra el LA/FT.

A continuación se cita esta Recomendación, con el propósito de observar en ella la relevancia

que se imprime al concepto de riesgo como medida esencial de los regímenes legales que se implementen en los países miembros contra el LA/FT:

RECOMENDACIÓN 1. Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo. Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar medidas, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que éstos se mitiguen eficazmente. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR)¹⁵ a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT)¹⁶ y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para

¹⁵ Sobre el enfoque basado en riesgo véase: Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Nuevas Recomendaciones del GAFI, en: http://www.hacienda.gob.mx/inteligencia_financiera/ambito_internacional/grupo%20egmont/NotaNuevasRecomendacionesGAFI_27Mar_2012_VF.pdf:

“El esquema basado en riesgo (*risk-based approach*) y algunos de sus beneficios. El esquema basado en riesgo consiste en que los países, las instituciones financieras y los actores de otras actividades y profesiones no financieras designadas, identifiquen claramente cuáles son sus riesgos en materia de lavado de dinero, financiamiento de terrorismo y financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva. Esto con el fin de que implementen las medidas más apropiadas para prevenir y combatir estos delitos. Es relevante señalar que el esquema basado en riesgo permite que los actores establezcan medidas simplificadas de debida diligencia para aquellos casos plenamente identificados como de menor riesgo, con lo cual se fomentan políticas de inclusión financiera y los beneficios que las mismas conllevan, incluyendo el acceso de más personas al sistema financiero”.

¹⁶ Anti Lavado de Activos/Contra Financiamiento del Terrorismo.

algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones. Los países deben exigir a las instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.¹⁷

Podemos ahora cuestionarnos: ¿qué es el riesgo según las disposiciones administrativas en México?, ¿cómo se ha interpretado este concepto?, ¿cómo se ha conceptualizado el riesgo en el ámbito administrativo?, ¿qué elementos lo integran?, ¿cómo se gradúa el riesgo?, ¿qué relevancia tiene medir el riesgo?, ¿cómo se debe entender el riesgo de lavado de dinero y de financiamiento al terrorismo?, las respuestas a estas preguntas se exploran a continuación, mediante las citas de las Disposiciones de Carácter General preventivas del LA/FT, emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, con la finalidad de proteger al sector bancario y financiero de la penetración por parte de recursos ilícitos así como de los recursos destinados a financiar actos terroristas. Así, el riesgo se entiende de la manera siguiente:

Definición XX. Riesgo, se define como la probabilidad de que las entidades puedan ser utilizadas por sus clientes o usuarios para realizar actos u operaciones a través de los cuales se pudiesen actualizar los supuestos previstos en los artículos 139, 148 bis o 400 bis del Código Penal Federal.

Esto es, el concepto se define en las normas administrativas como un número, entre cero y uno, sin que llegue a adquirir estos valores, de que las instituciones bancario-financieras sean penetra-

das por los clientes o usuarios para realizar el lavado de activos o financiar actividades terroristas.

Lo anterior porque se considera que no es factible identificar una actividad o proceso con riesgo de LA/FT cero; mientras que un riesgo igual a uno nos llevaría a desechar por completo dicha actividad, debido a que se presentaría una certeza plena de que dicha actividad ocurrirá, que es precisamente lo que se pretende evitar.

Otro concepto que resulta esencial en la administración de riesgos en el sector en estudio, como medida que reduce el riesgo transaccional, es el de la política de conocimiento del cliente, (KYC, por sus siglas en inglés), ya que, en el proceso de tener un acercamiento y conocerlo mejor, deben establecerse criterios, políticas y procedimientos orientados a determinar el grado o nivel de riesgo que éste representa para la institución financiera en su relación comercial. En efecto así lo establecen las Disposiciones de Carácter General obligatorias para el sector bancario y financiero, que se citan en el Anexo 1.

Mediante estas disposiciones se definen obligaciones para las instituciones financieras en el sentido de que éstas deben de clasificar a sus clientes con un nivel de riesgo (alto o bajo) y de correlacionarlo y sustentarlo con elementos objetivos tales como su perfil transaccional, esto es sus niveles de transaccionalidad, en lo que a las operaciones se refiere. Para la realización de operaciones con clientes de alto riesgo se deberá de disponer de la autorización correspondiente de la alta gerencia, por ejemplo. Además, se precisa que es obligatorio implementar medidas calificadas como razonables para conocer los orígenes de los recursos de los clientes de alto riesgo, en cuyo caso se instrumentará una mayor diligencia debida; como sucede en el

¹⁷ Secretaría de Hacienda y Crédito Público (2009), Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de abril de 2009.

caso de las personas políticamente expuestas, en particular las extranjeras, en cuyo caso es necesario implementar una mayor diligencia. La relación se puede sintetizar en la expresión siguiente:

$$\text{Mayor riesgo} = \text{Mayor diligencia debida}$$

A continuación se exponen algunos elementos característicos e inherentes al proceso de determinación del riesgo de LA/FT a efectos preventivos, así como una breve discusión de la problemática detectada en la literatura especializada, consistente en que las evaluaciones del riesgo son comúnmente realizadas por unidades a cargo de la administración del riesgo prudencial, y no específicamente de LA/FT.

Sobre la problemática de la medición del riesgo de LA/FT

Son escasos los estudios de medición del riesgo, que tengan como propósito específico este indicador respecto a conceptos relacionados con el LA/FT. Sin embargo, destacan algunos relacionados con diversos tipos de riesgos que son comunes en la administración bancaria y financiera. Entre ellos, los realizados por el Banco de España en el marco del programa Supervisión de la Actividad Bancaria Bajo el Enfoque de Riesgo,¹⁸ mismo que hace referencia entre otros, a aspectos diversos al de este objeto de estudio tales como: gestión y control de riesgo de crédito; gestión y control de riesgo de mercado; gestión, análisis y control de riesgo operacional entre otros. Es decir, se refieren a criterios espe-

cíficamente prudenciales, pero aportan elementos metodológicos para la mejor comprensión de técnicas alternativas de la evaluación de riesgos en materia de LA/FT.

Por aspectos prudenciales podemos comprender las regulaciones de supervisión bancaria que tienen como principal propósito evitar la quiebra o quebranto de las entidades bancarias y financieras o su desequilibrio estructural, y posterior bancarrota o pérdida corporativa, y se basan en el desarrollo, articulación y manejo de indicadores específicos orientados a este fin, tales como razones financieras, proporciones, indicadores y clasificaciones de riesgo relacionadas con la situación de equilibrio de las entidades.

Muy distinto al riesgo de LA/FT en el que los indicadores deben de estar orientados a la clasificación de las fuentes y factores del riesgo, a su evaluación, a la cuantificación del riesgo residual y a su mitigación mediante planes de manejo adecuados y expresamente desarrollados para prevenir los delitos en cuestión. Los estudios de administración de riesgos se refieren, en la mayoría de los casos, a los elementos prudenciales, y el desarrollo de los análisis de riesgo en materia de prevención de LA/FT no son abundantes. Incluso las regulaciones relacionadas con las Disposiciones de Carácter General para el sector bancario-financiero, elaboradas en México por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, salvo las ya señaladas, se caracterizan por la escases analítica en esta materia, ya que están más orientados a dichos aspectos prudenciales.

En el mismo sentido, en el ámbito de las matrices de riesgo como instrumentos de auditoría, en términos generales sobresale el trabajo de

¹⁸ Banco de España, *Guía para la elaboración de la matriz de riesgos*. En: http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuVertical/Supervision/transparencia/ficheros/Guia_para_la_elaboracion_de_la_matriz_de_riesgos_ESP.PDF

Ríos G. (2004)¹⁹ relacionado con la metodología de construcción de matrices de riesgo; y más concretamente, el trabajo de Albanese Diana Ester, (2012), que se refiere específicamente al desarrollo, construcción y aplicación de una matriz de riesgo inherente sobre la base del principio “conozca a su cliente” (KYC), en una entidad financiera de Bahía Blanca (Provincia de Buenos Aires) “de amplio prestigio en el medio”.²⁰

Sin embargo, los estudios de desarrollo de metodologías para la evaluación de los riesgos deberían de enfocarse a sistemas de control por tipo de productos. Esto es a la evaluación de la probabilidad e impacto del riesgo por producto ofrecido, ya que de esta manera la autoridad nacional de supervisión podría realizar ejercicios de comparación homogéneos entre las diferentes entidades que integran la industria bancaria y financiera del país.

En efecto, ello es así en virtud de que cada producto financiero representa un riesgo único que debe de ser identificado, evaluado, monitoreado, controlado y mitigado en específico. No es lo mismo identificar, evaluar, manejar y mitigar el riesgo que representa una cuenta simple de ahorro, que el correspondiente a una operación financiera denominada *back to back*,²¹ o la compra de un seguro de vida con opción de inversión; es evidente que en este último caso el estudio de riesgo correspondiente merecería un mayor de-

¹⁹ Ríos Gustavo (2004), “Auditando con Matrices de Riesgo”, en *Normaria, Boletín de la Comisión de Normas y Asuntos Profesionales del Instituto de Auditores Internos de Argentina*, Nº 17, octubre de 2004, en: www.felaiban.net/archivos_boletines_clain/archivo20140722162636PM.doc

²⁰ Albanese Diana Ester (2012), “Análisis y evaluación de riesgos: aplicación de una matriz de riesgo en el marco de un plan de prevención contra el lavado de activos”. *Revista de Administración e Contabilidad de Unisinos*, 9(3):2016-2015, julio a septiembre 2012, Brasil.

²¹ Operación bancaria en la que un préstamo se garantiza con una determinada suma, por ejemplo de una cuenta de ahorro.

tenimiento, aun en el caso de que se tratase de clientes con un perfil transaccional del mismo rango o estrato. La elaboración de estudios de riesgo por producto se revela así como un campo que merece un mayor y mejor análisis y discusión en la actualidad.

El tratamiento de evaluación de riesgos por producto podría así representar una alternativa hacia la minimización de los riesgos en la industria bancaria y financiera en materia de preventión de LA/FT, que contribuiría a la reducción de impactos mediante planes de manejo adecuados a las necesidades específicas de cada uno de ellos. En efecto, la implementación de programas de control de riesgo basada en el tipo de productos y servicios que ofrecen las entidades bancarias financieras y en el manejo de herramientas analíticas adecuadas facilitaría la disminución de peligros, lo que finalmente redundaría en una mejor “capacidad de la entidad para perdurar en el tiempo, competir exitosamente en el medio, mantener la imagen pública y la calidad de los productos”.²²

La determinación cuantitativa y cualitativa de los niveles de riesgo y de su administración en las estructuras organizacionales de las entidades obligadas (unidades financieras en términos del Grupo de Wolfsberg) reviste por otro lado y en el mismo sentido, un tema polémico, ya que en las grandes empresas bancarias y financieras no se han comprendido bien estas funciones puesto que son comúnmente asignadas a unidades administrativas encargadas de medir el riesgo relacionado con los criterios prudenciales y no específicamente de LA/FT.

²² Bell T., Peecher M.E., Solomon I., Marrs F.O., Thomas H. (2007), *Auditoría basada en riesgos*, Ecoe, Bogotá. Citado por Albanese, op. cit., p. 208.

En efecto, el riesgo de LA/FT se contempla en un área de cumplimiento o *compliance* en la que frecuentemente se mezcla con las funciones de determinación cualitativa y cuantitativa de los riesgos crediticios o de fraude financiero, occasionando cuando menos confusión pero sobre todo falta de efectividad de las medidas de control.

Así lo ha planteado Grupo Wolfsberg respecto a las metodologías cualitativas y cuantitativas de evaluación de riesgo en una unidad administrativa, de tal forma sostiene:²³

*The literature of how people view risk depending on context, group size and numerous other factors is extensive. Most FIs will be used to assessing risk in areas such as credit risk or market risk, where risk can be easily quantified and is usually assessed prior to accepting it. Financial Crime Risk Assessment, however, differs somewhat, focusing on assessing ‘consequential’ risk, i.e. risk that is reflective of a FIs internal and external environment, including mitigating controls. For both types of assessment, however, quantitative and qualitative risk assessment methodologies have proven to be useful in helping FIs assess risks, understand observed phenomena, explore the sources and impacts of financial crime risk and develop tools and methods for managing those risks. At their best, they remove a great deal of bias and subjectivity from risk analysis, as well as giving FIs a risk measurement tool.*²⁴

²³ The Wolfsberg Group, *op.cit.* p. 2.

²⁴ La literatura acerca de cómo la gente ve el riesgo dependiendo del contexto, tamaño de grupo y otros numerosos factores es extensa. Muchas instituciones financieras realizarán la evaluación del riesgo en áreas correspondientes [a la evaluación] del riesgo de crédito, riesgo de mercado, áreas donde el riesgo puede ser fácilmente evaluado y es valorado usualmente antes de su aceptación. Sin embargo, la evaluación del riesgo del crimen financiero, difiere al concentrarse en el riesgo relacionado con las consecuencias. Es decir, riesgo que está relacionado con un ambiente interno y externo de la institución financiera, incluyendo los controles de su mitigación. Para ambos tipos de evaluación las metodologías cuantitativas y cualitativas de evaluación de riesgo han probado ser útiles al ayudar a las instituciones financieras para medir el riesgo, entender los fenómenos

A continuación se estudia un instrumento de análisis del riesgo conocido como matriz de riesgo, con un enfoque que considera la asociación de una probabilidad y un impacto a cada producto.

Matrices de riesgo

En esta sección se estudia una herramienta esencial en el análisis de los factores de riesgo de LA/FT; para tales efectos se desarrolla una aplicación hipotética integrada por una cartera de cinco supuestos productos o servicios ofrecidos al mercado por una institución bancaria financiera. El propósito de este análisis consiste en ilustrar el funcionamiento de dicha herramienta de análisis.

Las matrices de riesgo constituyen un instrumento que permiten reducir la discrecionalidad y subjetividad en el manejo de este indicador, y es factible utilizarlas como herramienta de control en el área de *compliance*, preventiva del LA/FT, con el propósito de cuantificar cualitativa y cuantitativamente el riesgo asociado a una transacción, producto o cliente.

Entre sus bondades se encuentra la relativa facilidad de su desarrollo y aplicación. En términos generales Rios G. (2004) la ha definido así:²⁵

Una matriz de riesgo es una herramienta de control y de gestión, normalmente utilizada para identificar y analizar los procesos, actividades más importantes de una organización. En esta matriz se detalla el tipo y nivel

observados, explorar las fuentes e impactos del riesgo de crimen financiero y desarrollar herramientas y metodologías para el manejo de éstos. Entre sus ventajas se encuentra que contribuyen a remover una gran parte de la desviación y subjetividad del análisis del riesgo, así como proporcionar a las instituciones financieras una herramienta de evaluación de riesgo (Traducción libre del autor.)

²⁵ Ríos Gustavo, *op. cit.*, s/p.

FIGURA 1. MATRIZ DE RIESGO INHERENTE POR PRODUCTO DE UNA INSTITUCIÓN BANCARIA FINANCIERA (ESQUEMA GENERAL PARA CINCO TIPOS DE PRODUCTOS)

Factores de riesgo	Ponderación del factor riesgo (PFR)	Escala para cuantificar el efecto del riesgo (I= impacto)			Riesgo
Nivel de transacción	Probabilidad ponderada (1 a 10)	R=1 Hasta \$ 50 000	R=5 De \$50 001 a \$500 000	R=10 Más de \$ 500 000	
Producto ₁₁	PFR ₁₂	CRI ₁₃	CRI ₁₄	CRI ₁₅	Riesgo parcial ₁ (= PFR _{1P} X CRI _{1R, R=1,5 o 10})
Producto ₂₁	PFR ₂₂	CRI ₂₃	CRI ₂₄	CRI ₂₅	Riesgo parcial ₂
Producto ₃₁	PFR ₃₂	CRI ₃₃	CRI ₃₄	CRI ₃₅	Riesgo parcial ₃
Producto ₄₁	PFR ₄₂	CRI ₄₃	CRI ₄₄	CRI ₄₅	Riesgo parcial ₄
Producto ₅₁	PFR ₅₂	CRI ₅₃	CRI ₅₄	CRI ₅₅	Riesgo parcial ₅
Clasificación total de riesgo de la división preventiva de LA/FT de la entidad financiera RIT = SUM R _N					

Fuente: Elaboración propia con base en Albanese (2012), p. 214.

de cada uno de los riesgos, relacionados con los procesos [y] actividades en cuestión. Identifica también los factores internos y externos, que originan esos riesgos, denominados comúnmente “factores de riesgo”.

Las matrices de riesgos nos permiten, además, evaluar la efectividad en la gestión y en la administración de aquellos riesgos que puedan impactar en el cumplimiento de los objetivos de la organización.

¿Cómo se genera una matriz de riesgo inherente?

Para construir una matriz de riesgo podemos seguir los siguientes pasos:

- Identificamos el proceso que analizaremos.
- Determinamos los riesgos derivados del proceso bajo análisis y la amenaza que traen aparejada.

- Cuantificamos la amenaza identificada.
- Establecemos la composición de los factores de cada riesgo.
- Determinamos el valor de cada factor de riesgo, el cual estará en función de la criticidad de cada factor.

A continuación se presenta un esquema general de una matriz de riesgo que permite evaluar el riesgo inherente total de LA/FT que enfrenta una institución bancaria financiera en virtud de haber integrado cinco supuestos productos a su cartera de oferta. El propósito de este esquema es meramente didáctico y por supuesto que se considera perfectible. Sin embargo, partimos de la consideración de que esta propuesta contribuye al mejor conocimiento de este instrumento analítico de control del riesgo del citado fenómeno de LA/FT (véase Figura 1):

En esta matriz se presenta un arreglo alfanumérico de riesgo de LA/FT integrado por producto, y define cada producto o servicio que integra la cartera de oferta de la institución bancario financiera hipotética, como Producto_{NXM} N =1,2,3,4,5 (cinco supuestos productos), M=1,2,3,4,5, en este caso.

La ponderación del factor riesgo, PFR_{NXM}, se refiere a un número, en este caso entre uno y diez, que permite cuantificar el elemento riesgo inherente asociado a cada producto. Este número puede ser objeto de variaciones en virtud de la metodología que se implemente para su determinación, la cual puede basarse en las determinaciones de grupos de expertos, por ejemplo. En esencia se sustenta en una probabilidad a la que se le asigna una ponderación.

La escala para cuantificar el efecto del riesgo (impacto), (CRI_{NXM}), se refiere al ponderador (P, 1, 5 o 10 en este caso) que corresponde al impacto asociado a cada riesgo. Este ponderador dependerá de las características de cada impacto en particular, y puede ser determinado de conformidad con lo establecido por Albanese (2012), con base en las deliberaciones de un grupo focal.

Riesgo parcial_N corresponde al resultado del producto de los factores de ponderación de riesgo por su impacto.²⁶

RIT=SUM R_N. Es el resultado de sumar la columna de los riesgos parciales, y representa el riesgo total que una institución bancaria o financiera enfrenta por tipo de producto en la división de prevención de LA/FT. Una vez así estimado, este riesgo se tabula en una escala de riesgo general, por ejemplo, integrada por las categorías alto, medio o bajo.

Los rangos a que se refiere el nivel de la transacción por producto, se fundamentan en una segmentación de magnitudes transaccionales por tipo de producto.

Una recapitulación

No cabe duda que las actividades de LA/FT son un “riesgo a vigilar” en la actual sociedad del rastreo, en virtud de la capacidad de los recursos económicos de las entidades criminales para penetrar las empresas bancario financieras con objeto de dar a la ganancia ilícita una apariencia de licitud o para realizar actos terroristas. El riesgo inherente de una actividad económica nunca será igual a cero, por lo que es necesario su control administrativo mediante mecanismos preventivos y de control, mitigación y minimización.

Las matrices de riesgo son un instrumento adecuado en la consecución de este objetivo que requiere de aplicaciones específicas y de una constante actualización orientada al control.

²⁶ Véase Ríos (2004), ídem, quien señala:

“... Punto c) Cuantificamos las amenazas (P x I). Se considerará a tal efecto la probabilidad de ocurrencia (P) y el impacto (I). Recordemos que impacto es el perjuicio que pudiera producir la amenaza.

Tenemos aquí tres ejemplos: (tomando una escala de 1 a 3 para valorar la probabilidad y el impacto)

Probabilidad de la amenaza	Impacto de la amenaza	Valor amenaza
3	3	9

Probabilidad de la amenaza	Impacto de la amenaza	Valor amenaza
3	1	3
Probabilidad de la amenaza	Impacto de la amenaza	Valor amenaza
1	2	2

Las metodologías estudiadas no se encuentran aún acabadas y es necesario el constante desarrollo, discusión y modernización de estos instrumentos de análisis del riesgo.

Sólo así se podrá estar en la mejor disposición de enfrentar estos fenómenos que flagelan y vulneran a las sociedades actuales sin ninguna distinción.

Bibliografía

Albanese Diana Ester (2012), Análisis y evaluación de riesgos: aplicación de una matriz de riesgo en el marco de un plan de prevención contra el lavado de activos. *Revista de Administración e Contabilidad de Unisinos*, 9(3):2016-2015, julio a septiembre de 2012, Brasil. Existe documento electrónico en: <http://www.redalyc.org/html/3372/337228651001/>

Banco de España, *Guía para la elaboración de la matriz de riesgos*. En: http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuVertical/Supervision/transparencia/ficheros/Guia_para_la_elaboracion_de_la_matriz_de_riesgos_ESP.pdf

Beck, Ulrich (1986), *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad. Paidós Ibérica, versión digital*, en: <http://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>

Bell T., Peecher M.E., Solomon I., Marrs F.O., Thomas H. (2007), *Auditoría basada en riesgos*, Ecoe, Bogotá.

Ionescu, Luminița, Power, Mar (2011), “Internal control, corruption and money laundering, 2011”, en *Annals of Spiru Haret University, Economic Series*, vol. 2, núm. 3, pp. 91-97.

Owen Tim (2007), “Culture of crime control: through a post-foucauldian lens”, *Internet Journal of Criminology*. En: <http://www.internetjournalofcriminology.com/owen%20culture%20of%20crime%20control.pdf>

Ríos Gustavo (2004), “Auditando con Matrices de Riesgo”, en *Normaria*, Boletín de la Comisión de Normas y Asun-

tos Profesionales del Instituto de Auditores Internos de Argentina, N° 17, octubre de 2004, en: www.felaban.net/archivos_boletines_clain/archivo20140722162636PM.doc

Secretaría de Hacienda y Crédito Público (2011), Resolución por la que se expiden las Disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito en relación con el 87-D de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y 95-Bis de este último ordenamiento, aplicables a las sociedades financieras de objeto múltiple. *Diario Oficial de la Federación*, 17 de marzo de 2011, en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5182183&fecha=17/03/2011

Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Nuevas Recomendaciones del GAFI*, en: http://www.hacienda.gob.mx/inteligencia_financiera/ambito_internacional/grupo%20egmont/NotaNuevasRecomendacionesGAFI_27Mar_2012_VF.pdf, s/f

The Wolfsberg Group (2015), *Wolfsberg FAQs on Risk Assessments for ML, Sanctions and Bribery & Corruption*, en: <http://www.wolfsberg-principles.com/pdf/faq/Wolfsberg-Risk-Assessment-FAQs-2015.pdf>

Anexo

Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Resolución por la que se expiden las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito en relación con el 87-D de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y 95-Bis de este último ordenamiento, aplicables a las sociedades financieras de objeto múltiple. *Diario Oficial de la Federación*, 17/03/2011.

21^a. La aplicación de la política de conocimiento del cliente se deberá basar en el grado de riesgo transaccional que éste represente, de tal manera que, cuando el grado de riesgo sea mayor, la entidad deberá recabar

mayor información sobre su actividad preponderante, así como realizará una supervisión más estricta a su comportamiento transaccional.

Para efectos de lo señalado en el párrafo anterior, cada una de las entidades deberá contar con un sistema de alertas que le permita dar seguimiento y detectar oportunamente cambios en el comportamiento transaccional de sus clientes y, en su caso, adoptar las medidas necesarias. El sistema de alertas antes señalado deberá tomar en cuenta los montos máximos estimados a que se refiere el párrafo siguiente, para evaluar la transaccionalidad, conforme a lo establecido en el quinto párrafo de la presente Disposición.

Para efectos de lo anterior, las entidades deberán considerar, al menos durante los seis primeros meses siguientes al inicio de la relación comercial, la información que proporcione cada uno de sus clientes, relativa a los montos máximos mensuales de las operaciones que los propios clientes estimen realizar, para determinar su perfil transaccional inicial, que deberá estar incluido en el sistema de alertas a que se refiere el párrafo anterior, con objeto de detectar inconsistencias entre la información proporcionada por el cliente y el monto de las operaciones que realice.

Asimismo, las entidades deberán clasificar a sus clientes por su grado de riesgo y establecer, como mínimo, dos categorías: alto riesgo y bajo riesgo. Las entidades podrán establecer niveles intermedios de riesgo adicionales a las clasificaciones antes señaladas.

Con la finalidad de determinar el grado de riesgo en que deba ubicarse a los clientes al inicio de la relación comercial, las entidades deberán considerar la información que les sea proporcionada por éstos al momento de la celebración del contrato respectivo. Adicionalmente, las entidades deberán llevar a cabo, al menos dos evaluaciones por año calendario, a fin de determinar si resulta o no necesario modificar el perfil transaccional

inicial de sus clientes, así como clasificar a éstos en un grado de riesgo diferente al inicialmente considerado. Las evaluaciones se extenderán sobre aquellos clientes cuya celebración de contrato se hubiere realizado al menos con seis meses de anticipación a la evaluación correspondiente.

Las entidades, en los términos que al efecto prevean en sus documentos de políticas, criterios, medidas y procedimientos internos a que se refiere la 54^a de las presentes Disposiciones, aplicarán a sus clientes que hayan sido catalogados como de alto riesgo, así como a los clientes nuevos que reúnan tal carácter, cuestionarios de identificación que permitan obtener mayor información sobre el origen y destino de los recursos y las actividades y operaciones que realizan o que pretendan llevar a cabo.

Para determinar el grado de riesgo en el que deban ubicarse los clientes, así como si deben considerarse personas políticamente expuestas, cada una de las entidades establecerá en los documentos señalados en el párrafo anterior, los criterios conducentes a ese fin, que tomen en cuenta, entre otros aspectos, los antecedentes del cliente, su profesión, actividad o giro del negocio, el origen y destino de sus recursos, el lugar de su residencia y las demás circunstancias que determine la propia entidad.

22^a. Para los casos en que, previamente o con posterioridad al inicio de la relación comercial, una entidad detecte que la persona que pretenda ser cliente o que ya lo sea, según corresponda, reúne los requisitos para ser considerado persona políticamente expuesta y, además, como de alto riesgo, dicha entidad deberá, de acuerdo con lo que al efecto establezca en su documento de políticas, criterios, medidas y procedimientos internos, a que se refiere la 54^a de las presentes Disposiciones, obtener la aprobación de un funcionario que ocupe un cargo dentro de los tres niveles jerárquicos inferiores al del director general dentro de la misma, a efecto de iniciar o, en su caso, continuar la relación comercial.

23^a. Previamente a la celebración de contratos u operaciones con clientes que por sus características pudiesen generar un alto riesgo para la entidad, al menos un directivo que cuente con facultades específicas para aprobar la celebración de dichos contratos u operaciones, según corresponda, deberá otorgar, por escrito o en forma electrónica, la aprobación respectiva. Asimismo, para los efectos a que se refieren las fracciones IV y V de la 39^a de las presentes Disposiciones, las entidades deberán prever en sus documentos de políticas, criterios, medidas y procedimientos internos a que se refiere la 54^a de las mismas, los mecanismos para que sus respectivos oficiales de cumplimiento posean conocimiento de contratos u operaciones que puedan generar un alto riesgo para las propias entidades, así como los procedimientos que se deberán llevar a cabo para tramitar la aprobación señalada en esta Disposición.

24^a. Las entidades deberán clasificar a sus clientes en función al grado de riesgo de éstos.

Se considerarán como clientes de alto riesgo, al menos a las personas políticamente expuestas extranjeras. Respecto de los clientes a que se refiere este párrafo, las entidades deberán recabar la información que les permita conocer y asentar las razones por las que éstos han elegido celebrar un contrato u operación en territorio nacional.

En las operaciones que realicen los clientes que hayan sido clasificados de alto riesgo, las entidades adoptarán medidas razonables para conocer el origen de los recursos, y procurarán obtener los datos señalados en el Capítulo II de estas Disposiciones, respecto del cónyuge y dependientes económicos del cliente, así como de las sociedades y asociaciones con las que mantenga vínculos patrimoniales, para el caso de personas físicas y, tratándose de personas morales, de su estructura corporativa y de sus principales accionistas. Tratándose de personas políticamente expuestas extranjeras, las entidades deberán obtener, además de los datos de referencia, la documentación señalada en el Capítulo II de las presentes Disposiciones, respecto de las personas físicas y morales antes señaladas en este párrafo.

Las entidades, en los términos que al efecto prevean en sus documentos de políticas, criterios, medidas y procedimientos internos a que se refiere la 54^a de las presentes Disposiciones, o bien, en algún otro documento o manual elaborado por las mismas, deberán desarrollar mecanismos para establecer el grado de riesgo de las operaciones que realicen con personas políticamente expuestas de nacionalidad mexicana y, al efecto, las entidades determinarán si el comportamiento transaccional corresponde razonablemente con las funciones, nivel y responsabilidad de dichas personas, de acuerdo con el conocimiento e información de que dispongan las citadas entidades.



Régimen de responsabilidades legales de los servidores públicos: algunos presupuestos del sistema nacional anticorrupción

Eduardo Martínez Altamirano
Universidad Complutense de Madrid



Resumen

El presente estudio aborda el régimen jurídico de los servidores públicos, como una de las premisas para la comprensión del Sistema Nacional Anticorrupción, destacándose los derechos, obligaciones y el rol que desempeña el servidor como elemento clave en el correcto y buen funcionamiento de la Administración pú-

blica. Posteriormente se analizan algunos conceptos que subyacen del propio Sistema Anticorrupción, como lo es la corrupción, el conflicto de intereses y la rendición de cuentas, al ser dichos tópicos elementos que cobran cada día mayor importancia y contenido, gracias al apoyo que han tenido por parte de organizaciones civiles, instituciones educativas y los colectivos sociales que han impulsado las legislaciones para prevenir, investigar y sancionar los actos de corrupción de servidores públicos y particulares que manejan recursos públicos. Acto seguido y con apoyo en la Iniciativa ciudadana, se elabora una reseña de los principales aspectos que destacan de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, así como de las 7 leyes que integran el Sistema Nacional Anticorrupción, no sin manifestar al final una crítica jurídico-penal a las adecuaciones al Código penal federal en lo relativo los delitos por hechos de corrupción.

Palabras clave: servidor público, corrupción, rendición de cuentas, sistema nacional anticorrupción, régimen de servidores públicos, conflicto de intereses, responsabilidad.

Abstract

This study approaches the legal status of public servants, as one of the premises for understanding the National Anticorruption System, highlighting the rights, obligations and the role played by the server as a key element in the correct and proper function of public administration. Later some concepts underlying the Anticorruption System itself are discussed, as corruption, conflict of interest and accountability, being such topics, elements that increase day by day in matter of importance and content, thanks to the support they have had from civil organizations, educational institutions

and social groups that have promoted legislation to prevent, investigate and punish acts of corruption of public and private servers that manage public resources. After, and based on the Citizens' Initiative, comes a review of the main aspects that stand out from the General Law on Administrative Responsibilities and the 7 laws that make up the National Anti-Corruption System. At the end, a legal-criminal critique to the amendments made to Federal Criminal Code regarding corruption transgressions.

Key words: public servant, corruption, accountability, anti-corruption national system, public servant regime, conflict of interests.

Introducción

La impunidad suele ser definida —de forma general— como la ausencia de castigo por un comportamiento contrario a lo que establece la ley de una comunidad; o bien, desde una perspectiva más específica y dogmática, como “la inexistencia de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad administrativa, civil o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.¹

Deseaba iniciar este estudio haciendo alusión, en primer lugar, al concepto de corrupción, pero el estrecho vínculo que guarda el binomio impunidad-corrupción da la pauta a que en su trata-

¹ Cfr. Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara, Gérardo (2016), *Índice global de impunidad México IGI-MEX 2016*, Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia UDLPA, México, p. 12.

miento o mención vayan —necesariamente— unidos, sobre todo en un país en donde quien es corrupto lo es, en gran medida, debido a que sabe o tiene la expectativa de que sus actos quedarán sin castigo; es decir, permanecerán en la mayor impunidad, aunque en México —particularmente— existen opiniones que indican una mayor relación entre la impunidad y percepción de corrupción, que entre impunidad y frecuencia de corrupción.²

En este sentido, debemos señalar que la impunidad, al igual que su pariente cercana la corrupción, es un fenómeno multidimensional y multi-causal, ya que subyace del quehacer de un Estado en temas tan delicados y cuestionados como la seguridad pública, la procuración y administración de justicia, el correcto funcionamiento del sistema penitenciario, así como la tutela de los derechos humanos, y en donde existe, además, corresponsabilidad tanto de los poderes y en los distintos órdenes de gobierno para atender un problema que ha superado todas las instancias y que demanda, hoy más que nunca, de actores no gubernamentales como la sociedad civil, sector privado, la academia, los medios de comunicación y organizaciones internacionales.³

En efecto, la corrupción es quizá el problema que más preocupa actualmente a los ciudadanos, por lo que un sistema, al menos con las características con que se ha venido estructurando e impulsando en los últimos meses en México, pretende fortalecer la confianza de la sociedad en la gestión pública a través de la formulación y eva-

² Vid. A detalle, Bohórquez, E., Guzmán, I. y Petersen, Germán (2016), “Corrupción e impunidad: ¿dos caras de la misma moneda?”. Disponible en: www.animalpolitico.com/blogueros-blog-invitado/2016/01/26/corrupcion-e-impunidad-dos-caras-de-la-misma-moneda/

³ Vid. Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo, *Índice global de impunidad...*, pp. 12-13.

luación de políticas en materia de transparencia, rendición de cuentas, cultura de la legalidad, ética pública, integridad y participación ciudadana para el combate a tan deleznable fenómeno.⁴

A continuación haremos una breve mención de los distintos tipos de responsabilidades dentro del régimen jurídico del servidor público, como presupuesto al análisis de la reforma constitucional sucedida con motivo del Sistema Nacional Anticorrupción.

Régimen jurídico de responsabilidades públicas

SOBRE EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

En opinión de Larrañaga la noción de responsabilidad hace referencia al conjunto de condiciones, consecuencias y contextos que se asocian a la responsabilidad como una de las ideas normativas fundamentales. Su noción es un enunciado considerablemente vago que, en términos muy generales es análogo al de imputación, en los distintos contextos sociales. El concepto, en cambio, es más concreto y evidencia el conjunto de condiciones y consecuencias de la responsabilidad dentro de un contexto normativo concreto.⁵

La evolución de la responsabilidad —insiste— como fenómeno cultural puede verse, desde una perspectiva general, como la coincidencia de dos procesos independientes: uno, la desintegración

⁴ Vid. González Gómez, Javier (2011), “La corrupción en México: entre el desánimo público y la falta de institucionalidad”, en Vizcaíno Zamora, Álvaro (Coord.), *Combate a la corrupción*, Inacipe, México, p. 45; Evia Loya, Romeo Arturo (2007), *El marco normativo del combate a la corrupción*, Porrúa, México, p. 15.

⁵ Así, Larrañaga, Pablo (2000), *El concepto de responsabilidad*, Fontanar, México, p. 18, *passim.*, p. 30

de una noción unitaria de responsabilidad y, otro, la formación de distintos conceptos parciales. Ambos procesos, como parece obvio, han acompañado la progresiva composición de sistemas normativos particulares que, pese a ser parcialmente coincidentes en su contenido, de algún modo se han individualizado, regulando las distintas áreas de la conducta humana.⁶

En este sentido, son esas distintas áreas, como veremos, fundamentales para prevenir, regular y, en su caso, punir aquellas conductas que afectan o suponen una amenaza al correcto funcionamiento de la función pública, ya sea por quienes detentan la condición personal de ser servidores públicos o por particulares. En este caso, en concreto, haremos una breve mención de las responsabilidades de los servidores al estar sujetos a una regulación o régimen especial con motivo de su participación en el ejercicio de funciones públicas. Así, si éste incumple con las obligaciones que con fundamento en la ley tiene impuestas, dará lugar a la aparición de responsabilidades a favor del o los sujetos lesionados o del Estado, de conformidad al régimen legal que sea aplicable (penal, política, civil, etcétera.).⁷

Por lo tanto, el término responsabilidad en el presente contexto implica: que un individuo tienen la cualidad de servidor, funcionario o autoridad, por lo que tiene a su cargo una o varias obligaciones, con motivo de las acciones u omisiones que realiza en el ejercicio de su cargo; que tiene la posibilidad de incumplir con sus obligaciones y, por último, que de este incumplimiento se genere un reproche o ilícito en el ámbito que corresponda.

TIPOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como ya se ha señalado, el servidor público, por acción u omisión, puede generar distintos tipos de responsabilidad. A continuación se exponen las diferentes variables de responsabilidad en que éste puede incurrir.

La responsabilidad patrimonial del Estado

La responsabilidad patrimonial del Estado es una institución relativamente nueva en nuestro sistema constitucional, que deriva de reconocer al Estado como sujeto jurídico de derechos y obligaciones ante los gobernados. Los orígenes de esta responsabilidad se remontan varios años atrás en nuestra legislación, sin embargo, fue a partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2002, que se adicionó un segundo párrafo al numeral 113 de la CPEUM, lo que dio origen a lo que ahora se conoce como la “responsabilidad patrimonial del Estado” o también llamada “la responsabilidad objetiva y directa del Estado”.⁸

Los analistas del tema, como Castrejón García, señalan que hasta antes de la reforma al texto de la Constitución existía lo que durante mucho tiempo fue aplicable, pero que carecía de eficacia, que era la responsabilidad civil, de donde se derivaban conductas irregulares en las que podían incurrir los servidores públicos y que ocasionaban algún daño, lesión o perjuicio a los particulares. En este supuesto el particular tenía la posibilidad y el derecho subjetivo de percibir una indemnización por parte de aquel servidor público que hubiere incurrido en el supuesto de

⁶ Así, Larrañaga, Pablo, *El concepto...*, op. cit., p. 18, *passim.*, p. 30.

⁷ Cfr. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto (2011), *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, Porrúa, México, pp. 24-25.

⁸ Cfr. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *El sistema de responsabilidades...*, op. cit., pp. 17-20.

la conducta mencionada a través de un juicio previo.⁹

Sin embargo, las dificultades no estaban en la materia que regulaba el procedimiento, sino los efectos de las sentencias que se dictaran sobre el asunto en concreto. Así, si durante el procedimiento se lograba acreditar la acción de responsabilidad civil, se podría dictar una sentencia favorable al particular en la que se condenara al pago de una indemnización por parte del servidor público demandado. Ahora bien, es precisamente aquí cuando empezaban los problemas jurídicos, prácticos, económicos para el actor particular, ya que el problema —como indica este autor— no era obtener una sentencia favorable, sino el de ejecutarla, ya que cuando operaba la responsabilidad civil quien respondía directamente de los daños y perjuicios que se causaran con la actividad administrativa irregular era directamente el servidor público, quien debía de responder hasta el monto del patrimonio con que contara; el Estado tenía una responsabilidad subsidiaria, es decir que si el servidor público no cubría con sus bienes la totalidad de la indemnización, el Estado debería de cubrir las diferencias restantes y posteriormente hacerlas efectivas al servidor público.¹⁰

⁹ Así, Castrejón García, Gabino Eduardo, "La responsabilidad patrimonial del Estado". Disponible en línea: www.acatlan.unam.mx/multidisciplina/file_download/122/multi-2012-01-01.pdf

¹⁰ Así, Castrejón García, Gabino Eduardo, "La responsabilidad patrimonial del Estado". Disponible En línea: www.acatlan.unam.mx/multidisciplina/file_download/122/multi-2012-01-01.pdf. A propósito del breve apuntamiento que aquí se formula, se sugiere la siguiente bibliografía sobre el tema de la responsabilidad patrimonial: Lucero Espinosa, Manuel (2016), *Responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito federal*, UP-Express, México; Castro Estrada, Álvaro (2007), *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México; Moguel Caballero, Miguel (2006), *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México; Castro Estrada, Álvaro (2005), *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México; Fernández Fernández, V. (2011), *Responsabilidad patrimonial del Estado en México*, Porrúa-ITESM, México; Cid Cabello, Montserrat (2014), *La responsabilidad patrimonial del Estado en México*, Tirant lo Blanch, México.

Es en el Título Cuarto, bajo la rúbrica "De las responsabilidades de los servidores públicos, particulares, vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción, y patrimonial del Estado", en donde se ubica el fundamento constitucional de la responsabilidad del servidor público.

De conformidad con los artículos 108, 109, fracción II y 114, segundo párrafo, la comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en términos de la legislación penal, lo cual se establece, principalmente, en el (nuevo) Título Décimo del Código Penal Federal, del cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones en materia de combate a la corrupción, para establecer los siguientes ilícitos:

- Ejercicio ilícito de servicio público (antes ejercicio indebido del servicio público);
- Abuso de autoridad;
- Desaparición forzada de personas;
- Coalición de servidores públicos;
- Uso ilícito de atribuciones y facultades (antes uso indebido de atribuciones o facultades);
- Concusión;
- Intimidación;
- Ejercicio abusivo de funciones;
- Tráfico de influencia;

- Cohecho;
- Cohecho a servidores público extranjeros;
- Peculado; y,
- Enriquecimiento ilícito.

El concepto de servidor público a efectos penales

El tema de los sujetos en la función pública (servidor público, empleado público, funcionario público, autoridad, cargo público)¹¹ y su consecuente definición amerita precisiones que superarían ampliamente el objeto del presente estudio; por ello, en virtud del tema que aquí nos ocupa, sólo me limitaré a comentar dos definiciones que en mi opinión son útiles y confluyen en una perspectiva eminentemente penal.

La primera corresponde a la definición del art. 108 constitucional, la cual ofrece una panorama de las personas que deben ser reputadas como servidores públicos para los efectos a que alude el Título relativo a las responsabilidades de los servidores públicos, particulares, vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción, y patrimonial del Estado.¹²

¹¹ Cfr. Béjar Rivera, Luis José y Orrico Gálvez, Alejandro (2014), *Régimen de la función pública y régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, ESPRESS-Universidad Panamericana, México, p. 27.

¹² Art. 108: “Para los efectos de este Título y el subsecuente, es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en el Poder Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los gobernadores de los Estados, a los diputados, a las Legislaturas locales y a los magistrados de los Tribunales de Justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal”.

La otra es la definición de servidor público que a efectos penales establece el reformado artículo 212 del Código Penal federal que dicta:

Para los efectos de este Título y el subsecuente, es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en el Poder Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los gobernadores de los Estados, a los diputados, a las Legislaturas locales y a los magistrados de los Tribunales de Justicia locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal.

En los delitos que integran del Título Décimo del Código Penal federal, normalmente el sujeto activo de los mismos es un servidor público, aunque en algunos preceptos también puede ser un particular, de algún modo asimilado al servidor *ex lege*. Es importante saber quién es servidor público (a efectos penales), pues de ello dependerá que una persona pueda ser o no sujeto activo de estas conductas delictivas en concepto de autor; aunque también la trascendencia del concepto se traslada al supuesto de determinar en algunos casos al sujeto pasivo de los mismos (por ejemplo, en el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, delitos cometidos contra funcionarios públicos).¹³

¹³ Cfr. Mir Puig, Carlos (2000), *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, pp. 20-21; también, Ortiz Soltero, Sergio Monserrit (2004), *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, Porrúa, México, p. 217.

Cabe aquí precisar, también, que de la clasificación de penas y medidas de seguridad que establece el art. 24 del Código Penal federal, aquellas que se asignan a estas figuras delictivas pueden ser la prisión, la sanción pecuniaria (multa), la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, cargos o comisiones públicas, así como el decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

En el caso de la individualización de las sanciones en este Título, el Código establece que el juez tomará en cuenta, en su caso, el nivel jerárquico del servidor público y el grado de responsabilidad del encargo, su antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito. Sin perjuicio de lo anterior, la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena.

Y cuando los delitos a que se refieren los artículos 215, 219 y 222 del presente Código, sean cometidos por servidores públicos miembros de alguna corporación policiaca, aduanera o migratoria, las penas previstas serán aumentadas hasta en una mitad.

Por último, señalar que en el ámbito penal existe una protección constitucional que se otorga a los servidores que figuran en el art. 111 de la Ley Fundamental.¹⁴ Esta protección es un

cuestionado privilegio que tienen los funcionarios ahí mencionados, que consiste en que no se pueda proceder contra ellos por la vía penal, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados; esta autorización se denomina declaración de procedencia y mantiene en esencia ciertas similitudes con el procedimiento de juicio político.¹⁵

Responsabilidad administrativa

La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos se establece en los artículos 73, fracción XXIX-H; 108 y 109, fracción III; el numeral 113 (a propósito del SNA), y el art. 114, en donde se establecen los casos y plazos de prescripción de responsabilidad en el presente ámbito. Es en diciembre de 1982 cuando el desarrollo de la responsabilidad administrativa experimenta uno de sus mayores impulsos con la expedición de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, texto normativo que venía a reformar al antiguo Título IV de la Constitución de 1917, aunque a esa Ley antecedieron distintos proyectos que sirvieron de incentivo para sentar las

¹⁴ Artículo 111. Para proceder penalmente contra los diputados y senadores del Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el jefe de Gobierno del Distrito

Federal, el fiscal general de la República y el procurador general de Justicia del Distrito Federal, así como el consejero presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si hay o no lugar para proceder contra el inculpado. También gozan de esta protección los gobernadores de los Estados, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los estados, en su caso los miembros de los Consejos de las Judicaturas locales, y los miembros de los organismos a los que las constituciones locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal les otorgue autonomía, en cuyo caso se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

¹⁵ Vid. Arroyo Herrera, Juan Francisco (2004), *Régimen jurídico del servidor público*, Porrúa, México, p. 96.

bases de lo que hoy es un régimen jurídico-administrativo del servidor público.¹⁶

Conforme al último precedente legislativo, previo a la expedición de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada en el DOF el 18 de julio de 2016, se decía que la responsabilidad administrativa es aquella en la que incurren los servidores públicos cuando, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, su conducta contraviene las obligaciones contenidas en el Código de Conducta Administrativa que preveían las 24 fracciones del artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los servidores públicos.¹⁷

La nueva legislación administrativa (Ley 3 de 3), establece en su Capítulo II los principios que observarán los servidores en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, como es el de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendiciones de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público. Para la efectiva aplicación de dichos principios se observarán las directrices que prevé el mismo art. 7 de dicha Ley. Las obligaciones —en principio— de los servidores públicos y particulares cuyo incumplimiento pudiera generar responsabilidades administrativas, están previstas en dicho numeral, aunque debemos aclarar que existen otras normatividades que también establecen obligaciones.

¹⁶ A mayor abundamiento sobre los antecedentes inmediatos al sistema de responsabilidades de los servidores públicos vigente, *vid.* Gándara Ruiz Esparza, Alberto (2010), *Responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, Porrúa, México, pp. 1-8; también, Juárez Mejía, Godofredo Humberto (2002), *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, Porrúa, México, pp. 1-38.

¹⁷ Cfr. Ortiz Soltero, Sergio Monserrat, *Responsabilidades legales...*, *op. cit.*, p. 127.

La responsabilidad administrativa, junto a la normatividad que le da sustento jurídico, es uno de los aspectos torales que rigen al Sistema Nacional Anticorrupción. Es, desde luego, una parte sustancial del nuevo entramado para combatir la corrupción y configura, implícita y explícitamente, el control de la Administración, estableciendo límites al desempeño del funcionario, así como los derechos, obligaciones y sanciones por actos u omisiones de servidores públicos y particulares que incurran en faltas administrativas. Esta responsabilidad se vincula con los requisitos de ética que las normas legales e instrumentos internacionales imponen.

En los términos de la fracción III del numeral 109 de la CPEUM las sanciones que se pueden imponer son la amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable, y siempre en relación a los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones. La ley establecerá los procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones.¹⁸

Responsabilidad política

La responsabilidad política es de suma importancia, ya que tiene incidencia directa en la ejecución de los fines del Estado. Suele definirse como aquélla que tienen los servidores o funcionarios cuando con motivo de su conducta violan los intereses públicos fundamentales y su buen despacho; pero también se dice es la que tienen los funcionarios estatales cuando con su conducta

¹⁸ *Vid.* Título Cuarto de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

transgredan las leyes federales o por el manejo indebido de fondos o recursos federales.¹⁹

De las características y facultades de los sujetos del juicio político se infiere que se trata de servidores que tienen atribuidas facultades de gobierno y de administración y que, por lo tanto, su actuación puede ser trascendente respecto de los intereses públicos fundamentales. Por consiguiente, no todos los servidores públicos podrían incurrir en este tipo de responsabilidad.²⁰

Su fundamento constitucional lo encontramos en los artículos 109 fracción I; 110 y 114, primer párrafo; así como en los títulos I y II de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Aunque de conformidad con el artículo Tercero Transitorio del Decreto por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicado en el DOF 18-07-2016, a partir del 19 de julio de 2017 “se derogarán los Títulos Primero, Tercero y Cuarto de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos”.

Los sujetos de responsabilidad política están establecidos en el artículo 110 de la CPEUM:

Los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el fiscal general de la República, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, el consejero presidente, los consejeros electorales y el secretario eje-

cutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos. Los ejecutivos de las entidades federativas, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas locales, así como los miembros de los organismos a los que las constituciones locales les otorgue autonomía, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este Título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales; pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.

El ordenamiento aplicable en materia de responsabilidad política es la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, cuyo objeto es reglamentar el Título Cuarto constitucional en materia de: los sujetos de responsabilidad en el servicio público; las obligaciones en el servicio público; las responsabilidades y sanciones administrativas en el servicio público, así como las que se deban resolver mediante juicio político; las autoridades competentes y los procedimientos para aplicar dichas sanciones; las autoridades competentes y los procedimientos para declarar la procedencia del procesamiento penal de los servidores públicos que gozan de feroe y el registro patrimonial de los servidores públicos.

¹⁹ Así, Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *Responsabilidades legales...*, op. cit., pp. 90-91; también, Cárdenas, Raúl F. (1982), *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Porrúa, México, p. 163 y ss.

²⁰ Opinión de Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto (2011), *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, Porrúa, México, pp. 35-36.

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para ejercer funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Responsabilidad civil

El fundamento constitucional de este tipo de responsabilidad se ubica en el art. 111 al establecer la posibilidad de demandar a los servidores públicos por la vía civil, al señalar que para ejercer esta vía no es necesario contar previamente con declaración de procedencia.

La responsabilidad civil —señala Ortiz Soltero—, en el caso del funcionamiento del servicio público, deriva de la conducta del servidor público que obtiene un lucro indebido u ocasiona en el ejercicio del cargo, un daño a la Hacienda Pública o a un particular, por lo cual está obligado a responder por el acto u omisión que cometió con bienes de su propiedad, o de terceros, suficientes para cubrir estos conceptos.

Como ya se dijo en el apartado relativo a la responsabilidad patrimonial, ésta ha sido más efectiva para exigir una indemnización y ha venido a sustituir a la civil. La responsabilidad patrimonial puede ser objetiva y directa, con lo cual responde de las acciones u omisiones dañinas de los servidores públicos, siendo por esta razón procedente que al indemnizar al administrado en los términos de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, éste pueda repetir contra los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta cuando la falta administrativa haya sido grave, previa substancialización del procedimiento administrativo disciplinario previsto, en el que se determine su responsabilidad.²¹

Ésta no se limita a sus actos como particular, sino que se extiende a aquellas acciones en

²¹ En Béjar Rivera, Luis José y Orrico Gálvez, Alejandro, *Régimen de la función pública...*, op. cit., p. 51.

el ejercicio del cargo. La sanción económica la impone la autoridad administrativa y la sanción pecuniaria el juez penal y dada su idéntica naturaleza no pueden imponerse las dos por la misma conducta cometida, cuando se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento. Esta responsabilidad ha sido sustituida por la responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el segundo párrafo del artículo 113 de la CPEUM, en el cual el Estado debe responder de los daños que con motivo de su actividad administrativa irregular, cause a los bienes o derechos de los particulares, teniendo el administrado derecho de ser indemnizado conforme a la bases, límites y procedimientos que establezca la ley reglamentaria en la materia (Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado), derogando con ello el art. 1927 del CCF.²²

La corrupción y su “compleja” definición

Muchos son los estudios que ha suscitado la corrupción y, en consecuencia, diversas las definiciones que los mismos ofrecen. De la vorágine de opiniones que se desprenden de una inabordable bibliografía, sigue siendo su conceptualización, debido a las distintas facetas que adopta en función de los variados contextos en que se desarrolla, uno de los aspectos más difíciles de concretar.²³

Así, dos son las perspectivas básicas en las que, en opinión de la doctrina más comprometida con el tema, ésta es usada, entendiéndose ya

²² Vid. Arroyo Herrera, Juan Francisco (2004), *Régimen jurídico del servidor público*, Porrúa, México, p. 99.

²³ Cfr. Cocciole E. (2008), “Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo”, en *Revista Llengua i Dret*, núm. 50, pp. 17 y ss.

sea para hacer alusión a una actividad humana específica, como por ejemplo el soborno, o bien en un sentido más general de destrucción, devastación o como sinónimo de decadencia, desintegración, degeneración o envilecimiento, conceptos con una carga significativa eminentemente negativa. A ellos deben añadirse, también, las múltiples definiciones que se han elaborado para caracterizarle, mismas que han ido agrupándose en tres grandes vertientes, la primera de las cuales pone énfasis en los deberes del funcionario y en la singularización de la función; la segunda está incardinada a aspectos como la demanda, la oferta y el intercambio de acciones corruptas y, por último, el tercer rubro la define en atención al interés público.²⁴

Aun cuando ha sido la sociología y la ciencia política las asignaturas que de forma más prolífica se han involucrado en su estudio, su naturaleza genera asimismo un interés muy particular en la ciencia jurídica, en donde el nexo entre corrupción y legalidad —en el marco del desarrollo de las funciones públicas— es el aspecto que demanda más atención, desde el momento en que se subordinan las potestades públicas al interés privado cuando éste difiere del interés general a que toda actuación pública se debe con base en los preceptos y principios constitucionales. En este sentido, ha sido el Derecho penal el sector del ordenamiento jurídico que de forma más clara ha advertido la amenaza que el fenómeno supone para un sistema democrático y sus instituciones, siendo ello motivo suficiente para trasladar aquí algunos de los principios, causas y consecuencias propios de una problemática capaz de poner en jaque la estabilidad y seguridad de las sociedades,

amenazar el desarrollo social, económico y político, destruyendo el valor de la democracia.²⁵

Desde una perspectiva general la corrupción suele definirse como aquellos actos que implican, por acción u omisión, la violación de un deber posicional o el incumplimiento de una función específica, en un marco de discreción, con el objeto de obtener algún tipo de beneficio personal extrapolacional, lo que lo convierte en un fenómeno *heterogéneo, sistemático y complejo*. Se dice que es un *fenómeno heterogéneo* porque su significado está subordinado a un modelo normativo de referencia, lo que dificulta su estudio comparado, toda vez que los estados se muestran renuentes a admitir una fiscalización externa de sus instituciones públicas, además que se está frente a un fenómeno que no se desarrolla únicamente en el sector público, sino que cada vez tiene más incidencia en el sector privado.²⁶

Igualmente se afirma que es un *fenómeno sistemático* porque su naturaleza se relaciona con elementos de la organización política o administrativa, lo que ocasiona que subsista por medio de connivencias directa o indirectamente aceptadas, obligando a situar el comportamiento individual en un sistema de complicidades de diverso

²⁵ Cfr. En efecto, el Derecho penal es y ha sido probablemente el sector del ordenamiento más comprometido con el análisis de este fenómeno. Ahora bien, al margen de esto, resulta interesante destacar que un Derecho penal *ad hoc* relativo a la corrupción resulta inaceptable. Su legítima intervención dependerá del respeto de las garantías constituidas en límite a la potestad punitiva estatal. Ceder ante el mito de la eficacia en el control de la desviación política representaría el triunfo de la corrupción que se pretende combatir, pues su germen destructivo habría pervertido el sistema penal. Cfr. González, Joaquín (2000), *Corrupción y justicia democrática*, Clamores Madrid, p. 36, *passim*, p. 204; también, Sabán Godoy, Alfonso (1997), *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, pp. 17 y 18, Huber Bárbara (2003), “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, en *Revista Penal*, núm. 11, p. 41.

²⁶ Vid. Queralt Jiménez, Joan J. (2003), “La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales”, en *Derecho Penal Económico*, CGPJ, Madrid, pp. 39-40.

²⁴ Cfr. Malem Seña, Jorge (1997), “El fenómeno de la corrupción”, en *La corrupción política*, Alianza, Madrid, p. 73.

tipo y amplitud. Por último, se reconoce de forma unánime la *complejidad* que entraña dicho fenómeno, debido a que en él convergen una serie de variables que fomentan su desarrollo en el actuar del ciudadano, de la empresa o del propio Estado y; porque, si bien es cierto que son muchas las medidas que se han ido conformando para reducir esta serie de acontecimientos, existe una evidente tendencia a obviar su alcance, con fundamento en razones económicas, políticas, morales o por simple conveniencia.²⁷

Como se puede advertir de lo hasta aquí manifestado, son muy diversas las formas y las clasificaciones que se han fijado alrededor de dicho fenómeno. Así, las opiniones más clásicas apuntan a una distinción entre *corrupción pasiva y activa*, basándose en quién tiene el poder de decisión o quién solicita un actuar contrario a las obligaciones de este último.

En este mismo propósito, no menos interesante resulta la clasificación que distingue entre corrupción privada y pública, en cuyo caso la primera se manifiesta en las relaciones *inter privatos*, mientras que la pública se desarrolla en el ámbito de la Administración cuando se renuncia a la eficacia que ha de guiar la política, de modo que comportamiento ilícito se desvía tanto de los medios como de los fines legítimos, llegando a encuadrarse dentro de lo que se denomina inmoralidad política, que es un tipo de desviación de las conductas de los gobernantes respecto a determinadas normas morales.²⁸

La corrupción privada, por el contrario, se entiende como un abuso de potestades de control de decisión en la empresa privada, dando lugar a conflictos de intereses dentro de este específico sector, originándose y desarrollándose en los núcleos de poder de las empresas privadas, generalmente con proyección pública, las cuales se valen de las deficiencias estructurales de las compañías para obtener un beneficio personal, perjudicando con ello otros intereses privados particulares y colectivos, lo que repercute en los intereses generales como es el funcionamiento eficiente del sistema financiero y económico en su conjunto. Ésta representa, en la coyuntura actual que genera el Sistema Nacional Anticorrupción, un componente que ha ido alcanzando un interés especial.

Ahora bien, si nos ceñimos a una vertiente estrictamente jurídica de la corrupción, el acto corrupto viene a ser una trasgresión al ordenamiento legal, con el que se genera un rédito económico a un conjunto de individuos y se ocasiona un agravio al interés general, alterando seriamente la consecución de los fines, así como la vigencia de las garantías que legitiman y delimitan las funciones de la Administración. Y, como iremos viendo, en lo que corresponde a la corrupción pública o de corte funcionarial, ésta se refiere a los comportamientos llevados a cabo por los agentes públicos que utilizan la potestad que les ha sido delegada al servicio del interés privado.²⁹ Tras estas observaciones en donde se busca plasmar algunos de los aspectos más básicos de esta problemática social, el debate se sitúa ahora en torno al análisis del vínculo entre la corrupción como categoría jurídico penal y los llamados poderes públicos.

²⁷ Cfr. Demetrio Crespo, Eduardo (2002), "Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública", en *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. III, Universidad de Salamanca, pp. 174-175.

²⁸ Cfr. López Calera, Nicolás (1997), "Corrupción, ética y democracia", en *La corrupción política*, Alianza, Madrid, p. 120.

²⁹ Cfr. Díaz y García Conledo, Miguel (2007), "El Derecho penal ante la corrupción política y administrativa", en Zapatero, Virgilio (compilador), *La corrupción*, Coyoacán, México, pp. 115 y ss.

APROXIMACIÓN LA CORRUPCIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICO-PENAL Y A LOS LLAMADOS PODERES PÚBLICOS

En una de las pocas monografías que abordan el tratamiento de la corrupción desde una perspectiva “estrictamente jurídica”, se insiste en que el término corrupción y su opuesto de honradez, sólo tienen cabida, tal y como los percibimos, dentro de un sistema de normas previamente determinado, a las que se subordina la conducta pública con resultados muy diversos. Esta afirmación resulta tan ilustrativa como tributaria de una realidad social que precisa de una intervención punitiva, pero en donde se requiere, con carácter previo, un examen de la específica parcela del entramado social y político en el que se pretende esa reacción sancionadora.³⁰

No es fácil sancionar penalmente comportamientos desviados en un ámbito que, como el público (entiéndase por éste la Administración, sus instituciones políticas y su relación con los particulares), requieren una serie de principios y criterios orientadores en la pretensión de castigar y en donde el fuerte componente político resulta determinante en las medidas que han de adoptarse de cara a legitimar esta pretendida intervención punitiva. Así, la ineludible necesidad de guiar correctamente la actuación política y administrativa y la presencia de intereses particulares y su actuación en el ámbito público, pasan a formar parte de un cometido legislativo dirigido a frenar las prácticas corruptas y evitar la desviación del interés general. En esta encomienda, como afirma García Arán, aparecen una serie de prevenciones que merecen ponderarse, como es

el valorar la idoneidad del instrumento punitivo que se buscan emplear; a la vez, surgen dudas y temores los cuales están igualmente presentes en “actuaciones criminales que podrían ubicarse comúnmente en la delincuencia propia de sectores integrados socialmente e identificados con las pautas de comportamiento dominantes”.³¹

Algunos de estos temores radican en la adopción de una serie de medidas propias de un “Derecho penal simbólico”, término que —dejando de lado la imprecisión que concita la propia literalidad del término— es valorado usualmente desde dos perspectivas distintas. Así, una se caracteriza por el sostenimiento de la intervención penal incluso cuando ya no se pueden conseguir sus efectos instrumentales, pero se finge que sí lo son, para así continuar en la consecución de sus efectos simbólicos.³² En este tenor se está en la convicción de que se cumplen las funciones manifiestas, cuando en realidad las que se satisfacen son otras, las subyacentes. Por tal motivo, ese simbolismo tiende muchas veces a identificarse con engaño.³³

El otro planteamiento, por su parte, subraya la desnaturalización de la intervención penal que acarrea, debido a la falta de legitimación de la gran mayoría de los efectos simbólicos y de ahí que, precisamente se enfatice el protagonismo de la intervención punitiva. De este modo, las normas que tienen un marcado carácter no ha-

³⁰ Cfr. García Arán, Mercedes, “¿Hasta dónde la protección penal...?”, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

³¹ “Simbólico”, afirma Hassemer, es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominan sobre las manifiestas, lo que significa que puede esperarse que se realice a través de la norma y su aplicación otros fines ajenos a los descritos en el texto de la norma. Así, Hassemer, Winfried (1991), “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, núm. 1, p. 28.

³² Cfr. Baratta, Alessandro (1991), “Funciones instrumentales simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, en *Pena y Estado*, núm. 1, p. 54.

³⁰ Cfr. García Arán, Mercedes (1997), “¿Hasta dónde la protección penal de lo público?”, en *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, p. 253.

cen sino aludir a la tutela de un determinado (o pretendido) bien jurídico cuando en realidad no resulta ser tal, buscando una intervención que a todas luces prescinde de los planteamientos propios de un Derecho penal configurado conforme a un Estado de Derecho.

Aunque las opiniones doctrinales aceptan que la función simbólica tiene un carácter latente en todos los tipos penales, esto no significa que por ello esas normas carezcan de legitimidad, pues lo más importante radica —como ya señaló hace algunos años Silva Sánchez— en “reconocer plenamente la existencia, la legitimidad de un bien jurídico, por lo que el simbolismo que proyecta no en sí el problema, sino cuando este carácter adquiere una proyección omnímoda en preceptos que, incapaces de salvaguardar bienes jurídicos (esto es, su función instrumental), se limitan a promocionar estos efectos, dándoles un carácter exclusivo y representativo”.³⁴

De las reflexiones antecedentes se desprenden —en términos muy generales— sólo algunas de las consecuencias o temores que se presentan cuando se intenta justificar la necesidad de una intervención punitiva en un espacio que, como lo es el público, precisa más que nunca de una tutela penal, debido a las constantes y complejas desviaciones derivadas de la actuación de servidores públicos, en donde la configuración jurídica del sistema democrático impone el fincar límites a un proceso de descomposición como es la corrupción, mismo que se incrementa cada vez más al interior de la Administración Pública, y cuyas distintas vertientes han sido retomadas recientemente en razón del establecimiento de un Sistema Nacional Anticorrupción.

³⁴ Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, pp. 304-307.

Ahora bien, condición ineludible en el análisis de la corrupción, previa a la delimitación y prevención de tales conductas es, por tanto, su asimilación como un mal social, apreciación que está a su vez supeditada a la concepción política de cómo debe distribuirse, organizarse y controlarse el poder en la sociedad, ya que sólo ante una orientación servicial de los poderes públicos, encauzados a la satisfacción de los intereses generales de la ciudadanía y la garantía de sus derechos, será factible el establecimiento de barrera punitivas en contra de este fenómeno.³⁵

Así, en vista de la naturaleza execrable de estas conductas y su dañosidad para la Administración, la censura penal a tales comportamientos se ha ido traduciendo en un extenso grupo de ilícitos que buscan la tutela penal de la Administración y los poderes públicos, intentando implicar toda actuación que de forma grave perturbe el cumplimiento de los fines y la vigencia del sistema de garantías que legitiman las funciones del servicio público, cuando el servidor público, funcionario o autoridad no se conducen con imparcialidad, eficacia, transparencia y lealtad de servicio a los interés generales.

Frente a tal panorama no resulta extraño identificar a la corrupción y al crimen, aunque esto requiere matizarse ya que “corrupción” y “corrupción penal”, no son ideas similares. La equiparación o confusión entre las distintas formas en las que se configura y exterioriza la corrupción es algo que ocurre frecuentemente, bajo la falsa creencia de que las únicas conductas que poseen esta esencia y propensión son las que están en

³⁵ En similares términos, Asúa Batarrita, Adela (1997), “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao, p. 16.

el texto punitivo y que, en consecuencia, no hay más prácticas de esta índole que las que ya han sido tipificadas.³⁶

Nada más alejado de la realidad. Como oportunamente expresan quienes han dedicado parte de sus estudios a reflexionar sobre este fenómeno, si bien es cierto que el actuar ilícitamente supone la lesión de la legalidad, ello no revela, ni la naturaleza de la violación ni la respuesta sancionatoria que ha de asignársele, por lo que la relación de género a especie entre corrupción y delito debe tenerse presente para definir las asociaciones entre las diversas instancias llamadas a frenarla. De este modo si determinada práctica corrupta constituye una infracción de carácter administrativo, la sanción deberá corresponder a ese mismo orden, pero si la conducta es más grave y supone una mayor amenaza para las instituciones del Estado, con toda probabilidad será acreedora de una respuesta penal.³⁷

En efecto, es imprescindible distinguir los específicos campos sobre los que se opera, con el objeto de implementar las medidas anticorrupción idóneas, toda vez que en el difícil terreno de

los actos públicos, cualquiera que sea el remedio que deba adoptarse —con arreglo a la legalidad— será bienvenido, ante una realidad que ha influido notoria y negativamente en el correcto desarrollo de la Administración y el desempeño de sus funcionarios, sin desestimar *a priori*, aquellas medidas ajenas del Derecho penal que sirvan para suprimir situaciones de tan lamentable naturaleza.³⁸

De este modo, suele afirmarse que la corrupción y el incorrecto ejercicio de la función pública son, en efecto, dos elementos concomitantes, como lo sugiere el propio texto punitivo al tipificar aquellas conductas que por su entidad suponen una lesión o una amenaza en contra de la función pública, siendo entonces cuando dicho fenómeno pasa a tener un sentido y trascendencia penal; aunque no hay que olvidar que, debido a la variabilidad y los distintos matices que presenta, su significado e interpretación estarán en función de lo que el ordenamiento defina como tal en cada momento y en cada sector en donde despliega sus efectos. La corrupción, por otra parte, y como lo ponen de manifiesto diversos estudios, no es un elemento privativo de los ilícitos que integran el nuevo Título “Delitos por hechos de corrupción”.

³⁶ Ciertamente no siempre los actos de corrupción entrañan conceptualmente comportamientos antijurídicos. La ausencia de normas para punir determinadas corruptelas puede deberse a la imprudencia del legislador penal o bien que haya decidido poner a resguardo intereses bajo el prisma disciplinario. También puede deberse a razones de índole político, al pensarse que no es el momento “político” propicio para emprender una lucha decidida contra la corrupción. Así, Malem Seña, Jorge (2006), “Corrupción, Derecho penal e impunidad”, en *Derechos fundamentales y Derecho penal*, INECIP, Córdoba, p. 113; Nieto García, Alejandro (1997), *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, p. 73; García Mexía, Pablo, *Los conflictos de intereses...*, op. cit., p. 78.

³⁷ Cfr. Nieto García, Alejandro, *Corrupción...*, op. cit., p. 73, quien considera que la tipificación de determinadas conductas es un hecho de singular relevancia, en cuanto que expresa la intención del legislador de reservar su conocimiento a los Jueces y, además, castigar de modo ejemplar la corrupción calificada de penal. Similar opinión es compartida por Aya Onsaló, Alfonso (1997), “Especialidades procesales en los delitos de los funcionarios públicos”, en *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, pp. 66-69.

³⁸ A contrario sensu, la existencia de legislación extra-penal dirigida a evitar las ocasiones que propiciarían hechos graves de corrupción no puede descartar *a priori* la previsión de tipos penales destinados a sancionar tales hechos cuando finalmente tienen lugar o a intervenir penalmente a partir de determinadas cotas de gravedad. La cuestión se centra, por tanto, en caracterizar el núcleo de lo que debe ser objeto de intervención penal y, consecuentemente, establecer a partir de dónde debe bastar con intervención extra-penal. Cfr. Por todos, García Arán, Mercedes, “¿Hasta dónde la protección penal...?”, op. cit., pp. 253 y ss; Rodríguez Gómez, Carmen (2004), “Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública”, *En la corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, p. 194.

Reforma constitucional y Sistema Nacional Anticorrupción

La reforma constitucional que crea el Sistema Nacional Anticorrupción forma parte del programa de acciones gubernamentales³⁹ —de carácter prioritario— que busca establecer mecanismos técnicos reales de combate al fenómeno de la corrupción y a la impunidad que vive nuestro país, todo ello en el marco de un ambiguo proceso de reivindicación y reconciliación nacional, aún en ciernes, entre sociedad y gobierno.⁴⁰

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, de fecha 27 de mayo de 2015,⁴¹ constituye un cambio de

rumbo y una nueva estrategia en la forma de combatir un fenómeno que ha lastimado la (poca) credibilidad y seguridad que tiene la ciudadanía en las instituciones públicas y la autoridad; por lo que la reforma establece la creación de un Sistema Nacional Anticorrupción encargado de coordinar las acciones en los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal), en el ánimo de prevenir, identificar y sancionar los distintos actos de corrupción y el llamado conflicto de intereses.

La tarea, como es de suponer, alcanza a distintos pero concurrentes escenarios institucionales en donde gobierno y ciudadanía deberán avanzar en la misma dirección, si en realidad desean contribuir al establecimiento de un sólido andamiaje legal y organizacional que incida en la construcción de una vía efectiva de responsabilidades legales para servidores públicos y particulares, todo ello de cara al fortalecimiento del Estado de Derecho y la consolidación de planteamientos político criminales “de efectivo cumplimiento” sobre la criminalidad (de corrupción).

Complejo y polémico son los adjetivos que definen el debate en donde se ha suscrito la creación de un Sistema Anticorrupción en las distintas sedes legislativas. Un debate, no obstante, que ha sido impulsado por una sociedad civil cuyo

³⁹ La Secretaría de la Función Pública ha buscado el establecimiento de un Programa Anticorrupción. Estas acciones han sido coordinadas por la Unidad de Políticas de Transparencia y Cooperación Internacional (UPTCI), cuyas atribuciones buscan fortalecer la confianza ciudadana en la gestión pública mediante la formulación y evaluación de políticas materia de transparencia, rendición de cuentas, cultura de la legalidad, integridad y participación ciudadana para el combate a la corrupción en las dependencias y entidades de la APF y en la PGR; así como dar seguimiento a las acciones que éstas realicen en cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo, los programas que de él derivan y las Convenciones Internacionales Anticorrupción ratificadas por el Estado mexicano. No obstante que se ha buscado la instrumentación de estrategias que promuevan la transparencia y la integridad en sus relaciones con el gobierno, así como fortalecer las relaciones institucionales con diferentes grupos y líderes de opinión, para contribuir a mejorar la percepción sobre el desempeño de la SFP y cumplir con el logro de sus metas institucionales, la realidad es que el esfuerzo mayor y más importante ha venido de la sociedad civil.

⁴⁰ Vid. Villoria Mendieta, Manuel (2006), “¿Por qué desconfiamos de los políticos? Una teoría sobre la corrupción de la política”, en *Revista del CLAD. Derecho y democracia*, núm. 34, pp. 1-26.

⁴¹ “SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN. Artículo Único.- Se reforman los artículos 22, párrafo segundo, fracción II; 28, párrafo vigésimo, fracción XII; 41, párrafo segundo, fracción V, apartado A, en sus párrafos segundo, octavo y décimo; 73, fracciones XXIV y XXIX-H; 74, fracciones II y VI, en sus párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto; 76, fracción II; 79, párrafos primero, segundo, actual tercero y sus fracciones I, en sus párrafos segundo, cuarto y quinto, II y IV, primer párrafo, y los

actuales párrafos cuarto, quinto y sexto; 104, fracción III; se modifica la denominación del Título Cuarto para quedar “De las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción, y patrimonial del Estado”; 109; 113; 114, párrafo tercero; 116, párrafo segundo, fracciones II, en su párrafo sexto y V; 122, apartado C, BASE PRIMERA, fracción V, incisos c), en su párrafo segundo, e), m) y n) y, BASE QUINTA; se adicionan los artículos 73, con una fracción XXIX-V; 74, con una fracción VIII, pasando la actual VIII a ser IX; 79, con un tercer y cuarto párrafos, recorriéndose los actuales en su orden; 108, con un último párrafo; 116, párrafo segundo, fracción II, con un octavo párrafo, recorriéndose el actual en su orden; 122, apartado C, BASE PRIMERA, fracción V, inciso c), con un tercer párrafo, recorriéndose el actual en su orden; y se deroga el segundo párrafo de la fracción IV, del actual párrafo tercero del artículo 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

hartazgo social es mayúsculo, como dejan de manifiesto las opiniones de un sinnúmero de organizaciones, colectivos, instituciones educativas que han apostado por generar estudios, investigaciones, coloquios y foros de discusión sobre el combate a las deleznables prácticas corruptas, y que se muestran más preocupados que la autoridad por dar curso al establecimiento de medios que posibiliten la puesta en marcha de medidas de contención en las distintas esferas políticas.

Así, los principales aspectos que destacan en esta reforma se ubican, no sólo en la creación de nuevas instituciones o mecanismos de control, sino en la modificación de algunos instrumentos ya conocidos. De este modo, el Sistema contará —inicialmente— con un **Comité Coordinador**, que estará integrado por el titular de la Auditoría Superior de la Federación (ASF), los titulares de la Fiscalía para el Combate a la Corrupción, de la Secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno, así como el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Lo componen, además, el comisionado presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, un representante del Consejo de la Judicatura Federal y un representante del Comité de Participación Ciudadana, quienes actuarán conjuntamente para crear políticas de prevención y combate a la corrupción.⁴²

La importancia que comporta la colaboración de la ciudadanía es y será un requisito indispensable que se hace patente precisamente en el **Comité de Participación Ciudadana**, el cual estará conformado por cinco personas que hayan destacado por su contribución en temas de transparencia, rendición de cuentas o el combate

a la corrupción, quienes serán designados en los términos que establezca la ley.

El desarrollo de las acciones deberá de estar bajo un estricto régimen de colaboración y coordinación que corresponderá al **Comité Coordinador** como encargado de mantener el acoplamiento con los sistemas locales para la prevención, detección y sanción de las responsabilidades administrativas y hechos de corrupción. Dicho Comité Coordinador deberá, asimismo, diseñar y promover políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción; determinar mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que sobre estas materias se genere; establecer las bases y principios para la efectiva coordinación de las autoridades de los órdenes de gobierno; elaborar un informe anual en donde figuren los avances y resultados y, derivado de dicho informe, emitir recomendaciones no vinculantes a las autoridades, con el objeto de que adopten medidas de fortalecimiento institucional.

El programa de acción, como se advierte del dictamen aprobado en sede legislativa, pretende dotar de mayores facultades a distintas instancias fiscalizadoras. De este modo, la Auditoría Superior de la Federación, atendiendo a los principios de legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad, podrá investigar y sancionar con más eficacia los actos irregulares (faltas administrativas graves y hechos de corrupción), incluso podrá realizar auditorías del ejercicio fiscal en curso, así como respecto de ejercicios anteriores, derivado de denuncias y con la autorización del titular de la ASF, con el fin de que se investigue y sancione. Podrá también fiscalizar los recursos federales derivados de las participaciones fede-

⁴² Vid. Art. 113, CPEUM.

rales que son repartidos entre los estados, así como, derivado de sus investigaciones, promover las responsabilidades ante el Tribunal de Justicia Administrativa competente y ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, tanto de servidores como de particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción.

Un punto a destacar es la obligación para que las constituciones y leyes de los estados establezcan Tribunales de Justicia Administrativa, circunstancia de suma relevancia, ya que estos órganos jurisdiccionales estarán dotados de autonomía para dictar sus fallos y establecer su organización, funcionamiento, procedimientos y, en su caso, recursos contra sus resoluciones. Impondrán a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, con independencia de otro tipo de responsabilidades, las sanciones económicas; inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos federales, locales o municipales. La comisión de delitos tanto por parte de servidores públicos o por particulares que incurran en actos de corrupción, será punible en los términos que establece la legislación penal.

El origen de un sistema con estas características responde a una demanda social que nace del esfuerzo conjunto, principalmente de la Red por la Rendición de Cuentas (RRC-CIDE), quienes a través de la investigación académica, la acción de la sociedad civil, la responsabilidad institucional y un periodismo de fondo, han logrado conjuntar esfuerzos para diseñar, ejecutar y dar seguimiento a la consolidación de una política de rendición de cuentas en México.

La iniciativa ciudadana de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. La llamada “Ley 3 de 3”

GENERALIDADES DE LA INICIATIVA CIUDADANA

Una vez aprobada la reforma constitucional, distintas organizaciones y colectivos de la sociedad civil volcaron sus esfuerzos en la elaboración de una iniciativa ciudadana encargada de limitar los actos de corrupción por parte de los servidores públicos en sus distintas modalidades. Dicha iniciativa fue concebida como un medio para recobrar la confianza en la autoridad, buscando la transformación de los servidores públicos y la clase política; es así que surge la llamada **Ley 3 de 3**, misma que fue sometida para su análisis al Congreso bajo el nombre de Ley de Responsabilidades Administrativas y que sería discutida, modificada en sus distintas partes, aprobada por el Senado y, posteriormente, vetada por el Ejecutivo Federal.

La exposición de motivos de esta iniciativa ciudadana trasladaba una serie de “intenciones”, en donde se busca encauzar la indignación de la sociedad frente a la corrupción en un esfuerzo propositivo y constructivo para forjar gobiernos más honestos, cuya propuesta principal consistía en la obligación de presentar tres declaraciones (de ahí su nombre), como lo es: la patrimonial, la de intereses y la fiscal para todo servidor público, de forma periódica y pública, mismas que se definen de la siguiente forma:

- a) **La declaración patrimonial:** permite conocer el estado, evolución y valor estimado de los bienes que posee un servidor público desde el inicio hasta el fin de su encargo. La

razón para hacerla pública reside en que la ciudadanía pueda revisar que el patrimonio del declarante se incremente conforme o en proporción a sus ingresos y los de su familia. La información que se solicita incluye ingresos, vehículos, bienes muebles e inmuebles y otros tipos de valores (joyas, obras de arte, entre otros).⁴³

b) **La declaración fiscal:** es el comprobante de que un contribuyente, en este caso el servidor público, ha cumplido regularmente con el pago de sus impuestos. El hecho de presentar esta declaración permite advertir que quien aspira a un cargo ha contribuido al erario público que habrá de administrar si resulta electo.

c) **La declaración de intereses:** permite identificar aquellas actividades o relaciones que podrían interferir con el ejercicio de las funciones o la toma de decisiones de un servidor o persona de interés público. El hecho de dar a conocer a la opinión pública esta información permite prevenir que, en caso de existir un conflicto de intereses, se favorezca el interés privado sobre el público, ocasionalmente un beneficio indebido para el servidor público o sus familiares. La información que se solicita incluye intereses de carácter económico, actividades profesionales y empresariales, tanto de él como de sus familiares

en primer grado, así como de dependientes económicos.

La llamada “Ley 3 de 3” entrañaba muchos más aspectos que la mera obligación de los servidores públicos de presentar las declaraciones mencionadas. Sí es cierto que la recopilación de firmas fue un loable ejercicio mediante el cual la sociedad civil participó activamente (634 143 firmas recabadas y entregadas al Senado),⁴⁴ y que el proceso se mediatizó —positivamente— erigiéndose como el estandarte para dar el paso hacia una fiscalización más profunda de la función pública; sin embargo, dicho episodio no es, ni mucho menos, el único aspecto que merece ser destacado.

De hecho, desde la Exposición de Motivos de la iniciativa se advierten inquietudes, no sólo sobre las directrices que han de regir el comportamiento del servidor público con apego a lineamientos éticos, sino que existe la constante preocupación por contar con un marco normativo específico, preventivo y reactivo frente a la corrupción, tanto pública como privada; la construcción de un marco legal de responsabilidades legales para los servidores públicos con apego a los instrumentos internacionales y recomendaciones en la materia; el establecimiento de mecanismos que posibiliten

⁴³ El art. 33 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 18 de julio de 2016) establece que existen tres tipos de declaración: a) Inicial: dentro de los sesenta días naturales siguientes a la toma de posesión como motivo del ingreso al servicio público por primera vez y reingreso al servicio público después de sesenta días naturales de la conclusión de su último encargo; b) De modificación patrimonial: cuando se informa de la modificación patrimonial, durante el mes de mayo de cada año; c) De conclusión del encargo: dentro de los sesenta días naturales siguientes a la conclusión.

⁴⁴ Para que los ciudadanos puedan presentar iniciativas de Ley ante el Congreso de la Unión (art. 71, fracción IV), la Constitución requiere de un número equivalente a cuando menos el 0.13% de la lista nominal de electores, es decir, 106,779. Conforme a este criterio, a partir del 2 de febrero y hasta el 16 de marzo de 2016 se llevó a cabo la recolección de firmas, así como la de los datos de la credencial de elector; ya fuera que los ciudadanos —de forma voluntaria— llevaran a los puntos de entrega sus firmas, o bien, que acudieran a aquellos lugares designados por organizaciones o asociaciones promotoras de la iniciativa en diferentes puntos de la República. Una vez superado el porcentaje mínimo exigido de firmas, la iniciativa ciudadana se presenta ante una de las dos Cámaras del Congreso de la Unión. Para el caso de la iniciativa “Ley 3 de 3”, ésta se entregó al Senado de la República, por lo que esta Cámara fue la encargada de aprobar en primera instancia el proyecto de la Ley.

bilten la denuncia segura y anónima; la elaboración y desarrollo de los actos de corrupción grave (diez específicamente), para que los ciudadanos denuncien; la necesidad de contar con los recursos necesarios para la investigación de estas conductas; así como la creación de una plataforma digital que guarde y organice la información —de cualquier institución relacionada— para una virtual investigación.

Profundizando en el alcance de la iniciativa ciudadana, corresponde señalar que el primer ejercicio consistió en definir las competencias, tanto para la federación como los estados, establecer las conductas que darían lugar a una responsabilidad de carácter administrativo, así como los procedimientos de investigación y de sanción y, por último, decretar las sanciones por responsabilidad administrativa.⁴⁵

Así, sobre la definición de las competencias entre la federación y los estados, el proyecto planteaba que correspondería a dicha instancia el conocer de aquellas conductas que afectaran al servicio público, a los recursos o bienes federales, con independencia de que los comportamientos fueron realizados por servidores públicos del orden estatal o municipal. La Ley General establecería, también, las bases para que las legislaturas locales desarrollen los contenidos de su normatividad respectiva.

En lo que respecta a la definición de los ilícitos que generan responsabilidad, el texto propuesto permitía advertir el desarrollo de un verdadero sistema capaz de prevenir y, en su caso, identificar y sancionar los hechos de corrupción, para lo cual proyectaba el entendimiento de un régimen

que parte del conocimiento de la antijuridicidad de las conductas como núcleo de la violación de un norma establecida para la correcta gestión de los asuntos públicos. Esto por un parte y, por la otra, la obtención indebida de beneficios para sí o para terceros. Estimaba también, el generar una estrategia de combate a la corrupción por medio de responsabilidades no limitadas a la cualidad de ser servidor público, por lo que considera a sujetos privados o particulares, así como a personas físicas o morales, sin obviar el hecho de atacar la corrupción generada a través de verdaderos entramados y redes que puedan generar daños materiales o económicos, pequeños o cuantiosos, o cuando concurren faltas graves o no graves.

Sobre las conductas que deben ser consideradas como actos de corrupción (faltas administrativas graves), la iniciativa se acogió al catálogo de conductas descritas como tales en distintos instrumentos internacionales. Así, los comportamientos se clasificaron en: a) soborno; b) peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público; c) tráfico de influencias; d) abuso de funciones; e) enriquecimiento oculto; f) obstrucción a la justicia; g) colusión; h) utilización de información falsa o confidencial; i) nepotismo y j) conspiración para cometer actos de corrupción.

Sobre los sujetos de responsabilidad la iniciativa propuesta consideraba, como se apuntó en párrafos precedentes, a los servidores y a los particulares, así como a personas morales, destacándose empresas productivas del Estado, asociaciones, sindicatos u organizaciones de naturaleza análoga, encargadas de la asignación, administración y ejecución de recursos públicos; a los candidatos, partidos políticos, asociaciones y personas electas para el desempeño de un cargo público, que manejen recursos públicos, e

⁴⁵ Vid. Iniciativa ciudadana de Ley General de Responsabilidades Administrativas.

incluso a las personas que integran los equipos de transición política en sus distintos ámbitos, al entender que gran parte de la corrupción tiene sus orígenes desde los procesos político-electorales que anteceden a la conformación de un gobierno.⁴⁶

En efecto, con el fin de conformar una tutela más adecuada de la función pública, la política anticorrupción considera el establecimiento de responsabilidad de las personas morales, cuando desde el seno de una organización se ejecuten actos ilícitos; y en el ánimo de abonar a la preventión de la corrupción, la iniciativa en comento sugería definir criterios que permiten distinguir a una persona moral que sigue una política de integridad, de aquella que no la tiene, con lo que se busca incentivar el crecimiento de una nueva cultura empresarial que apuesta por la honestidad como un activo reconocible y valorable, ya que dicho activo no sólo sirve para generar un buen antecedente frente el gobierno cuando ejerce el gasto público por medio de entidades privadas, sino que sirve, además, como un elemento para sopesar responsabilidades cuando una empresa está siendo investigada por actos de corrupción, ya que si una organización contempla políticas claras de integridad, se ve favorecida por dicha consideración.

En lo que respecta a los procedimientos de investigación y de sanción, la reforma constitucional establece que corresponderá a la Ley General su desarrollo; se considera, también, que las autoridades encargadas de la investigación cuenten con herramientas jurídicas y técnicas indispensables, por lo cual la Ley pone énfasis en los siguientes aspectos:

- a) Formalidades y garantías en el procedimiento de investigación. La iniciativa busca desarrollar el procedimiento administrativo de investigación, siguiendo para ello las experiencias adquiridas en materia disciplinaria y sanciones administrativas.
- b) Protección de denunciantes, testigos y terceros coadyuvantes. Siguiendo los parámetros que establece la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción,⁴⁷ se busca establecer mecanismos de protección de testigos, víctimas, peritos y terceros coadyuvantes en casos de corrupción, por lo que se contempla el derecho a la protección y la obligación de las autoridades para que éstas hagan efectivo ese derecho en las distintas etapas del proceso.
- c) Instrumentos y técnicas de investigación. La Ley General propuesta pretende facultar a la autoridad investigadora para que pueda desplegar sus atribuciones en aspectos tales como la formalización de convenios de colaboración con denunciantes y coadyuvantes, incluyendo la posibilidad de participación en un 10% condicionado a la recuperación efectiva de los daños causados, así como adoptar formas para brindar una protección eficaz a los testigos y denunciantes, lo que incluye la reubicación de los servidores públicos atendiendo a las particularidades del caso, superar el secreto fiscal, bancario o incluso, intervenir las comunicaciones previa autorización judicial y decretar las medidas cautelares necesarias.

⁴⁶ Vid. Iniciativa ciudadana de Ley General de Responsabilidades Administrativas.

⁴⁷ Vid. Art. 33 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

- d) **Medios de control de las decisiones de la autoridad investigadora.** Las determinaciones que adopte la autoridad investigadora, una vez que concluya la instrucción, podrán ser impugnadas ante el Tribunal de Justicia Administrativa por denunciantes y coadyuvantes cuando la autoridad decida que no existe responsabilidad o bien exista inconformidad en la clasificación de las conductas.
- e) **Facultades del Tribunal de Justicia Administrativa.** Como se desprende del propio texto de la reforma constitucional, corresponderá a los Tribunales de Justicia Administrativa el conocer, resolver e imponer sanciones. Debido a la naturaleza misma de la corrupción como fenómeno complejo y multicausal, que tiene una unidad de propósito, el TJA tendrá la posibilidad de acumular causas cuando haya concurrencia, ya sea de faltas graves y no graves, cuando se trata de personas relacionadas con la misma conducta, o un misma conducta que afecte a diversos órganos, instituciones, dependencias o entidades. De este modo se busca no fraccionar las causas y estar en condiciones de investigar y castigar aquellas conductas que se desprenden de una red de corrupción. Un aspecto destacable es que el Tribunal cuando estime que la causa no fue debidamente integrada o no se realizaron todas las diligencias, podrá regresarla a la autoridad encargada de la investigación, con instrucciones y directrices sobre los que se refiere su debida radicación. El órgano jurisdiccional podrá allegarse de pruebas para mejor proveer, sin que ello suponga una sustitución o menoscabo a las labores que ejerce la autoridad investigadora.
- Amonestación
 - Sanciones económicas
 - Resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos federales, locales o municipales
 - Suspensión de cargo o comisión por periodo no menor a tres días ni mayor a un año
 - Suspensión de actividades
 - Disolución o intervención de actividades
 - Disolución o intervención de sociedades
 - Destitución del puesto
 - Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público
 - Inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios, obra pública, recibir subsidios, donativos u otros beneficios que establezcan las leyes.

Tal catálogo, en conjunto con los criterios para aplicar las sanciones, serán los referentes para la individualización, atendiendo a las características de la conducta y la participación de quienes hayan sido sujetos del procedimiento.

- f) **El Registro Nacional de Servidores Públicos Sancionados (RNSPS).** La iniciativa de Ley General proponía conformar un Registro en donde se asiente el nombre de la persona que ha sido sancionada; éste será público y de consulta obligatoria para todas las dependencias en entidades e insti-

En el caso de las sanciones a imponer, la iniciativa cita las siguientes:

tuciones de todos los Poderes, en todos los niveles de gobierno, órganos autónomos del Estado mexicano, así como en las empresas productivas del Estado, en sus procesos de selección, incorporación, contratación, comisión o empleo de cualquier persona. Dicho registro generará efectos en la calificación de la legalidad de las candidaturas a cargos de elección popular, y la creación, control, vigilancia y administración del registro estará a cargo del Secretariado Ejecutivo del SNA.

En cuanto a los recursos que propone la iniciativa, éstos se circunscriben a dos momentos, uno es cuando se decide concluir la investigación, y otro a la resolución definitiva. Aun cuando no es un recurso en sentido estricto, en contra de las resoluciones definitivas que emitan los Tribunales de Justicia Administrativa competentes, las personas que resulten afectadas podrán promover el juicio de amparo directo, en los términos de la ley reglamentaria.

g) Procedimientos innovadores de corresponsabilidad y participación social. Siguiendo las directrices que plantea el Plan Mérida, la iniciativa pretendía incorporar e involucrar a la sociedad a través de diferentes mecanismos en la prevención y en la lucha contra la corrupción, para que ésta se convierta no sólo en vigilante, sino en actor fundamental en el control de la acción pública. Por ello, la iniciativa de ley promovía el tomar parte en el combate a la corrupción a través de un esquema de participación en la recuperación de los daños al erario provocados por los actos de corrupción y un nuevo esquema de recompensas a denunciantes.

Favorece, asimismo, un nuevo sistema que insta a las personas morales a la auto-denuncia con el beneficio de reducciones a las sanciones y, por último, un nuevo proceso sancionatorio en el que los denunciantes tienen el derecho a ser informados sobre el estado que guarda éste y tienen, además, un recurso eficaz para impugnar el resultado.

h) Instrumentos de rendición de cuentas. La iniciativa ciudadana, preocupada por el mejoramiento de los instrumentos de rendición de cuentas, sugería llevar un sistema de registro público y de seguimiento, tanto de la declaración patrimonial como de la declaración de intereses. Por lo que respecta a la primera, se trata de monitorear, no sólo el cómo está integrado un patrimonio, sino la evolución o cambios significativos que pudieran llegarse a presentar; mientras que en el caso de la segunda, el registro pretendía informar y determinar los intereses del servidor público con el objetivo de marcar límites cuando éstos entran en conflicto con la función que le ha sido encomendada.

¿Qué es el llamado conflicto de intereses?

A raíz de la iniciativa ciudadana “Ley 3 de 3”, así como de la funesta situación que ha venido sucediendo en el país debido a los recientes escándalos políticos de corrupción, ha salido a la luz pública un concepto, que a pesar de haber sido tratado en pocas ocasiones por la doctrina, reviste gran actualidad debido a su constante mención en los medios de comunicación, ya que constituye una modalidad más de corrupción. El conflicto de intereses se presenta desde el momento mismo en que un agente público se expone al riesgo y abu-

sa de su poder, subordinando el interés general a motivaciones de índole personal.⁴⁸

El uso de la expresión “conflicto de intereses” en México, al igual que como sucede en otros países que han influido y dejado su impronta en nuestro sistema jurídico, ha sido exiguo y conceptualmente confuso en la doctrina.⁴⁹ Su definición, incluso en legislaciones más adelantadas sobre el tema, como es la estadounidense o la española, no alcanzan tampoco suficiente precisión, sin que por ello se haya dejado de abordar a través de temas conexos como lo es la incompatibilidad funcionarial y su régimen jurídico (en el caso de España), en donde el conflicto de intereses ha sido reconducido como una modalidad atenuada de corrupción, pero que encuentra un genuino

reflejo en el elenco de conductas que tipifica el Código Penal.

En un intento por precisar una definición a partir de la experiencia estadounidense, los pocos especialistas del tema, como es el caso de García Mexía, dan cuenta de distintos elementos que podrían conformar un concepto de conflicto de intereses, como son:

- Un elemento subjetivo necesario: un cargo o funcionario público, y un elemento subjetivo contingente: un tercero particular.
- Un elemento prescriptivo: representado en el deber de servicio al interés general que asiste a todo cargo o funcionario.
- Un elemento material: constituido por el riesgo o peligro abstracto de que, debido al abuso de poder, el interés general quede subordinado a intereses particulares, “riesgo” que en sí mismo supone un quebranto al interés general.
- Un elemento causal, simbolizado por el ánimo de obtener un beneficio privado (lucro pecuniario o en especie).

Los elementos descritos resultan de suma importancia para entender a profundidad la naturaleza y el alcance de este comportamiento, por lo que éste se presenta cuando los intereses del servidor público, ya sean personales, familiares o de negocios, afectan el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión.⁵⁰ De hecho, en un sentido estricto, señala Zaldívar, un conflicto

⁴⁸ Así, García Mexía, Pablo (2001), *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, pp. 68-69.

⁴⁹ La reciente Ley General de Responsabilidades Administrativas, sugiere una definición de conflicto de intereses, en su artículo 3, fracción VI; si bien en la anterior Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, ya se hablaba de “intereses en conflicto”. De hecho la Auditoría Superior de Federación elaboró –hace algunos años– un marco jurídico y ético relacionado con el conflicto de intereses. Siguiendo dicho compendio citaremos, a modo de síntesis, el marco jurídico que en su momento mencionó el conflicto de intereses: a) Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación (art. 22 y 101); b) La anterior Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (art. 7, 8 y 9); c) Código de Ética de la ASF (la Auditoría cuenta con un Código de Ética, en el cual se definen siete valores. Dentro de los siete principios que declara el Código, el relacionado con independencia es el que se identifica con el concepto de conflicto de intereses, al señalar que los profesionales al servicio de la ASF deben actuar con independencia de criterio, libres de prejuicios o intereses de cualquier índole, con el fin de preservar la imparcialidad y objetividad a los que la institución está obligada; d) Conflicto de intereses para personas físicas o morales contratadas por la ASF, que realicen labores de fiscalización: en los contratos de prestación de servicios profesionales independientes por servicios de auditoría que celebre la ASF con personas físicas o morales, deberá incluirse una cláusula en la que, una vez que sean asignados los trabajos de auditoría a desarrollar, declaren que no existe conflicto de intereses y, en el caso de que esta situación se presente, deberán informar por escrito al administrador del contrato para implementar las acciones necesarias. *Vid. Directrices en la ASF para prevenir el conflicto de intereses, 2011.* Disponible en línea: http://www.asf.gob.mx/uploads/61_publicaciones_tecnicas/directrices.pdf

⁵⁰ *Vid. Martínez Vázquez, Francisco (2009), “El control parlamentario de los conflictos de intereses”, en Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 20, pp. 86-87.*

de intereses se actualiza en cualquier situación en que un interés obstaculiza o puede interferir con la capacidad de una persona, organización o institución para actuar de acuerdo con el interés de otra parte, siempre que aquella persona, organización o institución tenga la obligación (legal, convencional, fiduciaria o ética) de actuar a favor de tal interés.⁵¹ Se puede colegir, por tanto, que puede existir un conflicto de intereses potencial y otro real. Así, se afirma que es potencial cuando no hay conflicto de intereses en el momento, pero es previsible que en un futuro —dadas ciertas circunstancias— puede aparecer; y será real cuando un interés influye y parcializa el desempeño de las actividades de un servidor público.⁵²

Dotar de contenido conceptual al conflicto de intereses no es una tarea sencilla, pero con motivo de la entrada en vigor del Sistema Nacional Anticorrupción, el tópico ha irrumpido positivamente en la ámbito jurídico, adquiriendo incluso una notoriedad que merece un tratamiento político criminal, ya sea a través de un análisis crítico a la normativa vigente sobre los delitos cometidos por servidores públicos; proponiendo mejoras a las conductas que han sido tipificadas, o sopesar una penalización para aquellas conductas que se consideran no incluidas y que pudieran ameritar un reproche penal; o incluso sugiriendo mecanismos de control en el manejo de contratos públicos, en donde se establezca y prevenga sobre las

⁵¹ Así, Zaldívar, Oscar, “Los conflictos de intereses”, en *Revista Moneda*, núm. 146, Banco Central de Reserva del Perú, Disponible en línea: www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda.../Moneda-146-05.pdf; también, <http://www.un.org/es/ethics/conflictointerest.shtml>

⁵² En efecto, la noción de conflicto de intereses resulta adecuada para describir dos tipos de situaciones muy diferentes entre sí: aquellas en las que el conflicto es evidente y aquellas en las que, por el contrario, está larvado o latente. A detalle, Dembski, Paul (2004), “Conflicto de intereses: la ambidiestralidad de los tiempos modernos”, en *Revista Empresa y Humanismo*, vol. 7, núm. 2, p. 192. También, Directrices en la ASF para prevenir el conflicto de intereses, 2011. Disponible en línea: http://www.asf.gob.mx/uploads/61_publicaciones_tecnicas/directrices.pdf

posibles sanciones. De hecho, desde una perspectiva ética⁵³ también se recomienda que se actúe con criterios preventivos y que se reconozca públicamente —aquí la importancia de la declaración en tal sentido— que una situación determinada puede representar un potencial conflicto.⁵⁴

¿Qué es la rendición de cuentas?

La rendición de cuentas es, junto al conflicto de intereses, uno de los enunciados que ya forman parte del lenguaje político cotidiano y que han ganado más protagonismo en los foros de debate y en los medios de comunicación en los últimos años, debido al impulso de organizaciones que han luchado por transparentar las acciones del gobierno, obligando al Estado a responder por sus acciones, finalmente realizadas o no, así como de los resultados obtenidos por éstas.

⁵³ De hecho, en algunos países la ley obliga a los organismos públicos a tener códigos de ética que cubran estos asuntos. La mayoría de los países considera a este fenómeno tan importante y fundamental para una buena administración, que tienen una ley específica para casos de conflicto de intereses. Esta ley puede disponer que, por ejemplo, “un funcionario del Estado o empleado no debe actuar en su capacidad oficial en ningún asunto en el cual éste tenga un interés financiero personal directo o indirecto, que posiblemente pudiera afectar su objetividad o independencia de juicio”. A detalle, Source Book, “Conflicto de intereses, nepotismo y amiguismo”, capítulo 21, p. 294 y ss. Disponible en línea: <http://www.culturadelalegalidad.org.mx/recursos/Contenidos/ServicioPblicoyAdministracinPblica/documentos/Conflicto%20de%20Intereses,%20Nepotismo%20y%20Amiguismo%20-%20Trasparencia%20Mexicana.pdf>; cfr. Ramos Torres, Daniel (2013), *La ética en la Administración Pública*, Public Management de México, México, pp. 43-44.

⁵⁴ La propia oficina de la Organización de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación sobre este tipo de conductas, al señalar que ésta puede darse en un nivel institucional y personal, por lo que exige incluso a sus propios funcionarios se abstengan de gestionar o tener intereses financieros en negocio alguno si un individuo o una empresa tiene la oportunidad de beneficiarse de una asociación como resultado del cargo de funcionario en las Naciones Unidas. Se insta, desde dicha instancia, así como a los gobiernos de los Estados miembros, a reconocer, declarar y mitigar los posibles conflictos de intereses personales, así como establecer políticas que tiendan a ello. A mayor abundamiento *vid.* <http://www.un.org/es/ethics/conflictointerest.shtml>. Consultese, asimismo, <http://www.innsz.mx/opencms/contenido/investigacion/comiteEtica/conflictointereses.html>

La rendición de cuentas supone, como explica el propio portal anticorrupción de la Secretaría de la Función Pública, que las personas, los organismos y organizaciones (de carácter público, privado y de la sociedad civil) tienen la responsabilidad del adecuado cumplimiento de sus funciones.⁵⁵

En opinión de Schedler, el enunciado “rendición de cuentas” deriva del concepto *accountability*, que como otros conceptos políticos en inglés no tiene un equivalente preciso en castellano, ni una traducción estable. Se podría entender como “fiscalización” o como “responsabilidad”, aunque la traducción más próxima es “rendición de cuentas”.⁵⁶

Siguiendo a este autor, afirma que la rendición de cuentas tiene dos dimensiones básicas: por un lado, la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas públicamente; pero, por otro, se incluye la capacidad de sancionar a los políticos y funcionarios en caso de que hayan violado sus deberes públicos.⁵⁷ Se define también como la capacidad de asegurar que los funcionarios respondan por sus acciones, y hay quienes la definen como el acto administrativo a través del cual los responsables de la gestión de los fondos públicos informan, justifican y se responsabilizan de la aplicación de los recursos puestos a su disposición en un ejercicio económico.

⁵⁵ Vid. Barrera Rivera, Mónica (2010), *¿Quién y cómo debe controlar y evaluar al Gobierno? El eje fundamental de la reforma del Estado: la participación social en el control y evaluación del servicio público. El caso mexicano*, Porruá-IMAT, pp. 123-128.

⁵⁶ Así, Schedler, Andreas (2016), “¿Qué es la rendición de cuentas?”, en *Cuadernos de Transparencia*, núm. 3, (en línea) Fecha de consulta 11 de julio de 2016, disponible en: <http://itai.org.mx/site/file/Cuadernos/cuaderni-ll03.pdf>

⁵⁷ *Ibidem*.

Las siete leyes del Sistema Nacional Anticorrupción

Fueron muchos los meses durante los cuales se discutieron al interior de las distintas Comisiones legislativas el conjunto de leyes que posibilitaría la creación de un andamiaje jurídico acorde a las necesidades impuestas por las inequidades, expolios y el abuso que viene arrastrando nuestro país. Del conjunto de siete leyes que darán fundamento al Sistema Nacional Anticorrupción, cinco son fundamentales para generar mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas:

LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN⁵⁸

Como se desprende del primer numeral que integra esta Ley General, su objetivo radica en establecer las bases de coordinación entre la Federación, los estados, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México, para la puesta en marcha y el buen funcionamiento del Sistema Anticorrupción previsto en el artículo 113 de la CPEUM, con el fin de que la autoridad respectiva prevenga, investigue y sancione las faltas administrativas y los hechos de corrupción.

Esta normativa ha quedado integrada por 60 artículos en donde se detalla la forma en que se coordinarán y colaborarán las instituciones y, aún más importante, cómo funcionarán las distintas instancias como un Sistema, para lo cual,

⁵⁸ Éstas son algunas de las leyes que resultan relevantes en la preventión y el combate a la corrupción en México:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; Ley de Seguridad

como ya se adelantó, hay un Comité Coordinador encargado de elaborar, evaluar y dar seguimiento a las políticas públicas anticorrupción, así como a los mecanismos de participación ciudadana, mismo que estará integrado por los titulares de la ASF, de la Secretaría de la Función Pública, de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, de un representante del Consejo de la Judicatura y uno del Comité de Participación Ciudadana.

El Comité de Participación Ciudadana, por su parte, coadyuvará con los objetivos del de Coordinación, además de que será la instancia de vinculación con las organizaciones sociales y académicas vinculadas con el SNA. Como parte de sus funciones destaca el coordinar y encauzar los esfuerzos de la sociedad civil en el combate a la corrupción, así como promover la colaboración con instituciones en la materia, con el propósito de elaborar investigaciones sobre las políticas públicas para la prevención, detección y combate a los hechos de corrupción o faltas administrativas.⁵⁹

Nacional; Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; Ley Federal de Entidades Paraestatales; Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal; Ley de Planeación; Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas; Código Fiscal de la Federación; Código Civil Federal; Código Federal de Procedimientos Civiles; Ley de Amparo; Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas; Ley Federal de Fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil; Ley Federal del Procedimiento Administrativo; Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo; Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado; Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita; Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

⁵⁹ Vid. Art. 21 (fracción XVI) de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

El Sistema Anticorrupción contará con una **Secretaría Ejecutiva**, misma que se desempeñará como órgano de apoyo técnico del Comité Coordinador, a efecto de proveerle de asistencia, así como del recurso necesario para el desarrollo de sus funciones. Dentro de sus diversas atribuciones destaca el hecho de que se encargará de administrar la nueva Plataforma Digital Nacional, conformada por el Sistema de Evolución Patrimonial, de Declaración de Intereses y Constancia de Presentación de Declaración Fiscal; el sistema de los servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas; el Sistema Nacional de Servidores Públicos y Particulares Sancionados; el Sistema de Información y Comunicación del Sistema Nacional y del Sistema Nacional de Fiscalización; el Sistema de Denuncias Públicas de Faltas Administrativas y Hechos de Corrupción; y el Sistema de Información Pública de Contrataciones.⁶⁰

La **Comisión Ejecutiva** del Sistema estará integrada por el Secretario Técnico y por el Comité de Participación Ciudadana, con excepción del miembro que funja en ese momento como Presidente del mismo, y será atribución de la Comisión Ejecutiva la generación de los insumos técnicos necesarios para que el Comité Coordinador ejecute sus funciones, además de que propondrá políticas integrales en materia de corrupción.

De conformidad con esta Ley General, las leyes de las entidades federativas desarrollarán la integración, atribuciones y funcionamiento de los sistemas locales. Destaca dentro del texto de esta Ley un Título dedicado al **Sistema Nacional de Fiscalización**, el cual estará encargado de establecer acciones y mecanismos de coordinación entre sus integrantes (la Auditoría Superior de la

⁶⁰ Vid. Art. 49 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

Federación, la Secretaría de la Función Pública, las entidades de fiscalización superiores locales y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas), con el fin de optimizar la fiscalización de los recursos públicos.

De los debates que se dieron alrededor de esta Ley, se deben destacar las distintas propuestas de la sociedad civil, que en opinión Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), sí fueron incluidas en la Ley General, como fue el hecho de que sea el representante del Comité Ciudadano quien presida el SNA; la creación de un Secretariado Técnico, con las múltiples atribuciones que especifica la propia Ley;⁶¹ el establecimiento de políticas en mecanismos de suministro, intercambio, sistematización de información entre las instituciones que integran el SNA; que los recursos técnicos, presupuestarios y de gestión permitan su funcionamiento autónomo, así como el hecho de que la recomendaciones públicas no sean vinculantes por parte del Comité Coordinador.

LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Mejor conocida como la “Ley 3 de 3”, esta normatividad —integrada por 229 artículos— tiene el cometido de distribuir competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los servidores públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que éstos incurran y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas administrativas graves, así como los procedimientos para su aplicación.

⁶¹ Vid. Arts. 34, 35 y 36 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

Partiendo de una retrospectiva de esta Ley, no debemos obviar las circunstancias que se originaron en relación con dos artículos que tuvieron bastante protagonismo y cuya aprobación no estuvo ajena de polémica en sede legislativa. Uno es el numeral 29 que establece que las declaraciones patrimoniales y de intereses serán públicas, salvo los rubros cuya publicidad pueda afectar la vida privada o los datos personales protegidos por la Constitución.⁶² Para tal efecto, el Comité Coordinador, a propuesta del Comité de Participación Ciudadana, emitirá los formatos respectivos, garantizando que los rubros que pudieran afectar los derechos aludidos queden en resguardo de las autoridades competentes.⁶³ En el artículo 32, por su parte, la Ley determina quiénes son los sujetos obligados a presentar las declaraciones de situación patrimonial y de intereses, en donde figuran únicamente servidores públicos, dejando fuera la propuesta que incluía a cualquier persona física o moral que recibiera y ejerciera recursos públicos o que contratara bajo cualquier modalidad con entes públicos de la Federación, de los estados o de los municipios.

En este sentido, la “Ley 3 de 3” mejora en las facultades de fiscalización por parte de las distintas autoridades facultadas para ello. Así, de conformidad con su artículo 10, las Secretarías y los órganos internos de control y sus homólogas en las entidades federativas, tendrán a su cargo, en el ámbito de sus respectivas competencias, la investigación, substanciación y calificación de las faltas administrativas.

⁶² Distintas opiniones señalan que el derecho a la información y el derecho a la protección de datos personales, no son motivo para que los servidores se evadan de presentar sus declaraciones. En este sentido, el Presidente de la República, en el uso de las facultades que le han sido conferidas (art. 72 de la CPEUM), emitió veto respecto de los dos artículos.

⁶³ Vid. Art. 29 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Un aspecto que se debe destacar de esta normativa, es el relativo al catálogo de faltas administrativas graves de los servidores públicos y actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves. Para aquellos que han tratado el tema en los últimos meses, lo que la nueva normativa hace es establecer un catálogo de faltas graves como son el cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, utilización indebida de información, abuso de funciones, actuación bajo conflicto de interés, contratación indebida, enriquecimiento oculto, tráfico de influencias, encubrimiento y desacato, dentro de un capítulo reservado a los servidores públicos; dedicando otro capítulo entero para definir los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves.

Las sanciones que se contemplan por faltas administrativas graves consistirán en: suspensión del empleo, cargo o comisión; destitución del empleo, cargo o comisión; sanción económica e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas.

Con el objeto de robustecer este cuerpo normativo, la ciudadanía formuló distintas propuestas, algunas de las cuales han sido consideradas, como es: la mejora de las directrices del servicio público y el establecimiento de obligaciones claras; la denominación de ilícitos administrativos graves; el hecho de poner a los candidatos, líderes sindicales y equipos de transición como sujetos obligados de esta Ley; el establecimiento de un Plataforma de denuncia; la protección para denunciantes y testigos (siguiendo las directrices trazadas por instrumentos internacionales); el desarrollo de un marco de integridad

y ética para las personas morales (*compliance*);⁶⁴ la posibilidad de imponer sanciones más severas a personas físicas y morales; una base de datos de las personas que han sido sancionadas; mejora en las capacidades de investigación a través del acceso a la información; la optimización del recurso y la posibilidad de compartir los datos; el uso de herramientas tecnológicas, así como la obligatoriedad y publicidad de dos de las tres declaraciones (fiscal y de intereses).

Por último, también existen temas que están pendientes de tratamiento, como es el relativo al formato de la declaración patrimonial incompleta, dado que sin montos no es posible evaluar el patrimonio; la no inclusión del nepotismo⁶⁵ dentro de las faltas administrativas graves constitutivas de corrupción; la inexistencia de incentivos a la cooperación y, por último, la indefinición sobre el requisito de “obligatoriedad” para consultar la lista de servidores públicos sancionados a fin de obtener candidaturas, así como para presentar sus declaraciones.⁶⁶

⁶⁴ Desde una perspectiva general se puede definir el *compliance* como el establecimiento de políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa, incluidos sus directivos, personal y agentes vinculados, cumplen con el marco normativo aplicable. Este “cumplimiento normativo” no se limita a la debida observancia de la normativa legal, sino que se extiende al cumplimiento de las políticas internas y, especialmente, a los códigos éticos que la empresa se haya comprometido a respetar. En opinión de Rotsch, se trata –en última instancia– del “evidente principio vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales según el cual las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente”. A detalle, *vid.* Rotsch, Thomas (2012), “Criminal Compliance”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 12, pp. 2 y ss.

⁶⁵ Art. 27 de la iniciativa ciudadana de Ley General de Responsabilidades Administrativas establecía que: “incurre en nepotismo el servidor público que ofrece, otorga o promete ventajas indebidas a su cónyuge, concubino o concubina, asociado en convivencia o figuras análogas, así como miembros de su familia hasta el cuarto grado, al utilizar sus facultades o el poder fáctico que el empleo cargo o comisión le otorgan”.

⁶⁶ Las opiniones aquí descritas siguen el estudio elaborado por el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO). Consultese: www.imco.org.mx

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Dentro del paquete legislativo que da vida el Sistema Nacional Anticorrupción se contempla la renovación del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el cual estará encargado de imponer las sanciones a los servidores públicos, así como a los particulares que incurran en faltas administrativas graves, promovidas por la SFP y los órganos internos de control de los entes públicos federales, o por la Auditoría Superior de la Federación, para la imposición de sanciones en términos de lo dispuesto por la Ley General de Responsabilidades Administrativas, así como para 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 federal o al patrimonio de los entes públicos federales.⁶⁷

Se establece que este organismo formará parte del Sistema Nacional Anticorrupción, sujetándose a las bases establecidas en el art. 113 de la CPEUM, en la Ley respectiva y en el presente ordenamiento, y actuará siguiendo los principios de legalidad, máxima publicidad, respeto a los derechos humanos, verdad material, razonabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, tipicidad y debido proceso.

Un aspecto destacable, debido a la operatividad misma del órgano jurisdiccional, será el contar con salas especializadas en materia de responsabilidades administrativas, cada una de las cuales tendrá competencia respecto de las entidades que conformen las cinco circunscripciones

administrativas y resolverán las faltas administrativas graves, investigadas y substanciadas por la ASF y los órganos internos de control respectivos, ya sea que el procedimiento se haya seguido por denuncia, de oficio o derivado de las auditorías practicadas por las autoridades competentes.⁶⁸ Esto es parte de una de las múltiples propuestas de la sociedad civil para enriquecer la actuación de este órgano jurisdiccional, las cuales quedaron dentro de las facultades de la Sección Tercera de la Sala Superior; también ha sido considerada en esta Ley Orgánica, la facultad del TFJA para atraer casos relevantes, regresar un expediente con error y solicitar su reposición, contar con autonomía presupuestal, así como el establecimiento de directrices para que los magistrados eviten conflicto de intereses.⁶⁹

REFORMAS A LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

En virtud de la reforma operada el 18 de julio del año en curso, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece nuevas bases para que la organización y funcionamiento de la Administración Pública esté en consonancia con el SNA. Por ello, la Secretaría de la Función Pública se mantiene como uno de los órganos encargados de la investigación de responsabilidades administrativas, además de que ve fortalecidas sus facultades de auditoría e investigación mediante la verificación de la información de las declaraciones patrimoniales y de intereses. Deberá, asimismo, expedir las normas que regulen los instrumentos y procedimientos de control inter-

⁶⁷ Se deroga la Ley Orgánica de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y se expide la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

⁶⁸ Vid. Art. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

⁶⁹ Vid. Art. 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

no de la Administración Pública federal, además de tomar en cuenta las bases y los principios de coordinación emitidas por el Comité Coordinador del SNA; vigilará, en colaboración con las autoridades que integren el Comité Coordinador de SNA, el cumplimiento de las normas de control interno y fiscalización; colaborará en el marco del SNA y del Sistema Nacional de Fiscalización, en el establecimiento de las bases y principios de coordinación necesarios, que posibiliten el mejor cumplimiento de las responsabilidades de sus integrantes; implementará las acciones que acuerde el SNA en términos de las disposiciones aplicables.

La SFP informará periódicamente al Comité Coordinador del SNA, así como al presidente de la República, sobre la evaluación de la gestión de las dependencias que integran la Administración Pública Federal y de la PGR, además de configurar, conforme a la bases de coordinación que establezca el Comité Coordinador del SNA, la política que seguirá la Administración Pública federal para propiciar la integridad y la transparencia en la gestión pública, la rendición de cuentas y el acceso por parte de los particulares a la información que aquélla genere. Las unidades encargadas de la función de auditoría de la SFP, así como los órganos de control de la Administración Pública federal formarán parte del Sistema Nacional de Fiscalización e incorporarán en su ejercicio las normas, técnicas y códigos de ética, de conformidad con el SNA.

REFORMAS A LA LEY DE FISCALIZACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA FEDERACIÓN

Las reformas operadas al presente instrumento normativo pretenden eliminar gran parte de las limitaciones de la ASF para hacer efectiva su la-

bor, vigilar el gasto público y el correcto uso de los recursos estatales. De este modo, podrá fiscalizar las operaciones que involucren recursos públicos federales o participaciones federales a través de contrataciones, subsidios, transferencias, donativos, fideicomisos, fondos, mandatos, asociaciones público privadas o cualquier otra figura jurídica, y el otorgamiento de garantías sobre empréstitos de estados y municipios, entre otras operaciones. La Auditoría podrá —en virtud de la reforma— conocer, investigar y subsanar la comisión de faltas administrativas que detecte mediante la fiscalización, en términos de la Ley General de Responsabilidades; podrá revisar durante el ejercicio fiscal en curso a las entidades fiscalizadas, así como respecto a ejercicios anteriores, para ello, dichas entidades deberán proporcionar la información que se solicite para la revisión y en caso de incumplimiento, se harán acreedoras a una sanción.

En relación con el Informe General Ejecutivo del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública, el informe específico y los informes individuales, serán publicados en la página de internet de la ASF en formatos abiertos, conforme a lo establecido en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, siempre y cuando no se revele información que forme parte de una investigación. La Auditoría podrá promover las responsabilidades que sean procedentes ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción.

REFORMAS AL CÓDIGO PENAL EN EL MARCO DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

El pasado 18 de junio de 2016 se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del

Código Penal federal en materia de combate a la corrupción,⁷⁰ pues desde el punto de vista del legislador, el otro Título Décimo del Código Penal federal merecía, por decirlo de algún modo, un cambio significativo en lo que respecta a la tipificación de estas conductas.

Desde hace algunos años, con motivo de los constantes y clamorosos escándalos que se han suscitado en el país por actos de corrupción, es que el legislador se ha visto en la (constante) necesidad de reformar o tipificar nuevos comportamientos que pudieran atentar en contra de la Administración Pública. La creación de un Sistema Anticorrupción constituye, sin duda, un punto de inflexión para ello, ya que focaliza y dirige la atención de los especialistas en tratar de corregir los delitos que en el desempeño de sus funciones pueden llegar a cometer los funcionarios, en un país en donde la academia y el legislador no logran ponernse de acuerdo tan sólo en el concepto de servidor público (funcionario público, empleado público, agente público, cargo público o autoridad).

⁷⁰ Artículo Único.- Se reforma el párrafo primero y el inciso e) del artículo 201; la denominación al Título Décimo; el párrafo primero del artículo 212; el artículo 213; el artículo 213 Bis; la denominación del Capítulo II del Título Décimo; el párrafo primero y su fracción III, los párrafos segundo y tercero del artículo 214; las fracciones VI, IX, XI, XIII y los párrafos segundo y tercero del artículo 215; los párrafos primero y segundo del artículo 216; la denominación del Capítulo V del Título Décimo; el párrafo primero, la fracción I y los incisos B), C), D), la fracción III y el párrafo segundo del artículo 217; los párrafos tercero y cuarto del artículo 218; la fracción I y el párrafo segundo del artículo 219; la fracción I y los párrafos tercero y cuarto del artículo 220; el párrafo segundo del artículo 221; las fracciones I, II y los actuales párrafos tercero y cuarto del artículo 222; las fracciones I, II, III y los párrafos tercero y cuarto del artículo 223; los actuales párrafos primero, segundo, cuarto, quinto y sexto del artículo 224; las fracciones VI, X, XIII, XVII, XX, XXIV, XXVIII y XXXII del artículo 225; se adicionan un párrafo tercero con las fracciones I, II, un párrafo cuarto, un quinto párrafo con las fracciones I, II, III y IV, un sexto y un séptimo párrafos al artículo 212; un inciso E) a la fracción I, una fracción I Bis con los incisos A) y B) y un párrafo segundo al artículo 217; un artículo 217 Bis; una fracción IV al artículo 221; una fracción III con los incisos a, b y un párrafo segundo recorriéndose los subsecuentes al artículo 222; un párrafo tercero recorriéndose los subsecuentes al artículo 224, y se deroga el cuarto párrafo del artículo 225 del Código Penal federal.

En efecto, el legislador no se equivoca al reformar el Título en comento, pero sus intenciones quedan en entredicho —de cara a favorecer esta nueva ingeniería anticorrupción—, desde el momento en que crea una rúbrica que no obedece, ni al bien jurídico protegido por los tipos penales que ahí se agrupan, que no es otro que el correcto y buen funcionamiento de la Administración Pública, ni a la calidad de los autores exigida (funcionarios o servidores públicos).

El texto punitivo nos brinda un concepto bastante difuso de servidor público que no permite, al menos con claridad, saber los títulos de adscripción a la función pública, como podrían ser, por ejemplo, el que “por disposición inmediata de la ley, la elección o el nombramiento de autoridad competente, participe en funciones públicas”.⁷¹ Además, la condición de servidor público responde a diversas perspectivas. No sólo para configurar tipos específicos de cuya autoría únicamente es responsable quien reúne dicha condición, sino que alcanza a cuestiones de negligencia profesional, de la especial posición de garante o de la agravación de la pena.

LEY DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Desde hace varios años ha estado vigente la idea de transformar la Procuraduría General de la República en Fiscalía General.⁷² La creación de una Ley para la Fiscalía, reglamentaria de los ar-

⁷¹ Como lo dispone el Código Penal español. *Vid.* De la Mata Barranco, Norberto Javier (2010), “El funcionario público ante el Derecho penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 20, pp. 17-78.

⁷² El 10 de octubre de 2014 se publicó en el *DOF* la reforma en materia político-electoral y con ella distintas modificaciones a la CPEUM, en donde figuran cambios trascendentales para la PGR. Así, como se desprende de esta disposición, se reformó el artículo 102 Constitucional que ahora dicta que el Ministerio Público se organizará en una Fiscalía General de la República como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios.

tículos 21 y 102, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de la cual se reformen, adicionen y deroguen diversos ordenamientos legales, es la de crear un órgano autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, acorde con las nuevas circunstancias del país; fortalecer el derecho de acceso a la justicia, reforzando las funciones y capacidades de los fiscales y eliminando su dependencia de otros poderes, al tiempo que se modernicen las distintas instituciones de procuración e impartición de justicia.⁷³

⁷³ De acuerdo con el Boletín 4797, el cual aquí trascibimos, la Cámara de Diputados aprobó en lo general con 370 votos favor, 43 en contra y 6 abstenciones, el proyecto de decreto que expide la Ley de la Fiscalía General de la República, a fin de constituir un órgano constitucional moderno, autónomo e independiente, el cual coadyuve a vigorizar y fortalecer el sistema de procuración de justicia federal.

El dictamen, remitido al Senado de la República para sus efectos constitucionales, deriva de una iniciativa que el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Diputados el 23 de septiembre de 2014, y reemplaza a la actual Procuraduría General de la República por la Fiscalía General de la República (FGR).

Dicha Fiscalía será autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como moderna, a fin de llevar a buen puerto la implementación del sistema de justicia procesal acusatorio, aprobado en junio de 2008, en un contexto de respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos. Estará integrada, entre otros órganos, por las Fiscalías Especializadas en Materia de Combate a la Corrupción y en Materia de Delitos Electorales, cuyos titulares serán nombrados y removidos por el Fiscal General, con posibilidad a ser objetados por el Senado.

Se prevé la función de representante social del Ministerio Público de la Federación no sólo en la investigación y persecución de los delitos, sino en aquellos asuntos que por su relevancia para la sociedad dispongan las leyes para la protección de los intereses individuales y sociales en general, como son: derechos e intereses de las personas menores, con discapacidad, adultos mayores y de quienes se encuentren en situación de riesgo o peligro.

Entre las facultades del Ministerio Público de la Federación resalta la relacionada con la investigación, en donde se determina la forma clara que ante el conocimiento de la existencia de hechos que la ley señale como delito, se deberá recabar la denuncia, querella u otro requisito equivalente, siempre actuando bajo un marco de respeto a los derechos humanos.

De igual modo, el dictamen contempla el procedimiento para que los agentes del Ministerio Público, los investigadores ministeriales y los peritos puedan formar parte del Servicio de Carrera.

Autoriza a la Secretaría de Gobernación para auxiliar a la FGR en materia de extradición; atribuye al Ministerio Público facultades para conocer de los delitos del fuero común que tengan conexión con delitos federales; precisa que el Centro Federal de Protección a Personas será un órgano auxiliar de la Fiscalía; retira la facultad a los municipios para expedir normas

Se busca que una nueva Ley haga de la Fiscalía General y sus unidades de apoyo, un ver-

y medidas presupuestales en materia del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

También, reforma diversos ordenamientos para sustituir diversos términos, tales como: Procuraduría General de la República por FGR; procurador por el de fiscal; policía judicial por policía, y Presidencia de la República por el de Oficina de la Presidencia de la República.

La reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, busca establecer las atribuciones que la Consejería Jurídica deberá asumir para ejercer la representación de la Federación.

Al fundamentar el dictamen, el presidente de la Comisión de Justicia, diputado Ricardo Fidel Pacheco Rodríguez (PRI), recordó que por mandato de la reforma constitucional en materia político-electoral, se transforma la Procuraduría General de la República en la Fiscalía General de la República.

Dijo que esta Fiscalía será la encargada de la organización del Ministerio Público; que se determina como un órgano constitucional autónomo, con cargo a un fiscal general, que permitirá independencia y objetividad en las actividades que realicen respecto de la investigación y persecución de los delitos, logrando con ello contribuir a la modernización de las instituciones que procuran e imparten justicia.

Con las reformas, expresó, se fortalece el sistema de procuración de justicia federal, principalmente en la función principal del Ministerio Público de la Federación, que es la de investigar y perseguir los delitos a través del ejercicio de la acción penal en representación de la sociedad, la cual se vigoriza al dotar de autonomía constitucional a la Fiscalía; de ahí que el Ministerio debe ser un órgano técnico de investigación y persecución de los delitos, cuya actuación debe sujetarse con estricto apego a la ley.

También robustece el papel del Ministerio Público como representante de la sociedad y garante de la constitucionalidad de las normas generales en materia penal y procesal penal y las que sean de su competencia, de conformidad con el orden jurídico mexicano.

Se subrayó que con el dictamen se consolida la función del Ministerio para dejar de ser percibido únicamente como un operador estrictamente jurídico, y visualizarlo como un agente que cumple con una función social relevante, que es la de ejercer la acción penal en representación de la sociedad, brindar apoyo y asistencia a las víctimas de los delitos, a fin de garantizar su acceso a la justicia y el respeto a los derechos humanos.

Se expuso que la transformación del sistema jurídico penal y de las instituciones que lo integran es punto fundamental para que el país pueda conseguir una mejor justicia, una óptima impartición y una procuración eficiente de este bien jurídico.

En los posicionamientos, los diputados expresaron que la Fiscalía cumple un objetivo fundamental, de hacer más cercana y expedita la justicia, siempre de la mano del respeto a los derechos humanos, y con este dictamen se busca la construcción de una institución cuya independencia, modernidad y desarrollo conduzca a una exitosa implementación del sistema acusatorio.

Aseguró que se busca fortalecer y hacer más eficaz la labor del Ministerio Público Federal, que mediante la autonomía de la Fiscalía podrá desempeñar su labor sin estar subordinado a otro órgano o poder. "Estamos conscientes de que la sola autonomía no resolverá el problema de la impartición de justicia, pero sí eliminará el factor político de la ecuación para elegir al candidato más idóneo para encabezar la Fiscalía".

dadero órgano autónomo de acusación e investigación del delito, en donde el MP se consolide como un agente que cumple una función social, el ejercer la acción penal, que responda a las exigencias de una justicia pronta, expedita, que proteja y atienda los derechos de las víctimas del delito.

Sin embargo, la anhelada Ley Orgánica se encuentra empantanada en el Congreso, por lo que es necesario que las fuerzas políticas mantengan un diálogo que permita poner en práctica toda estas opiniones, ya que de lo contrario difícilmente la fiscalía especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción podrá desempeñar sus funciones diligentemente si desde un principio la Fiscalía General no goza de independencia técnica y operativa, autonomía y objetividad en la investigación y persecución de los delitos.⁷⁴

La creación de una Fiscalía Especializada en Materia de Delitos Relacionados con Hechos de Corrupción

La creación de una Fiscalía Especializada Anti-corrupción ha sido una constante en distintos países de Iberoamérica, con motivo del surgimiento de diversos escándalos de corrupción en los que se han visto implicados funcionarios con altos cargos políticos.⁷⁵ El hecho de tener una fis-

⁷⁴ Cfr. Aguilar Valdez, Vélez, Chávez, Estanislao (2014), *El Ministerio Público. Diagnóstico y propuesta para reformarlo*, Porrúa-PUDH-UNAM, 2014; Castro, Juventino v. (2008), *El Ministerio Público en México*, Porrúa, México; Franco Villa, José (1985), *El Ministerio Público Federal*, Porrúa, México.

⁷⁵ Con el fin de contar con un panorama mucho más amplio sobre esta aseveración, se sugiere la consulta del texto de Fabián Caparrós, Ontiveros Alonso, Rodríguez García Nicolás (coords.) (2014), *El Ministerio Fiscal en el combate a la corrupción: experiencias y perspectivas desde los sistemas penales de Iberoamérica*, Ubijus, México. A lo largo de esta obra, se narran distintos episodios desde el Derecho comparado, sobre el tratamiento que los países de Iberoamérica han dado a la corrupción; uno de ellos, precisamente, es el relativo al establecimiento de grupos de trabajo –al interior de

calía con atribuciones suficientes para investigar a servidores en México, no es una circunstancia nueva o incidental, ya que la Procuraduría General de la República cuenta, desde hace algunos años, con una *Unidad Especializada en Investigación de Delitos Cometidos por Servidores Públicos y contra la Administración de Justicia*, la cual se divide en tres fiscalías: contra el combate a la corrupción, fiscalía de servidores públicos y fiscalía contra la administración de justicia.⁷⁶

Ha sido en virtud de acuerdo A/011/14, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de marzo de 2014, que se creó la Fiscalía Especializada en Materia de Delitos Relacionados con Hechos de Corrupción,⁷⁷ la cual será una unidad administrativa adscrita a la Oficina del procurador general de la República, que tiene como tarea principal la investigación y persecución de los delitos relacionados con hechos de corrupción de competencia federal, así como cualquier otro delito cometido por un servidor público federal en el desempeño de un empleo, cargo o comisión.

las Fiscalías– para el análisis y combate de la criminalidad vinculada a este fenómeno, o bien la creación de Fiscalías Especializadas para dicho fin.

⁷⁶ El objetivo de esta Unidad, conforme al Manual General de Organización de la PGR, es coordinar la actuación del personal de esta Unidad Especializada, encaminada a la atención, investigación y persecución de los delitos cometidos por los servidores públicos que presten sus servicios en la Administración Pública Federal, del Distrito Federal, en los Órganos Constitucionales Autónomos, en el Congreso de la Unión, en el Poder Judicial Federal, o que manejen recursos federales, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Penal Federal y aquellos cuyo conocimiento le corresponda por acuerdo de la C. procuradora; así como los procedimientos administrativos establecidos por la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y demás disposiciones aplicables, a fin de coadyuvar con el objetivo de erradicar la corrupción y conductas contrarias a la prestación del servicio público federal.

⁷⁷ Se abroga el Acuerdo A/107/04, por el que se crea la Fiscalía Especial para el Combate a la Corrupción en el Servicio Público Federal, y se derogan las disposiciones normativas que se opongan a lo previsto en el presente Acuerdo.

En consecuencia, se adscribe a la estructura de la nueva Fiscalía la anterior *Unidad Especializada en Investigación de Delitos Cometidos por Servidores Públicos y Contra la Administración de Justicia*, contando ahora el nuevo organismo con los recursos humanos, financieros y materiales de la Unidad que le precede, así como aquellos que le sean asignados para su óptima operación y funcionamiento, en términos de la normatividad aplicable y la disponibilidad presupuestaria.

Los delitos que se vinculan con hechos de corrupción están comprendidos en el Código Penal federal en su Título Décimo, que lleva por rúbrica “Delitos cometidos por servidores públicos”, y el Título Décimo primero, que se denomina “Delitos cometidos contra la Administración de Justicia,⁷⁸ así como todos aquellos previstos en leyes especiales.⁷⁹

El objetivo de la Fiscalía Especializada, de conformidad con el Manual de Organización General de la PGR será el de consolidar los acuerdos establecidos, así como los convenios celebrados de carácter nacional e internacional, con el objeto de sancionar y erradicar los actos de corrupción de la República Mexicana o aquellos cometidos por servidores públicos en el extranjero; así también, coordinar con los/las agentes del Ministerio Público de la Federación aquellas averiguaciones

⁷⁸ Cfr. Hernández Romo, Pablo y Ochoa Romero, Roberto A. (2013), *Delitos cometidos por servidores públicos contra la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, México.

⁷⁹ Como se desprende del Acuerdo A/011/14, en caso de los delitos de competencia federal relacionados con actos de corrupción, en los que intervengan servidores públicos involucrados con miembros de la delincuencia organizada, la Fiscalía Especializada en Materia de Delitos Relacionados con Hechos de Corrupción, conocerá del delito relacionado con corrupción que se actualice, siempre que no sea el previsto en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada ni aquellos delitos que son competencia de la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales y de la Visitaduría General.

previas (carpetas de investigación) que versen sobre hechos de corrupción y de la cual tenga competencia esta Fiscalía, estableciendo mecanismos para su investigación y persecución, con la finalidad de garantizar un sistema de justicia penal eficiente y transparente.

Son veinte las funciones que se han delegado a esta Fiscalía,⁸⁰ misma que al día de hoy toda

⁸⁰ Las funciones de la Fiscalía son las siguientes:

-Proponer campañas de difusión, información y fomento de cultura de denuncia y legalidad en contra de la corrupción.

-Establecer los mecanismos de cooperación con las Unidades Administrativas competentes de la Procuraduría para solicitar a autoridades internacionales la obtención de información y evidencias para la investigación de funcionarios en extranjero, relacionados con los delitos de corrupción.

-Establecer las estrategias y mecanismos coordinación y supervisión para llevar a cabo y dar seguimiento a los acuerdos establecidos por instancias nacionales e internacionales en materia de combate a la corrupción.

-Emitir solicitudes de información a las autoridades federales, estatales y municipales que permitan la investigación de funcionarios públicos involucrados en hechos probablemente delictivos en materia de corrupción.

-Proponer instrumentos de cooperación con instituciones de los tres niveles de gobierno a fin de establecer estrategias de colaboración para la persecución de los delitos de corrupción.

-Aprobar el estudio de valoración jurídica de las/los agentes del Ministerio Público de la Federación con relación a sus conductas debido al alcance que tienen sus facultades y atribuciones en la resolución de las averiguaciones previas.

-Coordinar la supervisión de las/los agentes del Ministerio Público de la Federación de acuerdo a sus atribuciones en las resoluciones de las averiguaciones previas.

-Solicitar por sí o por conducto de las/los agentes del Ministerio Público de la Federación, adscritos a la Fiscalía, información que permita ampliar las investigaciones de los delitos materiales de competencia de la Fiscalía a instituciones financieras para que contribuya a la obtención de evidencia.

-Conducir a las/los agentes del Ministerio Público de la Federación adscritas/os a la Fiscalía Especializada para la Investigación de los Delitos Relacionados con Actos de Corrupción cometidos por Servidores Públicos en el ámbito federal.

-Dictar las normas y procedimientos que resulten necesarios para la organización de la Fiscalía Especializada.

Conducir la planeación estratégica de la Fiscalía a fin de contar con líneas de acción encaminadas a combatir la corrupción en el servicio público.

-Nombrar, previa autorización del Procurador General de la República, a los titulares de las Unidades adscritas a la Fiscalía Especializada.

-Aprobar las investigaciones para que intervengan las/los agentes del Ministerio Público de la Federación, así como ejercer la facultad de atracción de delitos del orden común, los delitos relacionados con actos de corrupción cometidos por servidores públicos, en términos de las disposiciones jurídicas aplicables.

vía está acéfala, ya que como dispone el primer transitorio del Acuerdo que le da creación, esta normatividad entrará en vigor en la fecha en que la Cámara de Senadores realice el nombramiento de titular de la Fiscalía, en los términos previstos en el Transitorio Décimo Octavo del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la CPEUM en materia político-electoral, publicado en el *DOF* el 10 de febrero de 2014. El Fiscal será propuesto y nombrado por el voto de las dos terceras partes de los senadores y podrá ser removido por el procurador general de la República.⁸¹

Bibliografía

Aguilar Valdez, Vélez, Chávez, Estanislao (2014), *El Ministerio Público. Diagnóstico y propuesta para reformarlo*, Porrúa-PUDH-UNAM.

-Incompetencia, acumulación y separación de averiguaciones previas que proponga la/el agente del Ministerio Público de la Federación de su adscripción, así como la autorización definitiva de la no ejecución de la acción penal, previo dictamen del agente del Ministerio Público de la Federación y aprobar la formulación de conclusión no acusatoria en los procesos penales.

-Emitir instrumentos legales para eficientar el funcionamiento y operación de la Fiscalía Especializada de conformidad con el artículo 7 de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

-Promover a través de las/los agentes del Ministerio Público de la Federación, a las autoridades judiciales las medidas precautorias.

-Dictaminar y aprobar la información de conclusiones no acusatorias en los procesos penales que se lleven a cabo con motivo de delitos relacionados con hechos de corrupción.

-Mantener una coordinación constante con instancias gubernamentales para el seguimiento y cumplimiento de los acuerdos y tratados en materia de erradicación de corrupción.

-Proponer ante las Unidades competentes de la Procuraduría un programa de actualización y especialización en materia de prevención y lucha contra la corrupción.

-Promover la colaboración de instituciones públicas y privadas para el desarrollo de tecnología e intercambio de información para la prevención del delito de corrupción.

⁸¹ Transitorio Décimo Octavo del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia político-electoral.

Arroyo Herrera, Juan Francisco (2004), *Régimen jurídico del servidor público*, Porrúa, México.

Asúa Batarrita, Adela (1997), “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao.

Aya Onsalo, Alfonso (1997), “Especialidades procesales en los delitos de los funcionarios públicos”, en *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP.

Baratta, Alessandro (1991), “Funciones instrumentales simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, en *Pena y Estado*, núm. 1.

Barrera Rivera, Mónica (2010), *¿Quién y cómo debe controlar y evaluar al Gobierno? El eje fundamental de la reforma del Estado: la participación social en el control y evaluación del servicio público. El caso mexicano*, Porrúa-IMAT.

Béjar Rivera, Luis José y Orrico Gálvez, Alejandro (2014), *Régimen de la función pública y régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, ESPRESS-Universidad Panamericana, México.

Bohórquez, E., Guzmán, I. y Petersen, Germán (2016), “Corrupción e impunidad: ¿dos caras de la misma moneda?”. Disponible en: www.animalpolitico.com/blogueros-blog-invitado/2016/01/26/corrupcion-e-impunidad-dos-caras-de-la-misma-moneda/

Cárdenas, Raúl F. (1982), *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Porrúa, México.

Castrejón García, Gabino Eduardo, “La responsabilidad patrimonial del Estado”. Disponible en línea: www.acatlan.unam.mx/multidisciplina/file_download/122/multi-2012-01-01.pdf

Castro Estrada, Álvaro (2005), *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México.

_____, (2007), *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México.

Castro, Juventino V. (2008), *El Ministerio Público en México*, Porrúa, México; Franco Villa, José (1985), *El Ministerio Público Federal*, Porrúa, México.

- Cid Cabello, Montserrat (2014), *La responsabilidad patriomonial del Estado en México*, Tirant lo Blanch, México.
- Coccociolo E. (2008), “Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo”, en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 50.
- Dembiski, Paul (2004), “Conflicto de intereses: la ambidiestralidad de los tiempos modernos”, en *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. 7, núm. 2, p. 192. También, Directrices en la ASF para prevenir el conflicto de intereses, 2011. Disponible en línea: http://www.asf.gob.mx/uploads/61_publicaciones_tecnicas/directrices.pdf
- De la Mata Barranco, Norberto Javier (2010), “El funcionario público ante el Derecho penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 20.
- Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto (2011), *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, Porrúa, México.
- Demetrio Crespo, Eduardo (2002), “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Vol. III, Universidad de Salamanca.
- Díaz y García Conledo, Miguel (2007), “El Derecho penal ante la corrupción política y administrativa”, en Zapatero, Virgilio (compilador), *La corrupción*, Coyoacán, México.
- Evia Loya, Romeo Arturo (2007), *El marco normativo del combate a la corrupción*, Porrúa, México.
- Fabián Caparrós, Ontiveros Alonso, Rodríguez García Nicolás (coords.) (2014), *El Ministerio Fiscal en el combate a la corrupción: experiencias y perspectivas desde los sistemas penales de Iberoamérica*, Ubijus, México.
- Fernández Fernández, V. (2011), *Responsabilidad patrimonial del Estado en México*, Porrúa-ITESM, México.
- Gándara Ruiz Esparza, Alberto (2010), *Responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, Porrúa, México.
- García Arán, Mercedes (1997), “¿Hasta dónde la protección penal de lo público?”, en *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid.
- García Mexía, Pablo (2001), *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra.
- González Gómez, Javier (2011), “La corrupción en México: entre el desánimo público y la falta de institucionalidad”, en Vizcaíno Zamora, Álvaro (coord.), *Combate a la corrupción*, Inacipe, México.
- González, Joaquín (2000), *Corrupción y justicia democrática*, Clamores Madrid.
- Hassemer, Winfried (1991), “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, núm. 1.
- Hernández Romo, Pablo y Ochoa Romero, Roberto A. (2013), *Delitos cometidos por servidores públicos contra la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, México.
- Huber Bárbara (2003), “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, en *Revista Penal*, núm. 11.
- Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO). Consultese: www.imco.org.mx
- Juárez Mejía, Godofredo Humberto (2002), *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, Porrúa, México.
- Larrañaga, Pablo (2000), *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México.
- Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo (2016), Índice global de impunidad México IGI-MEX 2016, Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia UDLPA, México.
- López Calera, Nicolás (1997), “Corrupción, ética y democracia”, en *La corrupción política*, Alianza, Madrid.
- Lucero Espinosa, Manuel (2016), *Responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito federal*, UP-Espress, México.
- Malem Seña, Jorge (2006), “Corrupción, Derecho penal e impunidad”, en *Derechos fundamentales y Derecho penal*, INECIP, Córdoba.
- _____, (1997), “El fenómeno de la corrupción”, en *La corrupción política*, Alianza, Madrid.
- Martínez Vázquez, Francisco (2009), “El control parlamentario de los conflictos de intereses”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 20.
- Mir Puig, Carlos (2000), *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona.

- Moguel Caballero, Miguel (2006), *Responsabilidad patriomonial del Estado*, Porrúa, México.
- Nieto García, Alejandro (1997), *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona.
- Organización de las Naciones Unidas. Consultese <http://www.un.org/es/ethics/conflictointerest.shtml>.
- Ortiz Soltero, Sergio Monserrit (2004), *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, Porrúa, México.
- Queralt Jiménez, Joan J. (2003), “La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales”, en *Derecho Penal Económico*, CGPJ, Madrid.
- Rodríguez Gómez, Carmen (2004), “Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública”, en *En la corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca.
- Rotsch, Thomas (2012), “Criminal Compliance”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 12.
- Sabán Godoy, Alfonso (1997), *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid.
- Schedler, Andreas (2016), “¿Qué es la rendición de cuentas?”, en *Cuadernos de Transparencia*, núm. 3, (en línea) Fecha de consulta 11 de julio de 2016, disponible en: <http://itai.org.mx/site/ifile/Cuadernos/cuadernillo03.pdf>
- Silva Sánchez, Jesús-María (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.
- Source Book, “Conflicto de intereses, nepotismo y amiguismo”, capítulo 21, p. 294 y ss. Disponible en línea: <http://www.culturadelalegalidad.org.mx/recursos/Contenidos/ServicioPblico y AdministraciónPblica/documentos/Conflicto%20de%20Intereses,%20Nepotismo%20y%20Amiguismo%20-%20Trasparencia%20Mexicana.pdf>
- na.pdf; cfr. Ramos Torres, Daniel (2013), *La ética en la Administración Pública*, Public Management de México, México.
- Villoria Mendieta, Manuel (2006), “¿Por qué desconfiamos de los políticos? Una teoría sobre la corrupción de la política”, en *Revista del CLAD. Derecho y democracia*, núm. 34.
- Zaldívar, Oscar, “Los conflictos de intereses”, en *Revista Moneda*, núm. 146, Banco Central de Reserva del Perú, Disponible en línea: www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda.../Moneda-146-05.pdf; también, <http://www.un.org/es/ethics/conflictointerest.shtml>

LEGISLACIONES

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004. Disponible en: https://www.unodec.org/pdf/corruption/publications_unodec_convention-s.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de la Fiscalía General de la República.
- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.
- Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 18 de julio de 2016.
- Ley General de Responsabilidades Administrativas. Directrices en la ASF para prevenir el conflicto de intereses, 2011. Disponible en línea: http://www.asf.gob.mx/uploads/61_publicaciones_técnicas/directrices.pdf
- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.



Rasgos, causas y consecuencias de la política criminal de riesgo

Joaquín Merino Herrera
Zaira Azucena Pérez Figueroa
Instituto Nacional de Ciencias Penales



Resumen

La sociedad postindustrial ha cambiado la percepción sobre los esquemas de seguridad, de manera que en este contexto el concepto de riesgo tiene especial protagonismo; sobre todo cuando la evolución que distingue a la también denominada sociedad del riesgo trae consigo una serie de consecuencias negativas

que pueden ser concebidas como la cara oscura del progreso, esto es, riesgos o amenazas de daño que pueden afectar considerablemente a la seguridad colectiva. Ello se convierte en un gran reto para el Derecho penal, pues a él se ha recurrido para atender estos requerimientos de seguridad. El principal problema radica en que, ante la esquizofrenia que provoca el miedo a la materialización del riesgo, se van creando fórmulas legislativas que se rigen por paradigmas preventivos y que no pocas veces trastocan los presupuestos del Estado de Derecho.

Palabras clave: Política criminal, riesgo, sociedad del riesgo, globalización, Derecho penal, Derecho penal del riesgo, Derecho penal del enemigo, Derecho penal simbólico, delitos de peligro abstracto, prevención.

Abstract

Postindustrial society has changed the perception of security schemes, so that in this context the concept of risk has a special leading role; especially when the evolution distinguishes the also called risk society, this brings a series of negative consequences that can be perceived of as the dark side of progress, this is, risks or threats of harm that can significantly affect collective security. This becomes a major challenge for the criminal law, because we have resorted to it to address these safety requirements. The main problem is that, due to the schizophrenia that is caused by the fear of the materialized risk, legislative formulas have been created which are governed by preventive paradigms and that often times disrupt the state of law's budget.

Key words: Criminal policy, risk, risk society, globalization, criminal law, criminal law of risk,

criminal law of the enemy, symbolic crime law, abstract danger felonies, prevention.

1. La acumulación de los peligros

Desde hace ya algún tiempo, el lenguaje del riesgo se ha convertido en una constante de nuestra vida cotidiana, lo cual resulta paradójico si se tiene en cuenta que el riesgo, en los términos que aquí interesan, entraña consecuencias no deseadas que se originan por nuestro permanente interés de evolucionar. Esto es, en la medida en que hemos avanzado en muchos y muy variados campos, se han ido generando una serie de repercusiones que en realidad pueden ser concebidas como la cara oscura del progreso y que no aparecen de forma aislada o esporádica, más bien han pasado a ser algo sistémico que, no pocas veces, suele justificarse con el mezquino eufemismo de “daños colaterales”; “daños colaterales del progreso”, “daños colaterales de las medidas para eliminar los peligros”, en definitiva, “daños colaterales por todo”. Es bien sabido que dicha expresión lo mismo es usada para mencionar catástrofes ocasionadas por acciones imprudentes, que para hacer referencia a devastaciones motivadas por actividades dolosas. Vaya por delante que ambos supuestos quedan abarcados por la noción actualizada de riesgo.

Del análisis de la cuestión se ha encargado el sociólogo alemán Ulrich Beck, cuya noción, esto es, la de sociedad de riesgo, designa ese escenario con evidentes contradicciones, dado que a la par que confiere ventajas, genera y potencia peligros, es decir, una serie de amenazas de daño e inclusive daños que son producto de nuestras decisiones como civilización y que, de materializarse, en algunos casos provocarían devastaciones sobre los recursos más elementales de su-

pervivencia¹, en otros causarían desequilibrio en los esquemas democráticos o fundamentales de convivencia, mientras que, en otros más, directamente atentarían contra la vida.^{2,3} Al margen de las diferencias que presentan entre sí los también denominados macro-peligros,⁴ por regla general comparten que tendrían su origen en decisiones humanas y que respecto de ellos no sería posible predicar con solvencia su control.

Esa etapa de peligros habría sido identificada a partir de la segunda mitad del siglo anterior⁵ con la consolidación de una serie de avances en la ciencia y en la tecnología, pero, sobre todo, con el descubrimiento de los peligros generados a causa de dicha evolución,⁶ ante lo cual los mecanismos de seguridad diseñados para la fase industrial habrían sido superados, de suerte que la atención se enfocaría en crear esquemas de protección en sectores como la energía nuclear y su manejo, muchas producciones de la química y el deterioro del medio ambiente.⁷ En efecto, ámbitos como los anteriores fueron los que al inicio estimularon que se hablara de un cambio de

paradigma en la forma de identificar y prevenir los peligros. Esto quiere decir que la sociedad del riesgo aglutina tanto el desarrollo de la sociedad industrial como el que caracteriza a la sociedad postindustrial, pero también que concentra efectos negativos que en unos casos estarían sujetos a control, mientras que en otros éste sería un intento infructuoso. Así pues, como ya dijimos, la ausencia de control sería un dato que distingue a unos riesgos de los otros. Con mayor precisión: lo novedoso en la sociedad del riesgo mundial es que nuestras decisiones como civilización desatan problemas y peligros globales que contradicen radicalmente el lenguaje institucionalizado del control.⁸

A la ausencia de control se sumaría la multiplicación de las consecuencias, dado que los peligros que al principio motivaron hablar de la sociedad del riesgo ahora se acumulan con otros que se han venido detectando y que dan cuenta de un cambio cualitativo y cuantitativo en la noción de riesgo. En este sentido, es posible identificar un grupo de riesgos que en esencia surgen con la sociedad posindustrial, frente a otro que incluye supuestos que, aunque no deben su nacimiento a ésta, en ella potencian sus consecuencias lesivas. En el primer caso, junto con los ya mencionados riesgos atómicos, ecológicos y los provenientes de la química, cabe considerar los riesgos que pueden derivar de la ingeniería genética, incluida la genética humana; las crisis financieras u otros problemas o ataques a los mercados internacionales; el correlato negativo de la consolidación de uniones económicas y políticas⁹; las afectaciones a la salud que, a gran escala, pueden ocasionar los sistemas de producción de complejas estruc-

¹ Fundamental Beck, U., *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998; mismo autor, "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica", *Revista de Occidente*, núm. 150, nov. 1993, pp. 19 y ss; *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, El Roure, Barcelona, 1998.

² Cfr. Beck, U., *Sobre el terrorismo y la guerra*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 19.

³ De hecho, es posible identificar supuestos en los que, como el terrorismo nuclear, podrían concurrir todas estas secuelas no deseadas.

⁴ Cfr. Beck, U., *Políticas ecológicas...*, op. cit., pp. 129 y ss.

⁵ Cfr. Beck, U., "De la sociedad industrial...", op. cit., p. 23.

⁶ Dicho de otro modo: una etapa a partir de la cual es fácil detectar una serie avances que así como han traído incontables beneficios en pro de la humanidad, su simple manejo o su utilización indebida han generado graves daños de forma masiva para la salud de las personas y para el medio ambiente.

⁷ Cfr. Beck, U., "De la sociedad industrial...", op. cit., pp. 22 y ss.

⁸ Beck, U., *Sobre el terrorismo...*, op. cit., p. 17.

⁹ Por ejemplo, la consolidación de la Unión Europea.

turas y con gran capacidad de distribución;¹⁰ los riesgos derivados del empleo de la ciencia informática, incluido, por supuesto, el riesgo digital global que amenaza a la libertad.¹¹⁻¹² Dentro del segundo bloque es posible catalogar a la permanente amenaza de la guerra y a la actuación de redes criminales de alcance internacional destinadas a actividades delictivas como el tráfico ilegal de estupefacientes y psicotrópicos; la fabricación, tráfico y acopio ilegales de armas, explosivos y de toda clase de armamento; la pornografía infantil; la trata de personas; la corrupción, y el terrorismo.

Los ejemplos considerados en este segundo catálogo, salvo el relativo a la guerra, suelen incorporarse en el marco operativo de la criminalidad organizada, evidente aspecto que tiene importancia porque, precisamente, las ventajas que aporta la globalización y la interdependencia, en cuanto elementos objetivos de la sociedad postindustrial, también han sido aprovechados por esta clase de delincuencia asociativa para amplificar y perfeccionar su marco de actuación. De ello cabe extraer una diferencia genérica y fundamental, puesto que en esta segunda clasificación aparecen peligros cuyo nacimiento es *per se* negativo y, como veremos, lo que en realidad han hecho

¹⁰ Como ocurre en el sector del consumo; sobre todo cuando se trata de alimentos y medicamentos.

¹¹ Vid. Beck, B., “El riesgo para la libertad. Cuando el Estado democrático, con la colaboración de las grandes corporaciones digitales, espía de forma global para optimizar su seguridad ante cualquier amenaza, ¿quién defenderá los derechos individuales?”, *El País. Opinión* [en línea], 29 de agosto de 2013. Disponible en http://elpais.com/elpais/2013/08/14/opinion/1376502906_653929.html (citado el 3 de mayo de 2016).

¹² En este caso, debemos considerar el caso Snowden, que reveló públicamente lo que todos ya sabíamos: el control absoluto que, en la era del ciberespacio, tiene la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América (NSA National Security Agency) sobre nuestras comunicaciones (conversaciones telefónicas, correos electrónicos y redes sociales). Por supuesto que ello incluye la vigilancia de todos los líderes del planeta (Vid. Entrevista: <https://www.theguardian.com/world/video/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-interview-video>).

sus autores es potenciar sus efectos a partir de las ventajas que aporta la evolución, mientras que respecto de los que incluimos en la primera clasificación se puede decir que nacen con fines positivos, es decir, como la expresión misma de la civilización. Cuestión distinta es que el sentido de su utilización, por imprudencia o intencionalmente, haya tomado otro rumbo. De este modo, tiene lugar la extraña combinación de la involución propia de la criminalidad con los beneficios que trae consigo la evolución.

De la clasificación que acabamos de plantear, que pretende ser enunciativa y no limitativa, se desprende otra que tiene que ver con el fortalecimiento de los peligros que se produce a causa de la inercia misma de la sociedad del riesgo, pero también con motivo de la ya mencionada combinación que se da entre ambos bloques. Un ejemplo del primer caso puede hallarse en las tecnologías de la información y la comunicación, y especialmente en internet, que se ha convertido en una red de conexión global que ofrece un escenario paralelo, con vida propia y en la que confluyen todas las manifestaciones de la evolución. Es innegable que las constantes transformaciones que sufre este ámbito de enlace universal tienen su correlato en muchos y muy variados sectores criminales, de manera que puede ser concebido como un espacio criminógeno que a la vez que crea nuevos comportamientos delictivos sirve como instrumento para la comisión de otros que a su nacimiento ya formaban parte de la delincuencia clásica. El punto es que a la par que el ciberespacio ha venido evolucionando, ha amplificado, en extensión y materia, las posibilidades de lesión, quedando de esta forma afectados un gran número de bienes jurídicos, dentro de los que se encuentran, por ejemplo, la libertad, el patrimonio, la dignidad humana, la indemnidad sexual, la imagen

o identidad, el orden democrático, el secreto de las comunicaciones, la intimidad, los derechos de autor; en fin, la lista puede ser interminable.¹³ Se trata, en efecto, de un enorme catálogo de delitos que ha dado en denominarse ciberdelincuencia.¹⁴

¹³ Sobre ello *vid.*, entre otros, Miró Llinares, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, Madrid; Del Rosal Blasco, B., "Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales", AA. VV., *Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001; Lira Arteaga, Ó., *Cibercriminalidad. Fundamentos de investigación en México*, INACIPE, 2014; Mata y Martín, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, EDISOFER, Madrid, 2001; Galán Muñoz, A., "Expansión e intensificación del Derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática", *Derecho y proceso penal*, núm. 15, año 2006-1.

¹⁴ *Vid.* Convenio sobre la ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. En este instrumento jurídico quedan contempladas conductas como el acceso deliberado e ilegítimo a la totalidad o a una parte de un sistema informático [...] (art. 2); la intercepción deliberada e ilegítima, por medios técnicos, de datos informáticos comunicados en transmisiones no públicas efectuadas a un sistema informático, desde un sistema informático o dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas procedentes de un sistema informático que contenga dichos datos [...] (art. 3); la comisión deliberada e ilegítima de actos que dañen, borren, deterioren, alteren o supriman datos informáticos [...] (art. 4); la obstaculización grave, deliberada e ilegítima del funcionamiento de un sistema informático mediante la introducción, transmisión, provocación de daños, borrado, deterioro, alteración o supresión de datos informáticos (art. 5); la producción, venta, obtención para su utilización, importación, difusión u otra forma de puesta a disposición de: i) Un dispositivo, incluido un programa informático, diseñado o adaptado principalmente para la comisión de cualquiera de los delitos previstos de conformidad con los anteriores artículos 2 a 5; ii) Una contraseña, un código de acceso o datos informáticos similares que permitan tener acceso a la totalidad o a una parte de un sistema informático, con el fin de que sean utilizados para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 2 a 5; y b) la posesión de alguno de los elementos contemplados en los anteriores apartados [...] con el fin de que sean utilizados para cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos 2 a 5 [...] (art. 6); la comisión deliberada e ilegítima de la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos que dé lugar a datos no auténticos, con la intención de que sean tenidos en cuenta o utilizados a efectos legales como si se tratara de datos auténticos, con independencia de que los datos sean o no directamente legibles e inteligibles (art. 7); cualquier introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos; [...] cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, con la intención fraudulenta o delictiva de obtener ilegítimamente un beneficio económico para uno mismo o para otra persona (art. 8); pornografía infantil (art. 9), y delitos cometidos contra los derechos autor y afines (art. 10).

Otro ejemplo de la potenciación que registran los peligros por la inercia de la sociedad del riesgo puede observarse en la percepción sobre el deterioro que ha sufrido el medio ambiente por muy diversos factores, pues, amén de que constituye uno de los argumentos que estimularon hablar de la sociedad del riesgo, y la preocupación que ello despierta ha aumentado a tal punto que se hace alusión a una crisis ecológica y a la amenazadora catástrofe climática. De hecho, a las crisis naturales se les da la categoría de peligro global de la sociedad del riesgo mundial y, según esto, podrían derrocar en prioridad a otros riesgos.¹⁵ De sobra sabemos que en este contexto las formas de afectación son muy variadas y con dimensiones e intensidades distintas, de manera que, además del sinnúmero de actividades humanas —como deforestaciones y graves daños a la flora,¹⁶ a la fauna¹⁷ y al medio ambiente en general— que ya de por sí han venido degradando o afectando los ecosistemas, el lenguaje del riesgo cambia cuando enfocamos nuestra preocupación en la amenaza del cambio climático.¹⁸

¹⁵ Cfr. Beck, U., *Sobre el terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

¹⁶ Un ejemplo puede encontrarse en la advertencia que se ha hecho sobre el declive de los árboles más grandes del planeta y las graves consecuencias que ello puede tener sobre el ecosistema (*Vid.* Criado, M. A., "Los árboles más grandes del planeta se desvanecen", *El País. Ciencia* [en línea], 22 de abril de 2016. Disponible en http://elpais.com/elpais/2016/04/22/ciencia/1461312729_887184.html (citado el 5 de mayo de 2016); *Vid.* Cobo, V., "Las secuoyas milenarias de California, en peligro", *El País. Sociedad* [en línea], 12 de abril de 2014. Disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/12/actualidad/1397264378_050188.html (citado el 5 de mayo de 2016).

¹⁷ En este sentido, dentro de una lista interminable, cabría tener en cuenta la alarma que saltó en 2006 por el hecho de que colonias enteras de abejas de miel desparecieran sin dejar rastro y por las consecuencias que ello tendría sobre nuestra alimentación y forma de vida (*Vid.* Ariza, L. M., "Esta abeja guarda un misterio" *El País. Semanal* [en línea], 29 de julio de 2013. Disponible en http://elpais.com/elpais/2013/07/26/eps/1374841035_395163.html (citado el 5 de mayo de 2016).

¹⁸ Esta preocupación por el cambio climático, por sus consecuencias y por buscar soluciones globales y conjuntas a las mismas encuentra reflejo en la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, hecha el 9 de mayo de 1992; en el Protocolo el Protocolo de esta misma

En este contexto, sin embargo, merece una valoración aparte la capacidad de la energía nuclear para ocasionar catástrofes ecológicas y toda clase de devastaciones. Y es que aunque sus aportaciones son innumerables en muchos campos —como, por ejemplo, en la medicina, la industria, la tecnológica y la ciencia en general—, también ha demostrado que cuando fallan los controles de su utilización provoca daños irreversibles para el medio ambiente, para la vida y para la salud de las personas. Además debemos considerar que esas secuelas altamente dañinas, si es que alguna vez son detectadas o si es que se reconoce su existencia, surgen a mediano o a muy largo plazo. Son muy gráficos a este respecto los desastres nucleares de Chernóbil y de *Fukushima Daiichi*, que no fueron sino accidentes que corroboraron lo dicho; esto es, que el manejo de la energía nuclear no admite signo alguno de imprudencia ni fallos en los procedimientos ni errores de cálculo; no al menos si se tienen en cuenta sus alances, impacto sobre el medio ambiente e incalculables consecuencias sobre la vida en general.¹⁹

Pero la complejidad del problema no se reduce a prevenir el uso imprudente de la energía nuclear, porque también debemos atender el preocupante asunto de evitar que dicha energía sea empleada con la finalidad de causar intencionalmente catástrofes, devastaciones o para cometer atentados. No en vano la Comunidad internacional, ya desde hace algún tiempo, se ha venido encargando de la cuestión. Y creemos que no es producto de la causalidad el hecho de

Convención, hecho en Kioto el 11 de diciembre de 1997, así como en el más reciente Acuerdo de París de doce de diciembre de 2015.

¹⁹ Aunque otros desastres como el vertido de petróleo del buque ruso *Prestige* en las costas de Galicia, España, o como la grave contaminación del Golfo de México originada por el permanente derrame de desechos y por la explotación de gas y petróleo han ocasionado daños ecológicos severos, lo cierto es que no existe punto de comparación con las repercusiones que derivaron y pueden derivar de tales accidentes nucleares.

que los cálculos de Beck sobre el origen de la sociedad de riesgo coincidan en el tiempo con el comienzo de una serie de reuniones de los Estados para tratar lo relativo a un manejo moderado de la energía nuclear. A este respecto, resulta revelador el hecho de que los miembros de las Naciones Unidas, tras las lamentables experiencias que dejó la Segunda Guerra Mundial, hicieran patente la necesidad de establecer controles internacionales estrictos y comunes que garantizaran el uso de la energía nuclear exclusivamente para fines pacíficos. El asunto fue tomado con tal seriedad —y no era para menos— que la primera Resolución de la Asamblea General, dentro de todas las resoluciones que este órgano ha emitido hasta el día de hoy, llevó como título “Creación de una Comisión que se encargue de estudiar los problemas surgidos con motivo del descubrimiento de la energía atómica”.²⁰

De lo anterior se desprende el carácter bidimensional del peligro, siendo que se da una fusión entre el potencial destructivo inherente a la energía atómica y su empleo con fines bélicos. Se trata, como se ha dejado ver, de dos peligros que son diferentes en los motivos de su surgimiento, pero que al combinarse producen una sinergia con gran capacidad de destrucción colectiva grave, inclusive con poder exterminador. Una lamentable alerta de ello quedó registrada con los bombardeos atómicos sobre Hiroshima y Nagasaki, y unas décadas después, particularmente con lo ocurrido en la ciudad de Chernóbil en 1986, pudimos constatar la trascendencia de las cosas.²¹ Si bien el primero de estos acontecimientos supuso un paradigma de la peor atrocidad del

²⁰ Resolución 1(I), de 24 de enero de 1946, desarrollada durante la décimo séptima sesión plenaria.

²¹ Al respecto *vid.* Calveiro, P., *Violencias de estado*, Siglo XXI editores, México, 2012, pp. 36 y 37.

ser humano cometida contra el género humano, o mejor todavía, el aniquilamiento del hombre por parte del hombre, lo cierto es que el segundo representa, siquiera sea por su poder destructor, por las proporciones de radiactividad arrojadas a la atmósfera y por las secuelas a corto, a mediano y a largo plazo, el suceso nuclear más grave hasta nuestros días. Considerarlo tiene importancia dado que al menos permite intuir las consecuencias del empleo deliberado de energía nuclear como estrategia de guerra.

De este modo, adquieren todavía más fortaleza los argumentos que, desde el nacimiento de las Naciones Unidas, han fundado la necesidad de articular una acción global que permita garantizar el uso de la energía atómica con fines pacíficos, lo que, por consiguiente, conduce a eliminar, de los armamentos nacionales, las armas atómicas y las demás armas capaces de causar destrucción colectiva grave de importancia. Con vaivenes, esa estrategia hasta ahora ha mantenido su vigencia, aunque parece que con resultados poco alentadores. Y es que, muy a pesar los esfuerzos multilaterales por frenar la carrera de armamentos nucleares,²² ésta no sólo no ha cesado sino que las armas nucleares se siguen perfeccionando y almacenando en los arsenales nacionales.²³ Ahora bien, la política internacional de desarme y de no proliferación de armas de destrucción en masa ni se circscribe al armamento atómico ni se enfoca únicamente en los Estados como actores

²² Esos esfuerzos se proyectan, por ejemplo, en instrumentos jurídicos como el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (*Vid. Anexo de la Resolución de la Asamblea General 2373 (XXII), de 12 de junio de 1968*) y como el Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares, abierto a la firma el 24 de septiembre de 1996 (*Vid. Resolución de la Asamblea General A/RES/50/245, de 17 de septiembre de 1996*, así como el documento A/50/1027, de 26 de agosto de 1996).

²³ Sobre ello *vid. Merino Herrera, J., Marco estratégico de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Medidas de tratamiento y persecución penal*, INACIPE/Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 157 y ss.

potencialmente peligrosos para la seguridad colectiva, ya que también dirige su atención a las armas químicas y biológicas y a los agentes no estatales; sobre todo a los terroristas. De hecho, así como se habla de terrorismo nuclear y radioológico,²⁴ se alude al terrorismo biológico y químico.²⁵ Pero aún falta considerar que prevalece el temor de que los Estados brinden apoyo a los agentes no estatales para cometer estas formas de terrorismo,²⁶ aunque tampoco es descartable que sea el Estado mismo el que ordene o ejecute actos de terrorismo nuclear, biológico o químico. En resumen: en este contexto la amenaza es muy variada, multidimensional, difusa y difícilmente identificable.

El ciberespacio no es menos demostrativo de la sinergia que se produce a partir de la combinación de los peligros. Por ejemplo, internet se ha convertido en una plataforma para difundir a escala global contenidos ilícitos, racistas, xenófobos o de exaltación, reivindicación o promoción de la violencia en general y del terrorismo en particular. Además de emplear esta plataforma

²⁴ *Vid. Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear*, abierto a la firma el 14 de septiembre de 2005 (*Vid. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/59/290, de 13 de abril de 2005*); Convención sobre la protección física de los materiales nucleares y las instalaciones nucleares.

²⁵ De la Asamblea General de las Naciones Unidas, *vid. las resoluciones sobre “Medidas para evitar que la adquisición por terroristas de armas de destrucción en masa” A/RES/70/36, de 11 de diciembre de 2015; A/RES/64/38, de 12 de enero de 2010; A/RES/63/60, de 12 de enero de 2009; A/RES/62/33, de 8 de enero de 2008; A/RES/60/78, de 11 de enero de 2006; A/RES/61/86, de 18 de diciembre de 2006; A/RES/59/80, de 16 de diciembre de 2004, y A/RES/58/48, de 8 de diciembre de 2003*. *Vid.*, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las resoluciones S/RES/1540 (2004), de 5 de noviembre de 2004; S/RES/1977 (2011), de 20 de abril de 2011.

²⁶ Tanto es así que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas recuerda la obligación de los Estados de abstenerse de suministrar cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que traten de desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores (*Vid.*, por ejemplo, la resolución S/RES/1540 (2004), de 5 de noviembre de 2004).

de interconexión mundial para hacer apología de sus actos, los terroristas se han servido de ella para incitar, financiar o planificar sus actividades, e incluso para reclutar terroristas.²⁷

Como es lógico, esa ubicuidad que confiere internet también ha sido aprovechada por otros sectores de la delincuencia organizada trasnacional, tal y como lo demuestra el preocupante mercado virtual de la pornografía infantil²⁸ y el incesante ataque en masa a los derechos de autor y a la propiedad intelectual. Las cosas no cambian con respecto a la fabricación y comercio de instrumental médico y medicamentos ilegales, ya que la demanda de productos farmacéuticos a bajo coste y sin necesidad de receta; la salida de esta clase de productos de países con controles laxos o directamente inexistentes con destino a otros más estrictos; la divergencia entre legislaciones nacionales, lo cual no pocas veces se traduce en impunidad, y las posibilidades que ofrece internet y las transacciones globales de mercancías, son factores que al combinarse ofrecen importantes ganancias y, por lo tanto, hacen que este ámbito sea explotado por el crimen organizado.²⁹

La trata de personas ha corrido la misma suerte, pues es bien conocido que internet se ha convertido en un escenario que facilita la captación, la coacción, promoción e intercambio de información para estos fines; sobre todo contra mujeres y niñas. Es más, en este contexto se hace referen-

cia a la ciberviolencia contra las mujeres y niñas, y no solamente con motivo de la trata de personas sino a causa de toda clase de violencia, como amenazas de muerte o de violación, persecución o acoso sexual en línea, agravio público, etcétera. El punto es que con la proliferación de internet, la violencia en línea contra las mujeres ha adquirido una dimensión mundial.³⁰ Ni que decir tiene de las estafas, del tráfico ilícito de bienes culturales o del lavado de dinero, que también han encontrado un elaborado caldo de cultivo en esta red digital de alcance global.³¹ Ciertamente el catálogo puede ser interminable.

2. La globalización: un rasgo distintivo de la sociedad postindustrial

La sociedad de riesgo se confecciona, también, sobre la base de objetivos económicos que están condicionados por escenarios sumamente complejos y con transformaciones repentinas de forma constante y sustancial, dado que así lo demandan la globalización y la integración supranacional, pero no sólo a propósito de la influencia producida en todos los ámbitos por los avances tecnológicos, sino porque precisamente estos últimos estimulan la interdependencia de las sociedades en variados aspectos. Prueba de ello son los intercambios comerciales y científicos, cuyo máximo desarrollo se ve reflejado en los mercados comunes como el que ha conformado la Unión Europea, que se desenvuelve en un libre tráfico de personas, capitales, mercancías, bienes y servicios, con la correspon-

²⁷ Sobre ello *vid. Merino Herrera, J., Al Qaeda: una compleja manifestación del terrorismo internacional*, INACIPE, México, 2015, pp. 18 y 19.

²⁸ En relación con ello, *vid. Sanz Mulas, N., "Pornografía en Internet"*, *Revista penal*, núm. 23, enero 2009, pp. 181 y ss.

²⁹ Sobre ello *vid. Jordá Sanz, C./Giménez-Salinas Framis, A.. El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado*. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología [en línea] 17-10-2015 [citado el 9 de abril de 2016]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-10.pdf>

³⁰ *Vid. United Nations Broadband Commission for Digital Development. Working Group on Broadband and Gender, Cyber Violence Against Women and Girls. A World-wide Wake-up Call*, 2015 [en línea] Disponible en http://www2.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/cyber_violence_gender%20report.pdf?v=1&d=20150924T151535 (citado 5 de marzo de 2016)

³¹ *Vid. Merino Herrera, J./Paíño Rodríguez, F., Delincuencia organizada*, Universidad Complutense de Madrid, pp. 148 y ss.

diente eliminación de fronteras entre los países miembros. En definitiva, la globalización y la integración supranacional se constituyen como dos fenómenos típicos e impulsores de las sociedades postindustriales.³²

Se puede decir que lo novedoso de la globalización no se halla en su existencia, sino en sus dimensiones, tendencias, consecuencias y en los recursos, medios o instrumentos que le imprimen impulso. Muy a pesar de que se trata de un proceso originariamente económico, ha terminado alcanzando a otros ámbitos a escala mundial, de tal suerte que además de influir en diversos procesos universales, en ellos evoluciona con los ritmos, exigencias y las características propias de cada uno de dichos procesos. Se trata, en efecto, de procesos que no son económicos, que son simultáneos en su desarrollo a la dimensión económica y que representan vertientes de la globalización con vida independiente. En esa medida, es fácil corroborar dos aspectos fundamentales de la globalización, como lo son, de una parte, su manifiesta propagación internacional y, de la otra, su carácter multidimensional. La primera de estas dos características es evidente y, de hecho, cuando se hace referencia a la globalización se suele invocar expresiones como “mundialización”, “proceso contemporáneo de internacionalización”,³³ “proceso de internacionalización de la economía mundial”,³⁴ “proceso mundial plane-

tario”,³⁵ “actual configuración de las relaciones planetarias”,³⁶ “integración mundial de la economía”³⁷ o, con más acierto, “carácter indeterminado, ingobernable y autopropulsado de los asuntos mundiales”.³⁸

El carácter multidimensional de la globalización se deduce de lo expuesto e implica ir más allá de interpretar a este fenómeno como un movimiento simple, homogéneo y lineal,³⁹ para reconocer su pluralidad en el sentido de que su evolución ni es solamente económica ni se limita, a partir de ahí, a causar influencia e incidir en los entornos económicos, sino que, además, se extiende a otros ámbitos en los que se manifiesta y desarrolla procesos con vida independiente. Tal vez por eso se diga que la noción de globalización se ha convertido en una metáfora poderosa para describir numerosos procesos universales en curso.⁴⁰ Esto es, aunque las dimensiones económicas de la globalización son muy destacadas, éstas se desarrollan concomitantemente a procesos no económicos, que tienen su propia dinámica y cuyo desarrollo, por ende, no obedece a un

³² Fazio Vengoa, H., “La globalización: ¿Un fenómeno elusivo?”, *Historia Crítica*, núm. 23, 2003, p. 14.

³³ Cfr. Gutiérrez Francés, M., “Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional”, AA. VV., *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario, vol. II*, Universidad de Salamanca, edición a cargo de Ferre Olivé, Salamanca, 2002, p. 194.

³⁴ Dowrick, S. / Delong, J. B.. Globalisation and Convergence. Paper for NBER Conference on Globalisation in Historical Perspective, Santa Barbara, California, [en línea]. May 4–5, 2001. p. 4.

³⁵ Bauman, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 80.

³⁶ Cfr. Mélendez Morillo-Velarde, L./Pérez Camos, A./ San Martín Mazzucconi, C., *Globalización, Derechos humanos y sociedad de la información*, Madrid, Cátedra, 2009, pp. 333 y ss; Lallement, M., “Globalización: ¿Qué podemos decir de ella?”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 19, 2001, pp. 33 y 41; Fazio Vengoa, H., “La globalización..., op. cit., pp. 5 y ss.

³⁷ Boiser, S., “¿Hay espacio para el desarrollo local en la globalización?”, *Revista de la CEPAL*, núm. 86, agosto 2005, p. 48.

³² Cfr. Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, Aldelf, Argentina, 2006, pp. 83 y ss, en particular, 83 y 88; Giddens, A./ Sutton, P.W., *Conceptos esenciales de Sociología*, Madrid, Alianza editorial, 2015, p. 23; Chirico, J., *Globalization. Prospects and problems*, Washington, SAGE, 2014, pp. 9-11; Calveiro, P., *Violencias... op. cit.*, pp. 47 y ss.

³³ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Globalización y desarrollo”, *Vigésimo noveno período de sesiones*, Naciones Unidas, Brasilia, Brasil, del 6 al 10 de mayo de 2002, p. 17.

³⁴ *Notas de la CEPAL*, mayo, 2002, núm. 22, p. 1.

determinismo económico.⁴¹ Ocuparse, pues, de este fenómeno, exige considerar otras manifestaciones diferentes a las económicas con existencia autónoma,⁴² es decir, con su propio ritmo, intensidad, espacialidad y temporalidad, que interactúan en un mismo escenario del que no pueden desprenderse y en el que se retroalimentan recíprocamente,⁴³ de forma tal que es probable que lo más adecuado sea concebir a la globalización como una creciente gravitación de los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos, sociales y culturales de alcance mundial en los de carácter regional, nacional y local.⁴⁴

Sin embargo, esta atmósfera de constante transformación y que ha penetrado en todos los ámbitos y a todas las escalas tiene su parte negativa,⁴⁵⁻⁴⁶ lo cual se proyecta en cada uno de los procesos que se desenvuelven en ella y en el proceso general de interconexión global que la compone. En ello tiene especial protagonismo la criminali-

⁴¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, "Globalización y desarrollo...", *op. cit.*, p. 17.

⁴² Así, se habla de las dimensiones de las técnicas de la comunicación, las dimensiones ecológicas, las económicas, las de organización del trabajo, las culturales, las de la sociedad civil, etcétera (Beck, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 40).

⁴³ Fazio Vengoa, H., "La globalización...", *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, "Globalización y desarrollo...", *op. cit.*, p. 17. En idéntico sentido, *vid. Held, Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995, pp. 61 y ss. Dice Beck que la globalización significa procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (Beck, U., *¿Qué es la globalización?*..., *op. cit.*, p. 29).

⁴⁵ De hecho, se habla de una globalización positiva y de una globalización negativa (Extensamente, Castells, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Fin de milenio*, Siglo XXI, 2001). Así, junto con los agujeros negros del capitalismo informacional, el aumento de la desigualdad, la pobreza y la miseria en buena parte del mundo, se refiere, por ejemplo, a los mercados ilegales de las drogas, prostitución y tráfico de personas.

⁴⁶ En sentido crítico, sobre los rasgos y efectos de la globalización *vid. Bauman, Z., La globalización...*, *op. cit.*

dad, porque también en este sentido cada sector tiene su propia vida y, por lo tanto, su propias necesidades, de modo que, siguiendo el lenguaje del riesgo y la preocupación que éste despierta, se van creando esquemas de protección que no ponen muchos reparos en solicitar la injerencia de la represión penal. Esto es tanto como decir que al tiempo que se perciben los peligros, se dilatan los sistemas penales, que en algunos casos se refleja en la creación de nuevos supuestos de incriminación —ya sea porque atienden nuevas realidades, ya porque vienen a sustituir lo que antes quedaba bajo resguardo de otras ramas del Derecho—, mientras que en otros por diferentes vías se expanden los marcos de regulación penal ya existentes.

Así, nos encontramos con una realidad que, cuando no es aprovechada por la criminalidad para mejorar su marco operativo, propagarse, obtener beneficios o facilitar su actuación, por lo menos potencia los efectos lesivos de las actividades dolosas o imprudentes que se pretende evitar. Aquí conviven sectores delictivos que forman parte de la delincuencia clásica y de esa criminalidad que se ha ido gestando en la sociedad postindustrial. Al respecto ya señalamos que en el primer caso es posible incorporar a la delincuencia organizada transnacional en sus múltiples vertientes, esto es, terrorismo, trata de personas, corrupción, pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y psicótropicos, así como fabricación, tráfico y acopio de armas y explosivos, en tanto que en el segundo, sin descartar en ello la participación de la criminalidad organizada, debemos referirnos a los delitos medioambientales; a los delitos de riesgo catastrófico; a los relativos al orden socioeconómico, con especial protagonismo del lavado de dinero, y a los delitos contra salud, sobre todo para aquellos de responsabilidad penal por el producto y

otros que tienen que ver con el mercado ilegal de medicamentos o de productos para el consumo. A pesar de sus diferencias, pues los primeros, como ha quedado sentado, forman parte de la delincuencia tradicional, mientras que los segundos se integran en lo que ha sido denominado Derecho penal de riesgo, comparten que, dados sus objetivos, se construyen sobre la base de criterios preventivos y, en esta medida, no es poco común que la cuestión derive en lo que se identifica como Derecho penal del enemigo.

3. Globalización y delincuencia organizada

El mejoramiento que ha mostrado el marco operativo de la criminalidad organizada responde a gran variedad de factores, dentro de los que debe destacarse, porque ciertamente es ineludible, el relativo a la globalización.⁴⁷ En este sentido, ya hemos dejado ver que, de la misma forma que este fenómeno ha aportado múltiples beneficios por lo que se refiere a innovación de infraestructura tecnológica, comunicativa, económica, cultural y política, de tal manera que ahora es posible establecer una red de interrelación mundial, implica aspectos negativos, parradojas y contradicciones.⁴⁸⁻⁴⁹ Esta situación se

⁴⁷ Cfr. Silva Sánchez, J. M., *La expansión...*, op. cit., pp. 83 y ss; Oliveri Albusi, I., "Globalización, desigualdad y racismo: implicaciones en el ámbito educativo e investigador", *Eguzkilore*, núm. extraordinario 8, diciembre 1995, pp. 231 y ss.

⁴⁸ Al respecto *vid.* Bauman, Z., *La globalización...*, op. cit.; Castells, M., *La era de la información...*, op. cit..

⁴⁹ Cfr. Anarte Borrallo, E., "Conjeturas sobre la delincuencia organizada", AA. VV., en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva / Anarte Borrallo E., y Ferré Olivé, J. C., Huelva, 1999, pp. 16 y ss. También así David, P.R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Zavalia, Buenos Aires, 1999, p. 28, cuando se refiere a las zonas grises de la globalización [...] donde moran, según refiere, los empresarios de la prostitución, las guerrillas, las drogas y cuyos productos van también a engrosar, directa o indirectamente, el patrimonio financiero de los súper-poderosos.

hace patente con el impulso que este escenario de interrelación, de intercambio y de comunicación que ha dado a la delincuencia organizada desde muy variados ángulos.⁵⁰ Tanto es así que ahora lo conveniente es referirse a redes criminales⁵¹ que han explotado la modernidad y que, precisamente con semejante soporte, han construido complejos sistemas multidimensionales que permiten repartir todas las vertientes de su programa criminal a través de nudos principales y alternativos o periféricos que unen o comunican muchos y muy variados vínculos. Se trata de sofisticadas multinacionales del crimen que conectan grupos, organizaciones o individuos con funciones bien definidas y necesariamente complementarias para culminar un muy elaborado ciclo delictivo. Esto significa que el programa criminal no se agota con el desarrollo, en uno o varios ámbitos, de las actividades delictivas de las que se extraen los recursos, puesto que es indispensable que la procedencia ilícita de los mismos se vaya difuminando hasta que terminen integrándose sin rastro en los canales financieros legales. Ello exige diversificar a los actores,⁵² de modo que lo común es que en el aparato organizativo interactúen individuos, grupos u organizaciones con roles asignados en la matriz criminal; empresas pantalla; asesores financieros, jurídicos o empresariales; funcionarios o empleados corruptos de todos los niveles y sectores, así como paraísos fiscales o países factibles tanto para activar el proceso de

⁵⁰ Como recordaba Kofi A. Annan en el Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos: "los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña".

⁵¹ En torno al concepto de red criminal (terrorista), *vid.* Merino Herrera, J., *Al Qaeda....*, op. cit., pp. 79 y ss.

⁵² Como también lo hace patente Chirico, J., *Globalization...*, op. cit., pp. 383 y ss.

lavado de dinero como para invertirlo hasta su limpieza total.⁵³

Así pues, la actuación en red se explica a partir de la “horizontalidad”, lo cual se traduce en mayor expansión de la estrategia y en la “heterogeneidad” de los componentes, es decir, en un incremento considerable en las posibilidades de que el aparato organizativo abarque cada vez más territorios y ámbitos de actuación, cuestión que se concreta en el elemento “ubicuidad” y que, automáticamente, conduce al rasgo de “flexibilidad”, siendo que lo común es que la estructura criminal se provea de los recursos materiales y humanos que exija el entorno en que opere. En esta medida, entra en juego el carácter multicultural —y, por lo tanto, también el relativo a la heterogeneidad— de la organización y el hecho de que en ella se integren personas con funciones bien definidas y con formación y conocimientos distintos. De ahí se extrae una gran capacidad de operar de acuerdo a las circunstancias y exigencias del lugar en que se tenga presencia, pero también para evadir la persecución policial o para corromper autoridades.

Lo anterior quiere decir que la incidencia de la globalización en la criminalidad organizada no se circumscribe a facilitar los medios para el establecimiento de un grupo conformado por miembros de varias nacionalidades ni a la distribución de sus actividades en unos cuantos países, sino que afecta a todos los continentes,⁵⁴ con independencia de que sólo en algunos se actúe de manera permanente o con mayor frecuencia. Que la de-

lincuencia organizada opere o no en determinados territorios o que lo haga de una u otra forma en otros, dependerá de múltiples factores.⁵⁵ En relación con ello, no debe pasarse por alto que sus objetivos se mueven, sobre todo, en clave empresarial o lucrativa, lo que conlleva la búsqueda de escenarios que aporten beneficios económicos en diversos sentidos, esto es, ya sea que resulten idóneos para la ejecución de los delitos que aportan las ganancias, ya que permitan incorporar o acomodar las ganancias ilegales en la economía legal, ya que sirvan para diversificar la colocación de los bienes con el objeto de ocultar su origen ilícito, ya que sean elegidos para invertir los recursos que han sido blanqueados. De igual forma, debe considerarse las facilidades que ofrece cada entorno para el desarrollo de la actividad delictiva pretendida y los niveles de control que se pueda tener sobre las autoridades o, en su caso, las posibilidades de evadir o evitar la persecución policial.

Por consiguiente, la base operativa de la criminalidad organizada ya no se ubica en un lugar específico y, desde luego, en la medida en que el tiempo avanza, va perfeccionando su coordinación, control y la variabilidad de sus extensiones, miembros y actividades, lo que dificulta su investigación y persecución penal.⁵⁶ De este modo, al combinarse su alcance global con su carácter multicultural y con la diversidad de intervienien-

⁵³ Vid. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *The Threat of transnational organized crime*, UNODC, pp. 29 y ss.

⁵⁴ Con razón a estos efectos se utiliza la expresión “delito global” (Así Zuñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, AA. VV., en *El desafío de la criminalidad organizada* (coordinado por Sanz Mulas, N.), Comares, Granada, 2006, pp. 52 y ss).

⁵⁵ En este sentido, Lane, J. E., *Globalization and politics. Promises and Dangers*, Suecia, ASHGATE, pp. 70-71

⁵⁶ Como explica Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y parte especial*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 568, el desarrollo de las comunicaciones internacionales y el transporte ha posibilitado la acción conjunta de delincuentes con mismos intereses, pertenecientes a múltiples y diversos Estados y naciones, que así pueden acrecentar beneficios por la multiplicación de clientes, fortalecer la eficacia de propósitos e intensificar las posibilidades de impunidad. Una vez más, la delincuencia organizada acompaña los pasos, se adapta a la dinámica de las sociedades o asociaciones legales.

tes de diferentes perfiles y formación que integra en su esquema de actuación, el resultado no puede ser otro que la conformación de estructuras con capacidad de adecuación a cualquier escenario y a cambios espontáneos y cualitativos. Son, en los términos anteriormente expuestos, aparatos organizativos flexibles, es decir, que están diseñados para adaptarse a las particularidades, condiciones y amenazas del entorno en que se propongan actuar, actúen o tengan presencia.

Todo lo anterior conlleva la obtención de importantes beneficios económicos y de poderío que, seguramente, se intensificarán en países que carecen de políticas bien definidas para atender el problema de la criminalidad y en los que la corrupción tiene tal arraigo que la delincuencia organizada no sólo convive con las instituciones gubernamentales sino que define su rumbo.⁵⁷ Por si no bastara con eso, la dinámica y expansionismo del crimen organizado puede encontrarse con la ausencia de una base normativa sólida que lo sancione y con otras tantas deficiencias policiales y administrativas.⁵⁸⁻⁵⁹ Más aún: el proceso de

⁵⁷ En este sentido, Zuñiga Rodríguez, L., "Criminalidad organizada...", *op. cit.*, pp. 52 y ss, que deja ver cómo la criminalidad organizada necesita de poder político para asegurar la impunidad de sus servidores y para aumentar su capacidad de influencia en la sociedad.

⁵⁸ Cfr. Medina Ariza, J. J., "Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado", AA VV, en *Delincuencia organizada. Aspecto penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva / Anarte Borrallo, E., y Ferré Olivé, J. C., Huelva, 1999, p. 127; Fabián Caparros, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 37; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho y corrupción*, Porrúa/UNAM, México, 2005, p. 242; Pérez Cepeda, A. I., "Política criminal internacional contra la corrupción", AA VV., en *El Derecho penal y la política criminal frente a la Corrupción*, Coordinado por Fabián Caparrós, E. A./Ontiveros Alonso, M./Rodríguez García, N., INACIPE/UBI-JUS/Universidad de Salamanca, México, 2012, pp. 199, 200 y 206.

⁵⁹ De ahí que se hagan esfuerzos internacionales por unificar criterios en la lucha contra la delincuencia organizada y por garantizar que los Estados incluyan en sus legislaciones locales medidas que permitan prevenir y reprimir las manifestaciones de esta clase de delincuencia asociativa, pero también que sirvan para coordinar la cooperación internacional en este contexto. En este sentido, cabe considerar, por ejemplo, la Convención de las

internacionalización del capital y de unificación de las economías que soportan su infraestructura aumenta su poder, de tal suerte que, irónicamente, en muchos de los casos alcanza mayor entidad en comparación con determinados Estados.⁶⁰ En fin, en la actualidad las organizaciones criminales deben sus beneficios y expansión, en gran medida, al proceso de globalización que recae sobre ellas.⁶¹

Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos; la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción; Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicolíticas, y Las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera. Esa voluntad de armonizar las legislaciones también se hace patente en ámbitos regionales, tal y como lo demuestra la concertación de la Convención del Consejo de Europa n° 198, sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y sobre financiación del terrorismo, así como la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

⁶⁰ En este sentido, Gracia Martín, L., *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 169 – 171; mismo autor, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo. *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*. [en línea]. 07-02-2005 [citado el 8 de abril de 2016]. Pág. 02: 20. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> Como refieren Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 242: ante la inmensidad de los recursos que maneja el crimen organizado, su capacidad para introducirse en la política nacional es proporcional a su tamaño económico, puede no sólo corromper a la economías nacionales sino desestabilizar a los Estados nacionales, sobre todo a aquéllos que no tienen fortaleza institucional para resistir estos embates.

⁶¹ Desde distintas perspectivas, *vid* Anarte Borrallo, "Conjeturas...", *op. cit.*, p. 17 y ss; Cunjama López, D./Ordaz Hernández, D., "Globalización y delincuencia organizada transnacional: una perspectiva criminológica", AA. VV., en *Directrices criminológicas y jurídicas para el tratamiento de la delincuencia organizada transnacional en el continente americano* (coordinado por Rodríguez Valencia, A./Vizcaíno Zamora, Á.), INACIPE, México, 2013, pp. 17 y ss; Merino Herrera, J./Paíño Rodríguez, J., *Delincuencia organizada...* *op. cit.*, sobre todo pp. 40 y 41; Zuñiga Rodríguez, L., "Criminalidad organizada...", *op. cit.*, pp. 52 y ss; Bottke, W., "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", *Revista penal*, núm. 2, 1998 (traducción de Arroyo Alfonso, S.), pp. 2 y ss; Blanco Cordero, I / Sánchez García de Paz, I., "Principales Instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley penal en el espacio", *Revista penal*, núm. 6, pp. 3 y ss; Blanco Cordero, I., "Criminalidad organizada y mercados ilegales", *Eguzkilo*, núm. 11, San Sebastián, diciembre 1997, pp. 214 y ss; López Sánchez, J., "La delincuencia organizada como amenaza estratégica", AA. VV., en

3.1. CORRUPCIÓN: UN COSTE-BENEFICIO PARA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Por donde se mire, para la delincuencia organizada la corrupción es una inversión, un coste beneficio para bloquear los mecanismos de control o recibir protección por parte de servidores públicos corruptos, pero también un gasto de producción de bien o servicio para ocultar los recursos de procedencia ilícita, para garantizar la participación en negocios relacionados con las finanzas públicas e inclusive para influir en las decisiones gubernamentales más relevantes. Fácticamente se trata de un mercado del que se sirven quienes aparentan representar los intereses del Estado y quienes tienen los medios para comprar esa simulación. Si bien la delincuencia organizada tiene como principal pilar su infraestructura financiera, cuando ese poder económico se combina con la corrupción se produce una sinergia que acoraza el engranaje criminal. Está claro que los niveles de protección e impunidad dependerán de las facilidades que ofrezca cada escenario, lo cual resulta que la clave se halla en los candados que encuentren los miembros de las organizaciones criminales para entrar en las instituciones. Dicho en otros términos: la cuestión no radica en que el corrupto quiera contaminar o corroer nuestras instituciones, sino en que existen simuladores (corruptos) que les abren la puerta para que definan el rumbo de nuestras vidas y de nuestros recursos. Así, el Estado de Derecho se convierte en una promesa vacía, lo que se traduce en una devastadora crisis de confianza en la rectitud e imparcialidad de la administración pública y de las propias instituciones democráticas.⁶²

La criminalidad organizada (dirigido por González Rus), México, 2013, pp. 329 y ss.

⁶² Marinucci G./ Dolcini, E., "Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2^a Época, núm. 9, 2002, p. 150. En el mismo sentido, Virgolini, J. E. S., *Crímenes excelentes*.

En el caso de México, las consecuencias no quedan en afectaciones graves a los recursos públicos ni en aspectos tan relevantes como en el entorpecimiento del correcto desempeño de la función pública, sino que, además, en el hecho de que ese uso desviado del poder nos cobra a diario la factura más alta, esto es, la vida, la libertad, el patrimonio y el derecho a vivir libres de temor. En efecto, con profunda tristeza debemos reconocer que el secuestro, el terrorismo, la extorsión, la trata de personas y el homicidio, sólo por citar algunos ejemplos, se han convertido en la práctica cotidiana de la delincuencia organizada que opera en nuestro país, lo cual no hubiera llegado hasta los extremos que conocemos sin la contribución de servidores públicos corruptos.

Por mucho que se sostenga con solvencia que el fenómeno de la corrupción ha afectado a todos los países,⁶³ es evidente que en aquellos en ciernes de desarrollo golpea con tal contundencia que ni siquiera permite sentar las bases para el crecimiento⁶⁴ y, menos aún, cuando en ello se

Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 240.

⁶³ Así Malem Seña, J., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 16 y ss; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho...*, op. cit., p. 47; Zúñiga Rodríguez, L., "Criminalidad organizada...", op. cit., p. 55; Pérez Cepeda, A. I., "Política criminal internacional contra la corrupción...", op. cit., pp. 198, 199 y 206: cuarto párrafo del Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Un indicador sobre la percepción de la corrupción puede encontrarse en Transparency international. *Corruption Perceptions Index 2015* [en línea] [citado el 25 de abril]. Disponible en: https://www.transparency.org/whatwe-do/publication/cpi_2015

⁶⁴ Con respecto a ello, Kofi A. Annan expresaba en el Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: Este fenómeno [...] se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo

involucra la criminalidad organizada. En este caso, la penetración ha llegado al extremo de que es posible hablar de delincuencia organizada desde los aparatos de gobierno; y por supuesto que México no es ajeno a esta realidad.⁶⁵ En contra de dicha afirmación se podrá decir que nuestro marco jurídico se ha fortalecido hasta el punto de que, junto con el reproche penal y el de carácter administrativo por las manifestaciones del uso desviado de poder, se cuenta con logrados esquemas de fiscalización y ahora ya con una Fiscalía especializada en el combate a la corrupción,⁶⁶ pero, sobre todo, con un Sistema Nacional Anticorrupción,⁶⁷⁻⁶⁸ aspectos que demostrarían que el Estado mexicano en su conjunto rechaza todo acto de corrupción y, por lo tanto, lo esperable es que ahí donde ésta aparezca se aplique la sanción que corresponda. Ese planteamiento, sin embargo, sería insuficiente, no sería más que un simple discurso, o si se prefiere, demagogia pura, porque la mera postulación de la ley no supone, por lo menos en países como México, su efectiva aplicación. La verdad es que el crimen organizado ha impregnado nuestras instituciones a tal grado que la ley no es sino una puesta en escena que tiene como protagonistas a servidores públicos de todos los niveles y ámbitos de gobierno.⁶⁹ Liberación de presos por hombres armados; fugas de cárceles de máxima seguridad; políticos vinculados con cárteles que, cuando no sirven como testaferros o lacayos de los criminales, se convierten en su

voz en la toma de decisiones, o lo que es igual, integrantes de organizaciones criminales infiltrados en los sectores políticos; comandos armados en las calles; los conocidos levantones; mujeres y hombres ejecutados todos los días, incluidos niños y niñas; la multiplicación de fosas comunes clandestinas; datos imprecisos sobre las personas que están desaparecidas; el conocido cobro por el derecho de piso a los ojos de autoridades impasibles o que no actúan por temor; acciones disuasorias de la denuncia o directamente intimidaciones para evitarla; inclusión de miembros de los cuerpos de seguridad del Estado en la nómina de la organización criminal a cambio de protección, de que operen para ella desde dentro de las instituciones públicas y de concesiones u otros beneficios que tienen que ver con los recursos públicos, son sólo algunos indicadores que ponen en evidencia la crónica situación que sufre nuestro país.

Semejante realidad criminológica rompe con el esquema clásico de opacidad y hermetismo que busca mantener la delincuencia organizada con el recurso de la corrupción, de suerte que es posible asumir que en nuestro país impera un régimen de terror. Efectivamente, el panorama actual sugiere que la corrupción entraña un lenguaje común que engrasa la colaboración de servidores públicos con el aparato organizativo, cuestión que en principio podría resultar evidente si no fuera porque ello implica algo sistémico que, cuando no impone la contribución con el programa criminal, elimina toda sospecha de peligro sobre él. En este contexto, por lo tanto, la corrupción no es utilizada para conseguir aliados que permitan disminuir los fuertes embates del mecanismo institucional encargado de la persecución del delito –pues quizás eso sea lo que menos acapare la atención de los líderes criminales–, más bien sirve como instrumento para ha-

⁶⁵ Calveiro, P., *Violencias...* op. cit., pp. 207 y ss

⁶⁶ Vid. segundo párrafo de la fracción VI del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁷ Vid. artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁸ Cfr. Kaiser, Max, *El combate a la corrupción: la gran tarea pendiente en México*, Porrúa, México, 2015.

⁶⁹ En torno a ello vid. Buscaglia, Edgardo, *Vacíos de poder en México*, Debate, México, 2013, pp. 107 y ss.

cer que perdure el debilitamiento del sistema y a la vez para mantener el control y la ubicuidad de la organización. Esto significa que la delincuencia organizada, apoyándose también en tácticas terroristas, transmite el mensaje de que quien no se ciña a la suplantación del Estado, más tarde o más temprano, será suprimido. En suma, el empleo de la violencia terrorista no solamente se orienta a imprimir miedo, inseguridad o incertidumbre de forma generalizada y a mostrar poderío, sino a mantener el *statu quo*.⁷⁰ Sobre todo a estos efectos, llamar a las cosas por su nombre tiene particular importancia.⁷¹

⁷⁰ En este sentido, *vid.* Merino Herrera, J., “Una aproximación al concepto de terrorismo”, AA. VV., en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Javier Alba Muñoz*, coordinado por Hernández-Romo Valencia, P./Ochoa Romero, R. A., Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 378 y 379; De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen.org*, Ariel, Barcelona, 2010, pp. 324 y 325; Dondé Matute, J., “Delincuencia organizada y terrorismo en México” en *Terrorismo y Derecho penal*, CEDPAL, Colombia, 2015, pp. 220 y ss. *Mutatis mutandis*, también en este contexto Reinares identifica violencia terrorista cuando, entre otras cosas, refiere que los grandes carteles latinoamericanos vienen utilizando la violencia terrorista para mejor proteger sus negocios ilegales, recurriendo a bandas de asesinos profesionales, miembros de algunos grupos guerrilleros con los que han mantenido en el pasado arreglos mutuamente beneficiosos o activistas excedentes de ciertas formaciones insurgentes europeas (Reinares, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 193). *Vid.*, asimismo, Montemayor C., *Narcoterrorismo en México* [en línea] 22 de septiembre de 2008 [citado el 5 de abril de 2016] Disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2008/09/23/index.php?section=opinion&article=010a1pol>.

⁷¹ A pesar de la evidencia, no faltan las voces que han negado la existencia de tácticas terroristas, es decir, de terrorismo practicado por la criminalidad organizada en México. Algunas han atendido, como es lógico, a intereses políticos, sin embargo otras, de las que ciertamente se esperaría planteamientos objetivos y, por ende, constructivos, han rechazado que la situación que vive nuestro país encaje en la noción de actos terroristas (En este sentido, *vid.* El crimen organizado inyecta miedo pero ¿hay narcoterrorismo en México? [en línea] 16 de agosto de 2010 [citado el 5 de abril de 2016] Disponible en <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/16/el-crimen-organizado-inyecta-miedo-pero-hay-narcoterrorismo-en-mexico>). Frente a dicho aserto debemos decir que las cosas han llegado al extremo que ya no cabe circunscribir la cuestión al término “narcoterrorismo”, y ello, siquiera sea porque las organizaciones criminales que operan en nuestro país no sólo se dedican al mercado ilegal de narcóticos, siendo que han amplificado su marco de actuación a múltiples sectores delictivos, y precisamente la estrategia del terror es empleada para proteger los territorios enteros o las entidades federativas que están bajo su control. Los graves atentados con granadas perpetrados el 15 de septiembre de 2008 en More-

En otros entornos, sin embargo, la situación cambia; principalmente en aquellos con mecanismos institucionales de mayor consolidación democrática o cuando menos no tan permeados por la delincuencia organizada y por los niveles de corrupción descritos. En dichos escenarios lo común es que, para disminuir las acometidas de los cuerpos de seguridad, las organizaciones criminales opten por contar con aliados, de ahí que intenten por todos los medios sustituir la violencia y el aislamiento operativo por el recurso de la corrupción, pues queda claro que ello siempre traerá más ventajas que inconvenientes. La razón es muy sencilla: el empleo de la violencia es visible desde el exterior, alarma a la opinión pública y obliga a las autoridades a reaccionar con dureza, mientras que la corrupción es por naturaleza propia silenciosa,⁷² favorece la mimetización, permite conseguir el objetivo deseado con menores riesgos y controla las instituciones desde su interior.⁷³ De este modo, la corrupción debe entenderse como un coste de producción de bien o servicio que variará por diferentes

lia que provocaron la muerte de ocho personas y que causaron lesiones por lo menos a cien; la no infrecuente utilización de coches bomba con resultado de muerte; los incendios generados en 2010 sobre el Casino Royale en Monterrey, hechos en los que perdieron la vida más de 50 personas; los ataques que, en 2013, tuvieron lugar contra subestaciones eléctricas que dejaron sin energía a gran parte de la población y que se conjugaron con los intentos de incendiar gasolineras; los incidentes que, en 2015, paralizaron la Ciudad de Guadalajara con motivo de 39 bloqueos atribuidos a grupos armados, en los que, además, se derribó un helicóptero de la SEDENA y que tuvieron un lamentable resultado de siete muertos y diecinueve personas heridas, son solamente algunas manifestaciones de la violencia terrorista que registra la realidad mexicana y que se mueven en un escenario en el que los mensajes y advertencias que se plasman en las denominadas narco-mantas vienen acompañados de ejecuciones sistemáticas, cuerpos de hombres decapitados colgados en las calles, cabezas humanas como mensajes a los ojos de la población, levantones o extorsiones.

⁷² Como deja ver Reinares, son formas de violencia contra personas o cosas cuyos ejecutores no reclaman publicidad de las mismas e incluso tratan de ocultarlas en la medida de lo posible [...] (Reinares, F., *Terrorismo...*, op. cit., p.17.

⁷³ Foffani L., “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, *Revista penal*, núm. 7, enero de 2001, p. 59.

factores, empezando por las facilidades que ofrece el mercado en el que, por un lado, se encuentran quienes venden la corrupción y, por el otro, quienes la compran, o si se prefiere, un intercambio ilegal en el que se procura maximizar ventajas y reducir los riesgos.⁷⁴ La estrategia prosperará en función de las oportunidades que se concedan con respecto a los niveles de control del escenario en que se actúe y a la finalidad que en éste se persiga; al grado de contaminación corruptora del sistema; a la jerarquía del funcionario y a su poder discrecional; a la clase de servidores públicos que se pretende llegar —jueces, policías, investigadores, fiscales y políticos en general—; a la importancia de los negocios, a las ganancias que se obtendrán al concretarse dichos negocios y las mediaciones de la política en los mismos;⁷⁵ a las deficiencias legislativas, en fin, a una serie de variantes que garantizan el blindaje del programa criminal y que, en consecuencia, originan el debilitamiento de las instituciones. Queda claro que se obtendrán mejores resultados y con menos complicaciones en aquellos escenarios en donde la corrupción es algo sistemático.

De cualquier forma, se trata de comportamientos delictivos impulsados por la racionalidad económica, que tienden a hacer uso de los mismos

⁷⁴ Ferré Olivé, J. C., “Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción: problemas de extradición”, AA VV., en *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pág. 13. Con respecto a ello señala este autor que, dentro de las prácticas más comunes, podrían considerarse el hecho de evitar detenciones, juicios, condenas; favorecimiento a ciertos sectores empresariales en perjuicio de otros; el refugio de mandatarios y funcionarios públicos corruptos provenientes de países en vías de desarrollo o desarrollados incluso; la transferencia de efectivo de procedencia ilícita a paraísos fiscales o a entidades bancarias de Estados que se muestran indiferentes sobre el origen de los fondos; la realización de actos ejecutivos del delito en otro Estado procurando diluir las pruebas de los hechos corruptos, son sólo algunos ejemplos de las prácticas más comunes.

⁷⁵ Virgolini, J. E. S., *Crímenes excelentes...*, op. cit., p. 240.

instrumentos típicos de la criminalidad económica, comenzando precisamente por la corrupción.⁷⁶ A mayor acumulación económica, mayor potencial corruptor para fortalecer las actividades ilícitas, para expandirlas y para diversificarlas, lo que supone profundas repercusiones de carácter empresarial, financiero, económico y social.⁷⁷ En este sentido, además debe tenerse en cuenta que con el paso del tiempo los mecanismos corruptores se han perfeccionado, han proliferado y han ampliado sus alcances, lo que significa que, al tiempo que lo convencional ha mejorado, han surgido escenarios que no solamente abren nuevas oportunidades para prácticas corruptas, sino que confieren a éstas una dimensión internacional e inclusive global.

Sin duda, esas dimensiones se deben al impulso que ha dado la globalización a las prácticas convencionales de la criminalidad organizada y a los nuevos escenarios que en este sentido se han abierto. Ciertamente, la arena global acorta las distancias entre los distintos ámbitos de actuación de esta clase de organizaciones criminales, siendo que su actuación en red se diseña, sobre la base de la ganancia económica perseguida, para invertir menos, con poco riesgo y rentabilizar lo más que se pueda. Como dice Zúñiga Rodríguez, la estrategia de la criminalidad organizada consiste en ubicar sus funciones de gestión

⁷⁶ Foffani Luigi, “Criminalidad organizada...”, op. cit., p. 59.

⁷⁷ Evidentes consecuencias que se subrayan en el Preámbulo de distintos instrumentos jurídicos internacionales, como ocurre con la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, con la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, con el Convención penal sobre corrupción y con la Convención interamericana contra la corrupción. Destacan también estas repercusiones, por ejemplo, Malem Seña, J., *Globalización...*, cit., pp. 61 y ss, 117 y ss y 177 y ss; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho...*, op. cit., sobre todo pp. 51 y ss, 66 y ss; Pérez Cepeda, A. I., “Política criminal...”, op. cit., pp. 203 y ss; Foffani Luigi, “Criminalidad organizada...”, op. cit., p. 60, que especialmente se refiere a la peculiar lesividad macroeconómica de la criminalidad organizada.

y producción en zonas de bajo coste y bajo riesgo, controlando de manera relativa el entorno institucional, fundamentalmente por medio de corrupción, mientras que buscan los mercados preferentes en las zonas de demanda más rica, a fin de cobrar precios más altos.⁷⁸⁻⁷⁹ La clave está en reducir los gastos de seguridad y producción, preparación u obtención de lo que constituye la fuente de ingresos y cobrar la ilegalidad y el alto riesgo en los entornos más estrictos y de gran demanda. Aquí quedan incluidos sectores como el narcotráfico, el tráfico de armas, municiones, armamento y explosivos, tráfico de órganos, tráfico ilegal de medicamentos o de productos para el consumo, trata de personas, tráfico de arte, pornografía infantil, comercio de cosas robadas, entre otros.

3.2. DELITOS INSTRUMENTALES PARA LA PERMANENCIA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La expresión “delitos estructuralmente instrumentales”⁸⁰ parece indicar una categoría de delitos que sirven para mantener y fortalecer el esquema operativo de los grupos de la delincuencia organizada, pero también para evitar obstáculos que pongan en peligro su programa criminal. Especialmente, se trata de los comportamien-

tos típicos de pertenencia a una organización delictiva, de corrupción y de lavado de dinero, en los que, en efecto, se soporta la estructura planificada para la ejecución de los delitos finales, es decir, aquellos que producen el beneficio material directo o, como lo hemos señalado, los que forman parte de la matriz criminal. En la primera de dichas actividades instrumentales se encuentra un dato definitorio de la delincuencia organizada, lo que no responde en lo fundamental al hecho de que alguien se sume a un proyecto criminal de actuación conjunta, pues queda claro que existen otras formas de criminalidad asociativa, sino más bien a que la persona se integre en un aparato organizativo que trascienda a límites temporales, que tenga ciertas características y con determinados fines delictivos. Ahora, sin embargo, con motivo del expansionismo que han mostrado las organizaciones criminales dicha integración está pensada para abarcar funciones tan variadas como complejas, y por esa razón serán asignadas a personas con formaciones y nacionalidades distintas. No hay que olvidar que la horizontalidad de la actuación en red amplifica el marco de actuación a escala mundial, precisándose por ello de un componente multicultural y flexible.

De igual forma, debe recordarse que la corrupción implica una inversión para este tipo de criminalidad que persigue un lucro, de ahí que los recursos obtenidos deban incorporarse a los flujos financieros o económicos legales para difuminar su procedencia ilícita. Así, corrupción y blanqueo de capitales se fusionan en una estrategia diseñada para explotar los tejidos de los mercados globales, el desarrollo en materia de telecomunicaciones, la consecuente flexibilización o desaparición de las fronteras con el mundo virtual, la deslocalización que origina la transnacionalización de la economía y otros tantos be-

⁷⁸ Zuñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada..., *op. cit.*”, p. 53, En el mismo sentido, De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen.org...*, *op. cit.*, pp. 230 y 231.

⁷⁹ Ocurre lo mismo que con las multinacionales que aparentan conducirse por la legalidad, pues, como todos sabemos, éstas hacen los gastos de producción y de mano de obra en lugares más permisivos, para luego vender el producto final en sociedades donde se pueda pagar los precios elevados que ya incluyen esos gastos de producción –como explotación laboral y corrupción– y la ganancia prevista.

⁸⁰ Expresión utilizada en Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas*, Nueva York, 2012, págs. 9 y 10.

neficios que trae consigo la globalización. El alcance global combinado con la diversificación de oportunidades que derivan de la apertura de los mercados, del comercio en general y del sistema financiero sitúa a las organizaciones criminales en la economía legal y, por consiguiente, multiplica sus ganancias, incrementa su poder corruptor y reduce el riesgo de eventuales decomisos.

La diversificación que se da en este sentido permite seleccionar el entorno adecuado para cada parte del andamiaje delictivo, sin que la estrategia se conforme, como ya dejamos ver, con el cumplimiento de la actividad matriz y las ganancias que de ella se obtienen, dado que después habrá que acomodar los beneficios en los circuitos legales o por lo menos ocultarlos de tal manera que sean puestos a buen recaudo. Esto es posible en un escenario que ha multiplicado tanto los actores internacionales como las relaciones comerciales y que, por la inercia de las cosas, ha fomentado la corrupción, de modo que en él conviven las prácticas corruptas tradicionales y otras que tienen su carta de naturaleza en el contexto globalizador. De ello se extrae que el fenómeno de la corrupción va más allá de servidores públicos y operadores del sector privado que se circunscriben a un ámbito local, pues el marco de actuación global de ámbitos como la delincuencia organizada origina que la corrupción también se mueva a esta misma escala. Con razón se habla de “corrupción internacional”,⁸¹ y en ello el crimen organizado tiene especial protagonismo. Porque su estrategia no se reduce a la búsqueda de protección por parte de servidores públicos corruptos encargados de su persecución penal ni a recibir de éstos todas las facilidades y apoyo para lavar

el dinero en un país determinado, pues se extiende a contar con asesores, aliados u operadores vinculados con el sistema bancario y financiero o con otros sectores comerciales, de inversión e incluso políticos, de representación de organismos públicos internacionales o de ejercicio de funciones públicas para un país extranjero.⁸²

Un fenómeno que favorece prácticas corruptas en todos los ámbitos y a todos los niveles es el relativo a las asimetrías, sobre todo el que se ha gestado en el contexto internacional. A esta escala es más fácil apreciar marcadas diferencias, inclusive se sostiene que a nivel internacional las asimetrías en muchos ámbitos son más profundas y más graves que a nivel nacional.⁸³ Particularmente se trata de las diferencias que cabe detectar en los rubros económicos, culturales, sociales, políticos o jurídicos,⁸⁴ lo cual tiene relevancia por cuanto la delincuencia organizada, como lo hace la delincuencia económica en general, ha sacado partido de tales asimetrías. En este sentido, se buscan entornos que permitan operar con mayor libertad, ámbitos con legislaciones más limitadas, quizás sin regulación *ad hoc*, y en los que la persecución del delito sea más controlable mediante la corrupción. En esta medida, por lo tanto, se recurre a un blindaje local contra la investigación del delito y se explota un escenario que ofrece oportunidades econó-

⁸¹ En similar sentido, Pérez Cepeda, A. I., “Política criminal..., *op. cit.*”, p. 198, cuando señala que junto a los factores clásicos que tradicionalmente se han apuntado como favorecedores de prácticas corruptas [...], en los últimos tiempos han aparecido otros relacionados con la emergencia de instituciones y organizaciones internacionales, que ha hecho surgir toda una categoría de funcionarios o empleados públicos no pertenecientes a los Estados, pero con competencias y capacidad de adopción de importantes decisiones susceptibles de desviación, y aquellos íntimamente relacionados con el proceso globalizador.

⁸³ Malem Seña, J., *Globalización..., op. cit.*, p. 17.

⁸⁴ Cfr. Malem Seña, J., *Globalización..., op. cit.*, p. 17; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho..., op. cit.*, pp. 67, 68, 241 y 242.

Cfr. Pérez Cepeda, A. I., “Política criminal..., *op. cit.*”, p. 199.

micas en diversos sentidos.⁸⁵ Expresado de otra forma: legislaciones laxas, sistemas permisivos, preponderantemente con motivo de prácticas corruptas, y una serie de condiciones que flexibilizan la economía, el sistema financiero y las relaciones comerciales, son aspectos que, al confluir en un mismo punto, crean un caldo de cultivo para la actuación de la delincuencia organizada. Ello tiene aplicación tanto para los delitos que producen el beneficio material directo como para lavar los recursos de procedencia ilícita y para realizar otras tantas transacciones comerciales corruptas.

De este modo, la criminalidad organizada ha explotado los avances que el proceso de globalización ha traído en todos los campos, al tiempo que ha sacado partido de las repercusiones que dicho proceso ha tenido sobre ciertos países. En efecto, la marcada disparidad que se presenta en materia de persecución penal de la delincuencia organizada, contrasta con la evolución que ésta ha mostrado en su marco de actuación. Esto quiere decir que el problema se agudiza cuando la divergencia legislativa, las carencias en las legislaciones locales y la corrupción se combinan con el desarrollo de las telecomunicaciones y la interconexión global de los sistemas financieros o bancarios. A nadie escapa que ahora a través del ciberespacio es posible trasferir enormes cantidades de dinero de un extremo a otro de la aldea global. Sobre todo esto tiene relevancia a los efectos del lavado de dinero,⁸⁶ porque lleva un complejo procedimiento que inicia por la colocación o introducción de los recursos obtenidos de forma ilegal, lo que por supuesto se hace en escenarios

⁸⁵ Cfr. Malem Seña, J., *Globalización...*, op. cit., p. 17; Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho...*, op. cit., pp. 67 y 68; Pérez Cepeda, A. I., "Política criminal...", op. cit., p. 199.

⁸⁶ De hecho, se hace referencia al ciberblanqueo de capitales (Vid. Llinares, F., *El cibercrimen...*, op. cit., pp. 83 y 84).

controlables, para después diversificar o enmascarar dicha colocación hasta invertir (integrar) los bienes en diversos puntos de la economía legal.⁸⁷ A estos efectos, resultan muy atractivos los paraísos fiscales, pues, como todos sabemos, crean sistemas que favorecen la inversión de fondos procedentes de actividades delictivas y, por ende, el ocultamiento de los mismos. Su opacidad y el rechazo a la colaboración internacional en la lucha contra la criminalidad económica, hace que sean identificados como centros *offshore*.⁸⁸

4. La injerencia del Derecho penal ante la percepción del riesgo

El cuadro presentado hasta ahora dibuja un escenario mundial sometido a continuos cambios con altas dosis de peligro, un diagnóstico que plantea la existencia de una serie de riesgos que, progresivamente y por distintas causas, se han venido acumulando en un mismo entorno de alcance global. Por regla general, la protección frente a ello se busca en el empleo del Derecho penal, cuestión que por otra parte no debe ser rechazada en bloque, pues, como ha quedado sentado, hay peligros cuya realización en cualquier caso afecta bienes jurídicos que demandan salvaguarda penal, muchos de ellos de interés colectivo. Esto significa que en las regulaciones penales contemporáneas al menos conviven sectores delictivos de la delincuencia convencional y otros que quedan comprendidos bajo la rúbrica del

⁸⁷ Cfr. Callegari, A. L., *Lavado de activos*, Ara, 2009, Perú, pp. 32 y ss; Buscaglia, E., *Lavado de dinero y corrupción política. El arte de la delincuencia organizada internacional*, Debate, México, 2015, pp. 48 y 49; De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen.org...*, op. cit., pp. 292 y 293.

⁸⁸ Pérez Cepeda, A. I., "Política criminal...", op. cit., p. 200. En idéntico sentido, De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen.org...*, op. cit., pp. 292 y 293.

denominado Derecho penal del riesgo.⁸⁹ A pesar de sus diferencias, guardan en común que, dada la realidad criminológica descrita, vienen marcados por la propagación de tipos penales que, en su configuración, son de naturaleza preventiva. Con esto no estamos afirmando que los tipos penales de resultado de lesión hayan desaparecido de los textos punitivos, simplemente queremos resaltar que la tendencia apunta a la construcción de tipos penales de peligro abstracto; sobre todo en aquellos supuestos considerados especialmente graves y en los delitos característicos del Derecho penal del riesgo. Sirva como ejemplo para el primer caso, la tipificación penal de la delincuencia organizada y el tráfico y acopio de armas, mientras que en el segundo cabe considerar los delitos de prevención de riesgo catastrófico, diversos delitos medioambientales y otros tantos delitos socioeconómicos.

En este caso rige la categoría de la secuela no deseada⁹⁰ y, en consecuencia, la tendencia a ampliar y a fortalecer los esquemas de prevención, en lo cual, como se verá más adelante, ha tenido especial protagonismo el Derecho penal, tanto que no han sido pocos los sectores cuya protección se le ha encomendado, incrementándose, por la naturaleza de las cosas y los objetivos perseguidos, la probabilidad de que resulten vulnerados los límites al *ius puniendi*. Porque el desenlace para la evitación de los peligros que caracterizan a la etapa postindustrial no puede ser otro que la multiplicación o el uso abusivo de los tipos penales de peligro abstracto. Esto quiere decir que la criminalización en estadios previos para evitar peligros remotos ha venido ganando terreno a los tipos penales de lesión y de peligro concreto.

⁸⁹ Vid., sobre ello, Jakobs, G., *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 40-42.

⁹⁰ Cfr. Beck, U., *¿Qué es la globalización...*, op. cit., p. 49.

Más aún: parece que ha perdido su vigencia el presupuesto del Estado democrático de Derecho consistente en recurrir de forma excepcional y en supuestos muy específicos a la técnica legislativa de los tipos penales de peligro abstracto.

Con lo anterior no se está desconociendo la realidad que plantea la sociedad del riesgo; de hecho, desde el inicio dimos cuenta de ello. Sencillamente, lo que se quiere indicar es el problema al que se enfrenta el Derecho penal al momento en que con él se pretende atender una serie de requerimientos de las sociedades modernas que no pocas veces conducen a sacrificar los principios que lo informan⁹¹, lo que viene dado, en buena parte, a causa de la administrativización del Derecho penal⁹², es decir, esa preocupante tendencia a atribuir al Derecho penal funciones que deben asignarse al Derecho administrativo sancionador —como ocurre con algunos supuestos destinados a la protección penal del medio ambiente—, de manera que se desnaturaliza su sentido para convertirlo en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales,⁹³ o si se quiere, en un sistema de gestión primaria de los problemas sociales.⁹⁴ En esta medida, el principio de mínima intervención anuncia su decadencia.

⁹¹ Nos referimos, por ejemplo, a los principios de mínima intervención, de legalidad, del hecho, de ofensividad, de culpabilidad y de proporcionalidad.

⁹² Vid., sobre ello, Silva Sánchez, J. M., *La expansión...*, op. cit., pp. 131 y ss; Feijoo Sánchez, B., "Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad del riesgo". Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI", AA. VV., en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, 2006, pp. 137 y ss. También a ello hace referencia Mir Puig, S., "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", AA. VV. en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela, 1991, p. 213.

⁹³ Silva Sánchez, J. M., *La expansión...* cit., pág. 134.

⁹⁴ Feijoo Sánchez, B., "Sobre la "administrativización"..., op. cit., p. 138.

4.1. EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO SUSTENTADO EN EL DISCURSO DEL PELIGRO

Pese a todo, conviene subrayar que el Derecho penal no debe ser ajeno a la constante transformación de las sociedades y de los ámbitos que requieren protección, lo cual, por otra parte, no implica que deba adoptarse una política criminal exclusivista, que pretenda convencer de que el remedio para la crónica situación que sufre la sociedad mexicana se halla en la punición exacerbada y en la expansión absurda y populista de los esquemas de represión penal. Es momento de asumir que una política criminal evolucionada no se explica con la hipertrofia del Derecho penal; por el contrario, el abuso en el empleo del Derecho penal no hace más que demostrar el claro retroceso que tenemos al momento de concebir el sentido y los límites de la política criminal. Además, debemos reconocer que el inflacionismo del Derecho penal, fertilizado con el discurso político de los muy graves problemas de criminalidad que todos conocemos, no ha logrado frenar los preocupantes índices que registran los delitos que más daño hacen a la sociedad.⁹⁵ Es urgente entender por eso que el Derecho penal no es Derecho de policía, es decir, que no está llamado a subsanar las claras deficiencias de nuestras agencias de inteligencia y de nuestros sistemas de investigación y prevención del delito, esto es, no es asunto del Derecho penal ocuparse de la impunidad que impera en la realidad mexicana, o mejor todavía, el Derecho penal no podrá jamás con mecanismos institucionales impregnados de

corrupción. En fin, mientras más fuertes sean los vínculos entre la criminalidad y los servidores públicos y entre éstos y la corrupción, más sólidos serán los obstáculos para la prevención de la delincuencia.

Precisamente la lógica del riesgo mira de inmediato hacia las virtudes que se suelen atribuir al Derecho penal, sin embargo ello, paradójicamente, es impulsado por un aspecto positivo que termina degenerando hasta confluir en el Derecho penal simbólico⁹⁶. Nos referimos a la conciencia social motivada por la sensación e identificación extendida de los riesgos, que se presenta como otra característica por la que podría distinguirse la sociedad de riesgo mundial; cuando menos cabe esperar que en ésta surja, con motivo de la percepción pública de los riesgos, una sociedad autocítica⁹⁷. Obviamente, esta conciencia social conduce a la búsqueda e implementación de mecanismos preventivos, a la elección, en la medida de lo posible, de alternativas que eviten hechos consumados de imposible reparación; en definitiva, a la intención de anticiparse a la realización de los problemas, y ahí es donde se proyecta un extremo negativo y preocupante. A nadie es ajeno que el discurso (político) del riesgo se ha convertido en una oportunidad nada despreciable para fertilizar el terreno del protagonismo político a través de la trillada y pérvida salida al Derecho penal.

Entre la conciencia social sobre la existencia de los riesgos y el Derecho penal simbólico hay

⁹⁵ Esto es, terrorismo; los delitos contra la salud; los delitos de secuestro; los delitos cometidos por servidores públicos, como ocurre, por ejemplo, con los delitos de ejercicio indebido de servicio público, de abuso de autoridad, de desaparición forzada de personas, con los delitos de intimidación, de ejercicio abusivo de funciones, de tráfico de influencia, de cohecho, de peculado y de enriquecimiento ilícito; los delitos de tráfico, acopio y portación de armas y explosivos; los delitos de robo de vehículo, etc., etc., etc.. En fin, la lista puede ser interminable.

⁹⁶ Sobre el concepto de Derecho penal simbólico *vid.*, entre otros, Merino Herrera, J. *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, INACIPE/BOSH, México, 2013, pp. 28 y ss; Cancio Meliá, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Navarra, 2006, págs. 93 y ss; Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, B de F Ltda., Buenos Aires, 2010, pp. 482 y ss.

⁹⁷ Beck, U., *¿Qué es la globalización?..., op. cit.*, p. 142.

un punto intermedio que trasforma el sentido positivo de las cosas. Concretamente, se trata de la sensación de inseguridad que, en buena medida, se debe a la conciencia social sobre la falta de capacidad, de recursos o de conocimientos para seguir muy de cerca y abarcar los agitados y constantes avances de la ciencia, de la tecnología y de otros campos, pero también para controlar, al mismo ritmo de la creación de tales adelantos, los problemas o consecuencias lesivas que de ellos derivan,⁹⁸ en lo que tiene un papel fundamental el rubro de la delincuencia dolosa y, particularmente, la delincuencia organizada, sin que estemos dejando de lado otros delitos de carácter doloso o inclusive imprudentes que encajan en el Derecho penal del riesgo.

De lo anterior resulta que el punto decisivo de la discusión no lo es tanto la constatación de los riesgos postindustriales ni la preocupación por la inexistencia de una conciencia generalizada que conduzca a tomar medidas destinadas a prevenirlos; más bien radica en la legitimidad de esas medidas empleadas para sancionar y, sobre todo, para evitar que esos peligros, considerados como inminentes lesiones futuras e incluso daños consumados, permanezcan o avancen todavía más.⁹⁹ Tan se tiene conciencia de esta nueva

⁹⁸ Un reflejo de esto cabría encontrarlo en las ventajas que, por distintas razones, suele tener la dinámica de la modernidad sobre el Derecho, siendo una de las principales causas de esta superación el insuficiente entendimiento de los especialistas sobre la materia que en su caso sea motivo de análisis. Por ende, si en los foros científicos no existen ni conocimientos suficientes ni puntos coincidentes para atender las demandas de la sociedad de riesgo, no tendría por qué sorprender el hecho de que el legislador no se halle en condiciones de dar solución a los conflictos que plantea este modelo social postindustrial, lo que, por otra parte, tampoco implica que estemos haciendo a un lado la dejadez que con frecuencia demuestra el legislador en su trabajo.

⁹⁹ No se pone en duda que la seguridad sea un derecho humano y, por lo tanto, que sea legítimo buscar protección frente a los peligros, lo que ya no resulta pacífico es asumir si las formas que adopta el Derecho penal para esos fines preventivos cumplen con los presupuestos de un Estado genuinamente democrático, o si éste acepta todas las manifestaciones que

realidad, que la sociedad o algunos sectores de la misma, estimulados por la sensación de inseguridad que produce el miedo al delito en distintas áreas y dimensiones de las estructuras sociales modernas,¹⁰⁰ exigen de las autoridades intervenciones inmediatas y eficaces que les garanticen protección. Así, la sensación de inseguridad¹⁰¹, como dimensión subjetiva de la sociedad de riesgo¹⁰², se convierte en un elemento justificativo de la demanda creciente de seguridad, pasando la seguridad, en consecuencia, a ser un objetivo social primordial¹⁰³ que se traslada con idéntica intensidad —por no decir obcecación— al legislador; para que luego éste no tarde mucho en proyectarla en el ordenamiento penal,¹⁰⁴ muy a pesar

muestran esquemas como el relativo al Derecho penal del riesgo (Sobre ello, *vid. Kindhäuser, U.*, “Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo”, AA. VV., en *Seguridad ciudadana y sistema penal*, Anuario Alerta Informativa, agosto 2014, Perú, pp. 13 y ss).

¹⁰⁰ En este caso, no solamente estamos teniendo en cuenta los delitos que se han incorporado a partir de los nuevos riesgos, sino toda la criminalidad que nazca o se desarrolle en las sociedades postindustriales.

¹⁰¹ Sobre dicho concepto *vid.*, extensamente, Böhm, L., “Políticas de seguridad y neoliberalismo”, en *Delincuencia, finanzas y globalización*, Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 2013, pp. 310 y ss.

¹⁰² De hecho, la sociedad del riesgo también es identificada como sociedad de la inseguridad sentida o como la sociedad del miedo (*Vid. Silva Sánchez, J. M.*, *La Expansión...*, *op. cit.*, p. 20).

¹⁰³ En este sentido, López Barja de Quiroga, J., “El papel del Derecho penal en la segunda modernidad”, AA. VV., en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en Homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 329 y 332; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la Sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 21 y ss y 31 y 32.

¹⁰⁴ Por eso lleva razón Jakobs cuando refiere que el Derecho penal, en cuanto sistema social parcial, constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva. Bajo esta perspectiva, el Derecho penal es el reflejo mismo, si bien parcial, de la sociedad que, en este caso, daría cuenta de una constante intención por convertir en delito todas las peticiones sociales que en este sentido se propongan. Sin embargo, Jakobs sostiene también que, del mismo modo que se puede pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social, el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles (Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 14 y ss).

de los altos costes que ello pueda suponer para el Estado de Derecho¹⁰⁵. La balanza se inclina, pues, antes que por la seguridad jurídica, por la seguridad solicitada por la sociedad.

Si la cuestión se analiza desde la perspectiva de la represión penal de la delincuencia organizada, con seguridad se llegará a la conclusión de que en buena parte de los casos la injerencia penal está justificada, aunque ello tampoco quiere decir que deban suscribirse todos los rasgos que la misma presenta. En este contexto, la prevención a partir de la configuración formal de los tipos penales se combina con sanciones penales incompatibles con nuestros principios democráticos, de manera que, de entrada, se ve vulnerado el principio de proporcionalidad. Un reflejo de ello lo encontramos en la recientemente reformada Ley federal contra la delincuencia organizada¹⁰⁶ y en la no menos represiva Ley antisecuestro. En el primer caso, sólo por poner algún ejemplo, no se hace una compensación en la pena por el adelantamiento de las barreras de defensa estatales que se produce al sancionar la integración en una organización criminal, lo que se traduce en la intención de neutralizar por todos los extremos, esto es, sancionando etapas de planificación del delito con excepcional rigor,¹⁰⁷ de lo que resulta

que se neutraliza en la actuación y a través de la pena privativa de libertad. Por lo que corresponde al segundo de los supuestos, es evidente que los marcos punitivos directamente instrumentan penas vitalicias maquilladas.¹⁰⁸ A pesar de la extralimitación que muestran ambos marcos de regulación, ni siquiera se ha conseguido reducir a niveles esperanzadores los índices delictivos que abarcan.¹⁰⁹ Ni recurriendo al Derecho penal del enemigo, impulsado por las demandas sociales y en unos casos por ciertos acontecimientos que han tenido impacto mediático, entretanto en otros a causa de la insostenible situación que se vive en regiones enteras del país, se han logrado resultados que permitan concluir la eficacia y efectividad del Derecho penal. Parece que en este caso se apuesta más por convencer a la ciudadanía de que se está atendiendo el problema, cuando la realidad es difícil ocultarla. Como refiere Bauman, la espectacularidad —versatilidad, severidad y presteza— de las operaciones punitivas es más importante que su eficacia, la cual, dada la desidia de la atención pública y el corto alcance de su memoria, rara vez se pone a prueba.¹¹⁰ Tampoco es que todo esté perdido, pues queda claro que en la medida en que se fortalezca nuestra cultura democrática, habrá menos posibilidades de que se nos olviden tanto los fracasos

¹⁰⁵ En este sentido Silva Sánchez, J. M., *La expansión..., op. cit.*, p. 32, cuando señala que, al plantearse esta demanda ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado rígidas y se abona su flexibilización. Como ejemplo de esta tendencia, este autor alude a la demanda de criminalización en materia medio-ambiental, económica, de corrupción política, en el ámbito sexual, el de violencia familiar, etcétera.

¹⁰⁶ *Vid. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Diario oficial de la Federación de 16 de junio de 2016.*

¹⁰⁷ En este caso, nos estamos refiriendo al artículo 2 de esta Ley federal especial, en relación con su artículo 4, de los que se extraen las sanciones penales destinadas al delito de pertenencia a una organización criminal de las características de la delincuencia organizada. Sobre todo el rigor punitivo incrementa si se trata de delitos contra la salud, operaciones con

recursos de procedencia ilícita, secuestro, trata de personas y delitos de robo de hidrocarburos.

¹⁰⁸ *Vid.*, por ejemplo, artículos 9, 10 y 11 de la 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.

¹⁰⁹ Según los datos proporcionados por el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, entre el 2010 y el 2015, el homicidio doloso se redujo en un 36%; el delito de extorsión disminuyó un 17%; y el secuestro descendió un 13%. Sin embargo, debemos dudar de esta aparente depreciación en esos delitos, pues en los últimos años la cifra negra se ha mantenido por encima del 90%, según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

¹¹⁰ Bauman, Z., *La globalización..., op. cit.*, p. 155.

anteriores como las promesas políticas que nunca se materializaron.

No obstante, en el marco de la represión penal de la delincuencia organizada tiene lugar una situación al menos llamativa, pues resulta que en este contexto el populismo punitivo todavía no ha recaído en materia anticorrupción. Y es que por alguna extraña razón hasta la fecha no se ha dado cumplimiento a los compromisos que hemos contraído en el plano internacional en el sentido de incluir a todas las manifestaciones de la corrupción dentro del catálogo de delitos que configuran a la delincuencia organizada. Si bien se ha puesto especial interés en un muy variado grupo de delitos —como ocurre con la combinación que se da entre delincuencia organizada y las operaciones con recursos de procedencia ilícita—,¹¹¹ parece que el fenómeno de la corrupción, como sector delictivo instrumental del crimen organizado, no es considerado por el legislador penal mexicano como un problema crónico y verdaderamente grave que deba ser sometido a un régimen de excepción. Ciertamente, esta carencia es preocupante. Porque además la visión de las cosas no sólo debe orientarse a la connivencia de las autoridades con los miembros de la delincuencia organizada, sino también a la instrumentalización de las instituciones por parte de servidores públicos (simuladores) que, con el pretexto de conformar equipos de trabajo, crean un blindaje que, cuando no les permite lucrarse del servicio público a manos llenas con impunidad absoluta, por lo menos les garantiza perpetuar los favoritismos y otras tantas actividades ilícitas que erosionan nuestras instituciones desde adentro. No hay peor devastación para el Estado social y democrático de Derecho que esta forma de delincuencia organizada desde los apa-

ratos de gobierno. Ante ello, jamás habrá legislación anticorrupción o de cualquier especie que funcione. Por lo tanto, es apremiante que, ante la aterradora situación que vive nuestro país en materia de corrupción, se neutralice la planificación de todas sus manifestaciones, esto es, desde el momento en que el servidor público se frota las manos para lucrarse y empieza a mover sus piezas con ese fin. Si es que hay algo que le ha hecho daño a México es, precisamente, el cacicazgo político que, prácticamente, hereda los puestos públicos por encima del esquema meritorio que debe regir la actividad del servicio público.

Por razones como las anteriores, no es posible predicar que hemos satisfecho la obligación jurídica internacional que deriva de la firma y ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

Tal y como ocurre con el marco de regulación de la delincuencia organizada, el Derecho penal de riesgo viene marcado por una tendencia a la prevención que, en lo fundamental, se recaiga en tipos penales destinados a abarcar conductas abstractamente peligrosas para proteger bienes jurídicos de interés colectivo. Tampoco en este caso se ausenta la controversia doctrinal y, preponderantemente, cuando se trata de ámbitos como los relacionados con la protección penal del medio ambiente, de la salud pública o del orden económico —licitud de los bienes en el mercado, libre competencia, mercado de capital, promoción de la posición del mercado, entre otros—. En este sentido, aparecen voces que definitivamente rechazan en bloque los supuestos de incriminación que a estos efectos se estructuran,¹¹²

¹¹¹ Vid. artículo 2º de la Ley federal contra la delincuencia organizada.

¹¹² Vid., entre otros, Kindhäuser, U., “Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo..., op. cit., pp. 17 y ss; Hassemer, W., “Rasgos y crisis

a diferencia de otros que abonan la idea de que, en lugar de cuestionar de forma generalizada la legitimidad de este Derecho penal moderno —así denominado—, lo conveniente es hacer un estudio pormenorizado de cada delito o sector criminal en él contenido, y a partir de ahí determinar tanto su legitimidad desde el punto de vista del Estado de Derecho como su auténtica necesidad y, por supuesto, su eficacia para atender los requerimientos penales que plantean las sociedades postindustriales.¹¹³ A esta discusión se suma la opinión de quien, asumiendo el fenómeno de la administrativización del Derecho penal que se materializa en sectores delictivos como los mencionados, plantea, como menor de los males, la flexibilización de los límites al poder punitivo del Estado a cambio de que no se aplique pena privativa de libertad.¹¹⁴

El punto neurálgico de la discusión radica en determinar si el Derecho penal de corte democrático puede brindar protección a través de esos ámbitos de regulación. En relación con ello, conviene tener en cuenta la opinión de quienes no conciben dicha salvaguarda penal sin que deban sacrificarse los presupuestos del Derecho penal del Estado de Derecho. En esta medida, cuando

del Derecho penal moderno", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XLV, Fasc. I, enero-abril, 1992, pp. 238 y ss; Prittitz, C., "Sociedad de riesgo y Derecho penal", AA. VV., en *Critica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 259 y ss; Herzog, F., "Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo", *Revista penal*, núm. 4, 1999, pp. 54 y ss; Herzog, F., "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo", AA. VV., en *Critica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, traducción de Demetrio Crespo, traducción de Nieto Martín/Demetrio Crespo, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 249 y ss; Herzog, F., "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", *Poder Judicial*, 29º época, núm. 32, dic-1993, pp. 79 y ss.

¹¹³ En este sentido, Feijoo Sánchez, B., "Sobre la "administrativización...", op. cit., pp. 149 y ss.

¹¹⁴ Extensamente, Silva Sánchez, J. M., *La Expansión...*, op. cit., pp. 131 y ss.

menos se verían vulnerados principios como el de mínima intervención, como el de legalidad, como el de culpabilidad y como el de proporcionalidad, poniéndose de esta forma en evidencia que al Derecho penal se encomienda una función para la que no está diseñado y que, en todo caso, sería materia del Derecho administrativo sancionador. Particularmente así ocurriría con el medio ambiente y la economía, cuya protección penal, dado su paradigma preventivo y la complejidad de los supuestos a abarcar, exigiría un amoldamiento muy forzado para la incriminación de los hechos que generan afectación, lo que, por ende, obligaría a flexibilizar la rigurosidad de los criterios de imputación y de los principios político-criminales determinados por el Estado liberal. Así, cabe entender que toda muestra de flexibilización que pueda darse en este sentido sale del modelo garantista para colocarse en el terreno de la arbitrariedad, y ello, sin perjuicio de que se cuestione la efectividad de dichas medidas penales. Desde esta perspectiva, pues, parece que la transgresión de esos principios político-criminales ni siquiera cumpliría con el propósito de sus impulsores.

Dentro de estas expresiones críticas tiene importancia considerar aquella según la cual el Derecho penal del riesgo representaría la instrumentalización misma del Derecho penal. Más concretamente, el Derecho penal de riesgo implicaría una fórmula política para apaciguar, de forma inmediata y sin muchas complicaciones, las permanentes y crecientes exigencias sociales de seguridad que son motivadas por la percepción social de los riesgos; sobre todo la atención (política) se enfocaría en aquellas demandas sociales impulsadas por acontecimientos desencadenantes de escándalos públicos, lo que en todo caso vendría a traducirse de manera automática en leyes más severas, de protección e intervención

anticipada del orden penal.¹¹⁵ Así pues, el legislador, actuando bajo presión (social, económica, política, de infraestructura y otras presiones propias de intereses contradictorios), sin someter a discusión cuestiones estructurales de las materias objeto de regulación¹¹⁶ y, por ende, dejando de lado fundamentos del Derecho penal tan elementales como la precisión y la permanencia de las definiciones del ámbito criminal (principio de legalidad), se preocupa, antes que por la legalidad, por la oportunidad de la intervención jurídica, que suele aparecer con gran anterioridad a la lesión del bien jurídico, poniendo con ello en evidencia la intensificación del control del Estado. En resumen: se ha llegado a un punto en el que las fuerzas políticas, en su intención de tener los riesgos, han perdido de vista los pilares que vertebran el Derecho penal de confección liberal,¹¹⁷ y han optado, en lugar de ello, por la ampliación (expansión) del orden penal y por su utilización a modo de coartada en el debate político para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar

que se tiene conciencia de la existencia de un determinado problema.¹¹⁸

Ahí es en donde se hallaría una fuente generadora de las graves consecuencias que se producen sobre los pilares básicos del Derecho penal del Estado de Derecho, vulneraciones que se desarrollarían en cadena, es decir, para cumplir con un objetivo inicial, que no es otro que el relativo al utilitarismo político del Derecho penal, el legislador se decantaría por ignorar una serie de presupuestos, exigencias y principios que informan el Estado de Derecho, lo que originaría la violación de otros más y así sucesivamente hasta llegar a una adecuación sectorial del sistema penal a los fines populistas pretendidos. En otras palabras: una finalidad prioritaria que, al no ser consecuente con un ordenamiento penal propio de un Estado de libertades, obliga a que la estructura del mismo, en su verdadera esencia, tenga que ser modificada en aquellos extremos que no concuerdan con el fin político pretendido. Ello quiere decir que se produce, como ya hemos dejado ver, un efecto dominó, ya que cualquier afectación que en la creación legislativa se genere sobre el principio de mínima intervención, el principio de legalidad, el principio del hecho, el principio de ofensividad o el principio de culpabilidad, como mínimo, trastocará el principio de proporcionalidad.

¹¹⁵ Así Herzog, F., "Límites del Derecho penal...", *op. cit.*, pág. 81, que, en este sentido, toma como punto de referencia el medio ambiente, pues, según sostiene, basta con que surja un escándalo ecológico para que se hagan masivas demandas sociales de regulación penal para protegerlo. El problema, según Herzog, reside en el hecho de que esas exigencias de incriminación son de inmediato satisfechas por el legislador, sin que éste se preocupe tanto por la solución real del conflicto como por el protagonismo político, convirtiéndose todo ello en un espectáculo público que permite dar la impresión de que el problema ha sido resuelto o de que se atienden los requerimientos sociales y se está trabajando.

¹¹⁶ En contra de ello, Herzog entiende que el control jurídico penal de los riesgos sociales debe ser debatido en las relaciones institucionales y con criterios objetivos, relaciones que se deslindan claramente de las exigencias cotidianas de la política interna, ya que el contenido del Derecho penal debe ser precisado no sobre la base de relaciones políticas de fuerza, situaciones de opinión pública, compromisos de coaliciones y campañas electorales. Ello tiene asimismo consecuencias fatales para la certeza, estabilidad y limitación del Derecho penal ("Límites del Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 83 y 84).

¹¹⁷ Cfr. Herzog, F., "Límites del Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 81 y 82.

4.2. PARTICULARIDADES DEL TRATAMIENTO PENAL DEL RIESGO

El panorama planteado da cuenta de una expansión del Derecho penal que se corporeiza en aspectos cuantitativos y cualitativos. A este respecto, se puede decir que, como punto de partida, se

¹¹⁸ Herzog, F., "Límites del Derecho penal...", *op. cit.*, p. 87.

fortalecen sectores delictivos tradicionales o ya existentes, mediante transformaciones o ajustes que van desde la agravación de la pena, pasando por modificaciones en la estructura de los tipos penales y por la multiplicación de verbos típicos de un mismo ámbito, hasta la reubicación de marcos de regulación enteros en textos legales específicos —*v. gr.* terrorismo, secuestro, trata de personas, operaciones con recursos de procedencia ilícita y delincuencia organizada—. Resulta común, de igual forma, que se incorporen en los textos punitivos nuevos tipos penales destinados a atender nuevas realidades que se crean con motivo de la dinámica de la modernidad —*v. gr.* ciberrataques o cibercrímenes puros—, tendencia que se conjuga con el hecho de que se dé importancia a ciertos bienes jurídicos que, aunque ya eran reconocidos en el pasado, las circunstancias no demandaban su rigurosa salvaguarda, porque se trataba de recursos abundantes que entonces no eran considerados escasos como ahora, creándose, consecuentemente, mayor conciencia social sobre la necesidad de su conservación, tal y como ocurre con el medio ambiente y la necesidad de evitar su deterioro.¹¹⁹ Tampoco es infrecuente que, en contraposición con la concepción clásica del principio de legalidad, y concretamente con la del principio de taxatividad penal, incrementen los tipos penales en blanco y se creen redacciones típicas de muy forzada delimitación, lo cual se aglutina con el hecho de que cada vez más se incorporen en los textos punitivos delitos de peligro abstracto, muchos de ellos ligados a estructuras típicas de mera actividad, con lo que se amplían los espacios de riesgo penalmente relevantes. Ello se combina, como es lógico, con una marcada tendencia a la protección de bienes jurí-

dicos colectivos o universales de vago contenido¹²⁰ —*v. gr.* medio ambiente, orden socioeconómico, estabilidad y sano desarrollo de la economía, seguridad nacional, seguridad pública—, con lo que se difumina cada vez más el modelo ideal de salvaguarda de bienes jurídicos individuales o concretos¹²¹. Y todo lo anterior, al margen de otras reformas o inserciones que inciden en casos específicos de la Parte especial, como sucede con la incorporación de actos preparatorios específicamente delimitados —*v. gr.* delincuencia organizada, terrorismo y delitos contra la seguridad de la nación en general—. En resumidos términos: todo apunta al desmoronamiento del Derecho penal de intervención mínima, que cede lugar, fundamentalmente cuando se trata de delincuencia particularmente grave y de aquella que se vincula a la sociedad del riesgo, a un Derecho penal cada vez más intervencionista.

¹¹⁹ Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 44, 68 y ss, 156 y ss. Según refiere esta autora, el análisis de la cuestión ha de partir del hecho de que quienes, desde el Derecho penal, han aceptado o asumido el *topos* sociedad del riesgo, consideran o suponen que ésta trae consigo determinadas consecuencias que hacen aparecer caracteres de una específica política criminal en la sociedad del riesgo y, ulteriormente, también, un específico Derecho penal de tal sociedad. Tal política criminal se caracteriza por una tendencia al Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, lo que conlleva por una parte, un frecuente recurso a la formulación de delitos de peligro —en buena medida de peligro abstracto— así como la configuración de nuevos bienes jurídicos universales de vago contenido, por otra.

¹²⁰ En este sentido, vid., entre otros, Silva Sánchez, J. M., *La Expansión del Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 4, 5, 32, 109 y 132 y ss; Díez Ripollés, J. L. «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* [en línea], núm. 07-01 (2005). Disponible en <http://criminet.urg.es/recpc/>, p. 5; Durán Migliardi, M., «El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal», AA VV, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, coordinado por Cancio Meliá / Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, pp. 725 y ss; Anarte Borrallo, E., «Conjeturas..., *op. cit.*, p. 51; Cancio Meliá, M., «De nuevo..., *op. cit.*, pp. 90 y 91; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

¹¹⁹ Vid. Silva Sánchez, J. M., *La Expansión...*, *op. cit.*, p. 11; Herzog, F., «Límites del Derecho penal...», *op. cit.*, pp. 80 y ss; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

Este notable proceso expansionista se atribuye a que existe una concepción casi unánime del Derecho penal que no escatima en valorarlo como un instrumento de protección de los ciudadanos, aunque también como un medio de defensa de éstos frente a la intervención coactiva del Estado.¹²² Pero ambos objetivos no suponen algo novedoso; por el contrario, parece que, como modelo ideal, en el Derecho penal generalmente se ha tendido a encontrar esa ambivalencia, esto es, por una parte, proteger bienes jurídicos particularmente sensibles para el núcleo social y, por la otra, determinar los límites al poder punitivo del Estado con respecto a los ciudadanos.¹²³ Lo que ocurre es que esa instrumentalización se intensifica en el primero de los supuestos, desplazando al segundo allí donde la dinámica del modelo de las sociedades avanzadas demanda nuevas áreas de protección o el incremento punitivo sobre conductas criminales ya contempladas.

4.2.1. Una marcada inclinación al fortalecimiento de sectores delictivos ya existentes

Un caso paradigmático de este rasgo político-criminal puede encontrarse en el marco de regulación penal antiterrorista. Y es que en este contexto ha regido una tendencia a la ampliación de los supuestos de incriminación, a la criminalización en estadios previos a la lesión del bien jurídico y a la intensificación del rigor punitivo, que se con-

¹²² Cfr. Silva Sánchez, J. M., *La Expansión del Derecho penal...*, op. cit., pp. 10 y 48.

¹²³ En el mismo sentido, Roxin, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 44. Puede verse también, Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 67 y ss y 315 y ss; Sainz Cantero, J. A., *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 13; Jescheck, H. H. / Weigend, T. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de Olmedo Cardenete, M. Comares, 2002, pág. 1 y ss; Welzel, H., *Derecho penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997, pp. 1 y ss; Maurach R. / Zipf H., *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 3 y ss y 153 y ss.

juga con el traslado de delitos a capítulos específicos con cambios significativos. En particular, desde su incorporación en el texto punitivo federal,¹²⁴ el tipo básico de terrorismo ha conservado la misma pena máxima de 40 años de prisión, a diferencia de la mínima que se ha ido elevando hasta quedar en 15 años.¹²⁵ A la par ha sido objeto de adecuaciones o adiciones que engrosan los instrumentos o medios para su comisión, que insertan agravantes específicas,¹²⁶ que reorientan los elementos teleológicos que lo configuran¹²⁷ y que introducen modalidades delictivas, como ha ocurrido con las amenazas de carácter terrorista,¹²⁸ con los actos preparatorios a la comisión del delito,¹²⁹ con la financiación del terrorismo¹³⁰ y con el terrorismo internacional y sus manifestaciones,¹³¹ sin perjuicio de que cada uno de estos dos últimos tenga asignado su propio capítulo y de que hayan sufrido modificaciones con el paso del tiempo.¹³²

Otro tanto puede decirse del tratamiento penal de los delitos de trata de personas y de los

¹²⁴ Vid. *Diario oficial de la Federación* de 29 de julio de 1970.

¹²⁵ Vid. artículo 139 del Código penal federal.

¹²⁶ Vid. segundo apartado del artículo 139 del Código penal federal.

¹²⁷ La primera fórmula legislativa que se introdujo en nuestra legislación penal hacía depender la configuración del tipo penal de la verificación en el hecho de los elementos subjetivos específicos (tendenciales) alternativos derivados en “perturbar la paz pública”, “tratar menoscabar la autoridad del Estado” o “presionar a la autoridad para que tome una determinación”; sin embargo, con la reforma de 2007 se eliminaron los dos primeros y este último se dejó como alternativo del consistente en “atentar contra la seguridad nacional”. En el texto vigente, tras la reforma de 2014, se conserva el elemento finalístico de atentar con la seguridad nacional y se reestructura la redacción para insertar las finalidades alternativas de “presionar a la autoridad o a un particular, u obligar a éste para que tome una determinación”.

¹²⁸ Vid. artículo 139 Ter del Código penal.

¹²⁹ Vid. fracción II del apartado primero del artículo 139 del Código penal federal.

¹³⁰ Vid. artículo 139 Quáter del Código penal federal.

¹³¹ Vid. artículos 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter del Código penal federal.

¹³² Vid. *Diario oficial de la Federación* de 28 de junio de 2007 y de 14 de marzo de 2014.

relativos al secuestro, porque ambos sectores delictivos, después de estar previstos en los códigos penales, ahora en cada caso quedan contemplados en leyes generales que recogen un conjunto de comportamientos delictivos que, en la misma línea de la estrategia antiterrorista, en diversos sentidos son sometidos al Derecho penal del enemigo.¹³³ Esa propensión al incremento en la severidad tampoco se ausenta en las conductas de operaciones con recursos de procedencia ilícita, lo cual se aprecia con la agravación del marco punitivo que se aplica sobre ellas de forma estandarizada, pero también con el acrecentamiento de las formas de comisión y con el debilitamiento de las exigencias que las configuran.¹³⁴ En este último sentido, hay que recordar que los elementos tendenciales que, antes de la reforma de 2014, precisaba la redacción típica para la materialización del delito, se convirtieron en verbos típicos, lo que supuso una relajación en las exigencias para atribuir responsabilidad penal¹³⁵.

4.2.2. La protección penal de nuevos escenarios

La expansión que, en los términos expuestos, se produce a causa de la intención de fortalecer sectores delictivos que ya forman parte de nuestra tradición jurídica, tiene su correlato en ámbitos de regulación que se destinan a nuevas realidades criminológicas. Un ejemplo de lo anterior puede hallarse en la conformación de esquemas de incriminación que atienden los requerimien-

tos de la inercia de la modernidad, tal y como sucede con el fenómeno de la cibercriminalidad, o si se quiere, con los delitos característicos del ciberespacio. Se trata, como refiere la doctrina, de cibercrimen, concepto que permite englobar todas las tipologías de comportamientos que deben incluirse en un escenario que no se concreta al uso de ordenadores para la comisión de delitos, toda vez que ha evolucionado de tal manera que va más allá de abarcar las actividades delictivas que se cometan con la utilización de internet, para demostrar que, ahora, también es posible hablar de una generación en la que los delitos están absolutamente determinados por el uso de internet y las tecnologías de la información y la comunicación.¹³⁶ Así, parece conveniente adoptar una concepción amplia de cibercrimen, lo que entraña incluir cualquier conducta delictiva realizada en el ciberespacio, esto es, comportamientos cuyo contenido ilícito es nuevo y se relaciona directamente con los nuevos intereses o bienes sociales existentes en el ciberespacio, así como aquellos tradicionalmente ilícitos en los que únicamente cambia que ahora se llevan a cabo por medio de internet.¹³⁷

Del primer bloque resulta una categoría que es identificada como cibercrímenes o ciberataques puros, en la que quedan clasificadas conductas como las de *hacking* o acceso ilícito a sistemas y equipos de informática. En lo esencial, con la expresión *hacking* se hace referencia al acceso remoto por medio de internet a sistemas o equipos de informática sin la autorización del titular de los mismos y, principalmente, cuando dicha intromisión se hace en forma de *cracking*, lo que quiere decir que el *cracker* entra al sistema para realizar en él cualquier tipo de daño

¹³³ Vid. Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos (*Diario oficial de la Federación* de 14 de junio de 2012); 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 (*Diario oficial de la Federación* de 30 de noviembre de 2010).

¹³⁴ Vid. artículo 400 Bis. del Código penal federal.

¹³⁵ Vid. *Diario oficial de la Federación* de 28 de junio de 1989, de 13 de mayo de 1996 y de 14 de marzo de 2014.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹³⁷ *Idem*, pp. 40 y 48.

o eliminar o modificar su información.¹³⁸ Algunos comportamientos que encajan en esa modalidad de *craking* quedan previstos en los artículos 211 bis 1, 211 bis 2 y 211 bis 4 del Código penal federal, en cuyos párrafos iniciales se abarcan las acciones típicas de “modificar”, “destruir” o “provocar la pérdida” de la información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad. En este caso, la pena se modulará en función de la procedencia o del titular del sistema o equipo sobre el que recaiga la conducta, es decir, si es de un particular,¹³⁹ si pertenece al Estado¹⁴⁰ o bien si corresponde a las instituciones que integran el sistema financiero.¹⁴¹

Junto con ello, en nuestra regulación penal federal de la cibercriminalidad se incluyen otras conductas delictivas que bien podrían catalogarse en lo que se denomina *hacking* blanco, expresión con la que se identifica a la actividad del *hacker* que únicamente pretendería ingresar al sistema o equipo de informática sin la intención de sabotear o utilizar la información.¹⁴² Así es posible deducirlo de la fórmula legal que se integra en el párrafo segundo de los artículos 211 bis 1, 211 bis 2 y 211 bis 4 del Código penal federal, por cuanto se tipifican las actividades de “conocer” o

“copiar” la información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad. Aquí también se gradúa la sanción penal atendiendo a la procedencia o titular del sistema o equipo sobre el que recaiga la acción. En esta medida, cabe interpretar que bastará con ingresar al sistema o equipo sin autorización y superando o rompiendo los candados de seguridad del mismo para colmar las exigencias del verbo típico “conocer”, sin que sea necesario, por consiguiente, que ello responda a una intención adicional de copiarla, extraerla, destruirla, modificarla, perderla o causarle cualquier otro daño. Esto no quita que pueda obtenerse la información para darla a “conocer” a otra persona o por encargo de ésta, lo que entraña que serán autores tanto el *hacker* como la persona que, aun y cuando no haya ingresado al sistema o equipo informático, tenga acceso a dicha información con pleno conocimiento de la ilegalidad del hecho. Llega más lejos, sin embargo, el verbo típico “copiar”, porque para “copiar” es necesario “ingresar” al sistema o equipo de informática vulnerando el mecanismo de seguridad; además de que el respaldo que con esta finalidad se haga incrementa el riesgo de distribución de la información o las posibilidades de su empleo con fines ilícitos o para provecho propio o ajeno.

¹³⁸ *Idem*, p. 54.

¹³⁹ En este caso, la pena va de seis meses a dos años de prisión.

¹⁴⁰ El marco punitivo a aplicar es de uno a cuatro años de prisión; sin embargo, el rigor punitivo se intensifica con un marco penal que va de “cuatro a diez años de prisión” cuando, sin autorización, se conozca, obtenga, copie o utilice información contenida en cualquier sistema, equipo o medio de almacenamiento informáticos de seguridad pública, protegido por algún medio de seguridad. Además de la inhabilitación y destitución de los servidores públicos dedicados a la seguridad pública, las sanciones se duplican cuando la “conducta obstruya, entorpezca, obstaculice, limite o imposibilite la procuración o impartición de justicia, o recaiga sobre los registros relacionados con un procedimiento penal resguardados por las autoridades competentes”.

¹⁴¹ En este caso el marco penal es de seis meses a cuatro años de prisión.

¹⁴² Miró Llinares, F., *El cibercrimen...*, op. cit., p. 54.

Este marco de represión penal, que también incluye otras conductas delictivas que pueden ser ejecutadas por quienes están autorizados para acceder a los sistemas o equipos de informática¹⁴³, se combina con otro sector de la cibercriminalidad que, como adelantamos, se manifiesta a través de conductas delictivas cuyos autores encuentran en la red otro medio para cometerlos, de lo que se extrae una categorización de los denominados ciberataques réplica, de un lado,

¹⁴³ *Vid.* artículo 211 bis 3 y 211 bis 5 del Código penal federal.

y los ciberataques de contenido, del otro. En la primera clasificación es posible incluir supuestos de la delincuencia convencional como fraudes, amenazas, suplantación de la identidad, espionaje, blanqueo de capitales, extorsión o acoso, mientras que en la segunda se podrían considerar ejemplos como la pornografía infantil y los delitos cometidos contra los derechos de autor¹⁴⁴. Por lo que toca a la pornografía infantil, cabe observar que el artículo 202 del Código penal federal tiene en cuenta, aunque con una muy lamentable redacción, que los actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, que contempla, pueden ser videografiados, fotografiados, filmados, exhibidos o descritos mediante la transmisión de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. En lo que atañe a los delitos en materia de derechos de autor, debemos señalar que, si bien los artículos 424, 424 bis, 424 ter, 425 y 427 recogen una serie de delitos convencionales, queda claro que su planificación y desarrollo puede llevarse a cabo a través de la tecnologías de la información y la comunicación. Quizás sean más puros en el marco del cibercrimen, el delito de “fabricación” con fin de lucro de un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación,¹⁴⁵ los delitos de “fabricación”, “importación”, “venta” o “arrendamiento” de un dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal, así como la realización de cualquier acto con esta misma finalidad.¹⁴⁶

4.2.3. *Inconvenientes del Derecho penal ambiental*

Un ámbito característico del Derecho penal de riesgo que no goza de una acogida pacífica es el relativo a la protección penal del medio ambiente. Los razonamientos que se pronuncian en contra de esta tendencia político-criminal plantean una serie de observaciones que tienen que ver, si bien con las carencias dogmáticas del Derecho penal del Estado de Derecho para afrontar los problemas generados por los nuevos riesgos, de igual forma con la ineffectuación de la intervención penal en la salvaguarda de los bienes jurídicos que pueden verse lesionados en este escenario de surgimiento, desarrollo y propagación de peligros¹⁴⁷. A la falta de rendimiento del Derecho penal de riesgo y, por ende, a la ausencia de la seguridad para la cual éste se destina, tendremos que sumar que esta intervención penal ineffectuación puede presentar efectos colaterales, pues, dado que no se atajan las causas estructurales —o más acertadamente sistemáticas— que conducen al fracaso del Derecho penal como solución, las pretendidas mejoras que en él se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional.¹⁴⁸ Resulta entonces que la legitimidad de la reacción mediante el Derecho penal para evitar lesiones futuras se vería anulada o al menos limitada por la ilegitimidad de la medida penal aplicada para conseguir esa protección. Dicho de otro modo: no basta con la constatación de que se trate de una conducta potencialmente lesiva, sino que, además, tendrá que existir la garantía de la efectividad del Derecho penal para evitarla sobre la base de los presupuestos del Estado de Derecho, de lo

¹⁴⁴ Vid. Miró Llinares, F., *El cibercrimen...*, op. cit., pp. 49 y ss.

¹⁴⁵ Vid. fracción II del artículo 424 bis del Código penal federal.

¹⁴⁶ Vid. artículo 426 del Código penal federal.

¹⁴⁷ En este sentido, Hassemer, W., “Perspectivas del Derecho penal del futuro”, *Revista Penal*, núm. 1, 1998, págs. 37 y ss., principalmente 39–41; mismo autor “Rasgos y crisis...”, op. cit., p. 245; Prittitz, C., “Sociedad de riesgo...”, op. cit. pp. 263 y 264.

¹⁴⁸ Prittitz, C., “Sociedad de riesgo...”, op. cit., págs. 264.

contrario la injerencia penal no quedaría justificada.

Lo anterior no es sino la consecuencia del proceso de administrativización al que ha sido sometido el Derecho penal en sectores como el de la salvaguarda penal del medioambiente, de lo que por lo menos cabe esperar la trasgresión del principio de mínima intervención. Uno de los rasgos de la degeneración que se ha venido dando en los ordenamientos penales radica en el hecho de que, lejos de aspirar a su carácter fragmentario, el Derecho penal moderno (de riesgo) tiende cada vez más a la expansión,¹⁴⁹ cuestión que, en gran parte, responde a una permanente inclinación por identificar en él la solución de todos los conflictos (sociales, políticos o de cualquier clase), de tal suerte que el principio de subsidiariedad sufre una grave vulneración, pues el Derecho penal ha pasado de estar legitimado como *ultima ratio*,¹⁵⁰ a convertirse en la primera o sola *ratio* y, ya de paso, en una plataforma nada despreciable para adquirir protagonismo político.¹⁵¹

No es infrecuente que, con motivo de los objetivos (de prevención) perseguidos en este caso con la injerencia penal y dados los criterios que sirven para medir las afectaciones al medioambiente, el principio de legalidad termine siendo

sacrificado en su vertiente de taxatividad penal y en lo que atañe al principio de reserva de ley.

Con respecto a los problemas que en general se presentan desde el punto de vista de la taxatividad penal, podemos decir que en esta cascada de repercusiones para el Derecho penal del Estado de Derecho, que sería producto, como dijimos, del amoldamiento de éste a la dinámica del riesgo, adquiere gran protagonismo la criminalización excesivamente amplia y generalizada, que se sumaría a la ya de por sí cuestionable configuración del auténtico peligro que justifica la incriminación de ciertas conductas. Por lo tanto, la cuestión no se reduciría a la excesiva introducción de delitos de peligro abstracto con puestas en peligro no muy bien definidas y difícilmente demostrables, sino que se extendería a descripciones carentes de precisión que serían planeadas para abarcar el mayor número de supuestos análogos posibles. En oposición a ello, se invoca la rigurosidad del principio de taxatividad penal que, según se expone, es enemiga de un Derecho penal flexible, abierto al futuro y capaz de reaccionar ante situaciones cambiantes. Eso no requiere, sin embargo, que el legislador introduzca términos imprecisos, basta con que utilice unos términos tan flexibles y amplios que puedan ser utilizados en todas las ocasiones y para dar respuesta a los continuos problemas sociales que surjan.¹⁵²

La cuestión se agudiza en supuestos como los que recoge el primer párrafo del artículo 414 del Código penal federal, puesto que la muy cuestionable sintaxis que muestra este precepto ni siquiera permite determinar si se trata de delitos de peligro abstracto o de peligro concreto sobre el medio ambiente —los recursos naturales, la

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 261.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 284.

¹⁵¹ Cfr. Hassemer, W., "Rasgos y crisis...", *op. cit.*, pp. 240 y 243; Albrecht, P. A., "El Derecho penal en la intervención de la Política populista", A.A. V.V., en *La insostenible situación del Derecho penal*, traducido por Robles Planas, Comares, Granada, 2000, págs. 478-480; Arnold, J., "La superación del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de Derecho", AA VV., en *La insostenible situación del Derecho penal*, traducido por Robles Planas, Comares, Granada, 2000, pp. 310-312; Herzog, F., "Sociedad del riesgo...", *op. cit.*, p. 249; mismo autor, "Límites del Derecho penal...", *op. cit.*, pp. 81, 82, 83 y 87; Castanheira Neves, Rita, "O ambiente no direito penal: a acumulacão e a acessoriedade" en *Direito penal hoje. Novos Desafios e novas respostas*, Coimbra, Portugal, 2009, pp. 291 y ss.

¹⁵² Hassemer, W., "Rasgos y crisis...", *op. cit.*, pp. 245 y 248.

flora, la fauna, el ambiente, los ecosistemas, la calidad del agua, el suelo o el subsuelo—, o si, por el contrario, deberá verificarse en el hecho un daño objetivamente determinable. De ahí se deprende un acto de arbitrariedad que genera incertidumbre jurídica y que abre la puerta para trastocar la taxatividad concreta que se consagra en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución general, y ello, como consecuencia de la transgresión por parte del legislador penal al principio de taxatividad abstracta, esto es, a la máxima que le impone la obligación de imprimir tal claridad a la creación legislativa de carácter penal que evite la discrecionalidad o flexibilidad en su aplicación. De hecho, no es posible descartar que tan lamentable redacción se deba a la inercia misma de trasladar los criterios del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal.

Ahora bien, si se hace una interpretación muy forzada de las cosas, lo cual, como sabemos, es incompatible con el Derecho penal característico del Estado de Derecho, y si al mismo tiempo se extraen conclusiones del contenido del segundo párrafo del mencionado artículo 414 del Código penal federal, pero si, además, se intenta descifrar el patrón no poco intrincado que adoptan los artículos 415 y 416 del este mismo texto punitivo federal, es posible inferir, si bien con reservas, que el legislador penal pretendió expresar que las actividades de “producción, “almacenamiento”, “tráfico”, “importación” o “exportación”, “transporte”, “abandono”, “desecho”, “descarga” o “cualquier otra que se realice con sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas”, deberán, para consumarse, causar un “daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente”, lo que también se extiende a las modali-

dades de “ordenar” o “autorizar” dichas conductas. Ocurre, sin embargo —y conviene insistir en ello—, que dicho intento de plantear analogías de cualquier especie y extraer deducciones es infructuoso ante las exigencias derivadas del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad penal.

Especialmente las posibles hipótesis de daño sobre “los recursos naturales, la fauna, la flora, los ecosistemas o el ambiente” que contempla el artículo 415 del Código penal federal, se distribuyen en dos fracciones; en la primera se abarcan las conductas de “emitir”, “despedir” o “descargar en la atmósfera” “gases, humos, polvos o contaminantes”, en tanto que en la segunda se tipifican la actividades de “generar emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica”. El artículo 416 del mismo texto punitivo federal, por su parte, pone las conductas de “descargar”, “depositar” o “infiltrar” aguas residuales, líquidos químicos o bioquímicos, desechos o contaminantes que también produzcan daño en los suelos, subsuelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua. Cabe agregar que ambos artículos siguen la fórmula legislativa del referido artículo 414 en el sentido de sancionar a título de autoría a quienes ordenen o autoricen los comportamientos señalados, de la misma forma que comparten con éste que prevén figuras típicas de peligro.

Pero, con independencia de la clasificación que se haga de dichas modalidades atendiendo a la afectación al bien jurídico, un problema más se presenta a la hora de intentar determinar aspectos como el relativo al daño o al peligro al ambiente, a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, al suelo o al subsuelo, aguas marinas, cuencas, ríos, vasos o demás depósitos o corrientes de agua, porque tampoco puede asegurarse

que las acciones que puedan darse en este sentido tengan la entidad suficiente como para afectar el ambiente en forma de peligro o en su vertiente de lesión.¹⁵³ Al margen de que se asuma que bastará con conductas de mera actividad o, en su caso, con peligros o lesiones definidos, habría que concretar, sobre la base de la garantía criminal, qué implica la afectación al medio ambiente y cuáles son los criterios que sirven como directriz a estos efectos. Y es que de cualquier forma no será suficiente con la existencia del bien jurídico supraindividual, puesto que, además, deberá agotarse el presupuesto de lesividad u ofensividad, que es, como sabemos, el que marca la pauta para individualizar la afectación que pueda corroborarse en el hecho específico, de lo contrario estaríamos ante delitos bagatela que justificarían la sanción no por el hecho cometido sino por lo que puedan realizar otros en el futuro, es decir, por las repeticiones de dichas conductas que entonces sí podrían afectar el ambiente,¹⁵⁴ cuestión que trae como consecuencia la transgresión al principio de culpabilidad y, por lo tanto, toda sanción de carácter penal será desproporcionada. En este último sentido, conviene considerar la expresión dogmática que se desarrolla en los siguientes términos:

[...] Los vertidos de una empresa —de una sola— por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro —por ellos solos— el equilibrio de los sistemas naturales. Si sólo se tratara de los vertidos de una empresa, no

existiría problema medioambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esta medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría —tiene— un inadmisible efecto lesivo. Pero, de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por si sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger.¹⁵⁵

A la no muy clara determinación de la afectación que en este contexto pueda causarse sobre el bien jurídico, lo que implica el sacrificio del principio de ofensividad, se suma el hecho de que el cálculo de dicha afectación y otros elementos normativos de los tipos penales mencionados hacen depender su interpretación, aún y cuando se trata de elementos esenciales para su configuración —siquiera sea porque en ellos se halla el núcleo esencial de la prohibición—, de normas que carecen de procesos legislativos ordinarios, siendo que emanen, nada más y nada menos, que del Poder Ejecutivo y, sobre todo en este caso, de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Así pues, para interpretar expresiones como la de “ilícitamente o aplicar medidas de prevención o seguridad” será necesario acudir a normas oficiales mexicanas, lo que también ocurre al momento de pretender definir en qué medida se ha producido un daño o una puesta en peligro al ambiente.¹⁵⁶ Con esto se produce, en efecto, una clara vulneración a los principios de exacta aplicación y reserva de ley en materia penal contenidos, respectivamente, en los artículos 14, tercer párrafo y 73, fracción XXI, de la Constitución

¹⁵³ Sobre el concepto de medio ambiente *vid.* Ochoa Figueroa, A., “Medioambiente como bien jurídico protegido. ¿Visión antropocéntrica o ecocéntrica?”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3^a época, núm. 11, pp. 253 y ss, sobre todo pp. 273 y ss, que además suscribe la intervención del Derecho penal para brindar protección al medio ambiente.

¹⁵⁴ Se refiere Prittitz, C., “Sociedad de riesgo..., *op. cit.* pp. 262 y 263 al efecto acumulación.

¹⁵⁵ Silva Sánchez, J. M., *La Expansión...*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, artículos 5, 36, 37, 108, 109, 111, 113, 118, 119, 123, 139, 140, 150 y 156 de la Ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente.

Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los que se extrae la garantía de seguridad jurídica de que la leyes penales provengan del órgano legislativo establecido al efecto y describan con claridad y precisión la conducta y las sanciones correspondientes, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos, plazos, por lo que es indispensable que tanto los delitos como las sanciones estén previstos en una ley en sentido formal y material, con lo cual se proscriben las denominadas “normas penales en blanco” o “de reenvío”.¹⁵⁷

Parece que frente a lo anterior nuestros más altos Tribunales se han decantado por ceder espacio al pragmatismo a cambio del sacrificio del Estado de Derecho. Por lo menos, así lo sugiere el hecho de que desde esta perspectiva se sostenga que, ante la multiplicidad de formas de agresión a los ecosistemas, no queda más remedio que renunciar a un Derecho penal absolutamente autónomo para buscar apoyo en normas extrajurídicas,¹⁵⁸ cuestión que en principio no plantearía problema alguno si no fuera porque esa remisión, en gran medida, se hace a normas oficiales mexicanas.¹⁵⁹ En estas condiciones solamente

¹⁵⁷ Primera Sala, Tesis 1^a/J. 5/2008, Jurisprudencia constitucional, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, febrero de 2008, pág. 129. En el mismo sentido, Greco, L., “A Relação entre o direito penal e o direito administrativo”, en Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania, Temis, Colombia, 2012, pp. 229 y ss.

¹⁵⁸ Vid. Primera Sala, Tesis 1^a/J. 22/2012, Jurisprudencia administrativa, penal, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 1, pág. 609.

¹⁵⁹ La necesidad de remitirnos a otras normas oficiales mexicanas puede ser atribuible a las características del Derecho penal que lo hacen insuficiente para confrontar la sociedad del riesgo en materia ambiental. En este sentido, Prittitz afirma que a diferencia de la sociedad del riesgo, el Derecho penal está dirigido a individuos, reacciona contra comportamientos desviados, entre otras características, por ello su uso es insuficiente y esta es una de las razones por las que se recae en supuestos de leyes penales en blanco (Cfr. Prittitz, Cornelius, “La función del Derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo”, en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Temis, Bogotá, 2012, pp. 59 y ss.).

es posible asumir que el principio de reserva de ley se impone a todo intento de justificar la arbitrariedad con argumentos tan frágiles como el carácter tecnológico y científico que tiene la norma ambiental o como el relativo a los constantes cambios que pueden darse en el campo ambiental.¹⁶⁰ En definitiva, el hecho de invocar la funcionalidad de la medida no la despoja de su ilegitimidad.

4.3. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL DEL RIESGO

Lo ilegítimo no se encuentra, pues, en el hecho de instaurar medidas que ofrezcan protección frente a los peligros que se acumulan en la sociedad postindustrial, siendo que ello, como ha quedado sentado, constituye un derecho de la sociedad; más bien la parte problemática inicia al momento de seleccionar las formas que deben adoptar esos mecanismos de protección y los ámbitos que son requeridos para semejante función. Es por demás evidente que la delincuencia organizada en general y los delitos contra la salud, la trata de personas, la pornografía infantil, el terrorismo y su financiación, el tráfico y acopio de armas y la fabricación de armas exterminadoras de la especie humana, son supuestos que deben ser materia del Derecho penal, sin embargo los inconvenientes se presentan a la hora de analizar las particularidades que muestra la creación legislativa destinada a reprimirlos.

¹⁶⁰ En este sentido, Primera Sala, Tesis 1^a/J. 21/2012, Jurisprudencia administrativa, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 1, pág. 610; Primera Sala, Tesis 1^a/J. 22/2012, Jurisprudencia administrativa, penal, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 1, pág. 609.

Gran parte de los ejemplos señalados hasta ahora comparten que, sobre todo por el paradigma preventivo que los rige, por lo menos entran en pugna con el Derecho penal, de modo que, si bien con intensidades diferentes, configuran lo que ha dado en denominarse Derecho penal del enemigo.¹⁶¹ En relación con ello, debe recordarse que en dicha noción se engloban aquellas medidas que suelen destinarse a la prevención, persecución y castigo de las manifestaciones de los sectores delictivos que son considerados especialmente graves. No debe pasarse por alto, sin embargo, que un parámetro para establecer si se está o no en presencia del Derecho penal del enemigo lo fijan los principios que informan el Derecho penal propio del Estado de Derecho, lo cual permite asumir que cualquier acción estatal que pueda entrar en pugna con los límites al poder punitivo del Estado, en automático se traslada al terreno del Derecho penal del enemigo.

Con esto queremos enfatizar que no es preciso mirar a los supuestos paradigmáticos del Derecho de excepción, esto es, una vez más, delincuencia organizada, terrorismo, delitos contra la salud, tráfico y acopio de armas o secuestro, por

¹⁶¹ Fundamental Jakobs, G., "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", *Estudios de Derecho penal*, traducido por Peñarranda Ramos, E. / Suárez González, C. / Cancio Meliá, M., Civitas, Madrid, 1997, pp. 294 y ss; ss; mismo autor, *Dogmática...* op. cit., pp. 42 y ss; mismo autor, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 23 y ss; mismo autor, "La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", AA VV., en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, traducción de Manso Porto, CGPJ, 2000, pp. 119 y ss; mismo autor, "¿Terroristas como personas en Derecho?" AA VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá / Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, pp. 77 y ss; mismo autor, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad" AA VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá/Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, pp. 93 y ss; Jakobs, G./Polaino-Orts, M., *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Flores Editor, México, 2013.

ejemplo, para constatar las manifestaciones del Derecho penal del enemigo, puesto que todo rasgo de extralimitación implica, a nuestro juicio, una contaminación de los esquemas de represión penal, asunto que justamente Jakobs ha denunciado en sus formulaciones sobre este tema. De ello se sigue que las figuras típicas destinadas a la protección penal del medio ambiente no escapan de impregnarse de arbitrariedad y, por ende, derivan en el Derecho penal del enemigo. Si se quiere ser consecuente con la evolución que hemos pretendido en materia de derechos humanos y libertades públicas, no debería suscribirse la flexibilización de los presupuestos del Estado de Derecho; porque además éstos, es decir, el principio de legalidad, el principio de hecho, el principio de ofensividad, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el principio de igualdad jurídica, entre otros, no admiten, no desde la perspectiva de un Derecho penal genuinamente democrático, relajación alguna.

Lo anterior puede explicarse si decimos que, para dar cumplimiento a los requerimientos sociales de protección penal del medio ambiente, y en función de las finalidades políticas, se rijan éstas por criterios populistas o por intenciones resolutivas, pero también atendiendo a las particularidades de los hechos que en el contexto de la sociedad de riesgo se identifican como típicos, el Derecho penal sufre una transformación; más exactamente, es modificado de tal manera que sus sólidos candados de confección liberal se abren para permitir la entrada a objetivos eminentemente preventivos que encuentran como válvula de escape los tipos penales. De este modo, la prevención que, preponderantemente, debe atribuirse a la pena, cuya aparición debe venir precedida de la acreditación de los principios de legalidad, del hecho y de ofensividad, los cuales, a su vez, arrojan elementos suficientes o, si se

quiere, más aproximados para la configuración de la culpabilidad por el hecho cometido, la cual, por su parte, constituye la medida para graduar la reacción punitiva tras el delito de resultado material o, cuando menos, de peligro —concreto o abstracto— objetivamente constatable; son máximas que pierden fuerza e incluso que en algunos casos han desaparecido cuando se trata de dar respuestas políticas inmediatas a las demandas sociales. Dicho esto en otros términos: la prevención se pretende buscar, en el marco de regulación propio del Derecho penal medioambiental, en la estructura de los tipos penales que, no pocas veces, se centran en la eliminación de cualquier posibilidad de lesión futura. La tendencia político-criminal se orienta, en efecto, al futuro y no a conductas verificables en su consumación y en su afectación a bien jurídico alguno. En fin, en esta medida, el Derecho penal adquiere un carácter manifiestamente preventivo, paradigma dominante que tampoco permite asegurar la constatación de los principios de proporcionalidad e igualdad.¹⁶²

Esa marcada tendencia a sancionar acontecimientos futuros, esto es, a regirse por paradigmas preventivos, origina que los tipos penales diseñados al efecto exijan para su configuración una muy dudosa exteriorización, de modo que su consumación viene dada, antes que por una lesión o, en su caso, por un peligro concreto y claramente determinable, por un peligro que sólo represente, sobre la base de la experiencia, el estímulo que llevó al legislador a incriminar (peligro abstracto). De esta manera, el legislador se decanta por la ampliación del ámbito de lo punible lo más que se pueda y, junto con ello, por la

subjetivización, por la orientación al autor, por etiquetarlo, como lo sostiene *Jakobs*, como un enemigo del bien jurídico, lo que no hace sino abrir la puerta para que su esfera privada quede exenta de control¹⁶³, pues una anticipación de la punibilidad en semejantes condiciones ya se encarga de ignorar en cadena los presupuestos del Derecho penal del Estado de Derecho, siendo que cualquier vulneración que, en la construcción legislativa, se produzca sobre el principio de legalidad, el principio del hecho o el principio de ofensividad incidirá, por efecto dominó, en el principio de culpabilidad y, por ende, la sanción penal será desproporcionada.

Por otra parte, debemos señalar que una manifestación representativa de la combinación que se produce entre Derecho penal de riesgo y delincuencia convencional grave que, además, se ajusta a los perfiles del Derecho penal del enemigo, puede encontrarse en las operaciones con recursos de procedencia ilícita que se desarrollan con el soporte de una organización delictiva característica de la criminalidad organizada, y ello, siquiera sea porque el también denominado lavado de dinero o blanqueo de capitales queda incorporado dentro del catálogo de delitos que configuran a la delincuencia organizada, pero no solamente eso, porque ha de tenerse en cuenta que la reciente reforma de que fue objeto la Ley federal contra la delincuencia organizada colocó a dicho delito fin o predicado dentro de los supuestos respecto de los cuales la pena por la simple pertenencia a la organización criminal sufre un incremento considerable que va de 20 a 40 años de prisión para los hombres clave de la organización, mientras que para los demás integrantes destina un marco punitivo de 10 a 20 años de prisión.

¹⁶² Así Hassemer, W., "Rasgos y crisis...", *op. cit.*, p. 239, quien destaca el fin preventivo por el que se ve dominado el Derecho penal en materias como el terrorismo y las drogas.

¹⁶³ Cfr. *Jakobs*, G., "Criminalización...", *op. cit.*, pp. 294 y 295.

Se articula de este modo una estrategia esencialmente preventiva, por cuanto la criminalización en estadios previos que se desprende del tipo penal de peligro abstracto de imbricación en la delincuencia organizada, mismo que, en principio, brindaría salvaguarda a un bien jurídico de interés colectivo como la seguridad pública, se fusiona con un tipo penal que igualmente fija como objeto de protección un bien jurídico supra-individual.¹⁶⁴ Así pues, la estrategia legislativa se enfoca en evitar la ejecución de un delito de naturaleza eminentemente preventiva, sin perjuicio, claro está, de la neutralización que viene dada desde el punto de vista de la reacción penal, pues no hay que olvidar que la sanción penal se ceñirá a las reglas del concurso real de los delitos en caso de verificarse la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Pero el escenario no mejora cuando constatamos que la punición de los actos preparatorios a la comisión del delito, que debe regirse por un sistema de *numerus clausus*, ha venido ganando terreno de forma preocupante. Por ejemplo, a la por demás arbitraria figura de apología, como forma de provocación del delito, prevista y sancionada por el artículo 208 del Código penal federal, que ha venido conviviendo con tipos penales como el de conspiración e instigación que describen los artículos 141 y 142 del mismo Código penal federal, se suman todos los delitos que se recogen en el catálogo que integra el artículo 2 de la Ley federal contra la delincuencia organizada, pues hay que recordar que, dentro del paquete de reformas de que fue objeto esta Ley especial,¹⁶⁵

se encuentra la adición del artículo 2º Bis que, precisamente, dedica una sanción penal para quienes resuelvan de concierto “cometer esos delitos fin y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación”.

Bibliografía

- Albrecht, P. A., “El Derecho penal en la intervención de la Política populista”, A.A. V.V., en *La insostenible situación del Derecho penal*, traducido por Robles Planas, Comares, Granada, 2000.
- Anarte Borrallo, E., “Conjeturas sobre la delincuencia organizada”, AA. VV., en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva / Anarte Borrallo E., y Ferré Olivé, J. C., Huelva, 1999.
- Arnold, J., “La «superación del pasado» de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de Derecho”, AA. VV., en *La insostenible situación del Derecho penal*, traducido por Robles Planas, Comares, Granada, 2000.
- Bauman, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Beck, B., “El riesgo para la libertad. Cuando el Estado democrático, con la colaboración de las grandes corporaciones digitales, espía de forma global para optimizar su seguridad ante cualquier amenaza, ¿quién defenderá los derechos individuales?”, *El País. Opinión* [en línea], 29 de agosto de 2013. Disponible en http://elpais.com/elpais/2013/08/14/opinion/1376502906_653929.html (citado el 3 de mayo de 2016)
- _____, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.
- _____, “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica”, *Revista de Occidente*, núm. 150, nov. 1993.
- _____, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, El Roure, Barcelona, 1998.

¹⁶⁴ Sobre ello *vid. Merino Herrera, J.*, “Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo”, *Revista penal México*, núm. 8, agosto 2015, pp. 119 y ss.

¹⁶⁵ *Vid. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, *Diario oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016.

- _____, *Sobre el terrorismo y la guerra*, Paidós, Barcelona, 2003.
- _____, *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.
- Blanco Cordero, I., “Criminalidad organizada y mercados ilegales”, *Eguzkilore*, núm. 11, San Sebastián, diciembre 1997.
- Böhm, L., “Políticas de seguridad y neoliberalismo”, en *Delincuencia, finanzas y globalización*, Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 2013.
- Bottke, W., “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, *Revista penal*, núm. 2, 1998 (traducción de Arroyo Alfonso, S.).
- Buscaglia, E., *Lavado de dinero y corrupción política. El arte de la delincuencia organizada internacional*, Debate, México, 2015.
- _____, *Vacíos de poder en México*, Debate, México, 2013.
- Callegari, A. L., *Lavado de activos*, Ara, Perú, 2009.
- Calveiro, P., *Violencias de estado*, Siglo XXI editores, México, 2012.
- Cancio Meliá, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Navarra, 2006.
- Castanheira Neves, Rita, “O ambiente no direito penal: a acumulacao e a acessoriedade” en *Direito penal hoje. Novos Desafios e novas respostas*, Coimbra, Portugal, 2009.
- Cárdenas, J./Mijangos, M. de la L., *Estado de Derecho y corrupción*, Porrúa/UNAM, México, 2005.
- Castells, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Fin de milenio*, Siglo XXI, 2001.
- Chirico, J., *Globalization. Prospects and problems*, Washington, SAGE, 2014.
- Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cunjama López, D./Ordaz Hernández, D., “Globalización y delincuencia organizada transnacional: una perspectiva criminológica”, AA. VV., en *Directrices criminológicas y jurídicas para el tratamiento de la delincuencia organizada transnacional en el continente americano* (coordinado por Rodríguez Valencia, A./Vizcaino Zamora, Á.), INACIPE, México, 2013.
- David, P.R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Zavalía, Buenos Aires, 1999.
- De la Corte Ibáñez, L./Giménez-Salinas Framis, A., *Crimen.org*, Ariel, Barcelona, 2010.
- Del Rosal Blasco, B., “Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales”, AA. VV., *Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001.
- Díez Ripollés, J. L. «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* [en línea]. núm. 07-01 (2005). Disponible en <http://criminet.urg.es/recpc>.
- Dondé Matute, J., “Delincuencia organizada y terrorismo en México” en *Terrorismo y Derecho penal*, CEDPAL, Colombia, 2015.
- Dowrick, S. / Delong, J. B.. Globalisation and Convergence. Paper for NBER Conference on Globalisation in Historical Perspective, Santa Barbara, California, [en línea]. May 4–5, 2001.
- Durán Migliardi, M., “El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal”, AA VV, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, coordinado por Cancio Meliá /Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROSEEDITORES /B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- Fabián Caparros, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Fazio Vengoa, H., “La globalización: ¿Un fenómeno elusivo?”, *Historia Crítica*, núm. 23, 2003, p. 14.
- Feijoo Sánchez, B., “Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, AA. VV., en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, 2006.
- Foffani L., “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, *Revista penal*, núm. 7, enero de 2001.
- Galán Muñoz, A., “Expansión e intensificación del Derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de

- las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”, *Derecho y proceso penal*, núm. 15, año 2006-1.
- Giddens, A./ Sutton, P.W, *Conceptos esenciales de Sociología*, Madrid, Alianza editorial, 2015.
- Gracia Martín, L, *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Gracia Martín, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo. *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*” [en línea]. 07-02-2005 [citado el 8 de abril de 2016]. Pág. 02: 20. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>
- Greco, L., “A Relação entre o direito penal e o direito administrativo”, en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Temis, Colombia, 2012.
- Gutiérrez Francés, M., «Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional», AA. VV, *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario, vol. II*, Universidad de Salamanca, edición a cargo de Ferré Olivé, Salamanca, 2002, p. 194.
- Hassemer, W., “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XLV, Fasc. I, enero-abril, 1992.
- Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995.
- Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y parte especial*, Dykinson, Madrid, 2001.
- Herzog, F., “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”, *Revista penal*, núm. 4, 1999.
- _____, “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales”, *Poder Judicial*, 29º época, núm. 32, dic-1993.
- _____, “Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”, AA. VV., en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, traducción de Demetrio Crespo, traducción de Nieto Martín/Demetrio Crespo, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad” AA VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá/Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- _____, “¿Terroristas como personas en Derecho?” AA VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá / Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- _____, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho penal*, traducido por Peñaranda Ramos, E. / Suárez González, C. / Cancio Meliá, M, Civitas, Madrid, 1997.
- _____, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2006.
- _____, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- _____, “La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, AA VV., en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, traducción de Manso Porto, CGPJ, 2000.
- _____, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- Jakobs, G./Polaino-Orts, M., *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Flores Editor, México, 2013.
- Jescheck, H. H./ Weigend, T. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de Olmedo Cardenete, M. Comares, 2002.
- Jordá Sanz, C./Giménez-Salinas Framis, A.. “El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado”. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* [en línea] 17-10-2015 [citado el 9 de abril de 2016]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-10.pdf>

- Kaiser, Max, *El combate a la corrupción: la gran tarea pendiente en México*, Porrúa, México, 2015.
- Kindhäuser, U., “Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo”, AA. VV., en *Seguridad ciudadana y sistema penal*, Anuario Alerta Informativa, agosto 2014, Perú.
- Lallement, M., “Globalización: ¿Qué podemos decir de ella?”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 19, 2001.
- Lane, J. E., *Globalization and politics. Promises and Dangers*, Suecia, ASHGATE.
- Lira Arteaga, Ó, *Cibercriminalidad. Fundamentos de investigación en México*, INACIPE, 2014.
- López Barja de Quiroga, J., “El papel del Derecho penal en la segunda modernidad”, AA. VV., en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en Homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006.
- López Sánchez, J., “La delincuencia organizada como amenaza estratégica”, AA. VV., en *La criminalidad organizada* (dirigido por González Rus), México, 2013.
- Malem Seña, J., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Marinucci G./ Dolcini, E., “Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 9, 2002.
- Mata y Martín, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, EDISOFER, Madrid, 2001.
- Maurach R. / Zipf H., *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- Medina Ariza, J. J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, A.A. VV., en *Delincuencia organizada. Aspecto penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva / Anarte Borrallo, E., y Ferre Olivé, J. C., Huelva, 1999.
- Mélendez Morillo-Velarde, L./Pérez Camos, A./ San Martín Mazzucconi, C., *Globalización, Derechos humanos y sociedad de la información*, Madrid, Cátedra, 2009.
- Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la Sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- Merino Herrera, J. *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, INACIPE/BOSH, México, 2013.
- _____, “Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo”, *Revista penal México*, núm. 8, agosto 2015.
- _____, “Una aproximación al concepto de terrorismo”, AA. VV., en *Estudios penales en Homenaje al Professor Javier Alba Muñoz*, coordinado por Hernández-Romo Valencia, P./Ochoa Romero, R. A., Tirant lo Blanch, México, 2013.
- _____, *Al Qaeda: una compleja manifestación del terrorismo internacional*, INACIPE, México, 2015.
- _____, *Marco estratégico de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Medidas de tratamiento y persecución penal*, INACIPE/Tirant lo Blanch, México, 2015.
- Merino Herrera, J./Paíno Rodríguez, F., *Delincuencia organizada*, Universidad Complutense de Madrid.
- Mir Puig, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, AA. VV. en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela, 1991.
- Miró Llinares, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, Madrid.
- Oliveri Albisu, I., “Globalización, desigualdad y racismo: implicaciones en el ámbito educativo e investigador”, *Eguzkilore*, núm. extraordinario 8, diciembre 1995.
- Pérez Cepeda, A. I., “Política criminal internacional contra la corrupción”, AA. VV., en *El Derecho penal y la política criminal frente a la Corrupción*, Coordinado por Fabián Caparrós, E. A./Ontiveros Alonso, M./Rodríguez García, N., INACIPE/UBIJUS/Universidad de Salamanca, México, 2012.
- Prittowitz, C., “Sociedad de riesgo y Derecho penal”, AA. VV., en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, coordinado por Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- _____, “La función del Derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo”, en *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Temis, Bogotá, 2012.
- Reinares, F., *Terrorismo y antiterrorismo*, Paidós, Barcelona, 1998.

- Roxin, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- Sainz Cantero, J. A., *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1970.
- Sanz Mulas, N., “Pornografía en Internet”, *Revista penal*, núm. 23, enero 2009.
- Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, B de F Ltda., Buenos Aires, 2010.
- _____, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, Al-delf, Argentina, 2006.
- Virgolini, J. E. S., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Welzel, H., *Derecho penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997.
- Zuñiga Rodríguez, L., “Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis”, AA. VV., en *El desafío de la criminalidad organizada* (coordinado por Sanz Mulas, N.), Comares, Granada, 2006.



110 Una breve reflexión epistemológica acerca de las ciencias jurídico-penales

Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño
Instituto Nacional de Ciencias Penales

“Siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo (...) Pienso que el filósofo tiene que extremar para sí propio el rigor metódico cuando investiga y persigue sus verdades, pero que al emitirlas y enunciarlas debe huir del cínico uso con que algunos hombres de ciencia se complacen en ostentar ante el público los biceps de su tecnicismo”.

José Ortega y Gasset

Resumen

En la necesidad de un diálogo interdisciplinario, particularmente entre la Criminología y el Derecho Penal, se propone que éste se dé en el ámbito de la ética, toda vez que esta ciencia permite una aproximación más flexible frente al estricto legalismo del Derecho penal así como con la posibilidad de ofrecer res-

puestas a las inquietudes para planificar políticas criminales acordes a los medios y fines consecuentes con la naturaleza de lo jurídico.

Palabras clave: Epistemología, interdisciplinariedad, Ciencias penales, Criminología, Derecho penal, ética, Ius-positivismo.

Abstract

The need for an interdisciplinary dialogue, particularly between criminology and criminal law, it is proposed that it is in the field of ethics, since this science allows for a more flexible approach against the strict legalism of criminal law as well as the possibility of providing answers to concerns chords to plan media purposes consistent with the nature of criminal law policies

Key words: Epistemology, interdisciplinary, criminal sciences, criminology, criminal law, ethics, ius-positivism.

I. Diálogos interdisciplinarios

Cuarenta años de diálogo interdisciplinario hacen del Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) un lugar singular para el quehacer científico, una verdadera comunidad de saberes. En él confluyen tres disciplinas: el Derecho penal, la criminología y la criminalística. Y como en la desembocadura de un río, existen ramales que se encausan en el mismo mar, como la filosofía del derecho, el Derecho constitucional, las ciencias políticas, por mencionar algunas entre un amplio espectro. Pero como todo diálogo, no todo es una danza uniforme o armónica, muchas veces será el conflicto el mejor abono para el saber. Con mucha razón, especialmente los criminalistas,

miran con recelo al Derecho penal, máxime si se le intenta reconocer a éste un rango científico. Sobre ello transcurrirán las presentes palabras.

Fue Federico Karl Von Savigny (1779-1861) quien pretendió concederle, de una buena vez al Derecho, el carácter de una ciencia moderna.¹ Sin duda, legó al saber jurídico un marco conceptual que trazaría las coordenadas para el lenguaje exegético de los códigos modernos. A su vez, hizo del método ius-histórico algo más que una mera serie de tareas recopiladoras, ya fuese en su vertiente germanista o romanista.² Sin embargo, el legado tuvo sus aristas, fue, en otras palabras, una especie de herencia dañosa. En parte porque esclavizó al jurista a la norma creada por el legislador (aunque ésta fuese imperfecta, imprecisa, o injusta) y porque, además, de tal norma, muchos intentaron deducir fórmulas matemáticas inquestionables, precisas, automáticas. Era el sueño de Montesquieu, hacer del juez la boca muda de la ley. Era la orgullosa sentencia de muerte de la jurisprudencia clásica como *ars boni et aequi*, con un Celso ya momificado en el sarcófago del olvido. Si en el antiguo régimen, la arbitrariedad del juez había demolido al *arbitrium* judicial, ahora éste se limitaba a desafiar a la erudición del lector complaciente al destajar térmicos, al hacer del diccionario la principal herramienta para una “moderna” jurisprudencia de conceptos.³ Como el De-

¹ “La ciencia jurídica es primordialmente la creación de los jurisconsultos alemanes de mediados y fines del siglo XIX, y evolucionó naturalmente a partir de las ideas de Savigny”. Merryman, John Henry (2012), *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 121.

² Vid. Cannata, Carlo Augusto (1996), *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Madrid, Tecnos, p. 203.

³ (...) este legalismo judicial se ha mostrado más peligroso que la arbitrariedad de los jueces que con él se quiso remediar. La omnipotencia de la ley se presta para los mayores atropellos. Incluso para aniquilar el

recho penal debía ser todo menos ambiguo, hubo quienes con audacia y mucha temeridad, pretendieron hacer de la interpretación, argumentación y aplicación, un conjunto de fórmulas matemáticas, casi todas algebraicas, como pretendiendo rivalizar con los físicos que veían crecer a su ciencia a principios del siglo XX. Herencia dañosa, porque si el Derecho es ciencia, es otro su estatuto. Su auxiliar, la criminalística, en cambio, sí podía desarrollarse en un laboratorio donde debía echar mano de la química, la anatomía, la física, la fisiología, la hematología, y hasta para algunos: la grafología. Caso distinto planteaba el tercer ángulo de esta curiosa geometría: la criminología, cuya situación a caballo entre la sociología y la psicología, a veces la acercaba al Derecho, y por un delirio marxista llevado al exceso, a una crítica sin sentido. El misterio interdisciplinario, o mejor dicho, el reto epistemológico, no discurre ni en la semántica legislativa, ni en la tabla periódica de elementos, mucho menos en la lucha de clases o la creencia de que había desdichados predispuestos por la naturaleza para delinquir. El misterio se aclara cuando uno decide tener presente que cuando se habla de epistemología no sólo se habla de métodos y reglas, sino de filosofía.⁴ Y es aquí donde nos vamos a detener a reflexionar.

Derecho. De hecho ella ha sido instrumento de los totalitarismos, soviético y nazi, para imponer el peor sin-derecho: el abuso legalizado. Pero este abuso no es desconocido tampoco en los demás países donde también impera la legalidad por la legalidad, aunque en menor grado". Bravo Lira, Bernardino (1992), "Las dos caras de la codificación en Europa Continental e Iberoamérica: legal y judicial", en A.A.V.V., *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Eunsa, Pamplona, p. 179.

⁴ "Una vez estudiada la lógica nos queda considerar el camino que sigue el hombre para conocer en forma ordenada y con precisión algún sector de la realidad, es decir, el estudio del conocimiento científico. A este apartado de la filosofía se le conoce con el nombre de filosofía de la ciencia o epistemología". Gay Bochaca, José (2001), *Curso de Filosofía*, Rialp, Madrid, p. 237.

II. Un poco de epistemología

Hay tantas nociones de filosofía como filósofos.⁵ En el culmen del no hacer filosofía, el siglo XX se entretuvo más en el lenguaje que en filosofar, salvo honrosas excepciones como Husserl, Heidegger, Arendt o en nuestra lengua, Zubiri. Aquí lo decimos sin ambigüedad, si la filosofía no se ocupa del ser y sus causas, no es filosofía, quizás entretenida especulación, quizás terreno fértil para la práctica lúdica, una que cualquiera puede experimentar, por ejemplo, al leer (o incluso mirar en alguna película) a Lacan y su genial disparate que recitaba "*je pense donc je suis*" (esto hubiera dejado sonrojado a Descartes y su "*cogito ergo sum*"). Pero el Derecho, y sus ciencias auxiliares (quizás sólo ese privilegio se lo pueda permitir la criminología), no tienen vocación especulativa.

Pongamos en contexto qué sucedió entre los siglos XVIII y XIX para entender por qué el diálogo epistemológico entre la criminalística, el Derecho penal y la criminología se ha vuelto tan complejo. Aquí debemos partir de una premisa: el Derecho como disciplina y materia cognoscible, pertenece al orden de la razón práctica. Especular es propio de la metafísica (ontología o filosofía del ser), la física teórica y las matemáticas. Por ello, y no obstante que el Derecho es un término que posee diversas acepciones, éstas siempre concurren en el ámbito de lo práctico. Si entendemos Derecho como aquello que se debe a alguien (noción del *ius romano*), siempre habrá que discernir qué y por qué aquello que es de otro.⁶ Si entendemos al Derecho como un sistema referente a la convivencia social entre los seres humanos, no hace

⁵ De manera genial Alain de Botton habla del diálogo imposible entre los filósofos de todos los tiempos. Vid. Botton, Alain de (2005), *Las consolaciones de la Filosofía*, Punto de Lectura, México, pp. 17-18.

⁶ En sentido estricto, el término romano es *ius* que quiere decir "lo justo".

falta decir más, por su finalidad y medios, es totalmente práctico. Si consideramos al Derecho como ciencia o *iurisprudentia* (acepción germana tras el influjo de Savigny), tanto su método como sus conclusiones son eminentemente prácticas. Queda claro que el Derecho, como práxis, no es algo teórico, sin embargo, debe reconocerse que sí se puede teorizar sobre éste. *Theoría* es una palabra griega que refiere a la actividad de contemplar, por tanto, al conocimiento de algo. A su vez, *teoría* es un término que tiene varias acepciones, entre otras “especulación”. A la luz de la ciencia, ya encuadrada en el método moderno, la teoría se ha concebido como un conocimiento concreto, es decir, enfocada en un objeto. La teoría conlleva a ceñirse a un fenómeno específico. Por ello, en parte, la teoría del Derecho consiste en un estudio fenomenológico del Derecho. En general, la fenomenología es un: “estudio de los fenómenos con el objeto de determinar su estructura y las condiciones generales de su aparecer”.⁷ Abbagnano considera que es “la descripción de lo que aparece”,⁸ o siguiendo a Husserl: “una ciencia de esencias (...) y no de datos de hecho”.⁹

Para el Derecho, esta actitud gnoseológica inició en los Estados Unidos de América con John Austin (1790-1859) en sus *Lectures of jurisprudence*; a su vez, en el Viejo Continente, le siguió el húngaro Felix Somló (1873-1920) con su *Teoría general jurídica* (1917). Sin embargo, fue el austriaco Hans Kelsen (1881-1973) el principal autor en el siglo XX. *In génere*, Javier Hervada describe a las teorías del Derecho como “(...) aquellas explicaciones que unifican otras explicaciones parciales, bajo cuya luz se construye sistemática-

mente todo un orden jurídico o grandes parcelas de él (...).¹⁰ Algo, que, en sentido estricto, no es compatible con una filosofía del Derecho que se precie de serlo:

Tanto las hipótesis como las teorías de la ciencia jurídica son instrumentales y relativas. No expresan ni explican la realidad última del Derecho, sino que buscan dilucidar sólo el fenómeno jurídico. Por eso no son trasladables ni aplicables directamente a la explicación ontológica (filosofía, nivel fundamental). Y por esta razón, carece de sentido criticarlas desde esas perspectivas, por el hecho de no servir adecuadamente a esas ciencias.¹¹

En las antípodas, Norberto Bobbio, en su *Teoría General del Derecho* exponía la necesidad de delimitar los ámbitos de la filosofía jurídica y la respectiva teoría: “el análisis de la obra de Carnelutti me llevó a plantearme el problema de la naturaleza de la teoría general del Derecho, que debía diferenciarse tanto de la filosofía del Derecho como de la ciencia jurídica”.¹²

Hagamos pues una primera afirmación: la teoría del Derecho consiste en un conocimiento fenomenológico de éste. Y tal conocimiento sigue un método filosófico, el cual, si estrictamente no es causalista, tampoco es incompatible con ello. Como lo han demostrado Heidegger, Husserl o Zubiri, un estudio fenomenológico del Derecho y la justicia no puede abstenerse de un fundamento ontológico. Sin embargo, prevalece otra objeción, ésta bien advertida por Alfred Verdross:

⁷ Ezcurdia Hijar, Agustín y Chávez Calderón, Pedro (2000), *Diccionario Filosófico*, Limusa, México, pp. 93-94.

⁸ Abbagnano, Nicola (2008), *Diccionario de filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 481.

⁹ Abbagnano, Nicola, *op. cit.*, Ref. Husserl ídem.

¹⁰ Hervada, Javier (1992), *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona, p. 624.

¹¹ *ídem*.

¹² Bobbio, Norberto (2000), *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, p. VIII.

La teoría del Derecho se distingue de la filosofía del Derecho que la precede por cuanto ya no valora al Derecho positivo a la luz de la idea del Derecho o del Derecho natural, sino que la contempla como un hecho (*factum*) independiente; de ahí que se propusiera como tema el conocimiento de aquellos elementos que sirven de base al Derecho positivo.¹³

Algo que en la primera mitad del siglo XX no fue del todo bien diagnosticado. Por ejemplo, un genial y honesto Radbruch dijo: “La ciencia jurídica en sentido estricto, o sea la ciencia dogmática del Derecho, la ciencia sistemática del Derecho, puede ser definida como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del Derecho positivo”.¹⁴ Kelsen sostuvo que la ciencia jurídica debe ser de carácter empírico, por lo que ésta es: “(...) sólo descriptiva de las normas que de hecho (es decir, según los datos de la experiencia sensible) resultan vigentes en una comunidad determinada”.¹⁵ Lo que, invariablemente, arrastraría al saber jurídico a un doble reduccionismo, ora del objeto, ora del método:

Si el Derecho, en su unidad, es en parte positivo y en parte natural, entonces la ciencia del Derecho ha de estar abierta no sólo al Derecho positivo, sino también al natural. Limitada sólo al Derecho positivo, dejaría de plegarse integralmente a la misma realidad de su obje-

to. Por esto, el realismo gnoseológico conduce a rechazar el prejuicio de quienes recortan la tarea del jurista que hace ciencia al ámbito del solo Derecho positivo.¹⁶

Sin embargo, si hay un ordenamiento cuyo objeto científico debe ser restringido es el Derecho penal. Si bien es cierto que el Derecho natural inspira los valores y/o bienes que tutela el Derecho penal, es un problema completamente diferente el que plantea su interpretación, argumentación y aplicación. Téngase presente aquí lo que dicta sin dejar lugar a dudas el párrafo tercero del artículo 14 constitucional: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. En efecto, el derecho o garantía de la “exacta aplicación de la ley”. Para ilustrarlo, véase la siguiente explicación elaborada con ejemplar elegancia, en el siguiente sumario de una ejecutoria de la lejana quinta época jurisprudencial¹⁷ cuyo rubro es: “ARBITRIO JUDICIAL EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA”:

En la fijación de la sanción adecuada al delito consumado, el órgano jurisdiccional goza de arbitrio dentro de mínimos y máximos de penalidad, el cual, en lo general, se halla regulado por los artículos 51 y 52 del Código Punitivo Federal, atendiendo a las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, debiendo el juzgador observar además, para calificar la gravedad de la imprudencia, las prevenciones especiales del artículo 60; por lo tanto, si el órgano decisorio

¹³ Verdross, Alfred, *La Filosofía del Derecho en el mundo Occidental*, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, p. 283.

¹⁴ Radbruch, Gustav (1998), *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 9. Véase la crítica hecha por Javier Hervada a tal posición: “La ciencia jurídica está frecuentemente imbuida de positivismo, reduciéndose –naturalmente con excepciones– a una ciencia positiva, de modo que los criterios de Derecho natural no juegan ningún papel o a lo máximo un papel secundario (...) Por otra parte, la ciencia del Derecho debe potenciar y, en su caso, reconquistar su dimensión iusnaturalista, como elemento integrante de su labor de interpretación y conocimiento del Derecho”. Hervada, Javier (1986), *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Minos, México, pp. 188-189.

¹⁵ Massini, Carlos Ignacio (1983), *La prudencia jurídica, introducción a la gnoseología del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 94.

¹⁶ Errázuriz, Carlos José (1987), *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 183.

¹⁷ Época: Quinta Época; Registro: 293793; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo CXX-VII; Materia(s): Penal. Amparo directo 3302/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 2 de febrero de 1956. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

se concreta a citar los dos primeros preceptos y califica la imprudencia como de tipo medio, sin razonar debidamente su resolución en función de las normas generales y de la especial al grado de culpabilidad del agente, viola en perjuicio de éste, el principio constitucional de la exacta aplicación de la ley penal.

III. El diálogo interdisciplinario debe darse en lo ético

Más allá de las naturales críticas que pudiera merecer el legalismo *per se*, el meollo de la cuestión radica —para la criminología— en el contenido o materia de las normas penales. Lo que cuestiona con toda razón el criminólogo es que ante el reduccionismo de un Derecho legislado como la única fuente material científica: “(...) los estudios jurídicos tienden a una mera *scientia iussi et puniti*”.¹⁸ De ahí que resulte decepcionante que la ciencia jurídica —en tal sentido— sea “(...) sólo descriptiva de las normas que de hecho (es decir, según los datos de la experiencia sensible) resultan vigentes en una comunidad determinada”.¹⁹ Pero quedarnos con esta postura, no sólo resultaría conformista, sino peligrosa. Por tanto, y con cierto abuso de este espacio, ofreceremos una modesta alternativa: la ética como lugar de diálogo interdisciplinario.

Tengamos presente que: “el oficio de jurista es un arte o ciencia práctica —pues *ars* o arte no es otra cosa que un conocimiento práctico—, es un saber que comporta discernir: el discernimiento de lo justo y de lo injusto, el discernimiento del derecho y de la lesión del derecho”.²⁰ Ahora bien, ¿cuánto puede discernir un juez pe-

nal? En realidad poco, a la luz de los principios, reglas, valores y derechos humanos contenidos en el Derecho penal, tanto sustantivo como adjetivo. Entonces, ¿qué esperanza le damos al criminólogo? Dos al menos. La primera implica, como ya lo hemos adelantado, un diálogo con la ética. En tal sentido Ricardo Zorraquín Becú afirmó:

El Derecho, a su vez, no es otra cosa que la realización objetiva de la justicia (...), por donde se advierte la íntima trazabilidad que existe entre ambas disciplinas. El bien individual y el bien común no pueden separarse, porque siendo el hombre naturalmente un ser social, su propio bien le indica que debe procurar la conservación y perfeccionamiento de la comunidad en que vive. Y de esta necesidad provienen los deberes para con los demás: respetar la vida y la propiedad ajena, cumplir las obligaciones, no hacer daño al otro, fortalecer la familia, etc. Preceptos todos que vienen impuestos a la vez por la justicia como virtud moral y por el Derecho como exteriorización de la justicia.

De esta relación derivan estrechos vínculos que existen entre moral y Derecho. Todas las ramas del sistema jurídico tienen un fundamento moral: el constitucionalismo moderno se empeña en proteger bienes tan necesarios para el desarrollo de la personalidad humana como las distintas libertades (...) Toda la vida del Derecho está impregnada de moral. Ésta y aquél forman un todo inseparable, un conjunto armónico y razonablemente necesario, dado que la conducta humana ha de ser recta, es decir, a la vez virtuosa y jurídica”.²¹

En consecuencia, siendo el criminólogo el creador de políticas que orientan al diseño del Derecho penal (éstas situadas en el plano cartesiano de la política criminal), el saber ético, y la guía

¹⁸ Bravo Lira, Bernardino, *op. cit.*, p. 178.

¹⁹ Massini, Carlos Ignacio, *op. cit.*, p. 94.

²⁰ Hervada, Javier, *op. cit.*, (1992), p. 75.

²¹ Zorraquín Becú, Ricardo, *et al.* (1987), *Introducción al derecho*, Emilio Perrot, Buenos Aires, pp. 17-18.

moral, proporcionan por sí mismas una serie de referencias indispensables para que el Derecho penal sea coherente en cuanto medios y fines.

Lo segundo, y que va ligado de manera íntima con lo anterior, fue descrito por un jurista cuya integridad le llevó a dar la vida por el Derecho:

Las valoraciones éticas y la postura crítica respecto al Derecho vigente son enfoques que el jurista no debe situar en un plano lejano y metajurídico, aunque en su mano no esté siempre, como es obvio, la posibilidad de derogar o simplemente de arrinconar en el olvido las normas formalmente vigentes (...). En esa encrucijada, entre la aplicación de unas normas procedentes de poderes legítimos y superiores y la crítica de las mismas normas desde postulados éticos y desde valores socialmente aceptados, se debate el quehacer profesional del jurista de nuestro tiempo.²²

Y dichos valores deben ser los referentes ineludibles para el diálogo entre el criminólogo y el jurista. De poco resulta la crítica a la norma si no es para generar alternativas realmente humanas a ésta. Tras la tragedia más grande que ha vivido la humanidad, en 1946, Gustav Radbruch escribió: “(...) a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resucita aquella idea de un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el qué medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo forma legal”.²³

Después de todo, si se es honesto intelectualmente, es lo ético lo realmente racional, como bien lo dijo un lúcido filósofo contemporáneo: “Ahora bien, la contraposición entre ética y polí-

tica constituye en la actualidad algo más que una broma o retruécano. Surge, precisamente, de la ausencia de un uso humanista de la razón, es decir, de la no comparecencia de la inteligencia en toda su amplitud y alcance”.²⁴

Bibliografía

- Abbagnano, Nicola (2008), *Diccionario de filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Bobbio, Norberto (2000), *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá.
- Botton, Alain de (2005), *Las consolaciones de la Filosofía*, Punto de Lectura, México.
- Bravo Lira, Bernardino (1992), “Las dos caras de la codificación en Europa Continental e Iberoamérica: legal y judicial”, en A.A.V.V., *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Eunsa, Pamplona.
- Cannata, Carlo Augusto (1996), *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Madrid, Tecnos.
- Errázuriz, Carlos José (1987), *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Ezcurdia Hijar, Agustín y Chávez Calderón, Pedro (2000), *Diccionario Filosófico*, Limusa, México.
- Gay Bochaca, José (2001), *Curso de Filosofía*, Rialp, Madrid.
- Hervada, Javier (1986), *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Minos, México.
- Hervada, Javier (1992), *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona.
- Llano, Alejandro (1999), *Humanismo cívico*, Ariel, Barcelona.
- Massini, Carlos Ignacio (1983), *La Prudencia Jurídica, Introducción a la Gnoseología del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Merryman, John Henry (2012), *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México.

²² Tomás y Valiente, Francisco (1992), *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, p. 630.

²³ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 180.

²⁴ Llano, Alejandro (1999), *Humanismo cívico*, ARIEL, Barcelona, p. 66.

- Radbruch, Gustav (1998), *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época; Registro: 293793; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo CXXVII; Materia(s): Penal. Amparo directo 3302/55.
- Tomás y Valiente, Francisco (1992), *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid.
- Verdross, Alfred, *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental*, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM.
- Zorraquín Becú, Ricardo, et al. (1987), *Introducción al Derecho*, Emilio Perrot, Buenos Aires.



Técnicas y tecnologías modernas en la investigación criminalística de los delitos

Ana Pamela Romero Guerra
Instituto Nacional de Ciencias Penales

“En cuestión de ciencia, la autoridad de miles vale menos que el humilde razonamiento de una sola persona”.

Galileo Galilei*

Resumen

La criminalística y la ciencia forense han acompañado históricamente a la investigación del delito y a la comprobación de los hechos, aportando el indispensable componente científico que ambas actividades requieren. En este artículo se presentan las técnicas y tecnologías que en los últimos años se han desarrollado, permitiendo que la investigación crimi-

* Expresión que se recoge en *Reference Manual on Scientific Evidence*, segunda edición, E.U.A., Federal Judicial Center, 2000, David Goodstein, *How Science Works*, pág. 77. Traducido del original en inglés

nalística avance constante y permanentemente en la búsqueda científica de la justicia.

Palabras clave: Ciencia forense, investigación del delito, criminalística subacuática, infografía forense, reconstrucción en tercera dimensión, escáneres forenses, fuentes alternativas de luz forense, consola de videojuegos, huellas digitales, nanopartículas.

Abstract

Criminalistics and forensic science have historically accompanied crime investigation and verification of facts, providing the essential scientific component that both activities require. This paper describes techniques and technologies that have been developed in recent years, allowing forensic investigation to be in constant and permanent progress in the scientific quest for justice.

Key words: Criminalistics, forensic science, crime investigation, underwater crime scene investigation, digital forensic reconstruction, forensic scanners, alternative light sources, video game consoles, fingerprints, nanoparticles.

1. Introducción

Si observamos el proceso de investigación del delito, podemos pensar que tiene similitudes metodológicas con la ciencia.¹ En ambos casos, parti-

¹ Entendida de la siguiente forma: "La ciencia no es una enciclopedia de conocimiento, sino el proceso por el cual se proponen y refinan las explicaciones teóricas sobre el universo que están sujetas a pruebas y comprobaciones adicionales", traducido del original en inglés: "Science it's not an encyclopedic body of knowledge about the universe. Instead, it represents a process for proposing and refining theoretical explanations about the world that are subject to further testing and refinement" (el énfasis en cursivas es del texto original), Suprema Corte de los Estados Unidos

mos de la observación de un hecho, sobre el cual formulamos una hipótesis, misma que debemos comprobar o descartar mediante la aplicación de métodos y técnicas de investigación —específicamente en el caso de la ciencia, de experimentación—, y llegamos finalmente a un resultado o conclusión.

Sin embargo, la ciencia y la ley tienen una historia² de distanciamiento. Podemos razonablemente decir que la ciencia moderna surgió en el siglo XVII, entrando casi de inmediato en constante conflicto con la ley. En ese tiempo, Galileo Galilei estaba en Italia proponiendo la idea de que la realización de cuidadosos experimentos en el laboratorio podría revelar verdades universales acerca del movimiento de los objetos en el espacio. Poco después, cuando supo del recién inventado telescopio, fabricó uno y con éste realizó descubrimientos que dejaron asombrada a toda Europa. Esto dio como resultado que, en 1633, fuera llevado a juicio por sus enseñanzas científicas. El juicio de Galileo es recordado como un enfrentamiento entre la ciencia y la religión, sin embargo, la realidad es que fue sujeto a la ley (que estaba íntimamente relacionada con la religión). Fue, después de todo, un juicio real basado en las normas vigentes, con jueces y abogados, tal como cualquier proceso legal.

Otro gran científico de esa época, William Harvey, quien descubrió la forma en la que circula la sangre en el cuerpo humano, trabajó no sólo en los mismos años, sino también en la misma universidad que Galileo, en la Universidad de Padau en Italia. Fue ahí en donde Harvey, motivado

de América, Caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*, citado en Goodstein, *op. cit.*, p. 69.

² El desarrollo histórico ha sido traducido del original en inglés, Idem, págs. 68 y 69.

por la necesidad científica, disecaba cadáveres en clase. Como la disección de cuerpos humanos era ilegal, tuvo que diseñar un mecanismo especial para el suelo del aula (en forma de auditorio) que desaparecía la sangre cuando le avisaban que había una visita de las autoridades universitarias. De haber sido descubierto, Harvey hubiera sido llevado a juicio, corriendo la misma suerte que su compañero científico Galileo.

En la misma era, el abogado Sir Francis Bacon, aún cuando escribió una obra de gran trascendencia científica, el *Novum Organum*, se dice que fue desdeñado por algunos científicos tales como el mismo William Harvey, quien dijo “es exactamente como un canciller haría ciencia”, refiriéndose a que un abogado no sabe cómo hacer ciencia real.

Esta distancia que se ha puesto entre la ciencia y las leyes, entre el conocimiento científico y el derecho, ha ido desapareciendo pues cada vez más, por ejemplo, en la investigación del delito, se acercan irremediablemente para unir fuerzas y llegar al objetivo final: la justicia.

Pero, ¿es la justicia un objetivo común?³ Para el derecho es el evidente fin; para la ciencia, el principal es la verdad. Si bien es cierto que para llegar a la justicia debemos conocer la verdad, la ciencia afirma que puede prescindir de la justicia, pues únicamente desea conocer el universo y sus fenómenos. Otro aspecto que debemos considerar, es que la búsqueda de la verdad en el derecho tiene un claro límite, que las mismas normas establecen, principalmente en el tiempo con el que se cuenta para buscarla, mientras que en la búsqueda científica de la verdad, no hay límites de tiempo ni presiones para que se toma una cierta

decisión al respecto. Puede continuar indefinidamente, hasta llegar a ella.

Aún con estas diferencias, la ciencia y la investigación jurídica del delito comparten, a nivel general, el objetivo de llegar a la verdad, y el método, ya en los dos casos existe un debate estructurado, basado en evidencias, para llegar a una conclusión que tendrá una trascendencia humana importante.

Podemos decir, entonces, que el acercamiento ha sido más del derecho hacia la ciencia, pues la incorporación de una visión científica a la investigación del delito permite un alto grado de certeza en la comprobación de los hechos.

La presentación de pruebas periciales en un juicio es una muestra clara de la necesidad científica que tenemos en el procedimiento penal.

No solo estamos investigando un hecho que probablemente sea un delito, sino que los resultados que obtengamos, con los cuales podremos afirmar la existencia del delito y la probable responsabilidad de una persona, deben ser comprobados en juicio. Esta última parte, la comprobación, tiene altos estándares probatorios, algo más que comparten la ciencia y el derecho. Así como en la ciencia, que las hipótesis pasan por verificaciones y pruebas, en el proceso penal existe un alto rigor para considerar que un hecho está probado. En un sistema penal acusatorio como el mexicano, el estándar para poder condenar es que no exista duda razonable.⁴

³ *Idem*, pág. 81.

⁴ “Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.”, Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 402, tercer párrafo, Diario Oficial de la Federación, 5 de marzo de 2014.

Para poder cumplir con los estándares probatorios, la criminalística y la ciencia forense no descansan en la revisión, verificación, mejora y actualización de sus técnicas y métodos, así como en el uso de tecnologías que nos permitan hacer su trabajo y sus resultados, más certeros y precisos, en un afán de reducir al mínimo posible el margen de error.

Lamentablemente, muchos de estos avances científicos y tecnológicos no se conocen en el ámbito legal, reabriendo así la mencionada brecha histórica. Es de suma importancia que no dejemos que esto suceda; la ciencia no se debe quedar en los laboratorios ni en las aulas, debe salir a cumplir con su misión, debe ser aplicada para la constante mejora de la sociedad.

En el presente documento presentaremos algunas técnicas y tecnologías que en años recientes se han desarrollado en el ámbito criminalístico, contribuyendo así, desde la ciencia, a la procuración de justicia.

2. Criminalística subacuática⁵

La criminalística de campo se encarga del procesamiento de indicios en el lugar de la investigación. Esto significa que en el escenario en el cual se encuentren indicios que puedan estar relacionados con el hecho que se investiga, se aplicará el método criminalístico para buscar, localizar, numerar, fijar, levantar y embalar dichos indicios.

Pero, ¿qué sucede cuando lo que buscamos está bajo el agua?

⁵ Información proporcionada por el Equipo Mexicano de Criminalística Subacuática: Dr. Juan Robledo Chamorro, Mtro. Armando Chávez Zúñiga y Mtro. Roberto Carlos Ramírez Aldaraca.

En un contexto histórico, la arqueología, como la ciencia que realiza el estudio científico del pasado humano a través de la investigación de los restos físicos de material cultural con el objetivo de obtener un mayor conocimiento acerca de las antiguas culturas y de su comportamiento, ha desarrollado una especialidad llamada *arqueología subacuática* que lleva estos estudios hasta el agua, ya que bajo la superficie de nuestros océanos, lagos, ríos y tierras inundadas, yacen rastros físicos dejados y preservados en costas prehistóricas e históricas, naufragios, construcción de puertos y otros vestigios de nuestro pasado.

Cuando investigamos un hecho que se presume como delito, los escenarios son tan diversos como complejos, y en muchas ocasiones, los indicios se encuentran sumergidos en cuerpos de agua.

Debido a lo anterior, nace la criminalística subacuática, que cumple con las funciones propias de la criminalística de campo en un escenario especial, que requiere la aplicación de nuevas técnicas y herramientas.

En México contamos con el Equipo Mexicano de Criminalística, el cual está compuesto por peritos en criminalística de campo debidamente entrenados y capacitados en técnicas de buceo, quienes además han desarrollado su propia metodología en criminalística subacuática, la cual se expone a continuación.

A) CRIMINALÍSTICA SUBACUÁTICA

Es la rama de la criminalística que se ocupa de la investigación de hechos probablemente constitutivos de un delito, buscando, registrando y recuperando indicios que se encuentran sumergidos en el agua.

Aplica técnicas y conocimientos desarrollados por la criminalística, arqueología, antropología y fotografía forense, a través del buceo (aguas abiertas o aguas confinadas) aportando elementos que auxilian a la procuración e impartición de justicia.

Para fines de buceo, el agua confinada es la que se encuentra en piscinas o en espacios de agua con las mismas condiciones que la piscina, en donde existirán bordes de los cuales nos podemos sujetar.

c) MÉTODO Y TÉCNICAS

b) POSIBLES ESCENARIOS

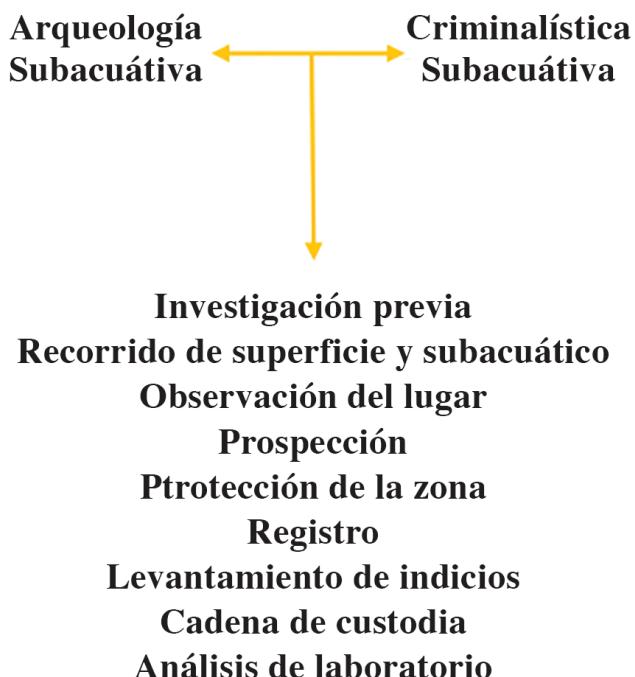
- **Aguas abiertas:** Las aguas abiertas consideran a los océanos, lagos y ríos, los cuales no cuentan con bordes de los que se pueda uno sujetar.
- **Aguas confinadas:** Es el agua subterránea que representa una fracción importante de la masa de agua presente en cada momento en los continentes y esta se aloja en los acuíferos bajo la superficie de la tierra.

La práctica, tanto de la arqueología subacuática, como la de la criminalística subacuática, es realmente interdisciplinaria, combinando técnicas de diversos campos de estudio afines.

Investigación previa

Se realiza una investigación previa del lugar a donde se realizará la búsqueda de restos humanos o indicios (lugar de investigación como aguas abiertas, aguas confinadas, cartas náuticas, profundidad del lugar, temperatura, etcétera).

Figura 11.1.



Recorrido de superficie y subacuático

En aguas abiertas se pueden realizar recorridos de superficie los cuales nos permitirán, mediante la utilización de equipo (sonares, GPS, videocámaras) o perros entrenados, localizar la posible ubicación de indicios o restos humanos en putrefacción.

Observación del lugar

Como parte fundamental del método criminalístico, siempre se deberá realizar una primera observación del lugar para poder identificar oportunamente sus características y con base en éstas, trazar el plan de trabajo y la selección de las técnicas.

Prospección subacuática

Al igual que en tierra, el criminalista subacuático debe aplicar el método criminalístico, aunque deberá atender a la dificultad que supone el tener que adaptarse a un medio hostil para el ser humano como es el subacuático, el cual además, habrá afectado a los indicios de una forma particular y que supondrá una vía diferente de extracción.

Tras la documentación acerca del hecho delictivo a investigar, se realiza la primera fase de prospección con intención de acotar el área de trabajo y localizar desde la superficie subacuática, o fondo, los principales núcleos de acumulación de indicios y un primer acercamiento a estos.

Esta prospección es visual y llevada a cabo por buzos criminalistas que realizan recorridos de búsqueda con ayuda de hilos o cuerdas guía extendidos en líneas rectas, únicas o distribuidas en paralelo formando calles que serán recorridas por aquellos.

Prospección por calles

Una de las técnicas más empleadas es la de crear una serie de calles que pueden estar materializadas en el fondo y en superficie por medio de cables, muertos y boyas. Ésta es una técnica similar a la de búsqueda en superficie por franjas o barrido. Las calles son recorridas por los criminalistas subacuáticos quienes deben hacerlo por lo menos en pareja, buceando o utilizando propulsores para recorrer el mayor espacio en el menor tiempo posible.

Cuando los puntos que marcan las calles solo están materializados puntualmente y sin cables de la superficie que los vayan uniendo, es preciso el uso de brújula para ir de un punto hasta el siguiente, sin salirse de la calle. Estas brújulas submarinas se pueden instalar en los propulsores que desplazan a los buzos.

También se puede utilizar la técnica de remolque con planeador, es decir, una embarcación remolca a los buceadores que navegan bajo el agua agarrados de una madera o plástico, siguiendo el rumbo fijado por la embarcación y trazando una serie de calles equidistantes.

Cuando la superficie del fondo presenta una pendiente importante, las calles se trazarán siempre con rumbos perpendiculares a la pendiente, comenzando por la zona con mayor profundidad para que la inmersión sea más segura y la descompresión menor.

Prospección por círculos concéntricos

Otra forma será el enganche de una cuerda a un peso o pica para, una vez estirada aquella, hacer girar la misma sobre dicho peso o pica que hará de eje con los buceadores distribuidos a lo largo

de la prospección circular, entre otras. Esta técnica es útil en áreas más pequeñas, para localizar indicios en un radio de 50 metros.

A partir de una boyta y un muerto⁶ en el fondo al que se le une una cinta métrica, la pareja de buceadores realiza la búsqueda realizando un círculo y desplazando la cinta métrica. La distancia hasta el muerto puede ir en aumentando y con ella el radio de búsqueda.

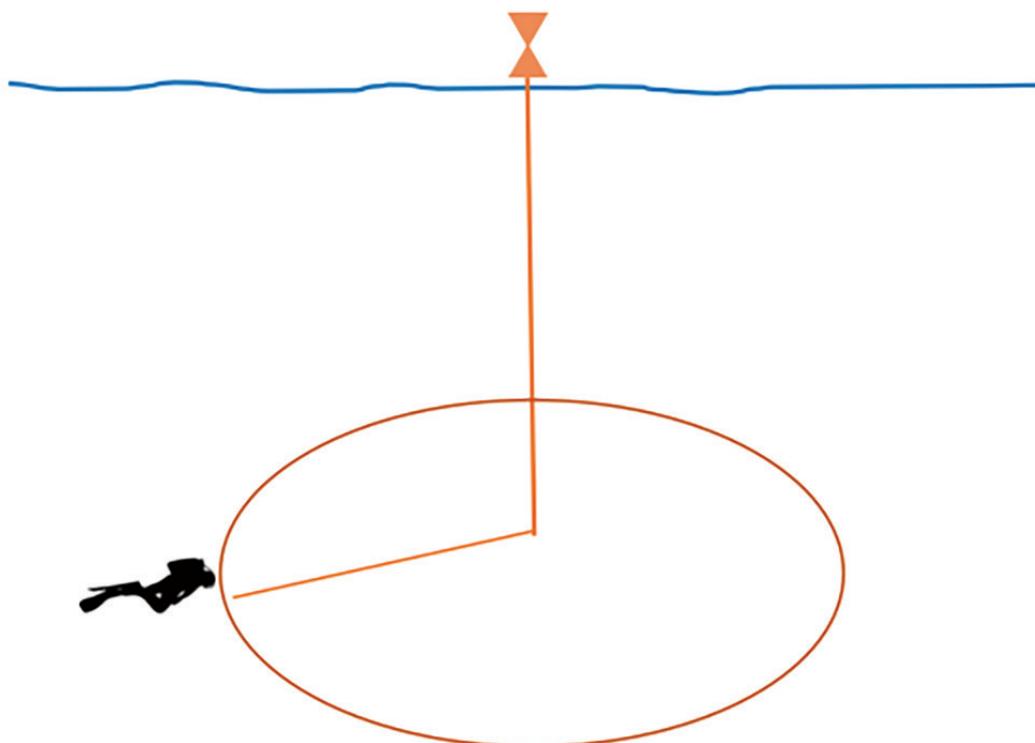
Tanto en la prospección con calles como en la que se realiza mediante círculos concéntricos, es fundamental poder posicionar y marcar los indicios en el momento con pequeñas boyas unidas a plomos de peso variable llamadas *indicadores*.

Cuando la prospección se hace en zonas con muy poca visibilidad, las manos de los buceadores deben ir tocando el fondo.

En estos casos, también es útil el uso de cámaras de circuito cerrado que permiten mayor visibilidad que el ojo humano y que pueden estar manejadas por los buzos, visualizando la imagen en la superficie desde donde se le pueden dar indicaciones al criminalista subacuático gracias a las transmisiones submarinas.

En todos los casos es importante tomar en cuenta que, dependiendo del lugar en donde se encuentren los indicios o restos humanos, principalmente en aguas abiertas, se deberá de consi-

Figura 11.2.



⁶ Se refiere a un objeto que sirva como peso muerto o pequeña ancla.

derar el posible acarreo de los mismos, tanto por fauna propia del lugar, como por la geografía del terreno en donde se encuentran, principalmente en pendientes o acantilados.

Protección de la zona

El objetivo de proteger la zona es conservar el lugar de la investigación, evitando la contaminación y destrucción del mismo.

El espacio o distancia a proteger dependerá del criterio del criminalista subacuático una vez que haya realizado la prospección de dicho lugar, con el fin de evitar la alteración por el u otros buceadores y contando con la seguridad que difícilmente el lugar será invadido por curiosos o medios de comunicación.

Registro

El registro del lugar y de los indicios se refiere a la fijación de los mismos, la cual es el paso metodológico y fundamental del método criminalístico mediante con el que se ilustra en forma precisa la ubicación, dirección, forma, color, apariencia y demás características fundamentales.

En cuanto se localicen y señalen los indicios, de inmediato se deberán fijar mediante las diversas técnicas criminalísticas. La fijación del lugar se deberá realizar considerando que las condiciones originales del lugar de investigación son únicas e irrepetibles por lo que la fijación pronta y adecuada es la mejor herramienta para conservar dichas condiciones.

Los tipos de fijación subacuática son los mismos que se usan en tierra, principalmente la fijación escrita, fotográfica, planimétrica y mediante la grabación de video.

Fijación escrita: Debe realizarse una descripción detallada, clara y concreta, con una redacción sintética y objetiva.

Fijación fotográfica: Debe ser metódica y cumplir con los requisitos de nitidez y exactitud. Comprende vistas generales, vistas medias, acercamientos y grandes acercamientos. Como regla general, está completamente prohibido aplicar cualquier tipo de retoque a las fotografías.

La fotografía subacuática, fundamental como proceso de documentación, también tiene sus propias condicionantes. Por un lado, los colores, tal y como los vemos en tierra firme, desaparecen paulatinamente al aumentar la profundidad. El primero en desaparecer es el color rojo, después el naranja, el verde y el amarillo.

Para rescatar los colores originales es necesario el uso de un flash o un foco de iluminación continua, además de trabajar con película de alta sensibilidad.

Otro problema adicional son las partículas en suspensión que pueden llegar a enturbiar seriamente el agua, sobre todo en los fondos fangosos o limosos. El limo es un sedimento transportado en suspensión por los ríos y por el viento, que se deposita en el lecho de los cursos de agua o sobre los terrenos que han sido inundados.

Fijación planimétrica: Se realiza a través del croquis simple o a escala.

El croquis es una representación hecha a mano, un dibujo de las condiciones de la escena en el cual debe de prescindirse de detalles innecesarios. No remplaza, sino que complementa la fotografía y se usa para mostrar las dimensiones de los objetos en el lugar y la localización de los

indicios, así como la distancia entre los indicios y la relación de distancia que guardan con el indicio principal, generalmente, un cadáver.

Bajo el agua es posible dibujar con toda precisión los indicios encontrados en un lugar de investigación, exactamente igual que en una investigación terrestre.

El croquis bajo el agua se realiza en papel poliéster milimetrado o no, colocándolo sobre una tablilla rígida de aluminio o metacrilato.

Un portaminas sin piezas metálicas es perfecto para dibujar sobre el papel poliéster mojado, también puede utilizarse un lápiz de minas intercambiables.

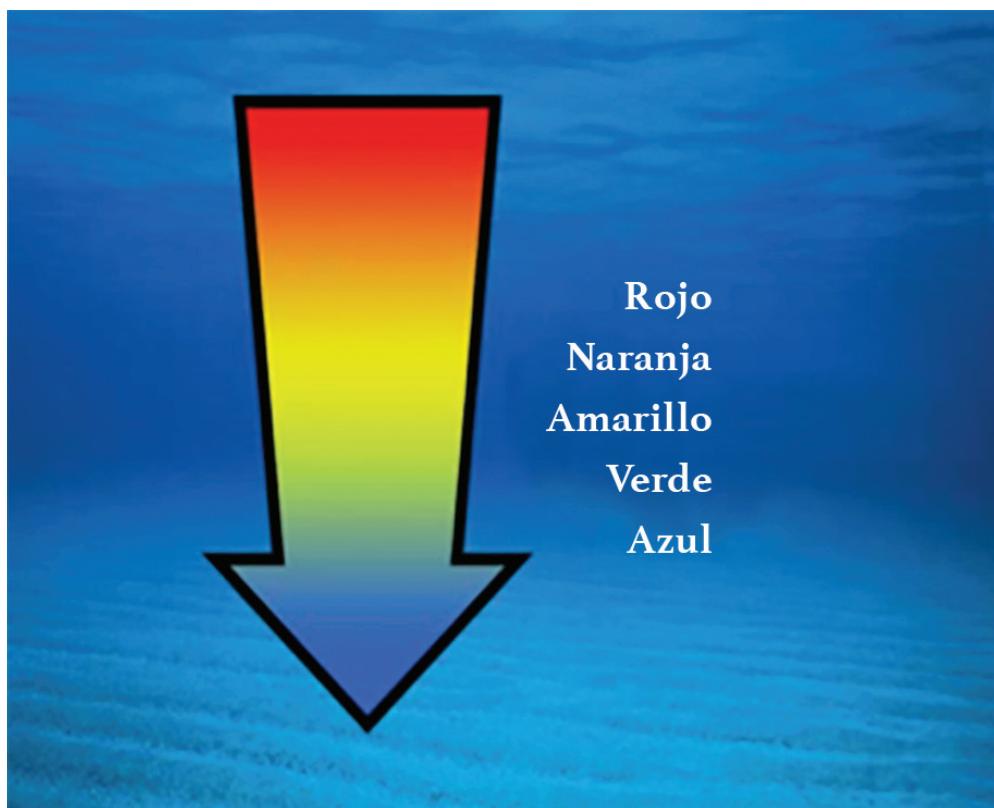
La goma, la regla, la plomada y la cinta métrica sumergible completan el equipo de dibujo submarino.

El procedimiento es el mismo que se emplea en tierra y que consiste en tomar referencias espaciales de cada objeto en sentido horizontal y vertical, como en el plano cartesiano, para definir la posición exacta del objeto en sus tres dimensiones y en referencia al marco de la cuadrícula o retícula en la que se encuentra.

Levantamiento de indicios

El levantamiento de indicios deberá de realizarse, al igual que en superficie, por separado y con las manos protegidas.

Figura 11.3.



Los guantes de neopreno serán parte fundamental del equipo para bucear, sobre todo en aguas frías. Muchos buzos se han acostumbrado al uso continuo de guantes de neopreno para contar con una mayor seguridad, para ello existen guantes que no son tan gruesos. Generalmente un guante para zonas frías basta con que tenga un grosor de 4 o 5 mm. Para aguas más cálidas se utilizan guantes de 2 o 3 milímetros, en ambos casos, resultan ideales para la recolección de indicios en la profundidad en cualquier inmersión.

Cuando se tratan de objetos considerable y dimensionalmente grandes, no es recomendable que los buzos realicen la extracción, ya que ello requiere un esfuerzo mayor y el consumo de la mezcla binaria oxígeno-nitrógeno que compone al tanque es elevado y evidentemente representa un riesgo; a pesar de que existen técnicas para compartir oxígeno-nitrógeno, no es lo más recomendable, mucho menos, en grandes profundidades. Por lo tanto, los indicios de gran tamaño serán sacados mediante el auxilio de globos para elevación de objetos sumergidos, mientras que aquellos cuyo tamaño lo permita serán extraídos del agua embalados en cajas plásticas con orificios o rejillas.

Cadena de custodia

Al igual que en el manejo de indicios en tierra, la criminalística subacuática en México debe respetar los acuerdos y protocolos que implementan el sistema de cadena de custodia para el control y registro de todos los procesos que se les apliquen.

Para los indicios de extracción subacuática que permitan su embalaje en las cajas de plástico con orificios, en éstas se deberá realizar el marcado o etiquetado que contenga los datos necesarios para cumplir con los requisitos de la cadena

de custodia, utilizando marcadores y etiquetas especiales para las condiciones de humedad.

En el caso de los indicios de gran tamaño, se deberán fijar a éstos, de acuerdo con sus características, formatos con los requisitos necesarios para su control y registro.

Análisis de laboratorio

Todos los indicios que se extraigan del agua, deberán ser remitidos a los diferentes laboratorios forenses para que se les practiquen todos los análisis que se requieran o, en su defecto, para que sean almacenados conforme a sus características. Este proceso debe realizarse conforme a los protocolos vigentes en la materia, respetando la conducción ministerial de la investigación.

La criminalística subacuática en otros países

Existen otros países que han desarrollado la Criminalística subacuática, como España⁷ en donde la Guardia Civil tiene dentro de su estructura a los Grupos de Especialistas en Actividades Subacuáticas (GEAS), los cuales son órganos territoriales de la especialidad subacuática que dependen orgánica y funcionalmente de la Comandancia de la Guardia Civil territorial en donde están ubicados, y técnicamente de la Unidad de Actividades Subacuáticas. Esta Unidad fue creada en 1997 y se integró al Servicio Marítimo con el objetivo específico de proporcionar apoyo especializado a los GEAS. Su misión ge-

⁷ Véase Robledo, M., et al. (2013), "La Guardia Civil en el levantamiento de cadáver", *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, Laboratorio de Antropología Forense y Criminalística, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, núm. 8, julio-septiembre 2013; Pardo, A. y Cruz, J. M. (2007), "Inmersiones con los GEAS, donde sea... y cuando sea", *Inmersión, Guardia Civil Española*, núm. 95, pp. 46-52; Sitio oficial: <http://www.guardiacivil.es/es/institucional/especialidades/ServicioMaritimo/index.html>, fecha de consulta: 15 de febrero de 2016.

neral es ejercer las funciones que le corresponden a la Guardia Civil relacionadas con el medio acuático y subacuático, ya sea que requieran o no de medios autónomos de respiración, por ejemplo, en la búsqueda, localización y recuperación de personas y objetos en medios acuáticos y subacuáticos o el reconocimiento y exploración de fondos marinos o subacuáticos con medios a distancia.

En Chile,⁸ la Policía de Investigaciones cuenta con unidades de buceo criminalístico, en el cual los detectives buzos que forman parte del Equipo de Operaciones Subacuáticas (EOS) han tenido una intensa y especializada capacitación para la toma de muestra de fondo marino, también llamada prospección, la cual se apoya en tierra por el personal del Laboratorio de Criminalística Central en el cual peritos biólogos marinos y peritos ecológicos aplican diversas técnicas de laboratorio para el análisis de las muestras.

3. Infografía forense o reconstrucción forense en tercera dimensión

La infografía⁹ es la representación, mediante gráficos, de la información que es complicada de entender a través del uso exclusivo de texto o mediante una forma verbal de explicación.

Es un medio de comunicación que llega a la persona receptora de forma visual, facilitando

⁸ Véase Ellian Verdugo Oyarce, "Investigación criminalística subacuática. Una nueva herramienta para la Policía de Investigaciones de Chile", *Estudios Policiales. En la senda del liderazgo policial*, Número 10, diciembre de 2013.

⁹ Véase Francisco Javier Pérez Martínez, Mónica Lorente Baeza, "Infografía forense. Aplicaciones en policía científica", *Ciencia Policial. Revista del Instituto de Estudios de Policía*, Policía Nacional de España, No. 114, septiembre-octubre de 2012, págs. 47-95.

la comprensión del fenómeno que se reproduce. La infografía se puede aportar en un proceso judicial, ya que desarrolla una metodología destinada a ilustrar fielmente, mediante imágenes y animaciones de absoluta realidad, los datos y conclusiones objetivas a las que llega un peritaje.

La infografía surge a principios del siglo XXI¹⁰ como una novedosa forma de abordar el estudio de un hecho que se investiga como delito. Gracias al desarrollo de novedosos sistemas de captura en tercera dimensión, es posible abordar el análisis de los hechos delictivos dentro de un escenario virtual a escala real. La persona especialista en infografía puede resumir complicados estudios periciales o policiales, en sencillas animaciones en tercera dimensión, que facilitan la exposición y la comprensión de la investigación.

Mediante la utilización de un especializado escáner en tercera dimensión, la realización de medidas lineales y angulares dentro de un escenario criminal resulta sencillo y rápido. Una vez capturado con este dispositivo, se pueden realizar estas medidas en cualquier etapa de la investigación.

En España, el Grupo de Infografía Forense de la Comisaría General de Policía Científica,¹¹ que se encuentra dentro de la Sección de Tecnología de la Imagen, realiza los trabajos de los escenarios en tres dimensiones, en los que se realizan reconstrucciones infográficas, por ejemplo, del recorrido del autor del delito o de la víctima, así como de las diferentes hipótesis de cómo han podido ocurrir los hechos.

¹⁰ Guía docente de asignatura, Imagen e infografía forense, Máster Universitario en Ciencias Policiales, Universidad de Alcalá, 2012-2013.

¹¹ Francisco Javier Pérez Martínez, Mónica Lorente Baeza, *op. cit.*

A) TÉCNICA¹²

Para poder realizar una reconstrucción de hechos es necesario aplicar las técnicas descriptiva, comparativa y analítica, propias de la criminalística.

Para una reconstrucción en tercera dimensión, el procedimiento que se realiza es similar al de una reconstrucción convencional, por lo que se debe partir de la observación, acudiendo al lugar de la investigación para poder realizar todas las mediciones necesarias.

También es indispensable tener acceso, ya sea en el mismo lugar de la investigación o posteriormente, a los indicios recolectados en el lugar para poder tomar medidas, así como el peso, la forma y la descripción de sus características.

Después se realiza un análisis de las personas involucradas, tanto víctimas como probables responsables. En el caso de las personas también es necesario tomar todas las medidas como el peso, la talla, así como el examen de ropas y tipo de calzado. En las víctimas siempre que sea posible se hace un examen especial, pues es transcendental tener conocimiento de la forma y tipo de lesiones, así como la región en donde se encuentran éstas, la altura y distancia en la que se localizan en el cuerpo de la víctima, ya que se requiere contar con los detalles para poder realizar una reconstrucción virtual.

En la investigación de campo es muy importante acudir al lugar a la misma hora en la que se reportaron los hechos para poder verificar las

¹² Información proporcionada por el Lic. Daen Jerusalén Martínez Hinojosa, Director de Criminalística Reconstructiva Especializada en el Centro de Innovación y Liderazgo Emprendedor del Tecnológico de Monterrey, Campus Hidalgo.

condiciones de visibilidad, las cuales por lo regular están relacionadas con las condiciones de iluminación, aunque también se deben tomar en cuenta las características del medio ambiente.

Cuando ya se cuenta con toda la información necesaria, comienza el trabajo de laboratorio, en el cual se realiza una animación virtual del lugar de la investigación, posicionando a los indicios en el lugar en donde fueron recolectados, siguiendo en todo momento los principios de la criminalística como el principio de intercambio y el de correspondencia. Particularmente, estos dos principios son fundamentales ya que mediante la animación digital, en la cual se tendrá una visión de 360° del lugar de la investigación, podemos verificar si es posible que se haya producido el intercambio entre los objetos o entre el probable responsable y el lugar de la investigación, así como la posibilidad de que exista una correspondencia con los indicios.

B) TECNOLOGÍA QUE SE UTILIZA (SOFTWARE)

En México, el grupo de Criminalística Reconstructiva Especializada en el Centro de Innovación y Liderazgo Emprendedor del Tecnológico de Monterrey, Campus Hidalgo, utiliza el software ARAS 360°,¹³ por considerarlo es el más completo, ya que cuenta con una tecnología que permite realizar un trazado exacto de caminos y ranuras, tiene un sistema de vectores para la impresión, un modelo automatizado y articulado con simulación de tráfico, cuenta con la posibilidad de crear inmuebles exactamente a la medida, así como señales y luces de tránsito animadas. También se pueden crear efectos ambientales

¹³ Véase <http://aras360.com/products/software/aras360.html>, fecha de consulta: 22 de enero de 2016.

como nieve, neblina y lluvia, o efectos como sombras y giro de llantas.

C) VENTAJAS DE LA RECONSTRUCCIÓN EN TERCERA DIMENSIÓN

La principal ventaja de esta herramienta es que se puede corroborar de manera virtual la mecánica de los hechos. Un punto importante, que en algunos casos sucede con las víctimas, es que la reconstrucción tradicional podía tener un efecto negativo pues se les pedía su participación y esto significaba revivir procesos de victimización, lo cual se evita por completo en la reconstrucción en tercera dimensión. Otro problema que se soluciona es que no es necesario que se trasladen al lugar de la investigación a las personas imputadas, las cuales en algunas ocasiones están en prisión preventiva, pues en una reconstrucción tradicional de hechos es necesario contar con las personas que participaron, o en su defecto, con las personas que presenten características morfológicas similares.

Por último, la presentación de la reconstrucción en tercera dimensión en juicio proporciona al tribunal una visión más clara de la misma, ya que sirve como herramienta didáctica lo cual genera convicción y certeza de lo que se expone.

Las y los peritos que realizan una animación digital, consideran que es casi como trasladar el lugar de la investigación hasta el tribunal.

D) CASOS EN LOS QUE SE UTILIZA

Se puede utilizar en una gran diversidad de casos, sin embargo los más comunes son en hechos de tránsito terrestre; en homicidios con arma de

fuego, arma blanca o en feminicidios; en hechos en donde se pretenda determinar trayectos y trayectorias balísticas; y en investigaciones referentes a incendios y explosiones.

E) PRECISIÓN DE LA RECONSTRUCCIÓN EN TERCERA DIMENSIÓN

Si se toman todas las medidas importantes del lugar, la reconstrucción tiene altos niveles de exactitud, pues la escala que se maneja es 1:1. De igual forma, la velocidad en la que ocurrieron los hechos reconstruidos puede ser exacta, siempre y cuando se tengan datos fidedignos de las velocidades, las cuales se pueden obtener mediante el uso de fórmulas que metodológicamente se aplican en casos de determinación de velocidad y distancia.

F) OTRAS TÉCNICAS QUE UTILIZAN LA TECNOLOGÍA DE ESCÁNERS

Escáner Faro¹⁴

El FARO Focus3D es un escáner láser terrestre que permite la documentación del lugar con imágenes en tercera dimensión. Es una herramienta de gran ayuda a los peritos encargados de procesar el lugar de la investigación, pues con el posicionamiento del escáner en distintos puntos estratégicos el personal pericial podrá obtener, en minutos, una reproducción con medidas exactas de todo lo que se encuentre en el lugar.

Para realizar el mapeo del lugar, es necesario posicionar el escáner en diferentes puntos, con lo que

¹⁴ Véase <http://www.faro.com/es-es>; “Nueva tecnología revoluciona la investigación de la escena del crimen en el condado de Dauphin”, Fox, 20 de marzo de 2015, <http://fox43.com/2015/03/20/new-technology-to-revolutionize-crime-scene-investigation-in-dauphin-county/>, fecha de consulta: 22 de enero de 2016

se realizarán las medidas exactas, así como, la ubicación y localización de los indicios. Esta herramienta evita la omisión de detalles y el error en las medidas, la ubicación y las características principales.

Se puede utilizar en todos los caso en los que se requiera el procesamiento de un lugar de la investigación.

TrueScan¹⁵

Es un dispositivo de análisis multiespectral creado para detectar falsificaciones y alteraciones de documentos y trazos gráficos. TrueScan hace amplificaciones de hasta 120x, lo cual permite al personal experto visualizar sin problema detalles, ya que separa el color de las tintas de los trazos para poder obtener una visión de los surcos o los trazos que se hayan agregado a la escritura, o por el contrario, cuando exista una alteración por sustracción, lo que significa que se realizó una eliminación de trazos.

El sistema TrueScan realizar un análisis multiespectral con nueve tipos de filtrados en luz blanca, infrarrojos y luz ultravioleta, así como siete tipos de luces con capacidad de 20x. Cuenta también con una cámara multiespectral de monocromática y luz rasante en infrarrojo para la valoración de la presión.

4. Fuente de luz alternativa (ALS) para identificar lesiones en tejidos blandos¹⁶

Las fuentes de luz alternativas (ALS) se utilizan comúnmente en la escena del crimen y en los la-

¹⁵ Véase Instituto Científico de Criminalística Documental, www.iccd.es, fecha de consulta: 22 de enero de 2016.

¹⁶ La información de esta sección fue traducida del original en inglés:

boratorios forenses para recoger pruebas tales como huellas dactilares latentes, fluidos corporales, cabello y fibras. Sin embargo, el uso de esta tecnología ha demostrado ser de gran utilidad para revelar lesiones en tejidos suaves que no son visibles para el ojo humano.

En un estudio realizado por Debra S. Holbrook y M. Christine Jackson, se revisaron los archivos de 172 pacientes que habían reportado estrangulamiento, en el programa de enfermería forense entre los años 2009 y 2010. El dispositivo de luz forense llamado SPEX Crimescope¹⁷ fue utilizado durante la evaluación física de todos estos casos. El noventa y tres por ciento de los pacientes no tenían evidencia visible de lesiones externas en el examen físico. La aplicación de la fuente de luz alternativa mediante el uso del dispositivo SPEX Crimescope reveló resultados positivos de las lesiones intradérmicas en el noventa y ocho por ciento de ese grupo. Esta información obtenida gracias al uso de la tecnología de luz alternativa es de gran ayuda, no solo para el correcto diagnóstico y tratamiento de las heridas, sino también para probar la existencia de un delito.

Aunque el uso de fuentes de luz alternativa es común en la escena del crimen (lugar de la investigación) y en la necropsia médica forense de los cadáveres, las autoras del citado estudio abogan por ampliar su uso en pacientes vivos que son víctimas de violencia, ya que en muchos de estos casos, como sus resultados lo indican, las

Debra S. Holbrook, M. Christine Jackson (2013), "Use of an Alternative Light Source to Assess Strangulation Victims", *Journal of Forensic Nursing, International Association of Forensic Nurses*, vol. 9, núm. 3, julio-septiembre de 2013, disponible en: http://www.forensicnurses.com/wp-content/uploads/2014/05/Use_of_an_Alternative_Light_Source_to_Assess-PDF.pdf, fecha de consulta: 27 de enero de 2016. Para más información véase: Kelly M. Pyrek (2006), *Forensic Nursing*, Florida, Taylor & Francis.

¹⁷ SPEX Forensics, Edison, Nueva Jersey, <http://www.spexforensics.com/applications/crimescope>, fecha de consulta: 27 de enero de 2016.

lesiones no se perciben a simple vista y muchas de estas personas tienen miedo de aceptar lo que les sucedió. Esta herramienta le permite, por un lado, a las instituciones de salud realizar un diagnóstico preciso para detectar estos delitos, y por el otro, a la fiscalía aportar la prueba científica de los mismos.

5. Herramienta forense para consola de Xbox - Xbox Forensic Toolkit (XFT)¹⁸

El *Xbox Forensic Toolkit* (XFT) es un kit de herramientas de análisis forense para la consola de juegos *Xbox* desarrollado por el informático David Collins, experto forense digital en Sam Houston State University, en Texas, E.U.A. Este kit de herramientas es descrito por investigadores estadounidenses en la *Revista Internacional de Seguridad Electrónica y Digital Forensics* como un gran avance tecnológico ya que podría permitir que la policía y la fiscalía puedan accesar al disco duro incorporado a las consolas y encontrar materiales ilícitos ocultos.

Collins actualmente está trabajando para replicar *mods*,¹⁹ tanto de hardware como de software para la consola *Xbox* y otros dispositivos.

Los delincuentes a menudo esconden información ilícita en la consola *Xbox* con la esperanza de que no será vista como un objeto de investigación, especialmente si existen computadoras

¹⁸ Traducido del original en inglés: "XBox Forensics", Inderscience Publishers, *Science Daily*, 1 de mayo de 2009, disponible en: www.sciencedaily.com/releases/2009/04/090430101445.htm, fecha de consulta: 3 de febrero de 2016.

¹⁹ Un *mod* (del inglés modification) es una extensión que, como su nombre lo dice, modifica un videojuego original proporcionando nuevas posibilidades para seleccionar las características del juego al gusto del jugador. Véase <http://www.moddb.com/games>, fecha de consulta: 3 de febrero de 2016

personales en el mismo lugar, las cuales por lo general, son revisadas exhaustivamente. El conjunto de herramientas desarrolladas por Collins permitirá a la policía y otros investigadores la oportunidad de poner al descubierto el contenido de los discos duros de la consola *XBox*.

Los teléfonos celulares, los teléfonos inteligentes, las consolas de juegos y otros dispositivos proporcionan un medio conveniente para almacenar los datos de todo tipo, incluyendo imágenes, vídeo, audio y archivos de texto. Lamentablemente de igual forma, proporcionan una forma fácil para que los delincuentes escondan información ilegal.

En los últimos años esto ha adquirido una relevancia alarmante pues las consolas también han sido utilizadas para coordinar actividades delictivas graves, ya que tienen un sistema de mensajería entre usuarios a través de internet, que normalmente no deja ningún tipo de registro y que es muy difícil intervenir.

En los ataques terroristas en la ciudad de París, Francia, en noviembre de 2015, se sospechó que los terroristas utilizaban consolas como *Xbox* y *PlayStation 4*²⁰ para comunicarse sin ser detectados o intervenidos por sistemas de inteligencia policial. A pesar de que esto no pudo ser comprobado, el mundo escuchó, quizá por primera vez, que este tipo de dispositivos, considerados como inofensivos, podían proporcionar un medio para que terroristas y otros criminales, realizaran la planeación de actividades peligrosas sin ser detectados.

²⁰ Véase "How ISIS Terrorists May Have Used PlayStation 4 to Discuss and Plan Attacks", *Forbes*, 14 de noviembre de 2015, <http://www.forbes.com/sites/insertcoin/2015/11/14/why-the-paris-isis-terrorists-used-ps4-to-plan-attacks/#72fc4fce731a>, fecha de consulta: 5 de febrero de 2016.

El XFT diseñado por Collins puede montar una imagen del sistema de archivos FATX²¹ utilizado por el *Xbox*, lo que permite al usuario explorar en detalle la estructura de directorios. Collins señala que a diferencia de los comunes FAT32, NTFS²² y sistemas similares utilizados por los discos duros de los ordenadores personales, hay poca documentación sobre el sistema de FATX. Sin embargo, es posible, para obtener una imagen de un disco duro FATX, montarlo en otro dispositivo.

Collins señala que una vez que el sistema de archivos de *Xbox* está montado, el analista puede utilizar comandos de shell para navegar por el árbol de directorios, archivos abiertos, ver archivos en el modo de editor hexadecimal, listar el contenido del directorio actual en el modo corto o largo y ampliar el directorio actual a la lista todos los subdirectorios y archivos asociados.

Es importante destacar que, desde el punto de vista jurídico, XFT puede también grabar estas sesiones de investigación para la reproducción en un tribunal de justicia, la cual sirve como protección para la persona que está siendo investigada, así como para proporcionar una evidencia más sólida para el juicio.

Collins explica cómo el trabajo futuro sobre XFT implicará convertirlo en un sistema operativo forense completamente funcional. Este sistema operativo será de código abierto, extensa-

mente comentado y diseñado desde el principio como un sistema operativo forense, para eliminar cualquier dependencia de otros sistemas operativos, haciendo que el proceso forense lo más transparente posible.

6. El uso de nanopartículas para revelar huellas digitales²³

Las investigaciones criminales pueden beneficiarse de nuevos métodos forenses basados en nanopartículas. Una técnica de uso de nanopartículas de oro en combinación con anticuerpos ha mostrado resultados prometedores para la mejora de las huellas digitales que tienen más de una semana en estado latente.

El levantamiento y análisis de las huellas dactilares, usado por primera vez en el siglo XIX, sigue siendo una de las principales fuentes de prueba utilizada en la investigación de la escena del crimen, por lo que el desarrollo de nuevos métodos para mejorar la visualización de las huellas digitales está en constante revisión. Ciertas huellas dactilares latentes que no son visibles a simple vista, pueden ser reveladas mediante la aplicación de tratamientos químicos que utilizan moléculas susceptibles de ser depositadas en las huellas digitales, tales como las secreciones del folículo piloso.

²¹ FATX es el sistema de archivos utilizados por las consolas *Xbox* y *Xbox360*.

²² FAT32 es un sistema de archivos utilizados por Microsoft Windows. El NTFS (del inglés new technology file system) es un sistema de archivos de Windows NT. Véase: *Overview of FAT, HPFS, and NTFS File Systems*, disponible en: <https://support.microsoft.com/en-us/kb/100108>, fecha de consulta: 5 de febrero de 2016.

²³ Traducido del original en inglés: "Nanoparticles help reveal hidden fingerprints", Royal Society of Chemistry, 1 de abril de 2011, disponible en: <http://www.rsc.org/chemistryworld/News/2011/April/01041104.asp>, fecha de consulta: 10 de febrero de 2016. Véase también: Xanthe Spindler, Oliver Hofstetter, Andrew M. McDonagh, Claude Roux and Chris Lennard (2011), "Enhancement of latent fingermarks on non-porous surfaces using anti-L-amino acid antibodies conjugated to gold nanoparticles", *Chem. Commun.*, 47, 5602, disponible en: <http://pubs.rsc.org/en/Content/Article-Landing/2011/CC/c0cc05748g#!divAbstract>, fecha de consulta: 10 de febrero de 2016.

La investigadora Xanthe Spindler, de la Universidad de Tecnología de Sydney, Australia, y sus colegas han descubierto una técnica que se dirige a los aminoácidos, los cuales están presentes de forma ubicua en el sudor y, por lo tanto, en la mayoría de las huellas dactilares. Usando esta nueva técnica, unieron los anticuerpos de los aminoácidos a las nanopartículas del oro y los aplicaron a las huellas dactilares. Para develar la imagen de las huellas, utilizaron anticuerpos secundarios fluorescentes rojos que se pegarían a los anticuerpos de las nanopartículas.

Spindler señala que la idea era que en las estructuras rígidas, como las nanopartículas de los anticuerpos, se podrían distribuir mejor, proporcionando así detalles nítidos y teniendo una gran cantidad de anticuerpos a través de la superficie de la huella digital, los cuales, al aplicar el tinte, significarían una mucho mayor respuesta de color. Aunque el equipo aún no tiene claro exactamente cómo funcionan las nanopartículas, Spindler dice que puede ser que funcione debido a su área de superficie.

El método del equipo se basa en la investigación realizada por científicos de la Universidad de East Anglia, en el Reino Unido para desarrollar huellas dactilares de los fármacos excretados en sudor. David Russell, miembro de dicho equipo de East Anglia, señala que le parece muy interesante lo que el equipo de Spindler ha hecho.

El nuevo método basado en nanopartículas tiene buenos resultados para impresiones de huellas realizadas con más de una semana de anterioridad. Sin embargo, las técnicas convencionales de huellas dactilares funcionan mejor para las impresiones frescas. Las huellas frescas contienen suficiente agua para mantener los aminoácidos en un estado soluble y, con la adición de reacti-

vos, las huellas tienden a degradarse. Al respecto Spindler señala que actualmente están estudiando otros métodos para tratar de mantener los reactivos en la superficie, por lo que espera que pronto tendrán uno que funcione para todas las huellas dactilares de cualquier antigüedad.

Por su parte Russell está intrigado por los diferentes resultados con la antigüedad de la huella, ya que ésta cambia con el tiempo, pues algunos de los diferentes componentes se degradan con la luz y la oxidación, pero ¿por qué no cambia el aminoácido?

Esta y otras preguntas mantienen a ambos equipos en una constante experimentación para encontrar nuevas técnicas y mejorar las actuales.

7. Conclusiones

Las técnicas y tecnologías que se usan en la investigación criminalística son de gran importancia para la procuración de justicia. En lo que hemos tenido la oportunidad de revisar en este documento, encontramos aplicaciones para una gran diversidad de fenómenos y conductas delictivas. Vemos también que la ciencia no para en su búsqueda de conocimiento y que sus estándares son los necesarios para poder proporcionarnos pruebas de buena calidad para el proceso penal.

Desde el uso de escáneres o el desarrollo de sistemas operativos que nos permitan sacar la información de consolas, hasta la aplicación de luces para develar las huellas ocultas de la violencia, la ciencia está en permanente estudio, en constante análisis, para la búsqueda de la verdad. En general, esta verdad nos ayuda a comprender el universo, pero en lo particular nos permite des-

cubrir delincuentes, comprobar los hechos y llevarlos a una sentencia.

Estos avances, estos descubrimientos, no pueden ser ajenos al ámbito jurídico. Debemos quitar la idea de que la ciencia y el derecho son distantes. En esta era de ciencia debemos construir las bases legales que permitan que la ciencia ayude al derecho. Los y las científicos han ofrecido su ayuda; nosotros en la comunidad jurídica debemos aceptarla.²⁴

No hay mejor camino para llegar a la justicia, que el que nos marca el conocimiento científico.

Bibliografía

Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 402, tercer párrafo, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014.

David Goodstein (2000), “How Science Works”, en *Reference Manual on Scientific Evidence*.

Debra S. Holbrook, M. Christine Jackson (2013), “Use of an Alternative Light Source to Assess Strangulation Victims”, *Journal of Forensic Nursing*, International Association of Forensic Nurses, vol. 9, núm. 3, julio-septiembre 2013, disponible en: http://www.forensichealth.com/wp-content/uploads/2014/05/Use_of_an_Alternative_Light_Source_to_Assess-PDF.pdf

Ellian Verdugo Oyarce (2013), “Investigación criminalística subacuática. Una nueva herramienta para la Policía de Investigaciones de Chile”, *Estudios Policiales. En la senda del liderazgo policial*, núm. 10, diciembre de 2013.

Francisco Javier Pérez Martínez, Mónica Lorente Baeza (2012), “Infografía forense. Aplicaciones en policía científica”, *Ciencia Policial. Revista del Instituto de Estudios*

de Policía

, Policía Nacional de España, núm. 114, septiembre-octubre de 2012.

Guía docente de asignatura, Imagen e infografía forense, Máster Universitario en Ciencias Policiales, Universidad de Alcalá, 2012-2013.

“How ISIS Terrorists May Have Used PlayStation 4 to Discuss and Plan Attacks”, *Forbes*, 14 de noviembre de 2015, <http://www.forbes.com/sites/insertcoin/2015/11/14/why-the-paris-isis-terrorists-used-ps4-to-plan-attacks/#72fc4fce731a>,

Kelly M. Pyrek (2006), *Forensic Nursing*, Florida, Taylor & Francis.

“Nueva tecnología revoluciona la investigación de la escena del crimen en el condado de Dauphin”, Fox, 20 de marzo de 2015, <http://fox43.com/2015/03/20/new-technology-to-revolutionize-crime-scene-investigation-in-dauphin-county/>

Overview of FAT, HPFS, and NTFS File Systems, consultado en: <https://support.microsoft.com/en-us/kb/100108>

Pardo, A. y Cruz, J. M. (2007), “Inmersiones con los GEAS, donde sea... y cuando sea”, *Inmersión*, Guardia Civil Española, núm. 95, pp. 46-52; Sitio oficial: <http://www.guardiacivil.es/es/institucional/especialidades/ServicioMaritimo/index.html>

Robledo, M., et al. (2013), “La Guardia Civil en el levantamiento de cadáver”, *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, Laboratorio de Antropología Forense y Criminalística, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, núm. 8, julio-septiembre 2013.

Royal Society of Chemistry, “Nanoparticles help reveal hidden fingerprints”, 1 de abril de 2011, disponible en: <http://www.rsc.org/chemistryworld/News/2011/April/01041104.asp>

Suprema Corte de los Estados Unidos de América, *Caso Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*

Xanthe Spindler, Oliver Hofstetter, Andrew M. McDonagh, Claude Roux and Chris Lennard (2011), “Enhancement of latent fingermarks on non-porous surfaces using anti-L-amino acid antibodies conjugated to gold nanoparticles”, *Chem. Commun.*, 47, 5602, disponible en: <http://>

²⁴ Stephen Breyer, Introduction, *Reference Manual on Scientific Evidence*, op. cit., pág. 8.

pubs.rsc.org/en/Content/ArticleLanding/2011/CC/
c0cc05748g#!divAbstract
“XBox Forensics”, *Inderscience Publishers*, Science Daily, 1
de mayo de 2009, Consultado en: www.sciencedaily.com/releases/2009/04/090430101445.htm. <http://www.moddb.com/games>
Instituto Científico de Criminalística Documental, www.iced.es.
SPEX Forensics, Edison, Nueva Jersey, consultado en
<http://www.spexforensics.com/applications/crimescope>

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

<http://aras360.com/products/software/aras360.html>
<http://www.faro.com/es-es>



11 12 Desafío educativo para la criminología: el futuro de la crisis epistemológica

Alma Leticia Silva Anguiano
María Sierra Pacheco
Instituto Nacional de Ciencias Penales



Resumen

El desafío educativo para la Criminología consiste en el reconocimiento de la crisis epistemológica reflejada en el problema actual de la formación criminológica originada por la carencia de criminólogos; por lo tanto no hay futuro para la criminología en tanto no se supere la crisis a través del reconocimiento sin-

cero y auténtico de la inexistencia de criminólogos hoy en día.

Palabras clave: crisis epistemológica, desafío educativo, futuro, criminología.

Abstract

The educational challenge for criminology consist in the appreciation of the epistemological crisis reflected in the actual problem of the criminological formation originated for the shortage of criminologists; therefore not exist future for the criminology, while the crisis is not overcome through sincere and genuine recognition of the absence of criminologists today.

Key words: epistemological crisis, educative challenge, future, criminology.

I. Introducción

Hoy en día, los seres humanos en lo que menos piensan es en el futuro de la humanidad y en su futuro personal, lo que nos ha llevado a tomar decisiones a corto plazo, a vivir de manera hedonista y sin sentido el día a día. Lo más dañino de esta actitud pasiva e insípida es que hemos postergado las soluciones a los problemas actuales con la invención de salidas de emergencia que garantizan una pseudo seguridad en este mundo colmado de incertidumbres y caos. De esta manera, no afrontamos ni enfrentamos las crisis sino que las evadimos con las consecuencias, quizás no inmediatas, pero sí con escenarios poco alentadores para las generaciones del mañana.

Aunado a esto, la falta de planeación y de una adecuada estrategia para superar y resolver los

problemas de este siglo, nos han llevado a evitar las discusiones profundas y académicas que muchos de ellos requieren para estar en posibilidad de ofrecer soluciones locales, regionales y globales; nos mantenemos inmersos en el discurso oficial y en los metarrelatos sin cuestionarlos, sin reflexionarlos, sin pensar si quiera si podemos modificarlos, o bien, construir unos nuevos.

Dentro de estos escenarios se desenvuelve la educación y la formación de profesionistas y más aún los posgrados académicos en los que se enseña a repetir historias, dogmas, premisas y aplicar métodos arcaicos, todo ello dejando fuera la variable más importante en la actualidad: la complejidad del mundo y la realidad actuales, así como las inteligencias múltiples de los seres humanos; mantenemos un modelo en el que se pondera la actividad desarrollada por el hemisferio izquierdo sin considerar todo lo que lleva a cabo el derecho y, más aún, lo que se puede lograr al conjugar ambos lados cerebrales, esto se traduce en la negación de pensar lo impensable, esta imposibilidad da lugar a una caja teórico-conceptual insuficiente para el contexto contemporáneo.¹

Ahora bien, la visión miope y sesgada de los objetos de estudios de las ciencias y las disciplinas, en lo general, así como la falta de metodología y reflexión sobre las bases o fundamentos epistemológicos de aquéllas, impactan la manera en la que problematizamos los fenómenos y afecta la estructura del diseño curricular con base en los cuales pretendemos aproximarnos a su estudio para que el día de mañana el egresa-

¹ Para profundizar sobre las inteligencias múltiples y la realización de ejercicios tendientes a desarrollar la inteligencia prospectiva véase: Baena Paz, Guillermina (2015), *Apropósito de la creatividad para la inteligencia prospectiva*, Proyecto PAPIME-303815, México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.

do o bien el profesionista se desempeñe resolviendo en el mundo fáctico las situaciones que se le presenten con relación a su nuevo saber y praxis. Esto no es ajeno en lo más mínimo a las ciencias penales, que además se colocan en desventaja frente a muchas otras ciencias y disciplinas por su joven edad y gestación histórica.

Pocos se aventuran a explorar, pero sobre todo a imaginar, el futuro de las ciencias penales. Pareciera que es una tarea titánica y un tanto heroica, pues muchas personas que se dedican académica y científicamente al rubro de las ciencias penales, particularmente a la criminología, lo hacen sin una visión prospectiva, sin la comprensión indispensable de la complejidad del mundo actual, sin la conciencia de los riesgos globales ni de la transformación estructural por la que han atravesado muchos sistemas, sin el reconocimiento de las múltiples crisis en todos los niveles y sin la adecuación o construcción de nuevos paradigmas que permiten el trabajo transdisciplinario, claramente necesario hoy en día para analizar, comprender, explicar y resolver muchas de las situaciones conflictivas de la humanidad en términos de violencia y criminalidad. Por ello, no es de extrañar que se ofrezcan salidas a los problemas vigentes sin la intención de que éstas sean duraderas o medianamente definitivas y mucho menos a favor de la mayoría de la población mundial, ya que seguimos criminalizando a las “minorías” para sostener el *status quo* hegemónico y económicamente depredador, a costa de aquellos identificados como “los otros”.

En virtud de lo anterior, es que a lo largo de estas líneas trataremos de responder a la pregunta que nos hemos formulado con motivo de nuestra participación en esta obra conmemorativa —porque estamos convencidas de que no hay futuro sin conciencia y no hay conciencia sin

reflexión—: ¿cuál es el futuro de la crisis epistemológica de la criminología? Lo anterior, no sin antes establecer como premisas —que también demostraremos— por qué partimos de ellas, que la criminología está en crisis y que su crisis es de corte epistemológico. En segundo término, que existe un desafío para quienes enseñan esta ciencia, que se traduce en un desafío educativo tanto personal a nivel del docente como a nivel institucional, en lo particular para el Instituto Nacional de Ciencias Penales en México.

Bajo esta perspectiva, este artículo lo hemos dividido en secciones. En la primera, sentaremos las bases de lo que entendemos por visión prospectiva, para introducir el tema del futuro de la criminología. En la segunda, describiremos los aspectos respectivos al ámbito educativo, desde el pensamiento complejo de Edgar Morin y los puntos medulares de la pedagogía de Paulo Freire, para explicar la crisis epistemológica que hemos detectado y que debe ser reconocida. Para que, finalmente, demos respuesta a la inquietante pregunta ¿cuál es el futuro de la criminología? Lo que da contenido a la última sección de este documento.

En lo correspondiente a las conclusiones sólo puntualizaremos los aspectos más relevantes que consideramos deben quedar como improntas en la mente y en el corazón de quienes forman parte del Instituto Nacional de Ciencias Penales, ya sea como directivos, personal administrativo, asistentes de investigación, investigadores, docentes, alumnos y egresados, porque en ellos está el futuro de las ciencias penales, pero sobre todo de la criminología en nuestro país.

Enhorabuena y deseamos que se cumplan muchos años más, estas cuatro décadas son sólo el principio, pues estamos atravesando la edad tem-

prana de estos saberes impulsados institucionalmente.

II. La visión prospectiva

Como señalamos en la parte introductoria, esta sección está destinada a la prospectiva. En ella mencionaremos sus antecedentes, características y algunos de sus métodos; para concluir con el énfasis de por qué consideramos importante adoptar esta visión frente a la crisis por la que atraviesa actualmente la criminología.

Las personas culturalmente han mostrado un interés particular y peculiar sobre el devenir, el mañana, es decir, sobre el futuro. En todas las épocas se han registrado formas y métodos para conocerlo, ya sea a través de la adivinación o de las profecías. Cada civilización cuenta a la fecha, con personajes dedicados a proporcionar información sobre lo que va a pasar, a la mayoría de ellos se les ha considerado como gente con características especiales, ya sea por su grado de conexión con el cosmos, espiritualidad, reconocimiento y aprobación social para esas artes. Usualmente, tienen conocimientos de lo místico, así como algunas capacidades para “leer” diferentes fuentes como son las cartas, la mano, el café, el vuelo del escarabajo, entre otras, o bien para interpretar los eventos próximos. Sin más, podemos decir que el principal antecedente de la prospectiva lo encontramos en los profetas; la mayoría ubica bien a los bíblicos con motivo del pensamiento judeo-cristiano imperante, pero existieron también dentro de otros contextos históricos y culturales. Lo importante es que ellos se dedicaban a la anticipación de hechos de trascendencia social, pudiéndolos diferenciar de los adivinos, quienes dirigían su función al conocimiento del futuro particular. Así, las

profecías advierten sobre el devenir de grandes grupos de personas en aspectos sociales, culturales o económicos. Cabe destacar que la profecía que pone al descubierto un hecho futuro permite su transformación. Algunos ejemplos conocidos por la mayoría de la población son el oráculo de Delphos en la antigua Grecia; en China idearon el I Ching; en África negra encontramos tanto el vudú como la religión yoruba; mientras que en Europa occidental se consultaba el futuro a través de la astrología y la cartomancia; mayas y aztecas también contaban con sus propios métodos para anticipar el futuro.²

Ya en el siglo XIX surge la ciencia ficción que sigue siendo socorrida hoy en día, por ejemplo, con los trabajos que realiza Karl Schroeder,³ canadiense que habla de escenarios de esta índole pero de manera profesional. Se puede decir que la ciencia ficción brindó un relevante aporte a las nuevas generaciones para concebir innovaciones tecnológicas y a mejorar las instituciones sociales.

Estas acciones, como lo señala Yazmín Majul, hicieron notar la capacidad humana para cambiar los acontecimientos, es decir, transformar la evolución del futuro a través de nuestras decisiones y de las acciones efectuadas en el presente.⁴ A pesar de que en el siglo XX surgieron autores como Alvin Toffler, el estudio de la prospectiva tiene su origen en la Segunda Guerra Mundial; a nivel mundial hay tres corrientes que empezaron a plantearse cuestiones sobre el futuro.⁵

² Majul, Zamudio Yazmín (2014), *Planeación y prospectiva en la construcción de políticas públicas*, Instituto de Estudios Superiores en Administración Pública y Grañén, México: Porrúa, p. 29.

³ Para conocer más a fondo su trabajo como prospectivista se sugiere consultar su página web: <http://www.kschroeder.com/>. Consultado el 29 de marzo de 2016.

⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁵ Baena Paz, Guillermina (2004), *Prospectiva Política. Guía para su comprensión y práctica*, México: Proyecto PAPIME de Prospectiva Política

La primera de ellas es la corriente norteamericana que busca, principalmente, estudiar el futuro para conocerlo, es a lo que se le llama *future studies*, y su intención es mejorar nuestro conocimiento de los acontecimientos que vendrán. La segunda corriente, es la europea, principalmente francesa, que busca comprender el futuro para influir en él, es decir, para generar un cambio, transformar la realidad con base en las decisiones que se tomen en el presente a fin de alcanzar el futuro deseado. En este sentido, hay que descubrir los mecanismos que hacen que de todos los futuros posibles sólo uno se convierta en realidad: a lo que se le conoce como *futurología*; y, por otro lado se encuentra la utilización que se haga de ese conocimiento para influir en el futuro, a lo que se le denomina *previsión*. De esta manera, la aplicación coordinada de ambas es lo que conocemos como prospectiva. Sin embargo, poco a poco se ha ido construyendo una corriente Latinoamericana que pretende construir futuros para transformar la calidad de vida de las personas a partir de ellas mismas; es decir, se incorpora el carácter social a la prospectiva en el sentido de que se vuelve incluyente, ya que involucra a toda la sociedad y provee de instrumentos para la creación del futuro deseado.⁶

Bajo esta perspectiva se crearon instituciones como las siguientes: *Rand Corporation*, dedicada esencialmente a la estrategia militar; la Comisión para el Año 2000, dirigida por Daniel Bell, y el *Hudson Institute* con Herman Kahn; en Alemania, Robert Junk instituye las sociedades para el estudio del futuro; en Inglaterra se crea *Mankind 2000* y finalmente aparece el Club de Roma; y en

de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 33.

⁶ Baena Paz, Guillermina (2007), *Técnicas de prospectiva social*, Working Papers 5. Proyecto PAPIME Laboratorio de estudios del futuro. México: DGAPA UNAM, p. 2.

Francia, Gastón Berger funda el Centro de Estudios Prospectivos e introduce por vez primera el término prospectiva en su sentido actual. En Francia, André Clément Decouflé, Bertrand de Jouvenel y Pierre Massé continuaron impulsando los estudios del futuro. En México, Fundación Javier Barros Sierra, y de manera destacada, el Seminario de Estudios Prospectivos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, bajo la dirección de la Dra. Guillermina Baena Paz.

Como lo afirma de nueva cuenta Majul, los estudios prospectivos europeos muestran una amplia gama de inclinaciones, como la sociedad, la economía y la política; en cambio, los estudios norteamericanos tienen más hacia el aspecto tecnológico;⁷ en México, por su parte, se enfatiza la prospectiva con participación de la sociedad para la construcción de futuros compartidos. Esto es así, porque la prospectiva también puede ser entendida como un proceso de construcción social del futuro mediante la participación y el consenso social, en el cual se genera aprendizaje relacionado con la construcción de capital social y la creación de redes que posibilitan el surgimiento de una sociedad que sea la productora de su propio futuro; de esta forma, la participación activa y deliberativa de los actores sociales son elementales en la elaboración de la visión o de los referentes del futuro de nuestra sociedad.⁸

Ahora bien, desde este apartado anclamos la prospectiva con el paradigma de la complejidad en términos de Edgar Morin, en virtud de que aquélla encuentra entre sus objetos de estudio la realidad presente potencial de la sociedad, y ésta

⁷ Majul Zamudio, Yazmín, op. cit., p. 31.

⁸ Ibídem, p. 42.

se refiere a sistemas complejos, es decir, organizaciones sociales como sistemas abiertos que están en una constante relación de intercambio con su medio social, económico, político, cultural y ecológico, además de que se auto-organizan, no son lineales, son difusas y están alejadas del equilibrio y la estabilidad, y en los que el azar está presente, por lo que la incertidumbre y el caos son variables constantes. Entonces, el paradigma de la complejidad se determina como el enfoque congruente e indispensable para el estudio del desarrollo potencial de este tipo de sistemas recién descritos, y que permite enfatizar la relación dialógica, reflexiva, consciente y crítica, que posibilita construir una visión más flexible de la causalidad social, de los futuros y de los métodos, técnicas y herramientas para su intervención y para producir un cambio que generalmente se inclina al escenario deseado o apuesta.

Desde la complejidad aunada a la prospectiva se reconocen la apertura, adaptación, dinámica, autopoyesis, la existencia y operación de los procesos de comunicación y articulación de sus subsistemas, actores y agentes, la introducción de energía externa o exógena que influyen de forma conjunta en la dinámica de los sistemas sociales como sistemas complejos dando lugar a nuevas formas de mirar las diversas dimensiones de la realidad y de problematizar los fenómenos actuales. Así, los estudios prospectivos tienen la capacidad de reconocer rupturas, puntos de inflexión y bifurcaciones con respecto al presente y de permitir la construcción colectiva del futuro mediante la identificación de alternativas, por lo que se habla de futuros alternos.

Aunque es preciso señalar que la prospectiva y los estudios del futuro comenzaron a aparecer más asiduamente en el mundo de la planeación y la metodología hasta que fueron conquistando

otros espacios en los que se volvió indispensable contar con un marco teórico y una epistemología de la cual partir para realizar trabajos intelectuales y científicos sobre el futuro, siendo que éste es algo que nos concierne en lo individual y en lo social pero que tendemos a menospreciar y a vincular con artilugios adivinatarios, oráculos y pensamiento mágico. Un sentir del que por siglos nos hemos querido apartar, cuando lo cierto es que se mantiene presente en las penumbras de los sistemas de creencias de las personas generación tras generación y desde donde muchas veces se determinan las acciones. Es por ello que hemos considerado pertinente sentar una base sólida sobre la cual partir para pensar en el futuro de la criminología y, en su momento de los criminólogos, al menos en nuestra realidad.

Conceptualmente, la prospectiva se define de muy diversas maneras según el enfoque con el cual se deseé interferir el futuro. Habría que diferenciar entre aquél que lo estudia para comprenderlo y poder influir en él, por lo que analiza las causas tecnológicas, científicas, económicas y socioculturales que aceleran la evolución del mundo moderno y la previsión de las situaciones que podrían derivarse de sus influencias conjugadas. O bien, la prospectiva como forma de anticipar de manera científica los sucesos que están por venir, así como diseñar y construir el futuro desde el presente. Su propósito, de acuerdo con Bertrand de Jouvenel, no consiste en predecir un estado futuro como si estuviese dado, sino en explorar los estados futuros accesibles mediante conductas plausibles, estados futuros a los que es posible que se llegue si se producen una serie de conductas que ya se están produciendo, que están empezando a producirse o que es contingente que empiecen a producirse. Por su parte, Francisco Mojica considera que esta disciplina

cobra importancia en la medida que el cambio se acelera.⁹

Independientemente de la concepción y finalidad que se considere respecto a la prospectiva, ésta implica una visión sistémica, la cual también es llamada holística al permitir mirar de manera integral cada elemento con sus características, sabiendo que el todo es más que la suma de sus partes, las cuales están interrelacionadas entre sí y son interdependientes. De esta forma, los prospectivistas presentan alternativas para comprender mejor el presente; con su propia metodología ofrecen la posibilidad de conocer la trayectoria probable de los acontecimientos, analizar tendencias, identificar patrones, estimular la reflexión con preguntas clave como ¿qué pasaría si...? Diseñar escenarios, planear estrategias para la construcción del futuro deseable y colectivo, es decir, se generan elementos de cambio y construcción para futuros compartidos, por ello es que hemos establecido como primer pilar de nuestros comentarios este tema, ya que nos brinda la oportunidad de mirar en forma diferente a la criminología, su historia, sus aciertos, pero también nos abre el espacio para hablar de sus desaciertos y así, ubicar la crisis por la que está atravesando, que mucho tiene que ver con la falta de saber criminológico y, esto es, a nuestro entender, por la carencia actual de criminólogos, en un sentido más amplio, por quehaceres criminológicos miopes, estériles o legitimadores de los discursos de poder que mantienen el *status quo* intacto a la luz de una serie de premisas al estilo de falacias y ficciones.

Para efectos de este trabajo ocupamos la definición que proporciona la Dra. Guillermina Baeña en el sentido de que la prospectiva es la que:

estudia, clasifica y procesa nuestros proyectos, sueños, esperanzas y temores, que guían nuestra actividad presente, porque consideramos que es la que más permite movilidad en la construcción de nuevos enfoques, paradigmas y soluciones alternativas a los problemas tradicionales sin perder de vista los siete puntos esenciales que definen la prospectiva y que es indispensable tomar en cuenta:

1. Ubica las actuales condiciones de una sociedad compleja, sistémica, multicausal, dinámica y caótica del nuevo siglo para gestionar la incertidumbre a partir de pensar y planear futuros.
2. Herramienta fundamental para entender y analizar la complejidad, la liquidez y los riesgos de la sociedad actual, las tendencias y los eventos inesperados que la sola planeación no contempla.
3. Al ser proceso de previsión inicia con el diagnóstico y la planeación y tiene que llegar hasta la estrategia y las acciones, tomando en cuenta el pasado para actuar en el presente, una visión de futuros compartidos en distintos tiempos de ocurrencia.
4. Permite incorporar nuestros sueños, deseos y esperanzas en la construcción de futuros, dando sentido y significado a nuestra existencia.
5. Propicia el desarrollo de la inteligencia prospectiva y el pensamiento anticipatorio basada en el pensamiento estratégico y las inteligencias múltiples.
6. La caracterizan la multidisciplinariedad y transdisciplinariedad y aplica visiones:

⁹ *Ibidem*, pp. 17-20.

sincrética, holística y heurística con creatividad e imaginación, y con ello puede abrir un abanico de futuros posibles para tomar decisiones sobre ellos antes de que se produzcan.

7. Plantea nuevas formas de investigar, maneja nuevos métodos y técnicas con movimiento hacia el futuro, anticipa escenarios que permiten una forma distinta de ver el mundo, pero sobre todo lleva a la acción.

Y sumamos la opinión de Yazmín Majul en el sentido de que la prospectiva tiene un carácter futurista y una visión holística con la que integra el devenir temporal de la organización; y es dinámica y proactiva porque interviene en la creación y desarrollo de acciones alternativas que permiten alcanzar el futuro deseado.¹⁰ El alcance de este trabajo es, y con eso habremos logrado un buen avance, establecer que el futuro de la criminología está en crisis; en tanto nos mantengamos tendencialmente repitiendo los discursos de Quiroz Cuarón, atendiendo documentos del siglo XX, no habrá más que historia de la criminología y una criminología positivista, crítica y mediática sin producción de saberes que entiendan y atiendan las problemáticas complejas, globales y transdisciplinares del presente impregnado de criminalidad y violencia.

En síntesis, la prospectiva mira las posibilidades de construir realidades alternas, de buscar futuros mejores, tanto personales —en forma de proyectos de vida basados en la misión de cada ser humano—, como futuros compartidos para la planeación de proyectos como especie que cohabita en un espacio y tiempo determinados con otros seres vivos, sistemas y estructuras; lo que

lleva implícita la corresponsabilidad en la construcción no sólo de escenarios sino de la realidad que deseamos vivir desde el presente hacia el mañana y que impacta cualesquiera de las esferas en las que se desenvuelve el ser humano, en el que entra evidentemente, la parte del conocimiento, el saber, la educación y la relación del ser humano con su entorno con base en los cuales se busca resolver problemas objeto de estudio de las ciencias penales como ciencias sociales.

Ahora, la introducción de este paradigma del estudio del futuro en las ciencias penales, particularmente en la agenda institucional, en sus niveles tanto de formación continua por lo que hace a los diplomados y cursos, como de posgrado en lo referente a las especialidades, maestrías y doctorado, en el rubro genérico de las ciencias penales, representa todo un reto no sólo para el personal administrativo —por la oferta que debe posicionar en un mercado sinsentido, distorsionado y ficticio—, sino también y sobre todo para los docentes, profesores, investigadores y finalmente para el profesionista especializado en estas materias ya que, en lo social y en lo cultural enfrentamos una ola mediática, una moda y una construcción, que más bien parece una deformación al estilo del Jorobado de Notre Dame de Victor Hugo, de lo que son las ciencias penales, sus objetos de estudio, alcances y ámbitos de aplicación, así como de quienes las ejercen, porque reflejan más un imaginario social “hollywoodense” ajeno por completo a la realidad nacional del Derecho penal, procesal penal, penitenciario, como de la criminalidad y su dinámica en los contextos histórico, social, cultural, político, económico y global.

Así, la oferta académica se ciñe triste y lamentablemente a construir y legitimar el rol mediático de un ente letrado que demerita la científifi-

¹⁰ *Ibidem*, p. 14.

cidad del quehacer criminológico, criminalístico y jurídico, porque es incomprendido, pero sobre todo, porque va disfrazado de lo que no es. Y esto mantiene un futuro insípido, árido, monótono e improductivo para las ciencias penales, lo que resulta ser parte constituyente de la crisis por la que atraviesan estas ciencias, aunque nosotros sólo haremos referencia a partir de este punto de la que constricta a la criminología.

En este orden de ideas, nos acercamos a la prospectiva para explicar el futuro de la crisis epistemológica en tanto no generemos la conciencia correspondiente respecto a la crisis global por la que atravesamos como humanidad, inmersos todos en un sistema neoliberal que es en sí donde radica la auténtica criminalidad y violencia estructural.

Aunado a lo anterior, debemos establecer otros dos pilares educativos que permitirán resolver la hipótesis planteada, para lo cual recurrimos al pensamiento de Edgar Morin y Paulo Freire, con lo que damos apertura a la siguiente sección.

III. La educación y sus retos

Esta sección tiene como objetivo delinear las pautas de dos autores con base en los cuales haremos referencia a la educación y a los retos que enfrenta la misma, no sólo a nivel general sino también las situaciones que afrontan quienes de alguna manera se encuentran involucrados con la formación de seres humanos en este ámbito. Elegimos a Paulo Freire por los aspectos más relevantes de su pedagogía y el rol de los educadores. Y por otra parte, a Edgar Morin, por los planteamientos respecto a la conciencia a través de la enseñanza, además de su visión de construir el futuro viable, con lo que quedan vinculadas las

ideas de prospectiva, complejidad, educación y crisis educativa.

En su obra *Pedagogía del oprimido*, el educador Freire dice que las masas oprimidas deben tener conciencia de su realidad y deben comprometerse en la praxis para su transformación, aspectos que consideramos que también debe poner en práctica el criminólogo y quien forma criminólogos. Pues lo cierto es que esta disciplina debe estar enfocada en modificar la realidad actual por una en la que las variables de criminalidad y violencia sean disminuidas al mínimo; para lo cual deben, en primer lugar, hacerse conscientes de que existen, no como lo sostiene el discurso del poder o el discurso oficial. Por ello, la concientización en este ámbito es importante, lo que sólo puede llevarse a cabo si el criminólogo deja su rol de legitimador de las fuerzas motoras hegemónicas y más bien da cuenta de ellas para invitar a la reflexión. Así como Freire busca en la *Pedagogía del oprimido* crear conciencia en las masas sometidas para su liberación, el criminólogo debe mirar la realidad desde su complejidad y a partir de epistemologías emergentes, describirla sin atender a intereses sociales, políticos y económicos, que son más bien los que mantienen el sistema mundo depredador y voraz, que ha llevado a la humanidad al ejercicio monopolizado de la violencia. Nos adelantamos y desde ahora afirmamos que criminólogos con esta visión reflexiva no hay, por eso está en crisis esta disciplina, y la formación académica y de posgrado en esta área no ofrece futuro alguno que valga la pena considerar como escenario apuesta.¹¹

¹¹ Ocampo López, Javier (2008), "Paulo Freire y la pedagogía del oprimido", *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, núm. 10, Colombia: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia Boyacá. http://www.redalyc.org/pdf/869/Resumenes/Resumen_86901005_1.pdf. Consultado el 4 de abril de 2016.

Freire concibió la nueva pedagogía de los oprimidos con un poder político para que con conciencia social se pueda hacer frente a la dominación opresora y buscar la transformación social y política de esa realidad; cuestiones que el criminólogo debe ser capaz de proyectar por la función social que debe tener para la transformación de la realidad. El pedagogo de referencia señala que por ello, los nuevos trabajos educativos deben buscar que el oprimido tome conciencia de su situación y se comprometa en la praxis con su transformación. Los oprimidos luchan contra la cultura de la dominación, señalando que en esta lucha se llega a la violencia.¹²

Así como para el autor de referencia, la educación tradicional o educación bancaria no permite la conciencia de la realidad y la liberación de los educandos, el criminólogo positivista, crítico o mediático no cumple con dicha función liberadora ni transformadora, pues su saber y su enseñanza están ancladas a paradigmas anacrónicos y arcaicos, esto se ve reflejado en la poca producción académica criminológica acorde a los retos que representan las sociedades contemporáneas, no sólo en nuestro país sino a nivel mundial. Bajo esta óptica, la criminología que hasta ahora hemos desarrollado en el contexto general de la educación nacional está más ceñida a los objetivos del opresor, en términos de Freire, que a una formación generadora de conciencia, la cual ya es imperativa de acuerdo a lo que plantea Morin, como lo veremos un poco más adelante cuando se pregunta hacia dónde va el mundo. La criminología no puede estar al servicio de la clase dominante o mantenerse con paradigmas de hace cien años ya que la sociedad es dinámica, cambiante, la realidad es incierta, existen riesgos globales, y el futuro de la humanidad está en crisis si no

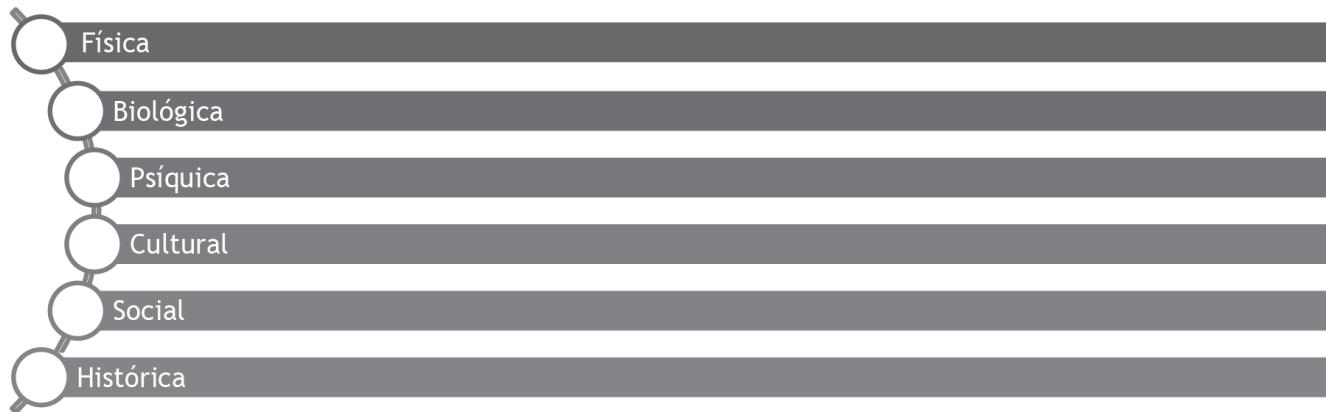
modificamos la forma de mirarnos y de criminalizar fenómenos que mantienen ese *status quo* de violencia institucionalizada y estructural, que son reflejo del sistema mundo que hoy conocemos pero que pocos reconocen como depredador y voraz, y que se puede modificar y transformar a través de la planeación estratégica prospectiva. Es insostenible la realidad hegemónica y el criminólogo debe ser actor de cambio, pero para ello, debe reconocer la crisis por la que atraviesa y tener intervención oportuna en ésta para dar luz a esta disciplina que se ocupa de un objeto de estudio mucho más amplio, como veremos en el apartado siguiente. Como lo dice Freire, se requiere una nueva dinámica educativa, pues los educadores no son mensajeros de los opresores y actualmente, son los que educan con una educación problematizada, con actos permanentes de descubrimiento de la realidad.¹³

La educación tiene el reto de abrirse a la búsqueda de educadores, profesores y docentes que auxilien y brinden herramientas pedagógicas, metodológicas pero sobre todo epistemológicas a la gente, para que alcancen la conciencia de su realidad a través del diálogo y la socialización, con la ayuda de unos y otros, para despertar la conciencia sobre la realidad que se vive y su camino de lucha para llegar a la justicia social, lo que se traduce en una alfabetización a través de un proceso de concientización, que para el caso de la criminología sería una profesionalización y especialización a nivel de posgrado con estas características; pero sin criminólogos con este perfil, seguiremos siendo repetidores del discurso positivista, crítico y mediático característico del día de hoy, contribuyendo sólo a la ampliación de la fila de egresados que no saben hacer criminología, egresados con el doble perfil de

¹² *Op. cit.*, p. 9.

¹³ *Op. cit.*, p. 10.

Figura 1



criminalista-criminólogo, con la creación de personajes de ficción de series televisas que pugnan por una pseudojusticia penal basada en la ley y el orden. Por eso, damos pie ahora al pensamiento de Morin, para mostrar que los saberes de la humanidad del presente para impactar el futuro deben tomar en cuenta las siguientes ideas, pues el mundo va sin rumbo, la educación está en crisis y con ella la criminología como disciplina.

Edgar Morin, en su material de los siete saberes que le publicó la UNESCO,¹⁴ señala que son aspectos a considerar para la educación del futuro, las ideas que a continuación se enumeran:

- Existen siete principios clave para la educación del futuro.
- Construir un futuro viable.
- La educación como fuerza motora para el cambio.
- Responsabilidad con generaciones futuras.

- Reorientar la educación al desarrollo sostenible. Desarrollar la aptitud natural de la inteligencia humana para ubicar todas sus informaciones en un contexto y en un conjunto.
- Enseñar la condición humana.

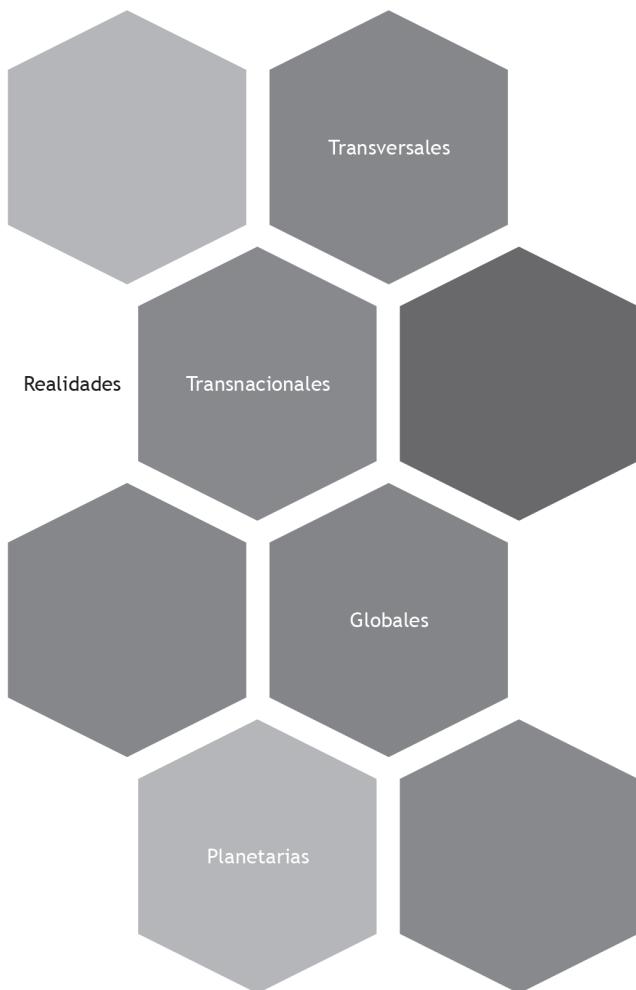
Respecto a esta última cabe señalar que las divide en (véase la figura 1):

De esta manera, se desprenden los siguientes puntos:

1. El ser humano con una realidad planetaria y, por ende, como comunidad destino.
2. Pensamiento vanguardista frente a la incertidumbre del futuro, por lo que se tiene que ser prospectivo.
3. Ética del género humano, que debe estar basada en bienes no en valores para evitar el subjetivismo moral.
4. Capacidad para organizar el conocimiento.

¹⁴ Morin, Edgar (1999), *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, París: UNESCO.

Figura 2



5. Reconocimiento de diversas realidades (transversales, transnacionales, globales y planetarias).

Esta última idea, se puede esquematizar así (véase la figura 2):

A partir de lo anterior se puede considerar que hay una necesidad de:

1. Contextualizar los conceptos.
2. Concebir al ser humano y la sociedad como entes multidimensionales.

3. Conjutar conocimientos de totalidades y el análisis por síntesis.

4. Restaurar el principio de esperanza es lo que vuelve indispensable las tomas de conciencia.

Sobre la conciencia, la identificamos en cuatro dimensiones (véase la figura 3):

Siguiendo el pensamiento de Morin, la criminología permite un enfoque global de problemas fundamentales, multidisciplinarios y contextuales.

Entonces, ¿cómo se debe enseñar la criminología? Actualmente vivimos en una sociedad donde se nos facilita un conjunto de datos o informaciones, ya no se trata de pensar,¹⁵ sino de proporcionar conocimiento desmenuzado a los estudiantes para su fácil absorción y a la vez para su fácil desecho,¹⁶ lo cual no sirve absolutamente de nada en una ciencia como la criminológica.

Por lo tanto, los objetivos de la formación criminológica deben ser la comprensión de:

- a) La intelectual objetiva
- b) La humana intersubjetiva

Comprender incluye necesariamente un proceso de empatía, de identificación y de proyección siempre intersubjetiva; la comprensión necesita apertura, simpatía y generosidad. Se requiere una visión antropo-ética que a su vez permita los siguientes aspectos:

¹⁵ Véase: Sartori, Giovanni (2015), *Homo videns. La sociedad teledirigida*, México: Debolsillo.

¹⁶ *Idem*.

Figura 3



- a) "Asumir la humana condición individuo-sociedad-especie en la complejidad de nuestra era".
- b) Lograr la humanidad en nosotros mismos, en nuestra conciencia personal.
- c) Asumir el destino humano en sus antinomias y su plenitud.

La antropo-ética nos pide asumir la misión antropológica del milenio que consiste, según E. Morin en:

1. Trabajar para la humanización de la humanidad.
2. Efectuar el doble pilotaje del planeta: obedecer a la vida, guiar la vida.
3. Lograr la unidad planetaria en la diversidad.
4. Respetar en el otro, a la vez, tanto la diferencia como la identidad consigo mismo.
5. Desarrollar la ética de la solidaridad.
6. Desarrollar la ética de la comprensión.

7. Enseñar la ética del género humano.

Así la antropo-ética conlleva, entonces, la esperanza de lograr que la humanidad alcance una conciencia y ciudadanía planetaria. Comprende, por consiguiente, como toda ética, una aspiración y una voluntad pero también una apuesta a lo incierto. Es conciencia individual más allá de la individualidad.

Asumir la humanidad como destino planetario implica reconocer que no sabemos hasta ahora hacia donde va el mundo, pero que existe la posibilidad de determinar hacia dónde deseamos que vaya, ésta es parte de la crisis por la que atraviesa el ser humano contemporáneo. Podemos afirmar, que a primera vista, la crisis se manifiesta no sólo como fractura en un *continuum*, una perturbación en un sistema hasta entonces aparentemente estable, sino también como crecimiento de los riesgos y, por tanto, de las incertidumbres. Se manifiesta por la transformación de las complementariedades en antagonismos, el desarrollo rápido de las desviaciones en tendencias, la aceleración de los procesos desestructurantes/desintegrantes (*feed-back* positivos), la ruptura de las regulaciones, el desencadenamiento, por tanto, de los procesos incontrolados que tien-

den a autoamplificarse por sí mismos o a chocar violentamente con otros procesos antagonistas incontrolados en sí mismos.¹⁷ Si hay autodestrucción, el rol de la política, de la ciencia, de la tecnología y de la ideología sería capital, puesto que si hubiera toma de conciencia: todas estas áreas podrían salvarnos del desastre y transformar las condiciones del problema.¹⁸ Y aquí justamente es donde debe ubicarse el criminólogo, la criminología y el saber y quehacer criminológico.

Como lo señala Edgar Morin en su obra recién citada:

... sabemos que la evolución conlleva rupturas y transformaciones radicales, que producirán transformaciones todavía más radicales, y que estamos en el siglo mismo de las revoluciones. Sabemos, al fin, que la evolución tiende tal vez a su autodestrucción. Así, nos encontramos en un mundo que nos parece a la vez en evolución, en revolución, en progresión, en regresión, en crisis, en peligro. Pero si todo continúa, si todo vuelve a empezar, hay una dimensión radicalmente nueva en la historia: la emergencia planetaria de la humanidad. Todas las crisis conllevan intrínsecamente la dimensión planetaria. Una conciencia planetaria, una conciencia de humanidad, se forma y se reforma, aunque las internacionales hayan quebrado y hayan sido devoradas por los nacionalismos.¹⁹

Una forma de generar dicha conciencia es a través, como lo señala Freire, de la pedagogía del oprimido, en donde la criminología tiene un rol vital e imperativo que desarrollar. Es insostenible el discurso y la formación criminológica de hace más de 100 años, con personajes que efectivamente en su momento fueron importantes, pero que hoy en día han sido superados por las

múltiples visiones de la realidad. Freire y Morin dan la pauta para pensar que la única salida de la crisis es que el enemigo se vuelva ego-alter/alter-ego. Es por tanto, la nada la que lleva en sí la oportunidad de la vida: la nada es la metapotencia que hoy en día puede controlar al Estado paranoide, y para lograr su omnipotencia, es decir, la posibilidad de suscitar una emergencia de humanidad superior a las naciones, debe generar el cambio a través de los procesos de concientización que ofrece la educación, en este caso la formación criminológica.²⁰

Los criminólogos tenemos la función de desengaños a los educandos de las ideologías implantadas y que se mencionan *supra líneas*; utilizar la metodología de Edgar Morin y Paulo Freire ayudará considerablemente a abrir el panorama que los estudiantes tienen de la criminología, evidenciar esta crisis epistemológica a ellos es también parte del trabajo como educador en esta ciencia tan compleja, lo cual se debe hacer también con ayuda de las instituciones, ya que éstas deben respetar la ontología de la criminología, así como de la criminalística.

Como docentes de criminología y conscientes de los problemas de esta ciencia es imposible tratar de *realizar* la criminología si las instituciones no saben las diferencias entre ambas ciencias/disciplinas. Es ahí donde los criminólogos deben evidenciar las fallas que afectan y seguirán afectando tanto a alumnos como a docentes.

IV. El futuro de la criminología

Esta sección está diseñada para expresar cuál es el futuro de la criminología, sin embargo es ne-

¹⁷ Morin, Edgar (2011), *¿Hacia dónde va el mundo?*, España: Paidós, p. 29.

¹⁸ Op. cit., p. 29.

¹⁹ Op. cit., p. 49.

²⁰ Op. cit., p. 75.

cesario en primer término establecer su pasado. Por lo tanto señalaremos de forma puntual algunos aspectos epistemológicos e históricos como contexto de nuestra ciencia.

A lo largo del desarrollo del ser humano se ha impulsado y perfeccionado el conocimiento y, sin caer en los campos de psicología cognitiva o lingüística, la epistemología es quien ha tratado de explicarlo.

La palabra epistemología viene del griego *episteme* (verdadero conocimiento, ciencia) y *logos* (estudio, tratado). Etimológicamente entonces significa “estudio del conocimiento”, y como tal, se ha convertido en una rama de la filosofía que estudia el fundamento, los límites, la metodología del conocimiento”,²¹ es decir, es “aquel conocimiento del conocimiento que atiende al problema, objeto, ser, cosa o realidad de éste; abocada a estudiar las posibilidades, trabas, mitos, contradicciones, así como a preguntarse si existe una esencia misma y cuáles son las formas del conocimiento”.²²

En la criminología, como en todas las ciencias existentes, se han presentado cortes epistémicos, los cuales comienzan a desarrollarse a partir de un pensamiento puramente empirista que se hace patente cuando el ser humano se basa exclusivamente en “el ser”²³ de lo que le rodea, en la descripción de los fenómenos concretos, reales y naturales que, posteriormente, dan paso al método científico: empírico, medible, comprobable y

experimentable, que posibilita justificar su existencia mediante la demostración.

El método anterior se consigue aplicar también en la criminología etiológica- clínica, enfocándose en la comprensión de por qué ciertos individuos llegaban a delinquir (factores endógenos y exógenos), rebasando la idea de la escuela clásica del Derecho penal donde el delito era lo que atañía y no tanto el sujeto que lo cometía, por lo tanto la pena era aplicada a todos por igual. Dicha criminología es la que se ha desarrollado desde entonces como el único saber dentro de esta ciencia, tanto en la aplicación como en la enseñanza. Conocida como “monismo ideológico”²⁴ esta corriente ha sido utilizada para legitimar las políticas y el Derecho penal implantado por el Estado, el cual, sigue una visión puramente neoliberal.²⁵ Aquí se crea un corte epistemológico, ya que se comienza con la crítica a los entes de poder y se cuestiona ¿quién crea el discurso criminológico?, ¿quién crea realidades binarias²⁶ (basadas en quien actúa en contra de las normas sociales establecidas y aceptadas por la mayoría)?, ¿quién y cómo se crean a los sujetos/objetos del *ius puniendi*?

El control social, la reacción social, el interaccionismo simbólico, el estructural funcionalismo y la teoría de las subculturas, en conjunto con las escuelas de Chicago y Frankfurt comienzan a tomar las riendas de la criminología y se enfocan en la crítica del discurso oficial, evidenciando el

²¹ Concepto de epistemología [<http://www.webdianoia.com/glosario/display.php?action=view&id=115&from=action=search%7Cby=E>]. Consultado el 20 de febrero de 2016.

²² Fournier García M. y González Ibarra, J (2001). *Del aprendizaje al meta aprendizaje*. México: Universidad Autónoma del Estado de Morelos, p. 30.

²³ En referencia a la ontología.

²⁴ Palacios Pámanes, Gerardo S., *op. cit.*, p. 4.

²⁵ Peñaloza, Pedro, et. al (2015). *Globalización, delito y exclusión social. Una correlación a debate*, México: Inacipe, 2015, p. 17.

²⁶ Lo que Luhmann llama acoplamiento estructural, lo que permite que para que un sistema sea autopoético debe existir otro creando realidades binarias. Véase en: Corsi, G., Esposito, E., Baraldi, C., & Luhmann, N., *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* (Vol. 9), México: Universidad Iberoamericana, 1996.

poder del lenguaje como uno de los problemas criminológicos a estudiar.

Se planteaba que la ideologización de las masas a través del lenguaje era la base para el control social de las mismas. Lo que ahora podemos observar claramente, pues las ideologías que se reproducen a través de los sistemas cerrados que aumentan el miedo al riesgo²⁷ que pueden crear *los otros*, crean mayor fragilidad y alteridad en las relaciones humanas.²⁸

Lo que se complementa con las ideas de estructuralistas como Lacan, Barthes, Bourdieu y Boudieu, y después en la siguiente etapa con los post-estructuralistas como Derridá, Zizek, Deleuze, Lyotard, etcétera.

Dicho pensamiento unificado con idealismo y realismo de izquierda se hace fuerte y a la vez débil tratando de dar una explicación crítica a la criminalidad, que en este caso, tienen responsabilidad en los Estados liberales de mercado, capitalistas y globalizados, cuya ideología se va implantando en las sociedades de los países en crecimiento. Las críticas y cuestionamientos, entonces, se basaban en cómo acabar con dicha ideología del sistema de poder representada por los discursos y a la vez por el lenguaje, especialmente del Derecho.

En estas dos últimas posturas se analizan y critican las crisis que la criminología presenta, lo cual se resalta por Pavarini al decir que:

La criminología se ha formado como disciplina científica en el siglo pasado y se ha desarrollado en su reconocimiento académico durante los últimos cien años; en ese sentido es una ciencia relativamente joven que sufre en el presente, estando ya próximo el nuevo siglo, de esa profunda crisis de la cual hacia referencia procedentemente, a grado tal, que siembra una duda respecto de su sobrevivencia, con los contenidos que para nosotros hoy, la hacen precisamente reconocible como criminología.²⁹

Con referencia al contexto latinoamericano, siempre se vio atrasada la llegada de las ideas criminológicas, incluso en México:

(...) la criminología crítica tuvo su nacimiento oficial durante el XXIII Curso Internacional de criminología celebrado en Maracaibo, en 1972. Un ala radical, con Lola Aniyar de Castro a la cabeza, reunida en Azcapotzalco, México, en 1981, conformó la llamada “criminología de la liberación”, cuyo programa fue divulgado a través de un manifiesto. La criminología crítica radical nació en México y muchos criminólogos mexicanos no lo saben.³⁰

Hoy en día existen muchas incertidumbres, que conforme a la ley de Hume y la diferenciación del “ser” y del “deber ser”,³¹ se consideran como fallas epistémicas.

Es por eso que este escrito se dedica a mencionar algunas de ellas, pues “discernir los escenarios epistemológicos es contribuir a fundar los rudimentos de un psicoanálisis de la razón”.³²

²⁷ Véase en: Beck, Ulrich (1998), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós.

²⁸ Lo cual se puede observar con mayor claridad en la posmodernidad actual. Ulrich Beck, Zygmund Bauman, Guilles Lipovetzky, Giovani Sartori, son algunos de los que manejan estas posturas.

²⁹ Pavarini, Massimo (1999), “Nuevos modelos explicativos de criminología. La visión de la criminología crítica”, México: *Iter criminis*, pp. 164-181.

³⁰ Palacios Pámanes, Gerardo S., *op. cit.*, p. 20.

³¹ Véase en: Hume, David (2005), *Investigación sobre el conocimiento humano*, Madrid: Filosofía Alianza Editorial.

³² Bachelard, Gastón (2000), *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento científico*, 23^a edición, México:

Como lo son:

[...] la escasez de reconocimiento de los problemas complejos, la sobreabundancia de saberes separados y dispersos, parciales y tendenciosos cuya dispersión y parcialidad son, en sí mismas, fuentes de error; todo eso nos confirma que un problema clave de nuestra vida de individuos, de ciudadanos, de seres humanos en la era planetaria, es el del conocimiento. Por todas partes se enseñan conocimientos, pero en ninguna parte se enseña qué es el conocimiento, mientras cada vez más investigadores comienzan a penetrar en esa zona misteriosa, la del cerebro/espíritu humano”.³³

En criminología estas fallas se pueden diferenciar cuando por medio del discurso del “deber ser” (que se conforma por normatividad —es decir— discurso, lenguaje o ideología) se trata de explicar al “ser” (todo lo concreto, real o natural). Esto se podrá reflejar en la criminología etiológica/clínica, mediática y/o administrativa, que son falacias, es decir, ideologías que sirven para legitimar el “ser” del “deber ser”. Es un discurso de justificación de la ideología oficial o Estatal. Aquí es cuando el criminólogo al seguir dicho discurso sigue reproduciendo la ideología dominante, esa que produce exclusión del “otro peligroso”.³⁴ Lo cual se mezcla perfectamente con el discurso oficial de México con respecto a la educación.

Pues éste, con el fin de alfabetizar a la población, ha firmado y ratificado acuerdos nacionales

Siglo XXI Editores, p. 22.

³³ Morin, Edgar (2015), *Enseñar a vivir. Manifiesto para cambiar la educación*. Buenos Aires: Nueva Visión, p. 16.

³⁴ Desde el concepto de Jacques Derridá, el sujeto “suppléer” es aquel que sirve como suplemento para dar significado e identidad a los que están “dentro de la ideología dominante”, esos “buenos” y “respetables” (siguiendo con la idea de los sistemas binarios de los que habla Luhmann), que, a la vez, son peligrosos porque pueden tomar su lugar o suplirlos.

e internacionales,³⁵ los cuales han derivado en políticas públicas en la materia, cuyos resultados han sido tangibles en lo referente a cumplir con dicha alfabetización rígida.³⁶ Uno de los acuerdos internacionales ha sido el programa “Educación para Todos” de la Unesco, donde se plantean cinco objetivos que, junto con el alfabetismo, deberían tener resultados como: la protección de los niños vulnerables, la disminución o nula deserción escolar, la mayor asistencia de los niños a la escuela y la mejora de los aspectos cualitativos de la educación, lo cual, a su vez, favorecería en gran medida al crecimiento del número de personas con un alto nivel educativo. Lo anterior se refiere al *deber ser*, pero si estudiamos la realidad, no se cumple;³⁷ es poca la aplicabilidad de los discursos nacionales e internacionales, lo cual crea cansancio.³⁸ Deja a una sociedad cansada de la exclusión educativa básica, universitaria y laboral, así como de la criminalidad.

Otro ejemplo de la aplicación hegemónica o de “las sobras” del discurso por parte del Estado es el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, ya que en este documento se puede leer en sus páginas pasajes como: “el sistema educativo mexicano debe fortalecerse para estar a la altura de las necesidades que un mundo globalizado demanda”,³⁹ lo cual pone como prioridad al avance del sistema capitalista para así crear mano de obra desechar. Lo cual se aborda más claramente en el siguiente párrafo:

³⁵ Véase en: Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos, [<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>]. Consultado el 8 de marzo de 2016.

³⁶ Conforme al conteo de personas alfabetizadas en México.

³⁷ Como la mayoría (o todas) las normatividades y políticas públicas son el “ser” que no “es”, es decir, lo que está delimitado o escrito pero no se cumple: “no es”.

³⁸ Véase Byung-Chul Han (2012), *La sociedad del cansancio*, Barcelona: Herder.

³⁹ Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, p. 16

A falta de un capital humano más desarrollado, históricamente nuestra competitividad ha estado basada en proveer una mano de obra de costo accesible. En gran medida, esto explica por qué la base exportadora mexicana se vio afectada con la entrada de China a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 2001, ya que dicho país compitió con sus bajos costos laborales del momento. Con el tiempo, el precio de la mano de obra china se ha incrementado y, por tanto, hemos recuperado competitividad en una comparación de costos laborales. Sin embargo, en el mediano plazo debemos aspirar a que la competitividad de nuestra mano de obra esté basada preponderantemente en su calidad.⁴⁰

El anterior discurso, sin duda refuerza y aumenta la ideología de la competitividad, es decir, pondera el beneficio propio antes que el comunitario, creando una sociedad fragmentada que, como menciona Bauman, es también líquida y fluctuante.

En cuanto a la palabra “calidad”, ésta se opone al discurso del mismo PND, pues busca el aumento de especialistas basado en el *fordismo*. Como lo corroboran sus líneas al decir que: “es importante fomentar las carreras técnicas y vocacionales que permitan la inmediata incorporación al trabajo, propiciando la especialización, así como la capacitación en el trabajo”.⁴¹ Lo cual tampoco se cumple, ya que al menos, en el cuarto trimestre de 2015, había un número total de población no económicamente activa (PNEA) de 35 245 165⁴² en el país, con educación de todos los niveles.

Entonces, si para el Estado mexicano es importante fomentar lo anterior, ahora podemos enten-

der la producción y aceptación de licenciaturas en criminalística, ciencias forenses y criminología (mal entendida, aplicada y enseñada), lo que pone en evidencia la inexistencia de la búsqueda de “calidad” en la educación en México, que en el PND se fundamenta en la idea de que “la falta de educación es una barrera para el desarrollo productivo del país ya que limita la capacidad de la población para comunicarse de una manera eficiente, trabajar en equipo, resolver problemas, usar efectivamente las tecnologías de la información para adoptar procesos y tecnologías superiores, así como para comprender el entorno en el que vivimos y poder innovar”.⁴³

Lo que contradice una de las posturas de Paulo Freire, pues en sus textos nos dice que la educación no sólo es para alfabetizar y dar información o datos a los educandos o para su mejor expresión en el mundo moderno, sino que es para que tengan conciencia del mundo que les rodea, es decir, sensibilizarse, problematizar y tomar conciencia de lo real de su situación y contexto, para así transformar su realidad.⁴⁴

Sin duda, el Estado no hace más que legitimar a través del discurso la existencia de mayor número de especialistas que se ocupan de la “lucha” contra la inseguridad en México.

Así es como se acrecienta el número de universidades que tienen planes de estudios en criminología, criminalística o ciencias forenses. Lo que ha representado un gran conflicto epistemológico durante el proceso de formación de criminólogos en México y, por lo tanto, una mayor debilidad de la ciencia.

⁴⁰ *Ibidem* p. 59.

⁴¹ *Ibidem* p. 62

⁴² Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) [<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=25433&t=1>]. Consultado el 27 de febrero.

⁴³ Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁴ Ocampo López, Javier, *op. cit.*, pp. 57-72.

La mezcla entre criminalística y criminología en los planes de estudio de licenciatura y posgrado es el problema más importante para esta crisis, porque a partir de aquí comienza la incorrecta idea de que son lo mismo o que tienen planteamientos en común, lo que causa confusión en los alumnos y hace deficiente el saber y aprendizaje de ambas disciplinas. Por otra parte, las universidades que manejan estas temáticas suelen tener un bajo nivel estructural y educativo, lo que crea mayor incertidumbre.

Para Beragalli, Bustos y Miralles una de las características de la enseñanza de la criminología a nivel licenciatura es que “la función empíricamente subalterna que ha cumplido esa criminología respecto del Derecho penal, en cuanto sólo se ha nutrido del material de estudio proveniente de la propia actividad de aquél, ha dejado sin cuestionar su carácter ideológico y ha aceptado críticamente que el sistema de ese Derecho sirva para la protección de unos intereses sociales en detrimento de otros”.⁴⁵ Reproduciendo la ideología legitimadora del discurso del Derecho penal.

Pero, ¿cuál es el motivo de la apropiación de ambas disciplinas y de fusionarlas como una misma? El problema es que el morbo con respecto a la criminalística y los “perfiles criminales” que se manejan en las series televisivas ha hecho que ésta se vuelva una disciplina más llamativa y tiendan a aglomerar ambas licenciaturas en estas ramas y al fusionarlas permiten mayor número de inscripciones al curso, es decir, que tiene un móvil puramente económico. Es por eso que nos atrevemos a decir que el alumno no importa para la institución, lo delicado es que se siguen repro-

duciendo alumnos que ya no piensan más allá de lo que la criminalística ofrece, no investigan, no leen, no toman en consideración los contextos ni la historia y basan su pensamiento en lo lineal y no en lo complejo y quieren respuestas fáciles y digeribles. Con respecto a los que sí les interesa la criminología (un mínimo porcentaje), prefieren seguir con el paradigma del positivismo, en pleno siglo XXI, lo institucional y lo mecánico los está absorbiendo.

Lo que pone en un lugar complicado a los docentes en criminología porque se tiene que lidiar con alumnos que no les interesa la criminología, aun cuando su licenciatura es en criminología-criminalística. En estos casos, lo que los alumnos buscan es pasar la materia, tener un número en su boleta de calificaciones aceptable y suficiente como para cumplir con un promedio y titularse (sí es que tienen esa modalidad). Ahora pensemos, ¿qué clase de criminólogos y criminalistas están saliendo de las universidades?

Se debe tener en cuenta que no sólo los alumnos tienen culpa en lo anterior, también se debe hablar de los docentes, los cuales prestan poca o nula atención al tema de la criminología actual y de su epistemología. La información que manejan es de una visión reducida y arcaica, centrada en el primer nivel, cuyo positivismo es transferido a sus alumnos. Además, este falso rigor sólo bloquea el pensamiento e impide la comprensión de un sistema nuevo⁴⁶ o con diferente visión.

Si se sigue reproduciendo el pensamiento que estos docentes transmiten como el único saber criminológico (basado en el deber ser del discurso legitimador del Estado) se está cayendo en la naturaleza de un obstáculo epistemológico que

⁴⁵ Bergalli, Roberto, et al. (1983), *El pensamiento Criminológico I. Un análisis crítico*, Bogotá, Colombia: Temis, p. 6

⁴⁶ Bachelard, Gaston, *op. cit.*, p. 25.

suele ser confuso y polimorfo⁴⁷, se está acrecentando la crisis, de hecho. Para los que están conscientes de ello es un gran desafío, pues el trabajo de hacer que se reconozcan los problemas que existen en la criminología (en general y en la criminología etiológica en particular) y por lo tanto en su enseñanza, es difícil, y más aún que dejen de lado la soberbia académica, que forma un círculo vicioso.

Como Pámanes lo confirma en su libro de criminología contemporánea cuando nos explica que:

En México, la enseñanza de la criminología suele limitarse a la criminología del paso al acto (clínica). Esta orientación es explicable. La obra de Alfonso Quiroz Cuarón fue tan brillante, que sus destellos aún llegan a las aulas del siglo XXI. Sus discípulos, magníficos traductistas, han perpetuado y puesto al día el legado del maestro. Lo sucedido en la criminología (y en el mundo) desde 1930 implica, en ocasiones, enseñar de los años treinta para atrás. Así, con la intención de enseñar criminología muchas veces, se instruye, en realidad, en historia de la criminología.⁴⁸

La criminología presenta crisis en todas sus trincheras: en el método, objeto y concepto, así como en la enseñanza. Y tenemos que dar pauta a la respuesta de ¿qué debe hacer el criminólogo para reivindicar el camino de esta ciencia tan emblemática?

Evitemos lo que Bachelard nos menciona:

En nosotros, el siglo XVIII continúa su vida sorda; y puede ¡ay! reaparecer. No vemos en ello, como Meyer-

son, una prueba de la permanencia y de la fijeza de la razón humana, sino más bien una prueba de la somnolencia del saber, una prueba de esta avaricia del hombre culto rumiando sin cesar las mismas conquistas, la misma cultura y volviéndose, como todos los avaros, víctima del oro acariciado.⁴⁹

Evitemos la criminología positivista, es decir, el eterno retorno a lo mismo⁵⁰ de las prácticas y aplicaciones de la criminología etiológica o clínica. Como dice Pavarini, el criminólogo debe actuar con conciencia de ficción, tentación suicida y vocación rebelde,⁵¹ tomando en cuenta las herramientas prospectivistas.

La forma de intervención actual de un criminólogo para crear conciencia de la crisis epistemológica, así como de los fenómenos del mundo globalizado, es comprendiendo que deben atenderse también de manera globalizada, observándolos de forma compleja y holística, tomando en cuenta su contexto histórico, social, cultural, económico, político, antropológico, etc. El criminólogo tiene la responsabilidad de advertir todos los fenómenos y consecuencias de los mismos en la sociedad actual.

Como nos dice Edgar Morín: “cada vez más falta la posibilidad de afrontar los problemas fundamentales y globales del individuo, del ciudadano, del ser humano”.⁵² Y es tiempo de que pensemos cómo resolverlos.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁸ Heidegger, Martin, *El eterno retorno a lo mismo y la voluntad del poder*. [<http://190.186.233.212/filebiblioteca/Ciencias%20Sociales/Martin%20Heidegger%20-%20El%20eterno%20retorno%20de%20lo%20mismo%20y%20la%20voluntad%20de%20poder.pdf>]. Consultado el 25 de febrero de 2016, pp. 2-3.

⁵¹ Pavarini, Massimo, *op. cit.*, pp. 164-181.

⁵² Morin, Edgar, *op. cit.*, p. 15.

El criminólogo no debe seguir indiferente ante la realidad, lo cual Morrison Wayne anuncia de la siguiente forma: “en un siglo literalmente inundado por sangre humana y apestando con el hedor de los cadáveres, la corriente dominante de la criminología parecía habitar otro mundo (...) la criminología, la disciplina dedicada al estudio del delito, no pudo encontrar espacio en sus textos para estos eventos”.⁵³ Lo cual en pleno siglo XXI sigue sucediendo. Es más sencillo ocuparse de delitos de baja monta y controlarlos con el sistema penal, que atacar a los responsables de delitos emergentes globales, pues se requiere lidiar con poderes económicos, políticos y sociales.

No caigamos en la irresponsabilidad científica del criminólogo, como menciona Pavarini.⁵⁴ El criminólogo de hoy y del futuro debe hacer espacio para enseñar epistemología de la criminología, lo cual servirá de preparación para afrontar riesgos permanentes de error y de ilusión que no cesan de parasitar la mente humana,⁵⁵ es decir, el docente debe ayudar a los alumnos a que analicen y reflexionen la criminología, el entorno y la realidad, liberándose del discurso ideológico y enajenador del poder económico y estatal, para así impulsar la transformación social y política, como lo enseñaba Paulo Freire. Porque sabemos que si no actuamos ahora, la mente de los jóvenes estudiantes se volverá inservible, pues cuando el ser humano cesa de cuestionarse la vida, el entorno y a sí mismos, se vuelven mecánicos e irreflexivos, o en palabras de Hannah Arendt,⁵⁶ banales o normales.

⁵³ Morrison Wayne, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona: Anthropos, p. XXXIII

⁵⁴ Pavarini, Massimo, *op. cit.*, p. 173

⁵⁵ Para Edgar Morin el error y la ilusión son dos factores que debilitan el conocimiento del ser humano. Véase en Morin, Edgar (1999), *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, París: UNESCO, p. 5.

⁵⁶ Véase en: Arendt, Hannah (2003), *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Barcelona: Lumen.

La crisis aumenta cada día más y debemos actuar. “La vocación criminológica en su traducción como práctica no puede sino ser desarrollada de manera rebelde, revolucionaria”⁵⁷ teniendo en cuenta como criminólogos, lo que dice la siguiente metáfora de la ciencia:

(...) como nave en altamar constreñida a reparar los daños provocados por la peligrosa navegación, recurriendo a los instrumentos que ya se tienen a bordo y creando nuevos utensilios de aquellos que ya se poseen, sin posibilidad de atracar en un puerto equipado para reabastecerse... la encuentro particularmente apropiada a nuestros temas. Todavía más apropiada si para continuar con la metáfora, no es pensable llevar a bordo todos los utensilios posibles, sino sólo aquellos que se consideren más útiles. De todo lo que la criminología en poco más de un siglo ha producido, necesita desde ahora, escoger aquello que formará parte de la caja de utensilios con los cuales enfrentará la cuestión criminal del futuro.⁵⁸

En síntesis, y siguiendo la línea de pensamiento de Pavarini:

la criminología se ha formado como disciplina científica del siglo pasado y se ha desarrollado en su reconocimiento académico durante los últimos cien años; en ese sentido es una ciencia relativamente joven que sufre en el presente, estando ya próximo el nuevo siglo, de esa profunda crisis de la cual hacía referencia precedentemente, a grado tal, que siembra una duda respecto de su sobrevivencia, con los contenidos que para nosotros hoy, la hacen precisamente reconocible como criminología. De todo lo que la criminología en poco más de un siglo ha producido, necesita, desde ahora, escoger aquello que formará parte de la ‘caja de utensilios’ con los cuales enfrentará la cuestión criminal del futuro.⁵⁹

⁵⁷ Pavarini, Massimo, *op. cit.*, p. 179.

⁵⁸ *Ibídem*, pp. 163-164.

⁵⁹ *Idem*, p. 163.

Sin embargo, enfrentar la cuestión criminal o la criminalidad o la violencia como sugiere el autor recién citado no será posible si no reconocemos como “criminólogos” la crisis epistémica por la que está atravesando nuestra disciplina y el imperativo de mirar hacia el futuro partiendo de acciones concretas que deben llevarse a cabo en el presente. ¿Cuál es el futuro de la crisis epistemológica de la criminología?, “depende” sería la respuesta más acorde a nuestra realidad en estos momentos. Si se reconoce el desafío educativo para la criminología hoy en día y diseñamos una estrategia con base en planeación estratégica, el futuro de la criminología será aquel que deseamos y construimos. Si no, la tendencia se hará una realidad, y la criminología, el saber criminológico y los criminólogos serán repetidores del discurso histórico hegemónico sin la generación de conciencia que se requiere para la educación del siglo XXI, no sólo en el ámbito criminológico sino a nivel mundial y como futuro compartido con la sociedad.

Por consiguiente, este documento es un atento llamado a reconocer, auténticamente y con humildad, que no hay criminología sin criminólogos, y estos últimos brillan por su ausencia en tanto no se discuta, desde su complejidad, la crisis epistemológica de esta disciplina.

El futuro está en nuestras manos, seamos generadores de cambios, que la criminología a través de los criminólogos, se convierta en un proceso de concientización para la creación de un mundo mejor para la humanidad, en el que la criminalidad y la violencia sean reducidas a su mínima expresión.

V. Conclusiones

PRIMERA. La criminología vive, siente y experimenta una crisis epistemológica.

SEGUNDA. El desafío educativo para quienes enseñan criminología como docentes o como instituciones es ser capaces de reconocer esta crisis epistemológica por la que atraviesa esta ciencia penal.

TERCERA. Los llamados criminólogos en México deben ser sensibles para aceptar que sin el reconocimiento de la crisis epistemológica de la criminología, no hay futuro para dicha disciplina.

CUARTA. Es indispensable repensar la criminología y sus objetos de estudio y por ende su metodología.

QUINTA. La criminología puede ser entendida como aquélla que además de ser crítica es proactiva y provocativa; que más que dar respuestas certeras, formula cuestionamientos cada vez más complejos; que está comprometida con el cambio social, que construye escenarios y destruye discursos; que es creativa en la forma de analizar y explicar la realidad social, que da pie a pensar lo impensable; y que finalmente tiene un interés particular en buscar, y en algunas ocasiones a encontrar, soluciones alternativas a los problemas y no sólo salidas.

SEXTA. El criminólogo debe ser una persona participativa y empática, y esto se logra a través de la conciencia no sólo personal sino también social. Y conciencia en un sentido helenístico, es decir, que alcanza desde la dimensión reflexiva ser sabedor y consciente de sí; que se sabe multidimensional, es decir, biológico, emocional, social, trascendente, en una sola expresión: holístico.

SÉPTIMO. La criminología debe asumir la responsabilidad de despertar conciencias personales para crear conciencias sociales, lo cual se logra desde la transdisciplina, la introspección, la

reflexión y el silencio; a partir de la actuación, el debate pero también con el diálogo.

Bibliografía

- Bachelard, Gaston (2000), *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento científico*, 23^a edición, México: Siglo XXI editores.
- Baena Paz, Guillermina (2004), *Prospectiva Política. Guía para su comprensión y práctica*. Proyecto PAPIME de Prospectiva Política de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México: UNAM.
- _____, (2007), *Técnicas de prospectiva social*, Working Papers 5. Proyecto PAPIME, Laboratorio de Estudios del Futuro; México: DGAPA UNAM.
- _____, (2012), *Lenguaje básico de la prospectiva*. Papers de prospectiva No. 6, Proyecto PAPIME, Misión y visión prospectiva, México: UNAM.
- _____, (2015), *Apropiación de la creatividad para la inteligencia prospectiva*, Proyecto PAPIME-303815, México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM.
- Bergalli, Roberto, et al. (1983), *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Bogotá, Colombia: Temis.
- Byung-Chul Han (2012), *La sociedad del cansancio*, Barcelona: Herder.
- Corsi, G., Esposito, E., Baraldi, C., y Luhmann, N. (1996), *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* (Vol. 9), México: Universidad Iberoamericana.
- Fournier García M. y González Ibarra, J. (2001), *Del aprendizaje al meta aprendizaje*, México: Universidad Autónoma del Estado de Morelos.
- Hume, David (2005), *Investigación sobre el conocimiento humano*. Madrid: Filosofía Alianza Editorial.
- Majul Zamudio, Yazmín (2014), *Planeación y prospectiva en la construcción de políticas públicas*, Instituto de Estudios Superiores en Administración Pública y Grañén, México: Porrúa.
- Morin, Edgar (1999), *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, París: UNESCO.
- _____, (2011), *¿Hacia dónde va el mundo?* España: Paidós.
- _____, (2015), *Enseñar a vivir. Manifiesto para cambiar la educación*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Morrison Wayne (2012), *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Barcelona: Anthropos.
- Ocampo López, Javier (2008), “Paulo Freire y la pedagogía del oprimido”, en revista *Historia de la Educación Latinoamericana*, núm. 10, Colombia: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia Boyacá.
- Palacios Pámanes, Gerardo S. (2015), *Criminología contemporánea. Introducción a sus fundamentos teóricos*, México: Inacipe.
- Pavarini, Massimo (1999), “Nuevos modelos explicativos de criminología. La visión de la criminología crítica”, *Iter criminis*, México: Inacipe.
- Peñaloza, Pedro, et al. (2015), *Globalización, delito y exclusión social. Una correlación a debate*, México: Inacipe.
- Rodríguez Manzanera, Luis (2014), *Libro blanco de la enseñanza de la Criminología en México*, México: Inacipe.
- Sartori, Giovanni (2015), *Homo videns. La sociedad teledirigida*, México: Debolsillo.
- Ulrich Beck (1998), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós.

FUENTES ELECTRÓNICAS:

- Epistemología, concepto tomado de: [<http://www.webdianoia.com/glosario/display.php?action=view&id=115&from=action=search%7Cby=E>].
- Heidegger, Martin, *El eterno retorno a lo mismo y la voluntad del poder*. Documento en línea: [<http://190.186.233.212/filebiblioteca/Ciencias%20Sociales/Martin%20Heidegger%20%20El%20eterno%20retorno%20de%20lo%20mismo%20y%20la%20voluntad%20de%20poder.pdf>].
- Instituto Nacional de Estadística y geografía (INEGI) [<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=25433&t=1>].
- Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018. Tomado de [<http://pnd.gob.mx/>].

Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos. Tomado de: [<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>].

VIDEOS RECOMENDADOS

<https://www.youtube.com/watch?v=claQ4b5lRnA>
<https://www.youtube.com/watch?v=kAemFdMqnO8>
<https://www.youtube.com/watch?v=lV6Z2GUvqMs>
<https://www.youtube.com/watch?v=c3uGWCfTXyM>
<https://www.youtube.com/watch?v=pkgKjCWAEoc>

Tendencias y particularidades de las ciencias penales de nuestro tiempo es una obra que se suma a las ya publicadas con motivo del 40 aniversario del Instituto Nacional de Ciencias Penales. En esta obra, atinadamente coordinada por el Dr. Joaquín Merino, se publican trabajos de investigadores del Inacipe que abarcan diversos temas de actualidad en las ciencias penales que no se pueden dejar pasar de largo.

El lector encontrará estudios como el de Sofía Cobo sobre Política penitenciaria y perspectiva de género; el de *Reflexiones criminológicas y sociológicas de la regulación del consumo lúdico de la marihuana en México*, de la autoría de Emilio Daniel Cunjama López y Alan García Huitron; de Ricardo Gluyas Millán un texto de gran actualidad titulado *La prevención del lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo en la actual sociedad del riesgo*.

Así, a lo largo de este texto, el lector interesado se pondrá al día acerca de las tendencias de las ciencias penales por medio de 14 artículos escritos por investigadores del Inacipe expertos en su materia y que esperamos los impulse a acercarse aún más a las ciencias penales.