



Consulta nuestra revista en línea:
<http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/>
<https://doi.org/>



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

NÚMERO ESPECIAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO





DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomelí Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Manuel Torres Labansat

COORDINADOR GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Fernando Guadalupe Flores Trejo

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Mónica González Contró

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En portada:

Diseño de portada: Maestra en Derecho Martha Aurora Ramírez Espinoza y Martha Ailyn Gallardo Ramírez

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, Año 8, No. 15, julio - diciembre 2021, es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, <http://derecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: revista.rpd@posgrado.unam.mx. Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2019-040118041000-203, ISSN: 2007-5995, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Dr. Fernando Guadalupe Flores Trejo, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, fecha de la última modificación, 23 de diciembre de 2021.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA

Martha Aurora Ramírez Espinoza

SUBDIRECTORA

José Manuel Guevara García

EDITOR

*David Antonio Reyes Díaz
Yuriria Maryem Domínguez Juárez
Javier Cancino Jiménez*

SECRETARÍA EDITORIAL

Francisco Javier Chan Chan

ASESOR EDITORIAL

*Bruno Daniel Godínez Guzmán
Daniel Rosete Pacheco
Karen Yanelly Vázquez Hernández
Ricardo Pérez Luna*

ASISTENTE EDITORIAL

Susana Monserrat Gil Vilchis

ENLACE Y GESTIÓN EDITORIAL

Héctor Alejandro Ramírez Medina

ENCARGADO DE DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN

CONSEJO EDITORIAL

Juan Antonio García Amado

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Perfecto Andrés Ibáñez

TRIBUNAL SUPREMO, ESPAÑA

Sergio García Ramírez

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Flavia Emilia Carbonell Bellolio

UNIVERSIDAD DE CHILE

Raúl Carrancá y Rivas

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María Patricia Kurczyn Villalobos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín

UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

Jordi Ferrer Beltrán

UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

Flavia Daniela Freidenberg Andrés

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

José María Serna de la Garza

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Carlos Bernal Pulido

UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Carlos Francisco Quintana Roldán

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jorge Fernández Ruiz

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Rafael Luis Hernández Marín

UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

Enrique Cáceres Nieto

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suarez

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado

UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM**

Tiago Gagliano Pinto Alberto

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
PARANÁ, BRASIL**

Leonor Suárez Llanos

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales

UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA

Marta Ordás Alonso

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Rodrigo Brito Melgarejo

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Oscar Cruz Barney

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM**

José Manuel Cabra Apalategui

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Javier Díez García

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Luis Ángel Ballesteros Moffa

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Antonio Peña Freire

UNIVERSIDAD DE GRANADA, ESPAÑA

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Imer B. Flores Mendoza

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM**

José Antonio Álvarez León

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN, UNAM**



ÍNDICE

EN PORTADA ······ ##

EDITORIAL ······ 13
Abril Uscanga Barradas

ARTÍCULOS

LA CONSTITUCIÓN Y LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN LA
JUSTICIA PARA ADOLESCENTES ······ 21
Alejandra Marlene Gómez Barrera; Raúl Juan Contreras Bustamante

LOS PRINCIPIOS DE INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD EN EL
ACTIVISMO JUDICIAL, ¿DISCRECIONALIDAD O ARBITRARIEDAD? ······ 59
Abril Uscanga Barradas; David Morales Muñoz

RESPETAR Y DEFENDER LOS DERECHOS HUMANOS DESDE
LA PERSPECTIVA DE GÉNERO ······ 87
Sylvia Torres Caballero; Claudia Guadalupe Zuloaga Thomassiny

LA NUEVA JURISPRUDENCIA POR PRECEDENTES:
¿UN RETO PARA LA ENSEÑANZA JURÍDICA EN MÉXICO? ······ 115
Andrea Pozas Loyo; Michael Rolla Negrete Cárdenas

EL ANÁLISIS DE CONTEXTO Y SU CONFIGURACIÓN
LEGAL EN MÉXICO ······ 155
Gerardo García Silva; Gustavo González Hernández

APORTACIONES DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA APLICADA
Y LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO PARA EL ANÁLISIS DE
LA PRUEBA TESTIMONIAL A CARGO DE MENORES DE EDAD ······ 185
Carmen Patricia López Olvera; Edivaldo Toledo Santiago

MÁS ALLÁ DE LOS BENEFICIOS DE LA REFORMA DE 2021
A LA SUBCONTRATACIÓN EN MÉXICO ······ 229
José Alfonso Bouzas Ortiz; Ana Belén Torres López

REFLEXIONES SOBRE CUMPLIMIENTO NORMATIVO
EN MÉXICO. (COMPLIANCE EN MÉXICO) ······ 259
Yolanda Cristina Ramírez Soltero; Gabriel Abraham Chapa Abrego

TRANSPARENCIA Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN ······ 287
Sonia Venegas Álvarez; Julio César Bonilla Gutiérrez

OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL. LA MODIFICATIVA ATENUANTE DE
LIBERACIÓN ESPONTÁNEA EN EL DELITO DE SECUESTRO,
NO ES LEGAL OTORGARLA 317
Gerardo García Silva; Heriberto Campos Gómez

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES 343

EDITORIAL

El regreso a la nueva normalidad ha marcado un hito en la historia de la humanidad derivado de la crisis global del COVID-19 en relación con la forma en la que se desarrollan las actividades académicas, poco a poco se reanudan las cotidianidades presenciales de todos los grados escolares sin olvidar los beneficios de la virtualidad, sin embargo, continuamos con los sesgos que dejan rastro de la crisis pandémica que absorbió dos años de aislamiento. Es menester de los y las estudiantes, de los y las docentes y administrativos del área educacional, reforzar la unión y el compromiso con la difusión del conocimiento y recalcar la importancia de la cooperación interinstitucional que nos reitera que a pesar de los numerosos retos que atraen los fenómenos mundiales como el de la pandemia, no hay que abandonar la idea de mantenernos conectados y unidos para afrontar cualquier obstáculo y de esa manera nunca dejar de contribuir al ámbito científico y social para que ante las problemáticas del porvenir, se mantenga un carácter activo de la sociedad, para no desistir en las actividades socioculturales y académicas con la finalidad de nutrir las áreas de conocimiento y poder compartirlas con la sociedad supone una verdadera responsabilidad y compromiso dentro de lo más loable que pudiera existir. Es en este tenor que, este número de la Revista cuenta con artículos de especialistas en amplias y diversas materias, tutores y alumnos de nuestra Facultad de Derecho que contribuyen en un mismo sentido al desarrollo intelectual de todo aquel que se interese por la lectura de temas tan fascinantes como los que a continuación tengo el placer de enunciar en este ejemplar de la Revista.

Sin más preámbulo me permito a presentar los artículos que se coluden en esta edición de la Revista:

Como nuestro primer artículo contamos con la participación del Doctor Raúl Juan Contreras Bustamante, director de la Facultad de Derecho de la UNAM quién asesoró para este trabajo a la Doctora

Alejandra Marlene Gómez Barrera, que a su vez es Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM.

Este artículo explora la aplicación de la mediación penal y los procesos restaurativos para instaurarse dentro del proceso penal dentro de la justicia para adolescentes que se contempla en la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, además de subrayar la importancia de señalar la obligación del Estado mexicano para la observancia, respeto y garantía de los derechos humanos de las personas que son sujetas de procesos judiciales, particularmente a los adolescentes.

Con beneplácito me permito presentar el segundo artículo: “Los principios de indivisibilidad y progresividad en el activismo judicial ¿discrecionalidad o arbitrariedad?” que forma parte de esta gran edición, el cuál comparto autoría con el Maestro David Morales Muñoz, egresado de nuestro posgrado a quien adicionalmente he tenido el placer de dirigir su tesis. Este artículo realiza un análisis interesante sobre las prácticas interpretativas de la norma de los juzgadores al emitir resoluciones, por otro lado, el texto se preocupa por definir el concepto del activismo judicial y su aplicación dentro de los principios de indivisibilidad y progresividad.

Siguiendo con el orden de esta edición, me complace presentar el tercer artículo intitulado: “Respetar y defender los derechos humanos desde la perspectiva de género” de autoría de la Doctora en Derecho Sylvia Torres Caballero en conjunto con la Licenciada en Relaciones Internacionales, Claudia Guadalupe Zuloaga Thomassiny que señala la alta relevancia de la perspectiva de género en la impartición de justicia, afirmando que sin esta perspectiva, las mujeres se enfrentan a una deficiente y perjudicial relación con el acceso a la justicia, de tal modo que este artículo se concierne a detallar la importancia de la conceptualización y aplicación de la perspectiva de género para lograr defender derechos humanos sin obstáculos que repercutan negativamente a las mujeres.

El cuarto artículo se titula: “La nueva jurisprudencia por precedentes: ¿un reto para la enseñanza jurídica en México?”, elaborado por la Doctora Andrea Pozas Loyo, investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Maestro en Justicia Constitucional por la Universidad de Guanajuato Michael Rolla Negrete Cárdenas. Realizando así un estudio sobre la enseñanza jurídica de la jurisprudencia en México y su rol en la operatividad de los sistemas jurisprudenciales.

Por otra parte, el Doctor en Derecho Gerardo García Silva, quién es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, y el Doctor Gustavo Gonzáles Hernández son autores de nuestro quinto artículo titulado: “El análisis de contexto y su configuración legal en México” el cual, expone el marco teórico legal de la Fiscalía General de la República que incorpora el análisis de contexto como una herramienta de investigación criminal.

El siguiente artículo de este número lleva como título: “Aportaciones de la epistemología jurídica aplicada y la psicología del testimonio para el análisis de la prueba testimonial a cargo de menores de edad” de autoría de la Doctora Carmen Patricia López Olvera, investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Licenciado en Derecho Edivaldo Toledo Santiago quienes en el mencionado artículo revisan y exponen la Teoría General de la Competencia Epistémica Legislativa como una aportación a la epistemología jurídica aplicada y a la epistemología y psicología del testimonio de menores.

Posteriormente el Doctor José Alfonso Bouzas Ortíz y la Licenciada en Derecho Ana Belén Torres López realizan su valiosa aportación al presente número con el artículo titulado: “Más allá de los beneficios de la reforma de 2021 a la subcontratación en México”, cuyo propósito es el análisis del fenómeno de la subcontratación en México y exponer al lector un avistamiento completo de la reforma sobre esta materia.

Para nuestro octavo artículo la Doctora Yolanda Cristina Ramírez Soltero y el Maestro Gabriel Abraham Chapa Abrego traen consigo una gran aportación académica con el artículo titulado: “Reflexiones sobre cumplimiento normativo en México (Compliance en México)” en donde son planteadas reflexiones profundas sobre las maneras en que el cumplimiento normativo se ha ido introduciendo en el mundo de los negocios en México y las injerencias del derecho penal.

Seguidamente del artículo previamente señalado, la Doctora Sonia Venegas Álvarez, y el Comisionado Ciudadano del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México; Julio César Bonilla Gutiérrez en una interesante coautoría dan vida al artículo titulado: “Transparencia y combate a la corrupción” el cual presenta una serie de reflexiones en torno a la convergencia de la transparencia y el combate a la corrupción en la rendición de cuentas, así como también el análisis del vínculo entre instancias de coordinación nacional para el combate de los temas tratados en el presente artículo.

Finalmente, para concluir la presentación de las valiosas participaciones académicas el último artículo, pero no menos importante titulado: “Omisión legislativa en el código penal para el Distrito Federal. La modificativa atenuante de liberación espontánea en el delito de secuestro no es legal otorgarla” autoría del Doctor Gerardo García Silva, especializado en Ciencia Jurídico Penal por el INACIPE, y el Maestro Heriberto Campos Gómez. En este artículo se expone una interesante temática respecto a las nuevas reformas para el Código Penal para el Distrito Federal que incluyen el término de secuestro exprés y las reflexiones en torno a ello.

Ahora bien, me gustaría remarcar el punto clave que representa la difusión de discusiones jurídicas como un método fundamental para abarcar problemáticas que solo pueden ser detalladamente abordadas desde la esfera del Derecho que definitivamente causan un impacto considerable al contexto socio-cultural y económico en el que nos desenvolvemos y vivimos.

Es por lo anterior que, como siempre, el principal objetivo que sostenemos intrínsecamente a manera de compromiso en la Revista es atraer a nuestros lectores hacia una lectura que abarca conflictos y problemas importantes con la finalidad de fomentar la reflexión y el desarrollo del criterio individual frente distintos temas de la índole social jurídica, en este sentido, la pandemia nos ha enseñado a que la humanidad está más conectada que nunca, por lo que lo ideal sería que, en conjunto, no desistamos de señalar todo aquello que amerite un espacio de investigación, debate, discusión y reflexión, y es en este sentido que, el presente número abarca temas variados de interés nacional e internacional de varias índoles.

En conclusión, este número de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, le otorga al lector, información vital para la comprensión de la realidad en la que vivimos.

Valiosos ejemplares como el presente es fruto de los extraordinarios esfuerzos y trabajo de los tutores y tutoras en conjunto con alumnos y alumnas, autores, autoras, evaluadores, evaluadoras, editores, editoras, informáticos, traductores y demás miembros del equipo de la revista.

De parte del equipo de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM y sin más que agregar por el momento, deseamos que este número sea completamente de su agrado e interés para nuestros queridísimos lectores y que el contenido exhorten al debate y comprensión del futuro, que, aunque incierto, sabemos que estará lleno de dificultades y retos, que por más oscuros que sean, podremos afrontarlos y progresar una vez más, juntos, unidos con la esperanza.

Abril Uscanga Barradas

ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>

Directora de la Revista del Posgrado en Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México

ARTÍCULOS

LA CONSTITUCIÓN Y LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN LA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES¹

THE CONSTITUTION AND ALTERNATIVE JUSTICE IN JUSTICE FOR ADOLESCENTS

ALEJANDRA MARLENE GÓMEZ BARRERA²

RAÚL JUAN CONTRERAS BUSTAMANTE³

RESUMEN: Derivado de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, los órganos del Estado mexicano deben observar, respetar y garantizar los derechos humanos que se encuentran previstos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales suscritos y que se suscriban. Esta obligación abarca la justicia penal para adolescentes, es decir, este sistema especializado de justicia debe observar, respetar y garantizar los derechos humanos de las personas adolescentes que sean investigadas, procesadas y sentenciadas por la comisión de una conducta tipificada como delito, entre esos derechos especiales, se incluye el acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias. En observancia a esta

¹ El presente trabajo se desarrolló como parte de las actividades de la beca para una estancia posdoctoral concedida a la Doctora Alejandra Marlene Gómez Barrera por la Dirección General de Asuntos de Personal Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México, realizada bajo la asesoría del Doctor Raúl Juan Contreras Bustamante.

² Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho, UNAM; Doctora en Gestión y Resolución de Conflictos. Menores, Familia y Justicia Terapéutica por la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Vigo y Becaria de Posdoctorado en la Facultad de Derecho UNAM. Contacto: <alejandra.gomez.unam@gmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-2951-4588>>.

³ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho, UNAM. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, Profesor Titular C de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho; Investigador Nacional Nivel I; Director de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: <director@derecho.unam.mx>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-9786-2517>>.

Fecha de recepción: 02 de agosto de 2021; fecha de aprobación: 17 de febrero de 2022.

obligación, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes prevé la aplicación de la mediación penal y los procesos restaurativos como posibilidad dentro del proceso penal seguido a las personas adolescentes.

PALABRAS CLAVE: *Constitución; justicia penal para adolescentes; mediación penal; procesos restaurativos; justicia alternativa.*

ABSTRACT: Derived from the constitutional reform of June 10, 2011, the organs of the Mexican State must observe, respect and guarantee the human rights that are provided for both in the Constitution and in the international instruments signed and signed. This obligation includes criminal justice for adolescents, that is, this specialized justice system must observe, respect and guarantee the human rights of adolescents who are investigated, prosecuted and sentenced for the commission of a conduct classified as a crime, among those rights special mechanisms, including access to alternative dispute resolution mechanisms. In observance of this obligation, the National Law of the Comprehensive Criminal Justice System for Adolescents provides for the application of criminal mediation and restorative processes as a possibility within the criminal process followed to adolescents.

KEYWORDS: *Constitution; criminal justice for adolescents; criminal mediation; restorative processes; alternative justice.*

SUMARIO: I. Bases constitucionales de la justicia penal para adolescentes; II. La justicia alternativa en el marco internacional; III. Justicia penal para adolescentes en México; IV. Mediación penal y justicia restaurativa en la justicia penal para adolescentes; V. Reflexiones finales; VI. Fuentes consultadas.

1. BASES CONSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

En la evolución del Derecho Penal aplicado a personas menores de edad en México se identifican tres momentos trascendentes respecto al reconocimiento de sus derechos cuando son investigados, procesados y sentenciados por una conducta tipificada como delito.

1. El modelo de la situación irregular (Modelo Tutelar) vigente en México a partir de la reforma al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM)⁴.
2. En 1989 se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor en México en 1990, constituyendo el primer paso hacia el garantismo en materia de menores de edad en conflicto con la ley penal.
3. Con la reforma al artículo 18 Constitucional publicada el 12 de diciembre de 2005 por la que se instruye a la Federación, los Estados y el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) a establecer, en el ámbito de sus competencias, un Sistema Integral de Justicia aplicable a quienes tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años, y se les atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales, además de establecer la aplicación de formas alternativas de justicia.

Continuando con el modelo establecido en esa reforma, el 18 de junio de 2008 se reformaron varios artículos de la Constitución (16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; fracciones XXI y XXIII del artículo 73; fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123) estableciendo las bases del proceso penal y que tiene como uno de sus ejes torales los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal (MASC). En consecuencia, este proceso penal contempla una serie de mecanismos alternativos que se aplicarán tanto en el proceso penal general (para adultos) como en la justicia para adolescentes (artículos 17 y 18 CPEUM).

⁴ De 2 de agosto de 1974 que estableció el derecho a la protección de la familia y la infancia.

Con posterioridad se reformó el artículo 73 fracción XXI inciso c) de la CPEUM primero en materia de justicia penal para adolescentes (2 de julio de 2015) y MASC (5 de febrero de 2017), de tal forma que el Congreso de la Unión está facultado para emitir leyes de aplicación nacional en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, así como de justicia penal para Adolescentes.

El último pilar constitucional de este modelo integral de protección-garantista derivó de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, en la que se reconoce a todas las personas el goce de todos los derechos humanos contenidos en la misma, así como en los tratados internacionales de los que México sea parte, haciendo un señalamiento expreso de la prohibición de la discriminación en razón de la edad, lo que se vincula con el contenido de los artículos 4º y 18 en los que se establece la garantía del respeto de los derechos humanos a las personas menores de edad y en específico a las personas adolescentes que se encuentran sujetas al proceso penal para adolescentes.

La construcción de este modelo integral de protección-garantista se materializó con la implementación de un Sistema Nacional de Justicia Penal para Adolescentes, que vio la luz el 16 de junio de 2016 con la publicación de la Ley Nacional del Sistema de Justicia Penal para Adolescentes (en adelante LNSIIPA), que creó un sistema único de aplicación en todo el país, a continuación se presenta la jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación en el que expone las notas esenciales del sistema integral de justicia para adolescentes:

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. SUS NOTAS ESENCIALES Y MARCO NORMATIVO.

El sistema de justicia juvenil establecido con motivo de la reforma y adición al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual es aplicable a quienes tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad, en lo relativo a la comisión de conductas delictuosas, según sean definidas en las leyes

penales, se distingue por las siguientes notas esenciales: 1) se basa en una concepción del adolescente como sujeto de responsabilidad; 2) el adolescente goza a plenitud de derechos y garantías que le asisten, al estar sujeto a proceso por conductas delictuosas (el sistema es garantista); 3) el sistema es de naturaleza penal, aunque especial o modalizada, en razón del sujeto activo de las conductas ilícitas; y, 4) en lo que atañe al aspecto jurisdiccional procedimental, es de corte preponderantemente acusatorio. Por otra parte, este sistema especializado de justicia encuentra sustento constitucional en los numerales 4o. y 18 de la Carta Magna, pues el primero de ellos prevé los postulados de protección integral de derechos fundamentales, mientras que el segundo establece, propiamente, las bases del sistema de justicia para adolescentes, a nivel federal, estatal y del Distrito Federal.

Además, el indicado modelo también se sustenta en la doctrina de la protección integral de la infancia, postulada por la Organización de las Naciones Unidas y formalmente acogida por México con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵.

En síntesis, en este sistema convergen la doctrina de Naciones Unidas, los principios elementales del Derecho Penal garantista y los constantes avances de los Derechos Humanos, todo ello sin negar la verdadera naturaleza de este sistema de justicia.

El artículo 18 Constitucional establece como finalidad del sistema de justicia para adolescentes la reintegración social y familiar de la persona adolescente (PA)⁶. Bajo la premisa se observan los principios de excepcionalidad, mínima intervención e interés superior de la PA.

⁵ Tesis: P./J. 68/2008, Núm. De registro digital: 168767, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, Septiembre de 2008, p. 624. Disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/168767>

⁶ Finalidad establecida en diversos instrumentos internacionales Reglas 26, Reglas de Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores; artículo 40.1 Convención sobre los Derechos del Niño; Regla 9.2 Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad.

II. LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN EL MARCO INTERNACIONAL

Derivado de lo anterior, conocer el marco internacional de la justicia alternativa cobra especial relevancia a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. En ese sentido es importante señalar que existen una serie de instrumentos internacionales especializados en materia de justicia juvenil tales como: las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), aprobadas el 28 de noviembre de 1985 mediante Resolución 40/33; Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 (CDN); Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), aprobadas el 14 de diciembre de 1990 mediante Resolución 45/110; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) emitidas el 14 de diciembre de 1990 mediante Resolución 45/112; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (Reglas de la Habana), aprobadas el 14 de diciembre de 1990 mediante Resolución 45/113. A estos instrumentos se suman las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño en general los números 10 y 24 (aunque en temas específicos se pueden aplicar otras); así como, las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tanto la Convención sobre Derechos del niño, como la Corte Interamericana han señalado que los Estados deben implementar una gama de medidas no judiciales para tratar con las personas menores de edad que cometen delitos (PME)⁷. Estos mecanismos implican

⁷ Artículos 3.2 y 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 19 de la Convención Americana; artículo VII de la Declaración Americana.

* Corte IDH. *Caso Instituto de Reeduación del Menor VS. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 211 y 212.

la aplicación de la figura de la remisión (Criterio de Oportunidad), los medios alternativos de solución de controversias (mediación o conciliación) y los procesos restaurativos. Partiendo del principio de que la aplicación de cualquier forma alternativa de justicia siempre debe respetar y garantizar los derechos humanos de las personas menores de edad.

Bajo este paradigma se entiende que la justicia juvenil (aplicada a las personas menores de edad por la comisión de una conducta tipificada como delito) no tiene como finalidad la represión de la PME, sino que se busca su reintegración social (familiar) y la reconciliación entre la víctima y el infractor, así como la reparación del daño sufrido por la víctima. Lo anterior únicamente es posible a partir de la aplicación de procesos alternativos de justicia, como es la justicia restaurativa.

La justicia alternativa y los procesos restaurativos, como formas alternativas de justicia son el modelo que materializa los principios que rigen la justicia juvenil, en específico a los principios de interés superior, mínima intervención y a la finalidad educativa-resocializadora de la justicia juvenil, por lo que de conformidad con la Observación General número 24 del Comité de Derechos del Niño, la justicia juvenil tiene las características de lo que constituye una justicia alternativa, pues implica la desjudicialización (evitar llegar a instancia judicial) y la diversidad de respuestas que pueden aplicarse (durante y después del proceso) .

De acuerdo con los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal, la justicia restaurativa es una respuesta avanzada al fenómeno delincencial ya que promueve la armonía social mediante la reconciliación entre las víctimas, los delincuentes y las comunidades, a través de su participación en un proceso restaurativo, en el que

* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 24, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, CRC/C/GC/24, 18 de septiembre de 2019, párrs. 100 y 102.

participan víctima, adolescente, comunidad y un tercero generalmente llamado facilitador, quien debe estar debidamente especializado en el tema de justicia juvenil.⁸

Los procesos restaurativos están encaminados a generar acuerdos ente la víctima y el acusado respecto a diversos delitos, esto siempre y cuando se cuente con pruebas suficientes para acreditar la responsabilidad de la PME y se cuente con el consentimiento libre e informado tanto de la víctima y de la PME (garantizado el debido proceso y sus derechos humanos).

En observancia del principio *non bis in ídem* la participación de la PME en los mecanismos alternativos o procesos restaurativos no podrán ser utilizados como prueba o antecedente en procedimientos posteriores.

La mediación por sus características es considerada como un tipo de proceso restaurativos (también lo son las conferencias familiares y los círculos o reuniones restaurativas)⁹. De acuerdo con los Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal, un proceso restitutivo es:

[...] todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restitutivos se pueden incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decir condenas.¹⁰

⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 40.4 y Reglas de Beijing 6.3

⁹ Ayllón García, Jesús Daniel, “La justicia Restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos”, en *Ars Boni et Aequi*, Año XV, N° 2, p. 12. Rescatado de <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/357/330>

¹⁰ “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”, en *Consejo Económico y Social*, E/CN.15/2002/5/Add.1, Naciones Unidas, 2002, Principio I.2. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>

La metodología restitutiva o restaurativa, busca promover la vida en comunidad y responsabilizar a las PME de sus acciones, para estar en posibilidad de hacer enmiendas, aprender y crecer. Los procesos no judiciales de justicia alternativa/restaurativa implican encuentros víctima-victimario, la reparación del daño, participación (directa o indirecta), reintegración social. En la Justicia Juvenil, estos procesos deben observar los siguientes principios¹¹:

1. Participación (activa y voluntaria): la participación de los intervinientes debe ser de forma consentida y voluntaria (no se les puede coaccionar). En el caso de la PME acusada, se debe tener especial cuidado en que el trato, proceso o instituciones en donde se lleve a cabo el proceso no ejerzan presión o coacción alguna.
2. Imparcial: si bien los procesos alternos y restaurativos se llevan a cabo como parte de la justicia penal, las y los funcionarios que intervienen en el proceso deben mantener una actitud imparcial, es decir, se debe mantener un equilibrio y respeto entre las partes.
3. Reparación (amplia): material, devolución, entrega o pago del daño; simbólica: realizar actividades que sirvan para reparar el daño (servicio en favor de la comunidad). Emocional: disculpas, aceptación de responsabilidad, etcétera.
4. Responsabilización: en los mecanismos alternativos y en los procesos restaurativos, es necesario que la persona acusada de la comisión del delito acepte su responsabilidad respecto del daño ocasionado, que no es lo mismo que la responsabilidad del delito y culpabilidad en términos de la teoría del delito. Es importante resaltar que esta responsabilización no podrá ser usada en el proceso penal.
5. Reconciliación: como resultado de los mecanismos alternativos y procesos restaurativos se busca que haya una reconciliación entre los intervinientes, que vaya más allá de la aceptación de un acuerdo sobre la reparación del daño.

¹¹ Recomendación número 19 del Consejo de Europa. Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz.

* Aguirre, Suárez, P., “La justicia restaurativa”, en Tello, Gilardi, J. y Calderón, Puertas, C. (Coords.), *Mediación y justicia juvenil restaurativa*, pp. 11-24, Perú, Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, pp. 12-13.

6. Comunitaria: en los procesos restaurativos, participan personas que forman parte de la comunidad en la que ocurrió el hecho delictivo e incluso de la familia tanto de la víctima como de la persona acusada de la comisión del delito.

Si bien la aplicación de estos mecanismos suele no ser rígida, se ha llegado al consenso de que es posible establecer tres etapas de los procesos restaurativos¹²:

- La preparación: se trata de una serie de reuniones previas con cada una de las partes, por separado, en las que se les informa en qué consiste el proceso y cuáles son las consecuencias de este, además abordan las expectativas de las partes, se establecen las reglas y objetivos de la reunión conjunta.
- El diálogo: reuniones en las que participan todas las partes (víctima, acusado, comunidad). Tiene como objetivo que cada una de las partes intervinientes cuente qué y cómo ocurrieron los hechos, así como el impacto que los mismos han tenido en su vida. Posteriormente se inicia con un proceso en el que se construyen soluciones, con base en propuestas de las partes y un proceso de negociación, a fin de elaborar y firmar un acuerdo preparatorio, en el que se establezca la forma y el tiempo en que se reparará el daño.
- Seguimiento: se trata del mecanismo a través del cual se vigilará el cumplimiento del acuerdo reparatorio, generalmente se establece en el propio acuerdo.

La finalidad de estos mecanismos en la justicia juvenil, no es (o no debería ser) la descongestión de los sistemas de justicia, pues lo que se busca es reparar el tejido social dañado por la comisión del delito, el cual no sólo perjudica a la víctima, sino también a la comunidad, de ahí que su aplicación es la mejor forma de observar los principios de las 4Ds: despenalización, desjudicialización, debido proceso y diversificación de las respuestas¹³.

¹² Aguirre, Suárez, P., “La justicia restaurativa”, en Tello, Gilardi, J. *op. cit.* p. 16.

¹³ Carlos Vázquez González, *Derecho penal juvenil*, 2a. ed., España, Dykinson, 2007, p. 155.

Cabe resaltar que la justicia alternativa y los procesos restaurativos, son los medios idóneos para alcanzar los efectos pedagógicos de los sistemas de justicia juvenil. Al mismo tiempo que se equilibran el interés superior de la PME (educativa/pedagógica) y la reparación de la víctima. Así es posible definir la justicia juvenil con enfoque restaurativo como:

[...] un modelo de justicia hacia la potenciación de los adolescentes autores de actos infractores, a partir del encuentro de este, el receptor de su acto (víctima) y la comunidad, buscando tres objetivos: reparar el daño, la responsabilidad del autor, la restauración de las personas involucradas en sus sentimientos y relaciones¹⁴.

III. JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES EN MÉXICO

A partir de la publicación de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA) el 16 de junio del año 2016 (que entró en vigor el 18 de junio del año 2016), se da un paso más hacia la consolidación de una estructura que materialice los objetivos de la justicia penal para adolescentes, reinserción social y reintegración familiar (arts. 18 CPEUM, 28 y 153 LNSIJPA) de la persona adolescente que ha cometido una conducta tipificada como delito en la ley penal, mediante el debido proceso y garantizando los Derechos Humanos maximizándolos por tratarse de personas en situación de vulnerabilidad¹⁵.

* Octavio García Pérez, “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en justicia de menores” en *Derecho penal y psicología del menor*. Sola Reche E. (et al), España, Universidad de la Laguna 2007, p. 48.

¹⁴ Reyler Rodríguez Chávez, “Alcance de la justicia juvenil restaurativa en el Perú a propósito del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes”, en Tello, Gilardi, J. y Calderón, Puertas, C. (Coords.), *Mediación y justicia juvenil restaurativa*, pp. 103-118, Perú, Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, p. 107.

¹⁵ Regla de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, “Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas ... 2.- Edad. (5) Se considera niño, niña, adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que

1. PRINCIPIOS DEL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

La LNSIIPA prevé que en el proceso de justicia para adolescentes se deben observar los principios generales del proceso penal, esto es los previstos en el artículo 20 de la Constitución: contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Asimismo, deben observarse los principios del debido proceso: i. Principio de legalidad; ii. Principio de presunción de inocencia; iii. Principio de defensa; iv. Principio de contradicción; v. Principio de Juez natural; vi. Principio de doble instancia; vii. Principio de non bis in ídem. Derivado de que este sistema de justicia se aplica a personas menores de edad, se han establecido una serie de principios específicos: Los principios de este sistema integral son: la especialidad (arts. 23, 63 y 64 LNSIIPA), el interés superior de la persona adolescente (art. 12), la mínima intervención y protección integral (art. 13 LNSIIPA).

La *especialidad* se refiere no sólo a la existencia de un órgano jurisdiccional especializado, sino a la necesidad de que todos los intervinientes técnicos y jurídicos, es decir, Jueces, Magistrados, Ministerios Públicos (en adelante MP), Defensores (públicos y privados), especialistas en psicología, trabajo social, pedagogía, antropología e incluso el personal de seguimiento de medidas en libertad y de seguridad en la aplicación de las medidas de internamiento, cuenten con una formación que les permita conocer y comprender las situación de las personas adolescentes investigadas, procesadas y sentenciadas por la comisión de un delito, más allá del marco jurídico.

En cuanto al *interés superior*, éste debe ser el eje que rige todas y cada una de las actuaciones de las autoridades e intervinientes en el sistema, en cada una de las etapas del proceso (desde la investigación inicial), así como en la ejecución de las medidas sancionadoras.

haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo...”.

La *mínima intervención* implica que las autoridades deben ponderar en cada situación, la decisión que perjudique lo menos posible al adolescente, ya sea aplicando salidas alternas al proceso o bien en la modificación de las medidas sancionadoras.

Por lo que se refiere a la *protección integral*, implica que se debe velar por el óptimo desarrollo de la persona adolescente; así como, el derecho del adolescente a que sus padres, representantes legales o tutores sean informados de su situación jurídica, y en caso de que ello no sea posible se avisará a la procuraduría de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (art. 11 LNSIJPA).

Siguiendo con lo establecido en el párrafo 4° del artículo 18 Constitución, son sujetos del sistema las personas mayores de 12¹⁶ años y menores de 18¹⁷ años, además, reconociendo la autonomía progresiva (art. 19 LNSIJPA), distingue en tres grupos etarios (art. 3 LNSIJPA) I. 12-13, II. 14- 15, y III. 16-17¹⁸. En caso de duda respecto de la edad del sujeto, se presumirá lo más favorable niño/adolescente/ adulto.

Se establece además un derecho penal de acto, es decir las cuestiones particulares del adolescente únicamente se deben tomar en cuenta en beneficio del o la adolescente (art. 20 LNSIJPA), incluso en el caso de la delincuencia organizada, en cuyo caso la aplicación de la Ley especial se limitará únicamente a los casos en que se le beneficie (art. 10 LNSIJPA).

¹⁶ Art. 4.- Los menores de 12 años están exentos de responsabilidad penal y estarán sujetos a la ley de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

¹⁷ Art. 6.- La ley del sistema integral de justicia penal para adolescentes se aplicará a mayores de 18 años cuando éstos hayan realizado la conducta antes de la mayoría de edad, cumplan la mayoría de edad durante el proceso o en el cumplimiento de la medida. No cumplirán la medida privativa de libertad en el mismo lugar que los adolescentes.

¹⁸ Art. 109.- Prescripción. Grupo etaria 1. Prescribe acción penal no podrá exceder de un año. Grupo etaria 2. La prescripción no podrá exceder de 3 años; grupo etaria 3 prescripción no podrá exceder de 5 años. En los demás casos la prescripción será de un año. En delitos sexuales o trata de personas (N, N, A) la prescripción empezará a contar cuando la víctima cumpla 18 años.

2. PROCESO PENAL PARA ADOLESCENTES EN MÉXICO

En cuanto al proceso penal de adolescentes tiene como objeto establecer la existencia de delitos; determinar si el adolescente es autor o partícipe, grado de responsabilidad y aplicación de medidas socioeducativas del sistema (art. 106 LNSIJPA). Este se regirá por los principios establecidos en el artículo 20 constitucional, con algunas excepciones, se trata entonces de un proceso acusatorio y oral, cuyos principios rectores son la contradicción, continuidad, concentración e inmediación; respecto al principio de publicidad, no se aplica en este sistema ya que se debe resguardar la identidad del adolescente (art. 32 LNSIJPA) y confidencialidad del proceso (art. 36 LNSIJPA), a menos que él solicite la publicidad de las audiencias.

Así pues, una vez recibida la noticia criminal ante el MP (denuncia, querrela o requisito equivalente), en los casos de flagrancia, el MP evaluara primeramente la procedencia de libertad y en su caso la decretara, asimismo, estudiara la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad (párrafo VII del art. 21 CPEUM, arts. 131 frac. XIV, 256 (procedencia) CNPP y 129, 155, II, b), 164 LNSIJPA), o bien de remitirlo a un programa educativo, y en su caso lo pondrá a disposición del Juez de Control sin agotar el plazo de 36 horas, en los casos de orden de aprensión debe poner de inmediato al adolescente a disposición del Juez de Control (arts. 129 y 130 (párrafo VII del art. 21 CPEUM, arts. 131 frac. XIV, 256 (procedencia) CNPP y 129, 155, II, b), 164 LNSIJPA). Desde el inicio de la investigación, el adolescente y su defensor tendrá acceso a los datos de prueba (art. 135 LNSIJPA).

Se seguirán las mismas etapas establecidas en el CNPP (art. 118 LNSIJPA), investigación (inicial y complementaria), etapa intermedia, juicio oral y ejecución. En el caso de la flagrancia el Juez de Control realizará el control de la detención.

En la audiencia inicial, se realizará la formulación de imputación, se vinculará a proceso y en su caso se aplicará una medida cautelar. El tiempo desde el auto de vinculación a proceso hasta que se dicte una sentencia no podrá exceder de 6 meses, a menos que lo solicite el adolescente (art. 117 LNSIJPA). Una vez dictado el auto de vinculación el Juez de Control determinará el tiempo de la investigación complementaria, el cual no podrá exceder de tres meses y se podrá prorrogar sin que exceda de un año (arts. 131 y 132 LNSIJPA). La imposición de medidas cautelares se realizará a solicitud del MP, la víctima u ofendido (art. 119 LNSIJPA), se aplicará por el tiempo estrictamente indispensable para evitar su sustracción y garantizar el procedimiento (art. 120 LNSIJPA) y serán revisadas cada mes (art. 121 LNSIJPA).

Como lo señala el ya referido artículo 18 Constitucional, el internamiento incluso el preventivo se aplicará de forma excepcional, por el menor tiempo posible y únicamente a los mayores de 14 años, de lo que se desprende que en esta materia no se aplica la prisión preventiva oficiosa prevista en el ordinal 19 Constitucional, además de ser incompatible con cualquier otra medida (arts. 122 y 123 LNSIJPA).

La investigación puede terminar, con la abstención de investigar por parte del MP, el no ejercicio de la acción penal, el archivo temporal o la aplicación de un criterio de oportunidad en términos del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales y en los casos en que la conducta no lesione o ponga en riesgo grave el bien jurídico tutelado y que pueda ser considerado como parte del proceso de desarrollo y formación (arts. 127 y 128 LNSIJPA).

Una vez transcurrido el plazo para la investigación complementaria, el Ministerio Público contará con cinco días para solicitar el sobreseimiento o formular acusación, si no lo hace el Juez de Control informará al titular del MP, y si este no se pronuncia en tres días el Juez de Control dictará el sobreseimiento (art. 133 LNSIJPA).

La presentación de la acusación da inicio la etapa intermedia, cual tiene como objeto el ofrecimiento y admisión de medios de prueba, la depuración de hechos controvertidos, tiene dos fases, la escrita (escrito de acusación) y oral (audiencia intermedia) (art. 135 LNSIJPA). El escrito de acusación debe contener la individualización del adolescente y su defensor, identificación de la víctima u ofendido y asesor jurídico, el hechos (tiempo, modo y lugar), clasificación jurídica, modalidades de los hechos, autoría o participación atribuida al adolescente, los preceptos legales aplicables, los medios de prueba que se ofrecen y en su caso prueba anticipada, el monto de la reparación del daño y pruebas que lo avalan, la solicitud de decomiso de bienes asegurados, la propuesta de acuerdos probatorios y cuando proceda la solicitud de que se aplique alguna forma de terminación anticipada (art. 136 LNSIJPA).

Con dicho escrito se dará traslado a la víctima u ofendido, quienes dentro de los 5 días siguientes podrán ofrecer medios de prueba o formular correcciones al escrito del MP, se debe notificar al MP, al adolescente y al defensor, el MP contará con 3 días para pronunciarse, dicha respuesta debe ser notificada a la víctima ofendido, asesor jurídico, adolescente y defensor (art. 137 LNSIJPA).

El adolescente y su defensor contarán con 5 días hábiles para contestar a la acusación referida, señalando los vicios formales, solicitando acumulación o separación de procesos y hacer valer las excepciones (litispendencia, etcétera), exponer los argumentos de defensa y señalar los medios de prueba que pretenda que se produzcan en el juicio oral, este escrito debe ser notificado a las partes dentro de las 48 horas siguientes (Art. 138 LNSIJPA)

Transcurrido dicho el Juez de Control señalará audiencia en no menos de 3 días ni más de 5 días (art. 140 LNSIJPA). La audiencia intermedia, el auto de apertura a juicio y la audiencia de juicio oral se llevará en los términos del CNPP (cita para la audiencia 20-60 días).

3. EMISIÓN DEL FALLO

Una vez concluida la deliberación, el Juez Oral o el Tribunal de Enjuiciamiento se constituirá nuevamente en la sala de audiencias, después de ser convocadas oralmente o por cualquier medio todas las partes con el propósito de que el Juez relator comunique el fallo respectivo (art. 401 CNPP); el fallo deberá señalar:

- La decisión de absolución o de condena;
- Si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría de miembros del tribunal, y
- La relación sucinta de los fundamentos y motivos que lo sustentan.

Cuando el fallo sea absolutorio el Tribunal podrá aplazar la redacción de la sentencia hasta por un plazo de tres días (art. 152 primer párrafo LNSIJPA). Cuando sea una sentencia condenatoria, al comunicar el fallo, se señalará audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño, misma que se celebrara dentro de los tres días siguientes al pronunciamiento del fallo condenatorio (art. 150 primer párrafo LNSIJPA) y en un plazo no mayor a tres días se citará a la celebración de una audiencia para la notificación de la sentencia (art. 152 primer párrafo LNSIJPA).

La sentencia se dictará una vez que el tribunal tenga la convicción de la responsabilidad del adolescente. Una vez cerrada el debate, el Juez comunicará el fallo, únicamente se podrá demorar por 24 horas cuando las circunstancias y complejidad del asunto lo requieran (Art. 144 LNSIJPA).

4. RECURSOS

Los recursos que se admiten en este proceso son los mismos que en el proceso para adultos, revocación y apelación, se tramitan con las reglas del Código Nacional de Procedimiento Penales (art. 168 LNSIJPA)

A) RECURSO DE REVOCACIÓN

Procedencia en cualquier etapa del procedimiento, contra resoluciones de mero trámite que se resuelven sin sustanciación; conoce el mismo Juez. En audiencia oral o por escrito, contra resoluciones pronunciadas en la audiencia debe promoverse antes de que termine la misma, verbalmente de inmediato y se pronuncia el fallo de igual manera; contra resoluciones dictadas fuera de audiencia por escrito dentro de los dos días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, expresando los motivos por los cuales se solicitó.

El Juez se pronunciará de plano, pero podrá oír a las demás partes dentro del plazo de dos días de interpuesto el recurso, si se trata de un asunto cuya complejidad así lo amerite, por escrito tres días siguientes a su interposición. En caso de que el Juez cite a audiencia por la complejidad del caso, resolverá en ésta (art. 170 y 171 LNSIIPA).

B) RECURSO DE APELACIÓN

La apelación procede en contra de actos del Juez de Control, cinco días cuando se trate de autos y siete contra sentencias; se deben presentar por escrito ante el mismo Juez que lo emita. En caso de que la resolución sea emitida por el Tribunal de Juicio Oral los plazos serán de cinco días contra el sobreseimiento y quince días contra la sentencia; se presentará por escrito en el que deben expresar los agravios, al interponer, contesta o adherirse al recurso los interesados podrán manifestar su deseo de exponer oralmente sus alegatos (art. 172 LNSIIPA).

Se darán tres días para que las partes se adhieran y se dará traslado a las partes tres días con el escrito de adhesión (art. 173 LNSIIPA). Una vez emplazadas si alguna parte quiere presentar alegatos orales o el magistrado lo estima pertinente, se citará a audiencia dentro de los cinco a quince días dentro del término para la adhesión. Audiencia para oír alegatos cinco días después de admitido el recurso (art. 174 LNSIIPA). El tribunal de alzada pue-

de resolver de plano en audiencia o por escrito dentro de tres días siguientes a la audiencia. Confirmará, modificará o revocará. Apelación sobre exclusión de pruebas, el Tribunal de Alzada informará si admite o no el recurso al Juez de Control (art. 175 LNSIJPA).

5. LAS MEDIDAS SANCIONADORAS DERIVADAS DEL PROCESO PENAL PARA ADOLESCENTES

Para la imposición e individualización de la medida de sanción, se debe atender a los fines de la ley; edad, circunstancias familiares, económicas, social del adolescente (en su favor); comprobación de conducta y grado de participación; características del caso concreto, circunstancias y gravedad de hecho, agravantes o atenuantes; posibilidad real del cumplimiento; daño causados y esfuerzo por repararlo, otros. La individualización se realizará en audiencia que se celebrara tres días a partir de comunicado el fallo, podrán ofrecerse pruebas. Cerrado el debate se procederá a imponer la o las medidas y la forma de reparación del daño (arts. 148 y 150 LNSIJPA).

Las medidas sancionadoras son de carácter educativo y promoverán la formación, fomento de vínculos positivos y el desarrollo de su personalidad y capacidades, así como el sentido de responsabilidad, la medida de privación de libertad como medida extrema y por el menor tiempo posible (art. 30, 31 y 107 LNSIJPA). Los fines de las medidas impuestas por el Juez, para su imposición deben tomarse en cuenta las características del adolescente; continuar con estudios; escuchar y tomar en cuenta la opinión del adolescente y su responsable; orientarse a los parámetros de la educación para la paz, soluciones pacíficas y derechos humanos (art. 187 LNSIJPA).

Los tipos de medidas de sanción son: amonestación, apercibimiento, prestación de servicios a favor de la comunidad, sesiones de asesoramiento colectivo y actividades análogas, restauración del daño, libertad asistida, estancia domiciliaria, semi-internamiento,

internamiento (se debe computar a favor del adolescente el tiempo del internamiento preventivo) (art. 155, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165 y 167 LNSIJPA) de menor a mayor gravedad.

Cuando se trate de adolescentes de 12-13 años, no se podrá imponer medida privativa de libertad y únicamente se impondrá una medida sancionadora. En los demás casos se podrán aplicar hasta dos medidas tanto privativas como no privativas de libertad, podrán ser cumplidas de manera simultánea, alterna o sucesiva. En el caso de las personas de 14 y 15 años las medidas tendrán una duración máxima de tres años, y en el caso de 16 y 17 no excederá de cinco años (art. 145 LNSIJPA).

La privación de libertad solo será procedente en los delitos del art. 164 LNSIJPA, en los casos de tentativa no procederá la privación de libertad. El internamiento podrá ser de hasta cinco años homicidio calificado, violación tumuntoria, secuestro, trata de personas y delincuencia organizada. En los casos de intervención a título de participación la medida de sanción privativa de la libertad será de hasta $\frac{3}{4}$ de la máxima de la medida de sanción privativa de libertad según el grupo etario (art. 146 LNSIJPA).

La Ley especializada prevé medios para lograr la reintegración y reinserción, garantizar el cumplimiento de sus derechos; posibilitar su desarrollo personal, tomar en cuenta su opinión e involucrarlo activamente en la elaboración y ejecución de su Programa Individualizado de Actividades (medida cautelar) o Programa Individualizado de Ejecución (medida sancionada), los cuales deben contener los fines de las medidas impuestas por el Juez; características del adolescente; continuar con estudios; escuchar y tomar en cuenta la opinión del adolescente y su responsable; orientarse a los parámetros de la educación para la paz, soluciones pacíficas y derechos humanos (art. 187 LNSIJPA). También se busca minimizar los efectos negativos que la medida de sanción pueda tener en su vida y futuro, fomentar los vínculos familiares y sociales que contribuyen a su desarrollo personal, a menos que esto sea contrario a sus derechos

(art. 154 LNSIIPA). El adolescente puede incidir en el plan individualizado en tanto no se trate de modificaciones trascendentales (art. 48 y 154 LNSIIPA).

Este plan debe contener la identificación, medidas impuestas, objetivos particulares para la reinserción y reintegración, actividades educativas, deportivas, culturales, laborales o formativas, condiciones de cumplimiento, centro o institución para el cumplimiento, asistencia especial, posibilidad de atenuación de la medida, condiciones para preparar la terminación de la medida que responda al caso particular de la persona adolescente; otras (art. 188 LNSIIPA).

Por cuanto hace a los derechos de las personas sujetas a medida privativas de la libertad sean cautelares o de sanción, son todos aquellos con los que cuentan las personas en libertad excepto aquellos que sean expresamente restringidos por el Juez, en los términos del plan individualizado de actividades y ejecución¹⁹. El alojamiento debe ser separado del de los adultos, con una separación por edad, género, situación física y situación jurídica, los adolescentes que cumplan 18 años no podrán ser trasladados a centros para adultos (art. 46 y 47 LNSIIPA).

¹⁹ Se deben garantizar integridad física, moral, sexual y psicológica. Informar adolescente/familiar de la finalidad de la medida cautelar y sanción impuesta contenida en el plan individualizado de actividades/ejecución. Información de derechos y obligaciones; atención médica preventiva y tratamiento, alimentación nutritiva adecuada y suficientes; vestimenta digna y suficiente/ agua/ artículos de salud/visitas/salida medidas/sepelio; contacto con el exterior/actividades en servicio público. No ser controlado con fuerza/ hacer peticiones, quejas/audiencia con servidores públicos, limitación de derechos necesarios, proporcional e idoneidad para asegurar condiciones de internamiento seguras y dignas.

Art. 49. Cercanía con sus familiares.

Art. 50. Acceso a medios de información. Prensa escrita, radio y tv.

Art. 51. Educación. Educación, arte u oficio.

Art. 52. Equivalencia para el acceso al derecho a la salud. Madres adolescentes.

Art. 53. Conservar custodia. Perméense con sus hijos menores de 3 años en el cen-

6. ETAPA DE EJECUCIÓN

En la etapa de ejecución, conocerá el Juez de Ejecución, tiene como objeto asegurar el cumplimiento, lograr los fines y la resolución de incidente, así como determinar la modificación, sustitución o cumplimiento de las medidas (arts. 176 y 177 LNSIJPA).

En los casos de concurrencia de diversas medidas de sanción, será simultaneo si son compatibles, se declaran extintas las medidas menos relevantes si son incompatibles (art. 183 LNSIJPA); en caso de concurrencia de sanción-pena. Se declara extinta la medida de sanción (art. 184 LNSIJPA).

Una novedad más de este sistema es la aplicación de justicia restaurativa en la ejecución de medidas de sanción, cuyo fin es identificar necesidades y responsabilidades individuales y colectivas para la reintegración de la víctima y adolescente (art. 192 LNSIJPA). La cual procede una vez que quede firme la sentencia dictada (art. 193 LNSIJPA); proceden a petición de la víctima y ofendido, la preparación no podrá exceder de seis meses, el acuerdo versará sobre la reparación del daño (arts. 194 y 196 LNSIJPA)

tro en área especial. Al cumplir 3 años se deberá a JE con opinión de la procuraduría de protección.

Art. 54. Prohibición de aislamiento. Excepto en casos de violencia, por el menor tiempo sin exceder de 24 horas. Dar aviso a su defensa no implica incomunicación.

Art. 55. Recibir visita íntima. Emancipados/concubina/mayores de 18 años cumpliendo medida. No puede ser suspendida como sanción disciplinaria.

Art. 56. Trabajo. Capacitar para el trabajo para garantizar inserción, evitando trabajo, peligroso o explotación laboral.

Art. 57. Derechos de las adolescentes en centro especializado. Atención médica, podrá solicitar que el personal sea del sexo femenino, presente una persona del sexo femenino, instalaciones dignas y seguras, atención medida especializada.

Madres adolescentes. Maternidad, parto, puerperio y lactancia, permanencia con su menor hijo, tomando las medidas necesarias para disponer el respectivo cuidado de la niña o niño.

El Tribunal de Juicio Oral notificará al Juez de Ejecución en el término un máximo de tres días hábiles; el Juez de Ejecución enviará copia de la sentencia a la autoridad dentro de un plazo máximo tres días hábiles. El Juez de Ejecución en audiencia inicial resolverá legalidad del Plan individualizado de ejecución (art. 198 LNSIJPA). Se hará una revisión periódica del PIE, de oficio cada tres meses, la autoridad administrativa informará al juez de ejecución y al adolescente, defensa, responsable, la omisión de esta obligación se castiga administrativa y penalmente (art. 200 LNSIJPA)

Las controversias sobre la medida de sanción de internamiento por estancia domiciliaria. Procede cuando esta última sea más conveniente para la reinserción y la reintegración social y familiar; también se podrá sustituir por servicio en favor de la comunidad, en ambos casos se tomará en cuenta el interés superior de la persona adolescente, condiciones en que ha venido cumpliendo la medida, retos y obstáculos que ha enfrentado (art. 214, 215 y 217 LNSIJPA).

IV. MEDIACIÓN PENAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

Desde su primera intervención, tanto el MP como el JC, deben informar a las partes (cuando el caso lo permita), sobre la posibilidad de optar por un mecanismo alternativo de solución de controversia, la forma en que estos proceden y sus alcances, por lo que además en esta materia se le concede un uso prioritario (arts. 131 frac. XVIII y 189 CNPP y 94 LNSIJPA) y su omisión en materia de reposición de procedimiento, ello de acuerdo con la siguiente tesis aislada:

ACUERDOS REPARATORIOS. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE CUMPLIR DESDE SU PRIMERA INTERVENCIÓN CON SU OBLIGACIÓN DE EXHORTAR A LAS PARTES A CELEBRARLOS Y EXPLICAR LOS EFECTOS Y MECANISMOS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DISPONIBLES, VIOLA DERECHOS HUMANOS CON TRASCEN-

DENCIA AL FALLO RECURRIDO, QUE ORIGINA LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MORELOS).

...si los acuerdos reparatorios constituyen un medio para la conclusión del procedimiento respecto de cierto tipo de delitos, donde es obligación del JC, desde su primera intervención, exhortar a las partes a celebrarlos, y explicar los efectos y mecanismos de mediación y conciliación disponibles, es inconcuso que si omite hacerlo, viola Derechos Humanos con trascendencia al fallo recurrido, lo que origina la reposición del procedimiento²⁰.

Este criterio reconoce el acceso a la justicia alternativa como un derecho humano, mismo que en la justicia para adolescente cobra especial relevancia en virtud de los principios de interés superior y mínima intervención que rigen la materia.

Las soluciones alternas en materia de justicia penal para adolescentes deben partir del principio de interés superior de la persona adolescente, esto en un sentido amplio, es decir favorecerlo en el proceso de reinserción social, no en el sentido de evitar la responsabilidad de las consecuencias de su acción²¹. Los mecanismos alternativos que se prevén en la LNSIIPA son dos, la mediación y los procesos restaurativos²². Su aplicación debe buscar el esclarecimiento de los hechos y con ello encaminar el proceso hacia la reintegración social y familiar,²³ a diferencia del proceso penal para adultos que se avoca a la acreditación del delito y de la responsabilidad del

²⁰ Tesis: XVIII.4º.3 P (10ª), Núm. de registro: 2004377, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, Septiembre de 2013, p. 2437. Disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004377>.

²¹ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, comentada y concordada*, México, Flores, 2016, pp. 102-104.

²² Sánchez García, Arnulfo, "Catalogo de delitos mediables", en Sánchez, Arnulfo/Gorjón Francisco Javier/Martiñón, Gilberto Zaragoza, José (comp.), *Mediación penal y justicia restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 115- 141.

²³ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Hacia una teoría procesal en justicia para adolescentes*, México, Flores, 2016, p. 51.

adolescente: “Negociar con el adolescente para esclarecer los hechos en los que se ve implicado es, siempre, una mejor opción que encaminar el caso solo contra él.”²⁴

La mediación penal “versa sobre la gestión del conflicto causado a partir de la comisión de un delito, la cual tendrá como límites los criterios tasados en la legislación procesal penal aplicable al territorio nacional.”²⁵

Por su parte, la justicia restaurativa pone atención en la lesión causada a una persona determinada derivada de un delito que busca una solución al conflicto suscitado de índole individual y social; busca darle reconocimiento y consideración a la víctima u ofendido, por ello beneficia al infractor con una disminución de la pena e incluso el no ejercicio de la acción penal²⁶.

Los procesos restaurativos son aquellos celebrados entre la víctima u ofendido, el imputado, la comunidad y los operadores del sistema (en los encuentros víctima/adolescente, procesos restaurativos o círculos), que una vez aprobados por el MP o el JC y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal.

La LNSIIPA establece dos soluciones alternas: el Acuerdo Reparatorio y la Suspensión Condicional.

1. ACUERDO REPARATORIO

El art. 85 LNSIIPA, establece que la mediación es “un mecanismo voluntario mediante el cual la persona adolescente, su representante y la víctima u ofendido, buscan, construyen y proponen opciones

²⁴ José Daniel Hidalgo Murillo, *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, comentada y concordada*, ... *op. cit.*, p. 153.

²⁵ Sánchez García, Arnulfo, Francisco Javier Gorjón Gómez, *Vademécum de mediación y arbitraje*, México, Tirant lo Blanch, 2016, p. 163.

²⁶ Guzmán Campos, Alma Delia, Mónica Denis Trujillo Hernández, “Justicia alternativa”, en Badillo, Ramón Ernesto, *et al.*, *Los métodos alternos de solución de conflictos y la justicia penal*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014, p. 168.

de solución a la controversia”. Las partes pueden acceder a este mecanismo desde la investigación inicial y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral.

En caso de que opten por ellas en la investigación inicial, la mediación se llevará ante el centro de mediación de la Procuraduría de Justicia sea estatal o federal, en tanto que, si se opta por el mecanismo una vez vinculado a proceso, se desarrollara ante el centro de justicia alternativa del tribunal local o federal que se encuentre conociendo el asunto.²⁷

2. PROCESOS RESTAURATIVOS

Los procesos restaurativos buscan *restaurar el tejido social* (art. 27 LN-MASC en materia penal), para ello es necesario que una vez que las partes deciden participar en estos procesos se realicen reuniones previas efecto de explicar a cada una de ellas la forma en que se desarrollará la sesión conjunta y así como conocer los alcances restaurativos y penales que se pueden obtener. Es necesario que en estas sesiones el adolescente acepte la responsabilidad de la conducta; en caso contrario, no se llevarán las sesiones conjuntas. Esta se puede desarrollar de tres formas:

A) ENCUENTRO ENTRE VÍCTIMA Y ADOLESCENTE

La víctima u ofendido, el adolescente y su representante buscan, proponen y construyen opciones de solución. Dentro de la sesión se da el uso de la voz a la víctima/ofendido y adolescente a efecto de que cada uno cuente su perspectiva sobre el hecho delictivo, así como de los daños derivados del mismo; posteriormente se pasará al estudio de la reparación del daño, una vez que haya acuerdo al respecto; el facilitador redactará los puntos sobre los que versa el acuerdo en concreto la forma en que se reparara el daño (art. 90 LNSIIPA).

²⁷ Martínez, Javier, *Estrategias de litigación en el nuevo sistema procesal penal acusatorio en México*, México, Flores, 2013, pp. 2-8.

B) JUNTA RESTAURATIVA

Participan tanto la víctima u ofendido como el adolescente, pero además también interviene la comunidad que en su caso se haya visto afectada por la comisión del delito. El objetivo es buscar y construir una solución que repare el daño causado al tejido social, la sesión se desarrolla dando el uso de la voz a las partes, quienes harán propuestas de solución las cuales serán evaluadas y en su caso modificadas, y una vez aceptadas, se procederá a la redacción del acuerdo (art. 91 LNSIJPA)²⁸.

C) CÍRCULOS (RESTAURATIVOS).

Participan la víctima, ofendido, adolescente, comunidad afectada y operadores del sistema (sin precisar quién)²⁹ en este caso, la participación de los intervinientes se guía a través de una serie de preguntas entorno a la problemática, las cuales se desarrollarán en la sesión previa. Para posteriormente pasar a la formulación de propuestas para la reparación del daño, las cuales se estudiarán y evaluarán para después asentar, firmar y registrar aquella que sea aceptada por los intervinientes (art. 92 LNSIJPA).

Procederán desde la presentación de la denuncia o querrela, hasta antes de decretarse el auto de apertura a juicio y en los casos en los que no sea procedente aplicar una medida de internamiento según la LNSIJPA; además no es necesaria la aceptación de responsabilidad por parte del adolescente dentro del proceso (pero sí en las sesiones previas); no procederá en los casos de violencia familiar (arts. 95 y 96 LNSIJPA)³⁰.

²⁸ Sánchez García, Arnulfo y Francisco Javier Gorjón Gómez, *op.cit.*, p. 142.

²⁹ En este caso, como en muchos otros, la Ley no establece a quienes se refiere con los operadores del sistema, sin embargo, debemos entender que se trata de los psicólogos, trabajadores sociales y pedagogos.

³⁰ Rogelio Barba Álvarez; Antonio Fierros Ramírez, “La mediación del Derecho

Desde que las partes optan por un MASC, se suspende el proceso y todas las diligencias que se lleven en la unidad o centro de mediación serán confidenciales y no podrán formar parte del proceso penal; la suspensión podrá ser hasta de 30 días, para que las partes firmen un acuerdo y se prorrogará hasta el tiempo pactado de su cumplimiento. En caso de que las partes no determinen un plazo, será de 1 año (arts. 188 y 189 CNPP) y se suspenden los plazos para la prescripción. La mediación tiene además una función social, pues como lo señala la LNMASC, es un medio para resarcir el tejido social dañado con la comisión de un delito³¹.

El procedimiento establecido en la LNMASC inicia con la solicitud que las partes realizan a la autoridad, sea ministerial o judicial (dependiendo de la etapa procesal), para que su controversia sea derivada al centro o unidad de mediación respectiva³².

En esta instancia, se designará a un facilitador que realizará el estudio del asunto a efecto de determinar si es procedente o no la aplicación de un MASC (art. 12 LNMASC en materia penal); en caso de

Penal del menor en México”, en Sánchez, Arnulfo, *et al.*, *Mediación penal y justicia restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, pp. 91-114. En México no se permite la mediación en los casos de violencia familiar ni violencia de género, esta postura atiende a que en los referidos caso no puede haber igualdad entre las partes debido a la situación de violencia, en contrapunto a esta determinación hay doctrinarios que consideran que sería oportuno abrir la posibilidad de la mediación en los casos de violencia en la pareja sobre este tema véase: Vázquez-Portomeñe, Fernando, “Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del art. 87 ter de la LOPJ (¿por qué abrir la mediación penal a los casos de violencia en la pareja?)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, número 15, enero de 2016, pp. 233-264. Vázquez-Portomeñe, Fernando, “La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la prohibición de la mediación penal en casos de violencia de género en México”, *Revista Penal México*, número 10, México, 2016. Grande, Pablo y Esther Pillado, *La justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2016.

³¹ Sánchez García, Arnulfo, “Catalogo de delitos mediables”, *op. cit.*, pp. 118- 120.

³² Hidalgo Murillo, José Daniel, *Hacia una teoría procesal en justicia para adolescentes*, *op. cit.*, pp. 315-316.

que a consideración del facilitador no sea procedente por la falta de algún requisito o bien por tratarse de una conducta que no permite la justicia alternativa, lo devolverá a la autoridad correspondiente³³.

Cuando la aplicación de un MASC sea procedente, se señalará fecha y hora para la celebración de una sesión previa en la que se informará a los intervinientes de manera separada o conjunta, del procedimiento y alcance de los MASC; en caso de que ambas partes (adolescente y víctima u ofendido) decidan participar en el mecanismo alternativo, se señalará fecha y hora para una sesión conjunta, en la que se llevará el proceso de acuerdo a lo establecido en los párrafos anteriores, según el mecanismo que se aplique (art. 7 LN Masc en materia penal).

En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, el asunto se devolverá a la autoridad remitente para que continúe el proceso penal. Por otro lado, si las partes llegan a un acuerdo, el mismo será validado por el licenciado en derecho a cargo de la unidad o centro de mediación y posteriormente aprobado por el MP o JC, dependiendo de la etapa procesal en la que se hayan celebrado; dicha situación se hará del conocimiento de la autoridad remitente, continuando la suspensión de los términos previstos legalmente. El cumplimiento del acuerdo derivará en el no ejercicio de la acción penal (investigación inicial) o sobreseimiento (investigación complementaria-antes de que se dicte apertura a juicio oral) (art. 189 CNPP).

Cuando el contenido del acuerdo verse sobre obligaciones económicas a cargo del adolescente, tanto el Juez como el MP, garantizarán que no sean desproporcionadas y que en la medida de lo posible el pago venga del trabajo y esfuerzo del adolescente (art. 98 LNSIIPA).

Si el acuerdo no se cumple, el asunto se devolverá a la autoridad correspondiente, a efecto de que continúe con el proceso, sin que la información que se haya ventilado durante la tramitación del MASC pueda ser utilizada durante el proceso penal (art. 189 CNPP).

³³ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, comentada y concordada*, op. cit., pp. 65-66.

3. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

De acuerdo con el art. 100 LNSIJPA la suspensión condicional del proceso inicia con el planteamiento al Juez formulado por el imputado o por el MP con anuencia del adolescente imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño (cuyo plazo no podrá exceder de 3 años) y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones.³⁴ La propuesta de suspensión condicional del proceso según el ordinal 101 LNSIJPA, procede cuándo:

- El auto de vinculación sea por hechos en los que no proceda la medida de internamiento (hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral); y
- Que no exista oposición fundada de la víctima (Art. 201 frac. II CNPP).

Las condiciones a las que puede someterse el adolescente se encuentran señaladas en el art. 102 de la Ley de la materia, pueden ser 1 o 2, y su duración no podrá ser menor a 3 meses, ni mayor a 1 año; las condiciones que se pueden imponer son:

- Comenzar o continuar la escolaridad que le corresponde;
- Prestar servicio social a favor de la comunidad, las víctimas, del Estado o de instituciones de beneficencia pública o privada, en caso de que la persona adolescente sea mayor de quince años (art. 159 LNSIJPA);
- Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el Juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia, siempre y cuando su edad lo permita (art. 123 apartado A CPEUM);
- En caso de hechos tipificados como delitos sexuales, la obligación de integrarse a programas de educación sexual que incorporen la perspectiva de género;

³⁴ Martínez, Javier, *op. cit.*, pp. 1232-1238.

- Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas;
- Participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones; y
- Cualquier otra condición que, a juicio del Juez, logre una efectiva tutela de los derechos de la víctima y contribuyan a cumplir con los fines socioeducativos de la persona adolescente.

Antes de determinar la condición a cumplir, el adolescente será sometido a una evaluación por parte de la Autoridad de Supervisión de Medidas Cautelares y de Suspensión Condicional del Proceso (art. 71 B LNSIJPA); para determinar la viabilidad de cumplimiento y eficacia de la condición, además deberá relacionarse con la conducta delictiva y se rige por los principios de proporcionalidad, mínima intervención, autonomía progresiva y justicia restaurativa, atendiendo a la finalidad de las medidas sancionadoras³⁵.

En caso de incumplimiento, se citará a una audiencia a efecto de escuchar al adolescente respecto de los motivos por los que no cumplió ya sea la condición o la reparación del daño, en caso de que sea por un motivo justificado se continuará, a consideración del Juez y previo debate de las partes, se podrá ampliar la duración de la suspensión hasta por 6 meses, y por una sola ocasión.

En el supuesto de que el adolescente sea sujeto de una medida de internamiento, tanto el preventivo como el impuesto en sentencia, ambos derivados de un proceso diverso, los efectos de la suspensión cesan temporalmente, hasta en tanto se obtenga su libertad hecho lo cual continuará con la suspensión, en caso de que se encuentre sujeto a otro proceso, pero continúe en libertad, los efectos de la suspensión condicional continúan (art. 105 LNSIJPA). El cumplimiento tanto del plan de reparación, como de la condición, traen como consecuencia el sobreseimiento de la causa penal.

³⁵ Barba Álvarez, Rogelio y Antonio Fierros Ramírez, “La mediación del Derecho Penal del menor en México”, en Sánchez, Arnulfo, *et al.*, *Mediación penal y justicia restaurativa*, *op. cit.*, pp. 111-112. La justicia restaurativa en el Derecho Penal de menores es una necesidad y obligación del estado- sociedad que materializa un sistema garantista.

Para la celebración de un acuerdo reparatorio se puede alguno de los procesos restaurativos.

V. REFLEXIONES FINALES

Derivado de las reformas constitucionales en justicia para adolescentes (2005), justicia penal (2008) y derechos humanos (2011) en México se ha construido un sistema un poco más garantista para las personas adolescentes que son investigadas, procesadas y sentenciadas por la comisión de una conducta tipificada como delito.

La trascendencia del marco constitución de la justicia para adolescentes, no solo se refleja en la protección a sus derechos humanos, o en la observancia de principios especiales como el de interés superior, mínima intervención y a la finalidad educativa del derecho penal para adolescentes³⁶, sino más aun en el establecimiento de la utilización de formas alternativas de justicia, es decir, formas no judiciales y salidas alternas; en específico a los principios de por lo que de conformidad con la Observación General número 24 del Comité de Derechos del Niño, la Justicia Juvenil tiene las características de lo que comúnmente se llama justicia alternativa, pues implica la desjudicialización (respecto al proceso) y la diversidad de respuestas que pueden aplicarse (durante y después del proceso)³⁷.

Como se advierte de lo antes expuesto, la justicia alternativa y los procesos restaurativos forman parte de esas formas alternativas de justicia previstas en la Constitución de nuestro país desde 2005, y son parte fundamental de un modelo integral de protección y garantista de justicia para adolescentes. Este modelo brinda un sistema que debidamente aplicado, hace posible que la persona adolescente pueda in-

³⁶ Estándares de Justicia Juvenil Restaurativa en la Implementación de Medidas Privativas de Libertad y Mediación Alternativas al proceso penal juvenil.

*Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa.

*Declaración Judicial Iberoamericana sobre justicia juvenil restaurativa.

³⁷ Punto 5.a de los Estándares de Justicia Juvenil Restaurativa en la Implementación

tegrarse a su familia y a su comunidad, para ser un adulto autónomo.

Todo sistema de justicia juvenil debe establecer el reconocimiento, respeto y garantía de todos los Derechos Humanos a las personas menores de edad, así como de aquellos derechos que les corresponden en virtud de su condición de personas en desarrollo, dada su edad y las características que rodean sus vidas (desarrollo físico, psicológico y social), al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que:

Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables³⁸.

VI. FUENTES CONSULTADAS

1. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE SUÁREZ, Paulina, “La justicia restaurativa”, en Tello, Gilardi, J. y Calderón, Puertas, C. (Coords.), *Mediación y justicia juvenil restaurativa*, Perú, Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2016.

BARBA ÁLVAREZ, Rogelio y Antonio Fierros Ramírez, “La mediación del Derecho Penal del menor en México”, en Sánchez García, Arnulfo *et al.*, *Mediación penal y justicia restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

de Medidas Privativas de Libertad y Mediación Alternativas al proceso penal juvenil.

³⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 24, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, CRC/C/GC/24, 18 de septiembre de 2019, párr. 2.

- GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en justicia de menores” en Sola Reche E. *et al.*, *Derecho penal y psicología del menor*, España, Universidad de la Laguna, 2007.
- GRANDE, Pablo y Esther Pillado, *La justicia penal ante la violencia de género ejercida por menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- GUZMÁN CAMPOS, Alma Delia y Mónica Denis, Trujillo Hernández, “Justicia alternativa”, en Badillo Ramón Ernesto *et. al.*, *Los métodos alternos de solución de conflictos y la justicia penal*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2014.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Hacia una teoría procesal en justicia para adolescentes*, Flores, México, 2016.
- _____, *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, comentada y concordada*, México, Flores, 2016.
- MARTÍNEZ, Javier, *Estrategias de litigación en el nuevo sistema procesal penal acusatorio en México*, México, Flores, 2013.
- RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Reyler, “Alcance de la justicia juvenil restaurativa en el Perú a propósito del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes”, en Tello, Gilardi, J. y Calderón, Puertas, C. (Coords.), *Mediación y justicia juvenil restaurativa*, Perú, Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2016.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo “Catalogo de delitos mediables”, en Sánchez García Arnulfo *et al.*, *Mediación penal y justicia restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo y Francisco Javier Gorjón Gómez, *Vademécum de mediación y arbitraje*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Derecho penal juvenil*, 2a. ed., España, Dykinson, 2007.

2. HEMEROGRAFÍA

“Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”, en *Consejo Económico y Social, E/CN.15/2002/5/Add.1*, Naciones Unidas, 2002, Principio I.2.

AYLLÓN GARCÍA, Jesús Daniel, “La justicia Restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos”, en *Ars Boni et Aequi*, Año XV, N° 2. Disponible en: <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/357/330>

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, Fernando, “Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del art. 87 ter de la LOPJ (¿por qué abrir la mediación penal a los casos de violencia en la pareja?)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, número 15, enero de 2016.

_____, “La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la prohibición de la mediación penal en casos de violencia de género en México”, *Revista Penal México*, número 10, México, 2016.

3. LEGISLACIÓN NACIONAL

Código Nacional de Procedimientos Penales (vigente al 2 de agosto de 2021)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente al 2 de agosto de 2021)

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (vigente al 2 de agosto de 2021)

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (vigente al 2 de agosto de 2021)

4. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 24, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, CRC/C/GC/24, 18 de septiembre de 2019.

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos del Niño

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Instituto de Reeducación del Menor VS. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa

Declaración Americana de Derechos Humanos

Declaración Judicial Iberoamericana sobre justicia juvenil restaurativa

Estándares de Justicia Juvenil Restaurativa en la Implementación de Medidas Privativas de Libertad y Mediación Alternativas al proceso penal juvenil.

Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal

Recomendación número 19 del Consejo de Europa. Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores

Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad.

5. JURISPRUDENCIA

Tesis: P./J. 68/2008, Núm. De registro digital: 168767, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX-VIII, Septiembre de 2008.

Tesis: XVIII.4º.3 P (10ª.), Núm. de registro: 2004377, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, Septiembre de 2013.

LOS PRINCIPIOS DE INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD EN EL ACTIVISMO JUDICIAL, ¿DISCRETIONALIDAD O ARBITRARIEDAD?

THE PRINCIPLES OF INDIVISIBILITY AND PROGRESSIVITY IN JUDICIAL ACTIVISM. DISCRETIONALITY OR ARBITRARITY?

ABRIL USCANGA BARRADAS¹

DAVID MORALES MUÑOZ²

RESUMEN: Los planteamientos torales en el presente trabajo versan sobre: a) ¿de qué manera los jueces en México, interpretan la norma y su sentido en sus resoluciones? b) ¿Qué es el activismo judicial, y cómo se puede implementar a través de los principios de indivisibilidad y progresividad? c) Su impacto y atención actual en México.

PALABRAS CLAVE: *Principio de Indivisibilidad, Principio de Progresividad, realismo jurídico, activismo judicial, discrecionalidad judicial, arbitrariedad jurisdiccional.*

ABSTRACT: The general approaches in this paperwork are about: a) How do judges in Mexico interpret the law and the meaning in their resolutions? b) What is judicial activism, and how can it be implemented through the principles of indivisibility and progressivity? c) How is their impact and incorporation in Mexico.

¹ Doctora por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM y Directora del Seminario de Filosofía del Derecho de la UNAM. Correo electrónico: <auscangab@derecho.unam.mx>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>.

² Maestro por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesor de la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa y Secretario de Estudio y Cuenta del Tribunal Electoral del estado de Sinaloa. Correo Electrónico: <licdavid.morm@gmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-1979-896X>>.

Fecha de recepción: 07 de diciembre de 2021. Fecha de aprobación: 24 de febrero de 2022.

KEYWORDS: *Principle of indivisibility; principle of progressivity; legal realism; judicial activism; judicial discretion; jurisdictional arbitrariness.*

SUMARIO: I. Introducción II. El concepto de activismo judicial. III. Vinculación entre el activismo judicial y la opacidad jurisdiccional. IV. Discrecionalidad judicial. V. Avances y ventajas del activismo judicial. VI. A modo de Conclusión. VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy día el derecho no se puede presentar como un sistema maestro capaz de solucionar todas las controversias existentes, por el contrario, es un sistema plagado de lagunas e ineficacias capaces de menoscabar los derechos humanos y dañar su estructura misma como sistema jurídico. Este fenómeno en donde la norma resulta parcialmente indeterminada o incompleta crea problemáticas que superan lo jurídico para escalar hasta lo ético. Las deficiencias jurídicas se hacen presentes en escenarios críticos, atípicos o que parecen un laberinto sin salida y que si no se solucionan con cuidado concluyen en un inexorable desastre en el que las sentencias se hallan impotentes, alejadas de la realidad o de plano inútiles.

Es en ese contexto sinuoso en el que los jueces capaces se diferencian de aquellos que se limitan a ser servidores públicos y lo logran impulsando concepciones jurídicas novedosas, desenmarañando los nudos gordianos del derecho mediante criterios atinados, así como decisiones en las que confieren y constriñen sus poderes de creación en ordenamientos jurídicos para solucionar los problemas que en principio se antojaban oscuros.

Reconocer al juez como un defensor de derechos humanos ha generado un interesante debate en torno a la labor judicial; aquellos críticos que se muestran reacios a reconocer al juez como un individuo activo se oponen porque consideran que la línea entre el activismo judicial y la arbitrariedad es muy fácil de romper, por otra

parte se encuentran los defensores del activismo judicial quienes reconocen que el juez tiene diversos modos de defender los derechos y al mismo tiempo encontrarse en todo momento dentro de la norma sin ser arbitrario pero sí ejerciendo su discrecionalidad.

Es por eso que el presente artículo pretende defender, mediante un razonamiento deductivo, la postura del activismo judicial como la solución más cabal ante las complicaciones jurídicas antes citadas. No basta con mencionar el activismo judicial, puesto que eso nos llevaría a referir palabras chabacanas sin entrar en la sustancia misma de los diferentes conceptos que rodean a la problemática del activismo judicial. Por esa razón, en el presente trabajo me daré a la tarea de conceptualizar y contextualizar el activismo judicial con claridad, para después entrar en interrogantes más complejas como su estrecho vínculo con la opacidad judicial, con la discrecionalidad y un sincero examen de sus avances.

II. EL CONCEPTO DE ACTIVISMO JUDICIAL

El antecedente directo del activismo judicial es la teoría jurídica filosófica del realismo jurídico. Este antecedente desarrolla un pensamiento abstracto del activismo judicial, identifica al derecho como una fuerza estatal, con una probabilidad asociada a las decisiones judiciales; con un uso de análisis bajo un método y pluralismo como la metafísica, así como una visión del mundo naturalista y anti idealista³. Sus raíces epistemológicas abarcan la relación que tiene en común con la forma de concebir la realidad, de reconocerla con el ánimo de superar el no cognitivismo que conduce a la imposibilidad del conocimiento objetivo de los valores, la cual reduce el fenómeno jurídico a los actos de voluntad de la ciudadanía, así como la versión formalista que define el fenómeno jurídico por características externas observables que reconducen a una noción universalmente

³ Hierro Liborio, Realismo jurídico en el derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Ed. Trotta, Madrid, p.77.

válida con la intención de purificar lo jurídico de lo moral, político o social que pretende la esencia de la norma jurídica.

Sentadas estas bases como antecedente, podemos ahora sí preguntarnos ¿qué es el activismo judicial? Mauro Capelleti, describe al activismo judicial como una revolución contra un modo formalista de entender la ley y a los juzgadores, donde ya no se encuentran restringidas y restringidos a aplicar mecánicamente la norma, sino a que participen en el proceso de formulación de políticas públicas con base en derecho.⁴ Es aquí en donde encontramos la influencia del realismo jurídico, una posición que no se limita a los formalismos –aunque obedezca formalidades⁵- sino que trasciende a un rol jurídico, político y cuasilegislativo.

Ana Karina Timm Hidalgo, localiza la presencia de activismo judicial cuando el órgano jurisdiccional trata con especial consideración las pretensiones de las partes en un proceso, integradas por víctimas de exclusión social sistemática, procesos que se traducen históricamente en violaciones a los derechos humanos -sean estos civiles, políticos o sociales. Resultando en un reconocimiento y protección de derechos fundamentales que el Poder Judicial ha desconocido por mucho tiempo⁶. La autora complementa muy bien nuestro acercamiento al activismo judicial, porque resalta la importancia de la perspectiva social en la interpretación, es decir, no basta con que el juez se desprege del formalismo, sino que esa separación debe ir acompañada de una perspectiva social que solucione problemas sistemáticos de injusticia.

⁴ Volcansek, Mary, *Judicial activism in Italy*, en Holland, Kenneth, *Judicial activism in comparative perspective*, New York: St. Martin Press, p. 117.

⁵ Vale pena hacer la correcta distinción, mientras que la formalidad recae sobre aquellos aspectos de la manera en que se aplica el derecho conforme un método, el formalismo recae sobre la interpretación misma.

⁶ Timm Hidalgo Ana Karina, *Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y del activismo dialógico*, Universidad Carlos III de Madrid, [en línea] < *Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y el activismo dialógico* (uc3m.es)> [consulta: 05 de julio 2021]

A estas dos primeras concepciones podemos agregar la reflexión de Ross, quien define a las normas como proposiciones directivas; es decir, como proposiciones que no describen la realidad, sino que tienen la misión de dirigir las conductas humanas en un sentido específico⁷. Enfoca así una teoría de la interpretación en la que se considera como una actividad de atribución del significado de la norma jurídica para aplicarse a un caso concreto; es decir, efectuar el contexto en un asunto en particular. Para lograr esta contextualización retomo la posición de Robert Alexy, quien sostiene que una forma idónea de fundamentar la norma es hacer referencia a reglas o principios bajo una premisa mayor⁸, este suele ser el método más socorrido por los juristas.

Para efectos del presente trabajo, el activismo judicial se conceptualiza como la sucesión de comportamientos realizados por el juez, que interpreta sin ceñirse a la literalidad de la norma; su posición puede variar del comportamiento que adopte la judicatura en sus sentencias, es decir, no es una imitación. Es importante precisar que el giro necesario de esta interpretación o toma activa de la controversia debe ser progresista, pues un giro de tuerca que genere más complicaciones o violaciones a derechos humanos se presenta como una arbitrariedad y no como activismo. Este método de interpretación es un modelo progresista en el que se exhorta a los jueces para que conforme su funcionalidad y competencia ingieran las realidades sociales que se suscitan en su entorno, donde se puede posibilitar un cambio efectivo a través de la interpretación y argumentación jurídica.

En el caso nacional, los medios de actuación jurisdiccional activa son muy amplios, desde declaraciones de incompetencia en asuntos de conformidad artículo 106 constitucional en relación con el

⁷ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Ed. Eudeba, traducción de Genaro Carrío, Buenos Aires, 1994, pp. 261-263.

⁸ Alexy Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1994, p.191.

artículo 21, fracción VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, hasta la no aplicación de normas que a todas luces se presentan deficientes. Así los jueces innovan interpretaciones jurídicas o bien ejercen una discreción normativa. En vez de aplicar meramente el derecho preexistente, se comprometen con su tarea y desarrollan criterios que superan los conflictos legales o antinomias.

Otro modo de resolver tensiones en los procesos jurisdiccionales, es a través de la dogmática constitucional. El activismo judicial en este sentido se encuentra en un estrecho vínculo con las corrientes del Neoconstitucionalismo, este tipo de movimientos actuales en los que los textos jurídicos supremos ya no solo son documentos de interpretación estricta normativa, sino que comprende una defensa mediante la expansión de la densidad normativa de la Constitución. En otras palabras, una defensa a través de valores, principios y derechos fundamentales constitucionales.⁹

Alberto Bianchi, sostiene que la decisión con indicios políticos, no altera la división de poderes que es la reafirmación dinámica del Estado de Derecho¹⁰. Los Tribunales de Justicia, al ser protectores de salvaguardar derechos fundamentales, tienen la función de aplicar los principios rectores que emanan de los preceptos constitucionales, y bajo una dimensión empírica, puede surgir un doble significado, en primer término, debido al conocimiento del derecho válido y en segundo dada la relación que surge en la utilización de premisas en la argumentación jurídica de las sentencias.

Existen posiciones en favor y en contra a propósito del activismo judicial, es comprensible que resulte controversial para la comunidad jurídica. No obstante, diversos autores hacen hincapié en que el activismo judicial es una forma dinámica de la interpretación de la ley. Que el derecho depende de un contexto social y por ello es

⁹ Aguilera Rafael, “Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional”, en Estado, derecho y democracia en el momento actual, Cienfuegos, David y Rodríguez, Luis (coords.), Monterrey, Fondo Editorial Jurídico, 2008.

¹⁰ Bianchi Alberto, *Dinámica del Estado de Derecho*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1996, p.86.

pertinente cambiar el significado de un texto normativo a la luz de los valores de un núcleo social en un momento determinado. Esta posición nos parece la más atinada, siempre y cuando sea bien clara la diferencia entre el activismo judicial (en favor de ciertas poblaciones y derechos humanos) y la imposición de medidas arbitrarias y caprichosas.

III. VINCULACIÓN ENTRE EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA OPACIDAD JURISDICCIONAL

Los asuntos judiciales que suceden en México tienden a ser envueltos en temas políticos y sociales de alto impacto, los medios de comunicación juegan un papel importante en este peligroso intercambio de información incompleta o errónea alrededor de temas jurídicos. Es natural que los asuntos de carácter jurídico estén tan vinculados con temas de poder y sociedad, pero el verdadero problema se encuentra cuando dichos temas vulneran una sentencia, plagándola de vicios en materia procesal o de interpretación. En estos escenarios los conflictos jurídicos dejan de ser el tema central y se convierten en un apéndice del tema político. Ahí, cuando los ojos mediáticos se posan sobre un conflicto para llenarlo de interpretaciones políticas, se suscitan las arbitrariedades en una sentencia.

Por arbitrariedad judicial, me refiero a aquellas decisiones que alteran o vulneran los derechos de la sociedad en general, versan factores entorno a la interpretación, argumentación, falta de pruebas; o bien, inconsistencias que derivan de la esencia del proceso jurisdiccional. Surge como conjunto de decisiones adoptadas, que incurrir en alguna de las circunstancias que permite calificarse como reflexiones arbitrarias, verbigracia un manifiesto error patente en la evaluación de los hechos, argumentación insuficiente irracional, donde arroja resultados deductivos ilógicos al caso concreto.

En el universo jurídico los juristas reconocen las ambigüedades y complejidades que presenta la ley, sobre todo en la clara diferencia entre el proceso de legislación y el de jurisdicción, donde las interpretaciones pueden varias o hasta incluso contradecirse por las dificultades del lenguaje y de las lagunas; no obstante, la materialización de pactos y legislaciones internacionales busca salvaguardar la protección de los derechos fundamentales de las personas.

La afirmación de los jueces que señala el filósofo Wilfrid Joseph Waluchow, ahonda una búsqueda razonable que desarrolle y amplíe el derecho de una forma coherente, defendible, pero no necesariamente única¹¹, aunado a la discrecionalidad de forma negativa, sugiriendo que ella está relacionada con la falta de control; o bien, pretenda controlar la determinación de la solución de un caso concreto.

Hablar de opacidad, es definir el fenómeno que caracteriza por la escasa percepción del alcance que tiene la justicia en México, me refiero a que en algunas ocasiones la impartición de justicia tiende a ser oscura y ambigua, un porcentaje alto de la ciudadanía desconoce el desempeño y actuación de los Poderes Judiciales, y dado a diversas variantes en la opacidad tales como los casos difíciles, donde no pueden ser resueltos a la luz de una interpretación o extensión de la ley, o exista algún precedente que defina el caso concreto.

El activismo judicial es una alternativa eficaz para resolver casos difíciles, bajo una lógica razonable de la ética, así como aplicando los principios fundamentales que emanan de la Constitución, para ejecutar una ponderada argumentación en las cargas judiciales, prevaleciendo los Derechos Humanos y la Supremacía Constitucional. Debe ser ejercida por jueces responsables, capaces de sustentar su dicho e hilar ideas y argumentos con la fineza necesaria para entregar sentencias sólidas que no sean solo bienintencionadas, sino criterios suficientes e idóneos.

¹¹ Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p.218.

La comprensión del activismo judicial como método alternativo de política judicial, no solo consiste en anular decisiones de otras ramas del Poder, o de no reivindicar las reglas de previsibilidad o de uniformidad, sino en no hacerlo para conseguir un objetivo no oficial; es decir, un resolutive pudiera considerarse apto para una índole activista, dependiendo que tan lejos se desvíe de la línea de base donde pudiera manifestarse un motivo oculto con opacidad, como una práctica judicial que utiliza la interpretación para ajustar la Ley a sus decisiones y no al revés; cuestión que se refuerce, ante la clara vinculación entre la opacidad jurisdiccional y el activismo judicial, dado que no en todos los asuntos judiciales surge esta coyuntura, por ejemplo, el expediente Varios 912/2010, donde hay una clara protección de los Derechos Humanos ante las arbitrariedades graves que se suscitaron en el juicio de Radilla Pacheco, que dio pauta a una reforma constitucional que marcó un paradigma jurídico en nuestro país en materia de Derechos Humanos.

IV. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

La discrecionalidad judicial, es un tipo de interpretación que emiten los juzgadores, para no evaluar a profundidad el caso concreto, pues deriva de cuestiones complejas en donde los impartidores de justicia, atraviesan complejidades de interpretación jurídica, donde se suscitan lagunas que derivan de la norma, en las que se advierten ambigüedades que derivan de la errónea coherencia en el desentrañamiento de los principios que emanan del Derecho.

Se caracteriza como una elección debida, entre alternativas abiertas como un acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado, cuando existen dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras. La discrecionalidad puede desarrollarse de manera positiva o negativa, dependiendo el papel que ejerza el Juez, puede surgir

como una decisión no arbitraria o injustificada que como advierte el jurista H.L.A Hart, la práctica jurídica es aceptada o pretende ser correcta y justificada, por lo que nunca será arbitraria, o como una perspectiva de decisión incua en la que es extremadamente irregular que atenta directamente contra el núcleo de los derechos fundamentales. Para evitar lo anterior, no deben dejarse vacíos legales; o bien, afrontar el caso para darle una debida interpretación conforme y la aplicación del control difuso debidamente con el afán de salvaguardar los Derechos Humanos.

La ambigüedad parece explicarse, en su posición de dejar abierta la cuestión de la objetividad de la moral, si esta no es concreta, no habría motivos para decidir entre alternativas abiertas que las preferencias subjetivas de los juzgadores, que son en lo que se basarían bajo una libre elección de una posibilidad objetiva y firme¹².

Los principios de indivisibilidad y progresividad, referidos en el artículo primero constitucional, son referentes para la aplicación del activismo judicial en sentencias donde se proteja la emanación de la esencia de ambos, así como la protección de Derechos Humanos. En primer término, el principio de indivisibilidad garantiza una vinculación y relación estrecha con los derechos humanos, donde se evitan las omisiones de su protección, por medio del activismo se garantizará una salvaguarda de manera eslabonada, no se permite ninguna supresión, aunque no se mencione la protección de cualquiera de los derechos clasificados como fundamentales. A su vez el principio de progresividad, garantiza el avance y el no retroceso en Derechos Humanos, donde se custodia la máxima protección de manera óptima, así como el goce del ejercicio idóneo en Derechos Humanos, los juzgadores no retrocederán en un proceso judicial, una interpretación conforme o un avance que haya logrado el legislador, para el bien de las personas, por medio del activismo judicial se garantiza una óptica proteccionista de los derechos de las personas.

¹² Hart, H.L.A., *Post Scriptum al concepto de derecho*, est. preliminar, trad., y bibliografía de Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM-IIIJ, 2000, p. 55.

En el mundo jurídico, es muy conocido el auge y legado que dejó el jurista inglés Herbert Lionel Adolphus, quién fue catedrático de Ronald Dworkin, uno de sus sucesores en la cátedra de Oxford; Hart en una de sus últimas obras, publicó una respuesta respecto a las críticas a su ideología de sus colegas, denominada *Post Scriptum*, en ella se encuentra una contraargumentación respecto a la teoría de Dworkin frente a la discrecionalidad judicial.

Parte de esta visión del derecho de manera completa o incompleta, los jueces parten en ocasiones de lagunas jurídicas mediante el ejercicio de una limitada discreción judicial creadora que es rechazada por Dworkin como una explicación errónea, tanto del Derecho como del razonamiento judicial.¹³ Esto, reflexiona un análisis en el que por una parte un autor afirma que no se encuentra incompleto, sino la visión positivista en cuanto a su interpretación y el otro que los jueces tienen limitaciones sustantivas.

Para explicar concretamente lo inevitable que resulta la discrecionalidad judicial, tomando consciencia de lo innecesario que sería reproducir toda la crítica y análisis de los autores que mencioné, sería preciso señalar que el problema surge a medida de la existencia de las lagunas que produce la norma, así como sus antinomias que pueden resultar vagas en el lenguaje jurídico.

Aunado a lo anterior, los jueces deberán decidir bajo una argumentación lógica que va más allá de la norma; pero en muchas circunstancias, también se suscitan las antinomias, dado a que se emiten soluciones incompatibles en un caso concreto. En estos casos dudosos, el Derecho no resulta capaz de ofrecer única respuesta correcta a una cuestión jurídica.¹⁴

Esto sucede a raíz de que en el proceso de legislación, surge el quehacer constituyente que puede derivar complejidades en virtud de que los participantes gozan y optan por una pluralidad de ideo-

¹³ *Ibidem*, p. 89.

¹⁴ Fabra Zamora, Jorge Luis, *et al*, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol.

logías y perspectivas que al momento de que los juzgadores interpretan la esencia del derecho legislado, resulta complejo implementarlo en casos concretos así como la esencia de lo que refiere dado que en ocasiones no existe proximidad alguna entre sí.

Un ejemplo que relata lo anterior, lo señala Timothy Endicott dado que la precisión, no siempre es útil para regular las conductas, advierte que sin principios y estándares, no podrían regularse la amplia variedad de cosas que necesitan ordenar los sistemas jurídicos, todo intento de regular la vida social sólo con reglas precisas no sería capaz de prever todas las situaciones que se pretendan regular¹⁵ donde sostiene que la discrecionalidad no puede ser presentada como una teoría nuclear del Derecho, en ese sentido, difiero bajo la óptica que indudablemente es insoslayable que en un sistema jurídico contemporáneo, se presente la discrecionalidad en el sentido de que permite a los jueces argumentar decisiones en los asuntos en los que la Ley resulte indeterminada.

Reflexionando lo anterior, la ilación que existe con las arbitrariedades judiciales, surgen cuando las decisiones son adoptadas cuando incurren en circunstancias que se califiquen como arbitrarias; verbi-gracia, un manifiesto error patente en la evaluación de los hechos, argumentación insuficiente, debilidad en las premisas con irracionalidad, conclusiones incoherentes, donde se deduce a un voluntarismo judicial ilógico e irracional, en dichas sentencias se perciben de arbitrarias dejando en estado de indefensión a las víctimas y no acatando los principios emanados del primero constitucional en sentido estricto.

Los derechos humanos, son intrínsecos a la condición humana y el reconocimiento de su dimensión, se hace de forma integral, pues de lo contrario sería imposible detentar la titularidad y por ende llevar a cabo su ejercicio. Es inviable, pretender llevar a cabo ejer-

II, IJJ-UNAM, México, 2015, pp. 1391-1392, [en línea] <shorturl.at/frCTW> [consulta: 06 de agosto de 2021].

¹⁵ Cfr. Endicott Timothy, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2003, y *El derecho es necesariamente vago*, palabras y Reglas, Ensayos de Filosofía del Derecho, México, Ed. Fontamara, 2004, pp.74-75.

cicios o reconocimientos parciales o fraccionados de los derechos fundamentales¹⁶; bajo esa perspectiva, los derechos deben considerarse de forma absoluta, esto es para su adecuado conocimiento y protección se deben estimar en su totalidad.

Los derechos humanos no pueden concebirse o tomarse como elementos aislados o separados, sino en conjunto pues solo de esta forma resultan ser eficientes y en beneficio de las personas, La indivisibilidad coloca en un plano de jerarquía superior a los derechos, sustrayéndolos de cualquier pretensión de reducción de su esencia, y de esa forma garantiza plenamente su vigencia como factor de primacía en todo orden jurídico.

Esto precisa que no debe de separarse o fragmentarse uno de otro, toda vez que los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales deben comprenderse como un conjunto. Por lo que, implica que el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto del eslabón en materia de derechos humanos, así como la violación de un derecho pone también en riesgo el resto de los demás, por lo que genera la obligación de otorgar igual relevancia a toda la cadena de Derechos Fundamentales.

El principio de Progresividad, en la vertiente del activismo judicial, implica la gradualidad y aumento para lograr su pleno cumplimiento; es decir, que para el desempeño de ciertos derechos se requiere la toma de medidas a corto, mediano y largo plazo, pero procediendo de manera expedita y eficazmente posible. Dicho principio, se ha relacionado particularmente con los derechos económicos, sociales y culturales, pero aplica de la misma manera para los civiles y políticos, procurando por todos los medios posibles su satisfacción en cada momento.

Así las cosas, el principio de progresividad tiene relación de forma estrecha con la prohibición en retrocesos o marchas reversibles injustificadas, a los niveles de cumplimiento alcanzados a la no regresividad en la protección y garantía en materia de derechos humanos.

¹⁶ Nikken Pedro, La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, número 32, julio-diciembre, 2010, p.71.

Lo anterior implica que las interpretaciones a las leyes, deben hacerse tomando en consecuencia lo realizado, buscando no disminuir las determinaciones hechas sobre el parámetro y la sustancia de los derechos interpretados. Debe reiterarse que la naturaleza de la actividad interpretativa cambia de acuerdo a la rama jurídica en la que se encuentre, necesariamente la interpretación constitucional, así como la convencional siguen una dinámica específica. Al interpretar una norma, dicha actividad retroalimenta la existente y se integra la progresividad, por lo que funciona como complemento de interpretación razonable en virtud del establecimiento estándar, así como su debido límite competencial.

Las naturalezas de ambos principios son variables, pues dependen de la actividad y del ámbito a los que se aplique; así como también, es preciso señalar que en materia constitucional existe un límite competencial de las autoridades encargadas de hacer efectiva la Carta Magna, en el sentido de hacer las interpretaciones jurídicas limitadas a los principios.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al aplicarse, interpretarse y mutarse, se convierte en un ordenamiento constitucional en el que los principios analizados en cuestión, depuran el ordenamiento legal, dado que funcionan como auto preservación que resulta aplicable tanto en normas secundarias como en derechos establecidos en normas inferiores, un ejemplo es cuando se aplica la progresividad a una norma secundaria, se da un cambio en su naturaleza, puesto que si resulta imposible su disminución o remoción, se tiene entonces que posee un grado de supremacía similar a la norma constitucional que complementa dicha norma secundaria para pasar a formar parte del bloque constitucional federal¹⁷.

Bajo esta perspectiva, se analiza que existen suficientes elementos para interpretar y construir la existencia de un bloque de constitucionalidad en lo relativo en materia de Derechos Humanos, en virtud de

¹⁷ Mancilla Castro Roberto Gustavo, El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano, *Revista cuestiones constitucionales*, Núm 33, julio-diciem-

que genera un panorama concreto respecto a la interpretación conforme, así como los principios analizados para el activismo judicial en favor de las personas de mayor vulneración en sus derechos humanos.

La progresividad, comprende un aumento gradual en la garantía de los derechos y una mejor protección a éstos, por lo que la gradualidad refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de inmediato, sino que trata de un proceso que definirá metas de manera paulatina en su aplicación.¹⁸

Dichos ejemplos, son una explicación concreta que los principios señalan la interpretación idónea de la Ley; toda vez que, si bien es cierto no efectuará de manera inmediata el avance técnico que emplea la norma, irá ramificándose y aplicándose un desarrollo que integre el paso idóneo que aplica la progresividad en el Derecho.

V. AVANCES Y VENTAJAS DEL ACTIVISMO JUDICIAL.

El activismo judicial, se puede considerar para la comunidad jurídica como una concepción elogiosa que se utiliza para destacar logros alcanzados por sentencias progresistas, cómo afirma el juez estadounidense Frank H. Easterbrook, la mayoría desprecia el activismo judicial, pues es un concepto muy resbaladizo¹⁹; o bien, Anthony Kennedy quien fue destacado como Ministro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, señaló una definición que un Tribunal activista, es simple y sencillamente una Corte que toma una decisión que causará disgusto para algunas facciones²⁰.

bre 2015, México.

¹⁸ Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2014, p. 83.

¹⁹ Easterbrook Frank, Do liberals and conservatives differ in judicial activism?, University of Colorado, Law Review 1401, 2002, [en línea] < shorturl.at/avCLX > [consulta: 08 de agosto de 2021]

²⁰ Lewis, Frederick P., *The context of judicial activism. The endurance of the Warren Court*

No obstante, como afirmaron distinguidos juristas estadounidenses, resulta incómodo pero efectivo, por lo que sus resultados son factibles para su aplicación y protección de los Derechos Humanos en México. Es importante que no se caiga en simples tropicalizaciones de figuras jurídicas, puesto que no se debe calcar el modelo de activismo judicial norteamericano. El activismo judicial debe responder y adecuarse a sus propios derroteros. Un ejemplo de esto se encuentra en la población que atiende y la que protege; las condiciones económicas de un quejoso mexicano no son ni por asomo similares a las de un norteamericano, ambos pueden estar en indefensión y deben ser protegidos, pero de acuerdo a su género, raza y clase.

Cuando los Poderes Ejecutivo y Legislativo guardan silencio ante problemáticas sociales y jurídicas, es cuando debe hacerse presente la intervención judicial que toma las medidas inmediatas necesarias para paliar en alguna medida la situación, y además lograr que dichos Poderes se encarguen del problema dentro de un plazo razonable, verificando también que sus actuaciones sean consecuentes con las necesidades de los miembros que conforman la demanda en los preceptos jurídicos; en este sentido, el Poder Judicial acerca un punto de equilibrio en la producción y ejecución de leyes defensoras de Derechos Humanos, pues con sus sentencias se orilla a que las cámaras legislen normas que adecuen y protejan las necesidades del núcleo social.

Esta posición tan activa del poder judicial irremediablemente causa incomodidades, sin embargo, este malestar es necesario para actualizar una legislación y aplicación del derecho más justa. Además de ir conforme la idea atinada de que el poder se regula con poder; los decisores jurídicos de este modo adquieren una responsabilidad de control y vigilancia relevantes para el sano desarrollo de los sistemas jurídicos.

Francisco Cabrillo, formula una opinión bien interesante al respecto, en la que señala que cuando se presentan decisiones por parte de los órganos de impartición de justicia, van más allá de la estricta aplicación de la Ley, para extender algunos de sus principios a situaciones nunca previstas por los legisladores, es razonable pensar que los constituyentes no habrían actuado en tal dirección en el momento de promulgar la norma²¹, por lo que para este autor resulta estrictamente una violación a la división de poderes. Si bien es cierto que la posición del autor antes citado es interesante y comprensible, también es cierto que adolece de un punto importante, este autor pierde de vista que la división de poderes no es una división tajante de funciones, sino una concentración relativa de facultades que pueden ser compartidas muchas veces, siempre y cuando no afecten la estructura o finalidad de la norma.²²

Pero no todas las visiones académicas son bajo la misma reflexión o visión, ya que algunos juristas difieren y hacen apología de este modelo ya que consideran que su ejecución es necesaria para un Estado de Derecho equilibrado, verbigracia el Juez de la Suprema Corte de Justicia del Estado de Arizona en Estados Unidos, Clint Bolick, quien afirma que el activismo judicial es entendido bajo el sentido de que los tribunales mantienen al poder legislativo y ejecutivo dentro del límite de la constitucionalidad, donde es sumamente esencial para la protección de las libertades individuales y la vigencia efectiva del Estado de Derecho²³.

En ese sentido, al ver ópticas distintas sobre el mismo tópico, consideró que la opinión del Juez Bolick es clara en el sentido de fijar límites a las funciones de diversos Poderes de la Unión, para

²¹ Cabrillo Francisco, Un análisis económico de la administración de Justicia: ¿Qué maximizan los jueces?, *Revista de Derecho y Economía*, Universidad San Martín de Porres, 2011, p. 2.

²² Huerta Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

²³ Bolick Clint, Viva el activismo judicial, *Gaceta de los negocios*, mayo de 2007

efectuar un estudio idóneo de constitucionalidad de las normas e interpretarlas debidamente, bajo un equilibrio específicamente en el caso concreto de la situación de vulnerabilidad de las partes; así como la máxima salvaguarda de derechos humanos, cuestiones que prevé el activismo judicial.

Como se puede analizar, el vínculo que existe entre la opacidad y el quehacer jurisdiccional, va ligado al vacío que existe dentro del Derecho, en las que, al momento del proceso legislativo, los legisladores no previeron dichas cuestiones; por ello, los juzgadores son responsables en su ejecución e interpretación en sentido estricto. Como se reitera, se aprecia una línea muy delgada entre la discrecionalidad, la opacidad y el activismo.

Se puede acreditar que la comprensión del activismo judicial como una herramienta eficaz de política judicial, no solo consiste en simplemente en anular las decisiones de las otras ramas del poder o de no reivindicar las reglas de previsibilidad o de uniformidad, sino en no hacerlo para conseguir un objetivo no oficial; es decir, un resolutivo que pudiera considerarse de manera activista, dependiendo que tan lejos se desvíe la línea de base²⁴, en donde pudiera manifestarse ese motivo oculto, cómo una práctica de algunas juzgadoras y juzgadores que utilizar la interpretación para ajustar la Ley a sus decisiones y no al revés; cuestión que refuerzo ante la clara vinculación entre la opacidad y el activismo, puesto que no en todos los casos surge está coyuntura.

Dicha afirmación es severamente crítica por algunos actores jurídicos, puesto que si se concibe de esa manera, el activismo judicial no es siempre fácil de detectar, en virtud de que en ocasiones existen pruebas irrefutables de un motivo circunstanciado y puede ser com-

[en línea] < <https://www.elcato.org/viva-el-activismo-judicial> > [consulta: 12 de septiembre de 2021].

²⁴ Kmiec, Keenan, *The origin and current meanings of judicial activism*, California Law Review, 92 (5), pp. 1442-1464. [En línea] < The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism” on JSTOR > [consulta: 02 de septiembre 2021].

plejo establecer un punto de referencia no controvertido para evaluar qué tan lejos de la decisión correcta o conforme a Derecho se ha desviado el juzgador supuestamente con la visión activista²⁵, por lo que si bien es cierto que el gremio jurídico concibe al activismo judicial bajo una percepción positiva o negativa, pues dependiendo el caso concreto surge la complejidad de detectar en algunos casos su pauta o índole protectora, debido a criterios de doctrina a favor de la consideración de decisiones de esa magnitud como incorrectas, aunque dado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, ya ha aplicado y resuelto asuntos jurisdiccionales en atracción donde ha salvaguardado a las partes más vulnerables del proceso, revocando o revirtiendo las decisiones que anteriormente habían sido vulneradas, con el tiempo consideró que dicha concepción pudiera emigrar a los Poderes Judiciales de las Entidades Federativas así como a los Juzgados de Distrito de la Federación.

De esta manera, si se acepta la concepción del activismo judicial, donde se formarán precedentes o jurisprudencias en casos concretos para su aplicación, su impacto en México sería consistente para todos los juzgados de la república.

La competencia y obligación del Poder Judicial de la Federación, consiste en decidir e interpretar la ley en sentido amplio, para su debida aplicación al caso concreto, si dos normas entran en conflicto entre sí, el Tribunal deberá decidir la operatividad de cada una de ellas, así como cuando una norma entra en conflicto con un precepto constitucional y ambas son aplicables al caso específico, los juzgadores determinarán cuál de las normas en conflicto es aplicable, favoreciendo siempre la constitucional, y ello da pauta al deber de administración de justicia²⁶, dicho lo anterior, conlleva a reflexionar que los Tribunales deben tener en cuenta a la Constitución como

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Márquez Martínez, Laura, Control difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017, p. 22.

supremacía jerárquica de leyes y su superioridad ante cualquier otra norma ordinaria, en la que ambas son aplicables pero prevalece la de supremacía jerárquica.

Las ventajas de la aplicación del activismo judicial a través de controles constitucionales como el control difuso, es hacer el estudio exhaustivo de la constitucionalidad de las normas, por lo que se considera como un sistema de control centralizado de manera semi desconcentrada.

Nuestra Constitución requiere de instrumentos que le permitan protegerse de los abusos extralimitados del ejercicio del poder en la que, bajo esa óptica es indispensable el equilibrio y la división de poderes, así como una estricta observancia a los principios jurídicos plasmados en la Constitución.

Tal es el caso de la interpretación conforme, que en sí es una forma de ejecución garantista en materia de Derechos Humanos, donde se plasma una visión solidaria publicista de un proceso judicial con una dimensión social, con el afán de tener una vigencia de valor supremo de justicia, donde los Jueces sean directores de un proceso y emitan un veredicto conforme a Derecho.

Hay cuatro puntos referentes en la interpretación de los Jueces en materia de Derechos Humanos:

- La procedencia y el contexto de la cláusula de interpretación referente al artículo 1ro constitucional, en este caso los principios de Indivisibilidad y Progresividad.
- El significado y las implicaciones para la Constitución en México.
- Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo una modalidad hermenéutica.
- Retos de los Juzgadores para la interpretación conforme en materia de Derechos Humanos en México²⁷.

²⁷ Sánchez Gil Rubén, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 31, julio-diciembre 2014, UNAM, México, pp. 324-325. [en línea] <shorturl.at/kC019> [consulta: 08 de septiembre de 2021]

En virtud de lo anterior, José Luis Caballero Ochoa, integra a los derechos en una conformación en forma de sedimentos, donde los aspectos de contenido esencial sujeto a mayor o menor ponderación, en la medida de los elementos que lo acompañen y en relación con otros derechos en juego donde bajo esa coyuntura habrá contenidos duros de poca o nula maleabilidad o ponderación, especialmente ante derechos protegidos mediante reglas prescriptivas; verbigracia, en casos de prohibición de discriminar o del derecho a la integridad mediante la prohibición de la tortura, tratos crueles o degradantes.

Así se detalla un ejemplo de interpretación conforme en derechos humanos, donde los principios de indivisibilidad y progresividad en su variante de activismo judicial, pudiera aplicarse en casos donde alguna de las partes es claramente agraviada en materia de derechos humanos.

Otra aplicación que permite un criterio más amplio bajo la ponderación que señala el Dr. Caballero Ochoa es:

- La relación con la dimensión de otros derechos o principios emanados del mismo que pudieran entrar en tensión o en conflicto, como por ejemplo la libertad de expresión, que es “un sistema dual de protección dependiendo si la expresión incide en la esfera de personas dedicadas a actividades públicas o de relevancia pública, o también es el caso de los derechos político electorales de la ciudadanía”.²⁸

Así las cosas, es claro y necesario el efecto que debe plantearse en materia de análisis la interpretación conforme y haciendo una conexión de la postura con el activismo judicial, me propongo a reflexionar que traspasa la costumbre, así como la cultura judicial de la interpretación jurídica, más bien es un exhaustivo análisis y ponderación de normas que realizan los juzgadores ante hechos que se

²⁸ Caballero Ochoa José Luis, *La interpretación conforme*, El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p.124.

suscitan durante la etapa de pruebas y alegatos en el proceso, así como las vulneraciones que cualquiera de las partes pudiera tener en Derechos Humanos, en el que las y los juzgadores deberán tener un papel activo en el proceso para realizar una adecuada argumentación motivando los principios de derecho que hagan la protección más amplia a los afectados dentro de un problema legal.

Los juzgadores deberán tener una visión publicista y solidaria de los procesos judiciales, con una dimensión social, así como una adecuada protección de intereses colectivos de la ciudadanía, colaborando con el debido procedimiento para sustentar una debida fundamentación y motivación basado en una razón lógica y una verdad material que ubique por encima de los requisitos formales y no excuse la indiferencia de los jueces respecto de la verdad objetiva en la misión de dar cada uno de sus puntos; aunque ello, no signifique que eviten prescindir del uso de los medios a su alcance, para determinar la objetividad precisa de un resultado coherente y razonado.

Por ello, el activismo judicial en México, su principal atención actual es que se haga énfasis que el ejercicio interpretativo jurisdiccional genere una integración de normas protectoras en materia de Derechos Humanos, donde se prevalezcan dimensiones de convencionalidad y de constitucionalidad, en la medida de su expansión protectora, así con esta influencia, se desarrolla un proceso que integra la normatividad constitucional y convencional que resuelve cuestiones semánticas así como aproximaciones epistemológicas en la aplicación de normas así como su debida impartición de justicia con sentido latente en hacer valer la supremacía constitucional y ejecutar los principios que de ella emanen, bajo la misma naturaleza así como procesos hermenéuticos para la aplicación del activismo judicial, dado que su origen, posee una naturaleza jurídica distinta desde el ámbito interamericano, cuestión que no ocurre con elementos de contenido normativo²⁹.

²⁹ *Ibidem*, p.195.

Con ello, la pretensión de observar una visión con un paradigma protector de derechos humanos, así como un perfil activista, en donde los juzgadores deberán aplicar su argumentación jurídica para prevalecer los derechos fundamentales de la ciudadanía, porque de lo contrario, en casos irracionales o ilógicos, que siguen lineamientos de la estructura ordinaria o el Estado de Derecho positivista en sentido estricto, donde surgen vacíos legales y dejan en estado de indefensión a las personas inmiscuidas en un proceso judicial.

Por lo que es destacable señalar, que el activismo judicial ni es autoritario, ni inquisitivo ni socialista, porque no fomenta el totalitarismo, dado que los impartidores de justicia en México, no pueden estar anclados a prácticas negativas anticuadas en su quehacer, dada su independencia, autonomía, así como imparcialidad y profesionalización de carácter judicial donde es de suma relevancia, para que se establezcan criterios normativos vanguardistas con el afán de dar la máxima protección constitucional a los usuarios.

No se trata de protestas en contra de injusticias o irregularidades o salvar a los justiciables de vulneraciones en los procesos judiciales, porque ese no es el papel de juezas y jueces; sino más bien de interpretar y argumentar con fundamentación y motivación, respecto del asunto que trate, el activismo surge como herramienta procesal y como mecanismo de política pública, y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Ministros se han pronunciado a favor en algunos criterios judiciales vanguardistas defendiendo a los afectados, verbigracia el Ministro Zaldívar en su proyecto de daños punitivos.

Por ello da pauta a la definición de Alexander Hamilton, en su libro el Federalista, donde define a los juzgadores como personas virtuosas y desinteresadas, y su elección será independiente, pues si se eligiera por el ejecutivo o legislativo, habría una complacencia indebida hacia ellos, o si los eligiera el pueblo, surgiría una propensión a pensar en la popularidad siendo imposible confiar en que no

se tuviera en cuenta otra cosa que la Constitución y las Leyes³⁰, así como su debida consideración en medios de control constitucionales de impartir eficacia a las disposiciones que emanan de la Carta Magna, aunado a que de nada serviría la restricción, si no existe algún procedimiento constitucional para exigir su observancia.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Por ende, el activismo judicial funge principalmente en relación al comportamiento que emitan los juzgadores, ya que se observa la disciplina de los mismos, si es apegada a los principios emanados de la Constitución, así como la ética y la manera de interpretación de la norma, así como su argumentación jurídica debidamente fundamentada y motivada.

La cultura del activismo judicial en México, puede prevalecer como una perspectiva disidente en la impartición de justicia en México, donde se aplique una protección a los Derechos Humanos y los sectores de la sociedad más vulnerados o afectados por irregularidades por parte del Estado.

Aunado a lo anterior, algunos críticos refieren que el activismo afecta y vulnera el principio de separación de poderes; pero considero, que resulta de disyuntivas que existen entre los poderes de la unión y que es el precio; o bien, la pauta para defender los derechos de la población que se ve vulnerada por un acto de autoridad indebido, pues es notable precisar que en México, el avance justificado que ha tenido el activismo ha sido muy breve, pero si ha habido avances positivos en esa materia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los principios de Indivisibilidad y Progresividad, emanados del artículo primero constitucional, no siempre son efectuados en el quehacer de las Instituciones de Procuración e Impartición de Justicia en México, incurriendo a violaciones graves en materia de Derechos Humanos.

³⁰ Hamilton, Alexander, *et al*, *El federalista*, 2da Ed. Librodot, México, 1943, p.211

La discrecionalidad judicial, es un tipo de interpretación que emiten los juzgadores para no evaluar a profundidad el caso difícil, pues deriva de cuestiones complejas en donde los jueces atraviesan una complejidad en la interpretación de las normas y principios, que por cuestiones en donde las lagunas que derivan de la Ley, pueden apreciarse como de carácter ambiguo, que se producen derivado de la no emisión de coherencia en el desentrañamiento de los principios que emanan del Derecho.

Aunado a este razonamiento, se puede observar distintos puntos de vista, donde se proporcionan elementos y herramientas para una adecuada solución a los casos difíciles y poder resolver asuntos jurisdiccionales mediante una resistencia en la argumentación lógica jurídica donde se salvaguarden los principios y los derechos humanos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por ende, es importante que en los procesos judiciales, se les dé un sentido una razón lógica en la argumentación de las premisas, que prevalezca intervenciones de carácter activistas apegadas a las jurisprudencias y a la norma, así como la convencionalidad que es necesaria para representar solidez donde se enfoque un idóneo empeño a la protección de los Derechos Humanos, para que pueda sobresalir bajo un enfoque cultural de capacitación a los impartidores de justicia para destacar un paradigma en la materia, y así reeditar sentencias que pudieran resultar arbitrarias a lo estipulado por la Constitución.

Los conceptos de percepción científica que le da resistencia a la solidez del activismo judicial, tenga una conexión con los responsables de las judicaturas, para tener una cercanía y contacto con los justiciables.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA, Rafael, “Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional”, en *Estado, derecho y democracia en el momento actual*, Cienfuegos, David y Rodríguez, Luis (coords.), Monterrey, Fondo Editorial Jurídico, 2008.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, ISBN: 84-7432-525-0.
- BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 1996. ISBN: 9789505690770.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme, El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. Ed. Porrúa e Instituto Mexicano del Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.
- GUASTINI, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Ed. Trotta, México, 2008, ISBN: 9788498791617.
- HAMILTON, Alexander El federalista, 2da Ed. Librodot, México, 1943.
- HART, H.L.A., *Post Scriptum al concepto de derecho*, Editores. Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, traducido por Rolando Tamayo Salmorán, IJ UNAM, México, 2000.
- HIERRO, Liborio, *Realismo Jurídico en el derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Ed. Trotta, Madrid, ISBN: 978848164052-6.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- LEWIS FREDERICK P., *The context of judicial activism, The endurance of the Warren Court legacy in a conservative age*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.

- MÁRQUEZ MÁRTINEZ, Laura, *Control difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia*, SCJN, México, 2017.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*", 1958, tr. De Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1994.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2014.
- VOLCANSEK, Mary, *Judicial activism in Italy*, Kenneth, St. Martin press, New York, U.S.
- WALUCHOW, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, ISBN: 0198258812-7.

2. HEMEROGRAFÍA

- BOLICK, Clint, Viva el activismo judicial, *Gaceta de los negocios*, mayo de 2007.
- CABRILLO, Francisco, Un análisis económico de la administración de Justicia: ¿Qué maximizan los jueces?, *Revista de Derecho y Economía*, Universidad San Martín de Porres, 2011.
- EASTBROOK, Frank H., Do liberals and conservatives differ in judicial activism?, *University of Colorado Law Review* 1401, 2002.
- ENDICOTT, Timothy, Vagueness in Law, Oxford University Press, 2003, y fs. "El derecho es necesariamente vago", *palabras y Reglas*, *Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004.
- FABRA ZAMORA, JORGE LUIS, VERÓNICA RODRÍGUEZ BLANCO, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen II, IIJ UNAM, México, 2015.
- KMIEC, Keenan, *The origin and current meanings of judicial activism*, California Law Review, 92 No. (5), United States.
- LOZADA, Alí, "Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista", *Doxa*, núm. 41, Barcelona, 2018.

MANCILLA CASTRO, Roberto Gustavo, *El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano*, Revista cuestiones constitucionales, Núm 33, julio-diciembre 2015, México.

NIKKEN, Pedro, *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, número 32, julio-diciembre, 2010.

SÁNCHEZ GIL Rubén, *Revista Mexicana del Derecho Constitucional*, Número 31, julio-diciembre 2014, Universidad Nacional Autónoma de México.

3. WEBGRAFÍA

TIMM, Hidalgo, *Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y del activismo dialógico*, Universidad Carlos III de Madrid. < <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18742>>

RESPETAR Y DEFENDER LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

RESPECT AND DEFEND HUMAN RIGHTS FROM A GENDER PERSPECTIVE

SYLVIA TORRES CABALLERO¹

CLAUDIA GUADALUPE ZULOAGA THOMASSINY²

RESUMEN: El artículo muestra la importancia de conocer y aplicar la perspectiva de género para efecto de respetar y defender debidamente los contenidos de la normatividad relativa a los derechos humanos, lo anterior; con el objeto de evidenciar que sin ella es nugatorio el acceso a la justicia de las mujeres en nuestro país.

El tema también se justifica porque la perspectiva de género, lamentablemente, es un concepto que aún no es entendido por completo tanto por la población en general como por las autoridades involucradas en el sistema de justicia en nuestro país, y lamentablemente tampoco por estudiantes y abogados. De tal suerte, este documento pretende hacer énfasis sobre la importancia de su conceptualización y aplicación para defender derechos humanos desde una perspectiva más amplia, pues de no realizarlo se permitirá que se continúe repercutiendo negativamente en opresiones hacia las mujeres y hombres, pues como se verá es un asunto que atañe a ambos géneros.

¹ Licenciada en Derecho, Maestría en Derecho y Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente labora en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y es docente de la División de Estudios de Posgrado. Contacto <tcysl@aol.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-7366-771X>>.

² Licenciada en Relaciones Internacionales, Licenciada en derecho y Maestranda de Derecho Constitucional. Actualmente es parte de la Unidad de Género de Grupo Salinas. Contacto <claus131094@gmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-1096-6768>>.

Fecha de recepción: 02 de agosto de 2022. Fecha de aprobación: 07 de marzo de 2022.

PALABRAS CLAVE: *derechos humanos, perspectiva de género, mujer, feminismo, femicidio, debida diligencia.*

ABSTRACT: The article shows the importance of understanding and applying the gender perspective in order to respect and duly defend the contents of the regulations relating to human rights, the above; in order to show that without it, access to justice for women in our country is ineffective.

The topic is also justified because the gender perspective, unfortunately, is a concept that is not yet fully understood both by the general population and by the authorities involved in the justice system in our country, and unfortunately not by students and lawyers. In this way, this document aims to emphasize the importance of its conceptualization and application to defend human rights from a wider perspective, since failure to do so will allow it to continue negatively impacting oppressions against women and men, as will be seen it is a matter that concerns both genders.

KEYWORDS: *human rights, gender perspective, women, feminism, femicide, due diligence.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El significado de los derechos humanos; III. Características de los derechos humanos, IV. Los derechos humanos en México; V. La conceptualización de la perspectiva de género en México; VI. Conceptos importantes de la perspectiva de género; VII. La sinergia entre los derechos humanos y la perspectiva de género El Caso de Lesvy; VIII. Conclusiones; IX. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo jurídico actual contamos con todo un sistema de normas diseñado para organizar la vida humana y defender los derechos y libertades consagrados en diferentes normatividades nacionales e internacionales. El Derecho, como ciencia

social con sus teorías, instituciones y normatividad, ha demostrado, si bien es cierto no ser el único instrumento con el que contamos los seres humanos para vivir de manera armónica en sociedad y resolver conflictos, sí es el arma más exitosa para lograr esos propósitos.

En esta ciencia social encontramos específicamente, pero no de manera exclusiva, a los derechos humanos que podemos indicar como lo señaló Rodolfo Vázquez³ y con quien coincidimos plenamente, son un invento de la humanidad que puede ser el más revolucionario y el arma conceptual más poderosa contra las diversas formas de fundamentalismo, opresión y violencia.

No obstante lo anterior, es verdad que aún observamos numerosas desigualdades abusos de poder y opresiones en los miembros de la sociedad, en todos los ámbitos (social, económico, educativo, laboral, científico, cultural, deportivo, recreativo, etcétera) y ciertamente ello demuestra que no obstante de que nunca como en los albores del siglo XXI se ha llegado a reconocer y proteger con variados instrumentos jurídicos a los seres humanos, las violaciones a sus derechos humanos persisten y se han vuelto más sofisticadas.

Por lo anterior, reconocemos que la reflexión debe ser realizada en diversos campos y por ello es una tarea enorme. En este artículo, sin embargo, se toca un aspecto en el que muchas de las violaciones sufridas por todas las personas encuentran convergencia, pero aún más el género femenino.

En ese orden de ideas, realizamos reflexiones sobre un factor fundamental: la perspectiva de género y su importancia para defender los derechos humanos de las mujeres, ya que si contamos como se indicó con un sistema jurídico adecuado, su funcionamiento y aplicación aún puede mejorar, es decir, si enfocamos con un nuevo elemento: la perspectiva de género.

³ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, No. 274, 2017, pp. 229.

Como advertimos se propone enriquecer la aplicación del Derecho haciendo uso, cuando se amerite, de este enfoque para obtener mayores y mejores alcances en la justicia que se obtiene.

Dicho lo anterior, en el artículo se realizan precisiones -de manera sucinta- de conceptos fundamentales de los derechos humanos y de la perspectiva de género para encontrar la sinergia entre ellos proponiendo una forma de comprenderlos mejor y de manera complementaria, es decir, de forma más clara e integral, y obtener como resultado un nuevo paradigma de inclusión y de justicia.

Se exponen también de manera breve y para ejemplificar la materia del artículo, las partes y/o consideraciones más importantes de la Recomendación 01/2018 emitida por la entonces Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, (actualmente se denomina Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México), de un caso actual y paradigmático en el que se usan los postulados principales de derechos humanos y de la perspectiva de género, el caso “Lesvy” para ayudar al lector a entender qué es la perspectiva de género y su utilización.

En las conclusiones se obsequian ideas sobre la importancia de la comprensión y difusión del uso de la perspectiva de género en el campo jurídico de los derechos humanos para su mejor defensa ya que no sólo es necesario llenar nuestras mentes y anaqueles con instrumentos jurídicos al respecto, pues paradójicamente -a pesar de que existen diversas normatividades, instrumentos, declaraciones, tratados, convenciones, pactos,- ello todavía no mejora la condición histórica de las mujeres en la sociedad mexicana.

Igualmente, consideramos que es de mayor importancia reiterar que la vida actual y la organización política y social, pero sobre todo la del mundo de los juristas, en nuestro país no puede concebirse sin la actualización sobre los estudios de género, pues existen diversas áreas con muchos problemas sociales y legales que analizar en las que debemos proponer de manera conjunta respuestas urgentes y estructuradas de mejor forma.

1. EL SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Resulta pertinente comprender que el tema de definir los derechos humanos es básico y complejo, que reviste la mayor importancia para nuestro análisis y debemos adoptar una definición que -de la mejor manera posible- incluya los elementos esenciales y más importantes del concepto para comprenderlo y referirnos a él óptimamente.

Lo anterior resulta necesario porque a pesar de que pocas personas en el ámbito jurídico o no, podrían cuestionar hoy en día la existencia, importancia y necesidad de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás instrumentos jurídicos vinculantes y no vinculantes de la gran mayoría de los Estados modernos, aún no se conoce o entiende debidamente su significado, cuál es su contenido, alcances, importancia, dimensiones, aplicación y eficacia, entre otros aspectos relevantes.

Así entonces y a pesar de que podríamos iniciar la tarea indicada rastreando en los distintos continentes, culturas y épocas los orígenes de los derechos humanos, proponemos apoyarnos de inmediato en uno elaborado de manera excepcional y adoptarlo para fines prácticos para la comprensión del presente estudio. Proponemos el siguiente, de naturaleza ‘multidimensional’ que como lo indica su autor, Mario I. Álvarez Ledesma, resulta completo pues facilita metodológicamente la comprensión no sólo del significado sino de la forma en que esos derechos nacen teórica e históricamente y, además funcionan en el Estado mexicano, como en otros estados democráticos y de derecho.

Los derechos humanos son:

Aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de su autonomía moral y dignidad.

Exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetro de justicia y legitimidad política.⁴

⁴ Álvarez, Mario I., “Los Derechos Humanos en el sistema jurídico mexicano –o

Destacamos que el concepto ‘derechos humanos’ es multívoco, por ser multidimensional, es decir que su significado dependerá de la función que desempeñe en la dimensión o contexto en que se le utiliza; función que lamentablemente no siempre coincide con la que realiza o se pretende realice el concepto ‘derechos humanos’ en su dimensión jurídica. Las funciones o dimensiones a las que nos referimos son tres, la teórica-axiológica, la jurídica y la política.

Explicamos, brevemente, cada una de las dimensiones. La dimensión teórica-axiológica corresponde a las teorías político-filosóficas, así como a las ideas y concepciones del mundo, de donde surgen los derechos humanos, es decir de ellas nacen los contenidos valorativos, éticos y morales, todo ello dependiendo por supuesto de las diferentes culturas en las que se gestan. Esta dimensión constituye, por decirlo así, la parte valorativa e ideológica de la que surgen las exigencias teóricas de orden filosófico.

La dimensión jurídica la encontramos en la diversa normatividad que existe relativa a los derechos humanos; en ella éstos se conciben como derechos histórico-positivos, e incluso como derechos morales. Es decir, hablamos de la presencia estrictamente jurídica de la normatividad de los derechos humanos.

La dimensión política por su parte la encontramos en los conceptos de legitimidad jurídica que justifican al poder a partir de las concepciones de la filosofía política de los derechos humanos. Los principales pensadores que le dieron origen fueron Thomas Hobbes, John Locke y Jean Jaques Rousseau quienes cuestionaron a los monarcas de su época que se encontraban en el uso del poder político a través de teorías que resolvían su legitimidad política y los derechos de sus súbditos.

del sinuoso camino en búsqueda de la justicia”, Ponencia publicada en *La Libertad de Cátedra y de Investigación en el ámbito de los derechos humanos*, Coordinador Alfredo Félix Buenrostro Ceballos, México, Centro de Estudios sobre la Universidad, Universidad Autónoma de Baja California, 2014, p. 20.

Dicho de otra forma, el concepto adoptado es valioso porque revela varias cuestiones: "... su origen y tránsito histórico, y cómo es que fueron evolucionando de meras exigencias teóricas de orden filosófico-político (primera dimensión), para convertirse en el discurso político-jurídico que determina la legitimidad del poder político y la justicia del Derecho (segunda y tercera dimensiones), así como el resto de las instituciones sociales posteriores a la Revolución Francesa".⁵

Entendido lo anterior, posteriormente es posible encontrar la ubicación del papel protagónico que se atribuye en mayor o menor medida a los derechos de las mujeres en cada dimensión y luego el de la perspectiva de género.

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como reza el tercer párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los derechos humanos básicamente tienen las siguientes características son universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. Estas características también pueden ser entendidas como principios generales de los derechos humanos y así lo apreciamos a continuación.

Los derechos humanos son universales porque corresponden a todas y cada una de las personas por el simple hecho de pertenecer a la especie humana, con independencia de condiciones o circunstancias de tiempo y lugar.

La interdependencia de los derechos fundamentales la encontramos al pensarlos o concebirllos en el conjunto por ellos representado, el cual muestra la diversidad y riqueza de cuestiones que los estructuran y al mismo tiempo, los vínculos que existen entre todos y cada uno de sus derechos integrantes indistintamente, estos nexos hacen evidente esa interdependencia. Así verbigracia un derecho

⁵ *Ibidem*, pp. 24-25.

está ligado con el ejercicio o existencia de otro, por ejemplo el derecho a la igualdad, con el derecho a la libertad, con el derecho a la no discriminación, con el derecho a la seguridad jurídica y todos ellos con el derecho a la vida, he allí su interdependencia.

Los derechos humanos son indivisibles por razón de que en conjunto representan la integridad de un catálogo de derechos y libertades conformado a lo largo de la historia, por lo cual la vigencia sociológica de unos exige el disfrute de los demás. En otras palabras, su aplicación se debe realizar en conjunto, lo cual implica “que todos los derechos, ya sean civiles, políticos, sociales, culturales o de la solidaridad forman una unidad”⁶.

La progresividad de los derechos humanos la entendemos como un principio por virtud del cual todas las autoridades tienen la obligación de ampliar el alcance, promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos de manera gradual.⁷

III. LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Dicho lo anterior, es preciso a continuación entender cómo se enuncian y funcionan los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano y para ello recurrimos al artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que acertadamente denota –por lo menos formalmente– que en el país los derechos humanos son de primer orden de importancia.

“De los Derechos Humanos y sus Garantías. Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las

⁶ Carpizo, Jorge, “Los Derechos Humanos: Naturaleza, denominación y características, en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, No. 25, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre, 2011, p. 23.

⁷ Lugo Saucedo, Paloma *et al.*, *Vademécum de derechos humanos*, México, Ríos Vega Luis Efrén y Spigno Irene, Directores, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 277.

garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”⁸

Esta afortunada redacción nació con la reforma en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 10 de junio de 2011⁹ y constituyó un cambio benéfico al colocar en el centro de actuación del Estado mexicano la protección y garantía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por México¹⁰.

⁸ *Cfr.* artículo 1o, párrafo tercero, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. p.1, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

⁹ *Cfr.* Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el DOF 10 de junio de 2011 y verificable en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

¹⁰ Medellín, Ximena, *Principio Pro Persona*, México, Centro de Investigación aplica-

Lo anterior en virtud de que todas las autoridades del país fueron conminadas a actuar conforme a las obligaciones señaladas en el artículo 1º. Es preciso señalar que esta reforma abrió paso a otras más que constituyeron transformaciones en otras materias del sistema jurídico nacional, como lo son: en la penal y de amparo.

En opinión de Salazar, Ochoa y Vázquez la reforma posicionó a México en sintonía con la mejor tradición del constitucionalismo contemporáneo, abriendo cada vez más el sistema político de nuestro país al derecho internacional y detrás de una larga cadena de cambios, que permitieron la democratización del país, apostaron por una transformación real, esto sucedió cuando la Corte IDH delineaba la figura el Control de Convencionalidad.¹¹

La reforma no solamente alinea y uniforma todas las disposiciones constitucionales de manera directa o indirecta con los derechos humanos sino que también distingue entre derechos humanos y sus garantías. Asimismo, abre el concepto de manera amplia, al indicar que los derechos humanos no sólo se encuentran en la normatividad nacional, sino también en la internacional y por otra parte, pone en relieve la forma de aplicarlos al indicar que la misma debe acatar el principio pro persona¹².

Asimismo, del artículo se desprenden las obligaciones de todas las autoridades de todos los niveles para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos desde el primer contacto que tengan con la persona y no pensar que es en otra instancia en donde se tiene que hacer valer la normatividad relativa a los derechos hu-

da de Derechos Humanos de la CDHCDMX, SCJN y ACNUDH, 2013, p.4.

¹¹ Salazar, Pedro, *et. al.*, *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2014, pp. 16-17.

¹² Es un criterio hermenéutico característico de los derechos humanos que consistió en aplicar el precepto jurídico o la interpretación más favorable cuando se trate del reconocimiento y goce de derechos, e inversamente, en la aplicación del precepto o interpretación más restrictiva cuando se intente afectar el acceso o goce de un derecho fundamental, en aras de estar siempre a favor de la persona.

manos (nacional e internacional). Por otra parte, también se señala claramente que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Básicamente con la reforma de este artículo se consolida la institucionalización de primer orden para operar jurídicamente la normatividad en materia de derechos humanos y así también se da paso a una construcción más sólida del sistema interno de protección a los derechos humanos, el jurisdiccional y el no jurisdiccional.

Los sistemas jurisdiccional y no jurisdiccional de protección de los derechos humanos reconocen y adoptan criterios internacionales jurídicos y políticos de los instrumentos y organizaciones internacionales en materia de derechos humanos y ello permite que los mismos operen y se hagan vigentes en beneficio de todas las personas.

En el sistema de protección jurisdiccional de los derechos humanos se tienen que agotar los recursos de jurisdicción interna a nivel nacional para poder acceder a un órgano jurisdiccional supranacional con resoluciones de carácter obligatorio para el Estado mexicano.

En el sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos, es decir con las actuaciones de los Ombudspersons¹³ nacionales y locales se atiende de manera rápida y lo más ágil posible los desajustes o fallas de las actuaciones de las autoridades administrativas nacionales y locales para defender a las personas de los abusos de poder. En México este sistema representa un gran apoyo al sistema jurisdiccional para atender el rezago en la atención de violaciones a derechos humanos ya que su principal tarea es reci-

¹³ La figura del Ombudsperson, es también conocida como ombudsman, defensor del pueblo, o procurador de derechos humanos y reviste características peculiares y muy valiosas en la defensa de los derechos humanos tales como lo es la independencia en el sentido de no tener influencia por un partidismo político, alta probidad moral y ética, así como buscar no dejar solo en las manos de los tribunales el control de la administración pública.

bir y resolver quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que pudieran violar derechos humanos.

No obstante lo anterior, debe de tenerse presente que el Ombudsperson nacional fue privado para conocer de asuntos en materia de actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales, de resoluciones de carácter jurisdiccional y de consultas de autoridades o particulares u otras entidades sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales.

IV. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MÉXICO

En la última década del siglo XX, en México, se presentó un aumento significativo en el número de mujeres y niñas víctimas de violencia, influenciados por una cultura de discriminación motivada en el sexo y el género. Se constata que desde 1993 la violencia contra las mujeres incrementó debido a diversos factores¹⁴, entre los que se encuentran los siguientes: a) altos grados de violencia, incluyendo violencia sexual en algunos crímenes de violencia; b) respuestas ineficientes y actitudes indiferentes por parte de las autoridades ante los delitos denunciados; c) altos niveles de impunidad en los casos de homicidio de mujeres; d) desconocimiento de cifras exactas sobre homicidios contra mujeres; y e) perpetuación de violencia sexo-genérica.

¹⁴ Diversos informes nacionales e internacionales hacen mención que desde 1993 hubo un aumento significativo en los índices de violencia, desapariciones y homicidios, principalmente en Ciudad Juárez. En el 2003 la CIDH a través de la Relatoría de los derechos de la mujer publicó un informe intitulado *Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez*, en donde se afirma que desde 1993 existe un incremento de notable de homicidios de mujeres. Cfr. CIDH, *Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez*, https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/9_informes/MecInt/20.pdf.

En la actualidad en México continúan los altos estándares de violencia sin cambios significativos ya que por ejemplo sobre el femicidio, que sin duda es el caso más extremo de violencia cometido en contra de las mujeres, el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, informó que en el año 2020 se reportaron un total de 949 femicidios y que en el 2021 se incrementó a 966¹⁵.

Otro dato importante al respecto, se puede observar en los informes arrojados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) cuando señala que derivado del confinamiento por el SARS-CoV2, hubo un aumento de violencia en el entorno familiar en zonas urbanas en el tercer trimestre del 2020 y 2021. En 2020 el delito de violencia familiar registró la segunda mayor frecuencia y es el único que muestra un aumento de 5.3% entre 2019 y 2020¹⁶, y aunque se presenta en ambos sexos, prevalece un nivel mayor en mujeres.

Ante las violaciones exacerbadas contra los derechos humanos de las mujeres en México, diversos mecanismos nacionales e internacionales abocados en la defensa y promoción de los derechos humanos, se pronunciaron ante dicha situación y exhortaron a las autoridades mexicanas a tomar cartas en el asunto.

Uno de los casos más emblemáticos de la situación de violencia sexo-genérica que enfrentó México, se materializó en la sentencia denominada Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) VS. México (16 de noviembre de 2009), en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoció la responsabilidad del Estado mexicano por la desaparición y ulterior muerte de Claudia Ivette

¹⁵ Cfr. Secretariado Ejecutivo de del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Información de violencia contra las mujeres, disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1btj0rWQJIn3mlUKXcKrAxhSHPoOe58T6/view>

¹⁶ Cfr. Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), *Comunicado de Prensa Núm 689/21. Estadísticas a Propósito del Día Internacional de la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (25 de noviembre)*, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_Elimviolmujer21.pdf

González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero en Ciudad Juárez, Chihuahua, el 06 de noviembre del 2001. Dentro de las reparaciones de dicho caso, la Corte IDH estableció que el Estado debía adoptar medidas, protocolos, manuales, criterios, entre otros mecanismos para investigar delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidio de mujeres.¹⁷

Por lo anterior, el Estado mexicano realizó varias acciones para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres; una de ellas fue la creación de la de la Comisión para Prevenir y Eliminar la Violencia contra las Mujeres en Ciudad Juárez, el 18 de febrero de 2004, que en el 2009 se convertiría en la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

Otros mecanismos que implementó el Estado mexicano, para prevenir la violencia de género, fue la creación de leyes, reglamentos y protocolos, tales como: la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, del 02 de agosto de 2006; la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, del 01 de febrero de 2007; el Reglamento de la Ley General de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, del 11 de marzo de 2008; y la Ley General de Víctimas, del 09 de enero del 2013.

Cabe mencionar que, en materia internacional, México ya estaba suscrito a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida Convención de Belem do Pará.

Con todo lo anterior se podría suponer que el Estado mexicano ha avanzado drásticamente para proteger los derechos de las mujeres y sobre todo para no dejar impune los delitos que se comenten en contra de ellas por razones de género, sin embargo, además de

¹⁷ Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Campo algodonero párr. 602.

contar con disposiciones legales expresas en materia de género, es fundamental que todas las autoridades conozcan los protocolos¹⁸ para realizar una correcta investigación, que contemple la perspectiva de género.

No es baladí mencionar también que las autoridades mexicanas tienen la obligación de aplicar un correcto Control de Convencionalidad, es decir que, en su caso, todos los jueces nacionales en el ámbito de sus competencias y atribuciones, no sólo están obligados en realizar un control de constitucionalidad, sino también un control de convencionalidad, llevando a cabo una armonización entre los Tratados Internacionales y las normas internas, ya que de no hacerlo estarían incurriendo en responsabilidad internacional¹⁹.

V. CONCEPTOS IMPORTANTES DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

La teoría feminista ha demostrado que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se analiza desde una perspectiva de género. En este sentido, para hablar de derecho desde una perspectiva de género, se tendría que combatir los argumentos estereotipados e indiferentes que impiden hacer realidad el derecho a una igualdad sustantiva, en la que se reconozcan las diferencias y categorías de las personas para resolver cualquier problema o fenómeno social que se presente en el ámbito jurídico.

La perspectiva de género es una categoría analítica sobre las construcciones socio-culturales que se atribuyen a hombres y mujeres y que también se puede considerar como un concepto novedoso

¹⁸ Desde el año 2011, la entonces Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, mediante el acuerdo A/017/2011 emitió un protocolo de investigación ministerial, policial y pericial para que los delitos de feminicidio sean juzgados con perspectiva de género.

¹⁹ Ferrer, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>.

en México al intentar entender la problemática de la justicia y el goce de los derechos humanos de todas las personas.

El concepto de perspectiva de género lo encontramos desarrollado en órdenes normativos nacionales e internacionales, así como en jurisprudencias y estudios sociales y jurídicos muy valiosos e ilustrativos. Veamos algunos.

Marcela Lagarde dice:

La perspectiva de género permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias. Esta perspectiva de género analiza las posibilidades vitales de las mujeres y los hombres: el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, así como los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y las maneras en que lo hacen.²⁰

El análisis que se realiza para conformar la perspectiva de género tiene entonces como eje principal el cuestionamiento del paradigma de la existencia de un “único” ser humano “neutral y universal” que por lo regular se conoce como el hombre blanco, heterosexual, adulto, sin discapacidad, educado formalmente, con recursos económicos, no indígena y en roles de una cultura específica.

Esta perspectiva utiliza recursos éticos de una filosofía poshumanista²¹ para criticar histórica, social y antropológicamente la condición de las mujeres en el mundo androcéntrico existente, mis-

²⁰ Cfr. Lagarde, Marcela, *Genero y feminismo: Desarrollo Humano y Democracia*, Ciudad de México, Siglo XXI, Editores, 2018. https://books.google.com.mx/books/about/G%C3%A9nero_y_feminismo.html

²¹ A través de las desigualdades existentes en la participación de las mujeres en diversas áreas de la sociedad moderna es increíble constatar que el humanismo “no las advirtió” tempranamente para subirlas a los avances del mundo contemporáneo y solamente se sirvió de ellas sin incluirlas para beneficio de todos no obstante promulgar la igualdad de los seres humanos en las instituciones jurídicas pero solamente en el papel y como discurso político.

mo que dejó fuera a la mitad de la humanidad de sus instituciones (culturales, políticas, sociales, jurídicas, etcétera), y a través de las luchas feministas ha producido efectos políticos y sociales que abarcan a todos los integrantes de una sociedad y pone en relieve que el desarrollo humano no puede darse sin las mujeres y sin una ‘democracia genérica’ por esa razón es una crítica a la modernidad y a su promesa de desarrollo y bienestar.

La perspectiva de género es útil para reclamar no solo derechos que ya existen para el género masculino sino también el reconocimiento de las diferencias que caracterizan a las mujeres en sus diferentes círculos y con sus cosmovisiones del mundo en todas sus áreas de acción, así como en sus aspiraciones por ser sujetos moralmente autónomos. Su objetivo, es entonces, visibilizar todas esas prácticas androcéntricas, machistas y misóginas que son impuestas tanto en la sociedad como en el derecho, que imposibilitan alcanzar la igualdad sustantiva²² entre hombres y mujeres.

Desde la perspectiva de género no se busca una igualdad general y/o absoluta entre hombres y mujeres ante la ley porque, la igualdad está sesgada por la experiencia y los intereses masculinos. Por el contrario, la intención es resaltar las diferencias que existen entre ellos, para después realizar un análisis jurídico a partir de esas diferencias, es decir, se debe de tomar en cuenta diversas categorías relevantes que puedan influir en la descripción de un fenómeno social.

La perspectiva de género además busca modificar las condiciones sociales que reproducen las relaciones inequitativas entre mujeres y hombres y que por lo general les quitan valor o las colocan en el mundo de forma secundaria.

Otro aspecto que no podemos omitir mencionar es que esta perspectiva busca deconstruir la visión androcéntrica del mundo y que ha dominado todos los ámbitos para construir o crear nuevas reglas

²² La igualdad sustantiva se refiere al ejercicio pleno de los derechos fundamentales y la capacidad de hacerlos efectivos.

de convivencia humana, leyes, derechos y deberes de las personas para que en sus mundos, aspiraciones, sueños y vida por completo, se goce y disfrute de manera plena los contenidos de los catálogos de derechos humanos vigentes.

Una aportación más que abunda en el tema es la siguiente:

La perspectiva de género es un método que, bajo un esquema de interseccionalidad, detecta la presencia de tratos diferenciados basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales, y determina si dicho trato es necesario y por lo tanto legítimo, o sí, por el contrario, es arbitrario y desproporcionado y por lo tanto discriminatorio. Esta perspectiva adquiere particular relevancia en el quehacer jurisdiccional en donde se resuelven problemáticas específicas y se atribuyen consecuencias jurídicas a hechos y actos concretos; lo que en muchos sentidos, tiene una resonancia transformativa.²³

De lo transcrito es evidente que entonces la perspectiva de género incluye una categoría analítica y un método de tratamiento de la realidad de las personas del sexo femenino principalmente, aunque también incluye otras categorías interseccionales.

En este momento es primordial aclarar que también resulta imprescindible entender que la idea de ‘género’ suele confundirse con el concepto ‘sexo’, mismo que sí corresponde a una categoría biológica predeterminada (sexo femenino o masculino) a diferencia del género, la cual es una creación artificial por lo que puede de construirse y cambiarse a una idea mayormente aceptada y/o apegada -por razones de justicia, con base en la teoría de la justicia de los derechos humanos- a otra concepción más justa e incluyente impactando en las expectativas sociales, culturales y jurídicas de las personas y en su correspondiente proyecto de vida.

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad*, México, SCJN, 2013, p. 62

Así entonces, “El sexo designa características biológicas de los cuerpos mientras que el género es el conjunto de características, actitudes y roles social, cultural e históricamente asignados a las personas en virtud de su sexo. Mientras que la biología, determina hasta cierto punto, la identidad; lo cultural es modificable.”²⁴

Efectivamente es determinante que la biología es natural y no así la construcción de los géneros pues en esta última influyen de manera determinante las culturas de las sociedades humanas.

En ese entendido, nos centraremos en el análisis del método para juzgar con perspectiva de género en virtud de que en el ámbito jurídico su comprensión, aceptación y uso es determinante en el respeto y defensa de los derechos humanos de las mujeres.

Para mayor claridad ofrecemos otro concepto valioso para nuestro análisis; el de INMUJERES. El Glosario de Género del Instituto Nacional de las Mujeres INMUJERES²⁵ por su parte indicó sobre la perspectiva de género que: “Cuando se habla de perspectiva de género, se hace alusión a una herramienta conceptual que busca mostrar que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no solo por su determinación biológica sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos”.

Mirar o analizar una situación desde la perspectiva de género, permite entonces entender que la vida de mujeres y hombres puede modificarse en la medida en la que no está “naturalmente” determinada. Esta perspectiva ayuda a comprender más profundamente tanto la vida de las mujeres como la de los hombres y las relaciones que se dan entre ambos. Este enfoque cuestiona los estereotipos con que somos educados y abre la posibilidad de elaborar nuevos contenidos de socialización y relación entre los seres humanos. ...”

Así entonces del repaso realizado concretamos que es fundamental conocer cabalmente que es la perspectiva de género y lo

²⁴ *Idem.*

²⁵ Disponible en: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100904.pdf

fundamental que resulta epistemológicamente para que en nuestros ámbitos o círculos de vida la difundamos ya que además de funcionar como un recurso o una herramienta importante de vida en el trabajo de la abogacía en los temas de justicia, ayudará a comprender mejor la situación que se conoce para salvaguardar los derechos humanos de las mujeres.

Es incuestionable que en el sector académico nos debemos ocupar también del estudio de esta visión y su relevancia en los temas de justicia y de derechos humanos para efecto de abonar a la más valiosa de las virtudes del Derecho: la justicia.

En este orden de ideas y para clarificar lo hasta ahora expuesto se comenta, de manera general, un caso que de su estudio arroja por sí mismo la deseada sinergia existente entre el enfoque de derechos humanos y la utilización de la perspectiva de género para alcanzar el espíritu que marca el artículo primero de la CPEUM.

VI. LA SINERGIA ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. EL CASO LESVY.

La integración de la perspectiva de género en la conceptualización y aplicación de los derechos humanos contribuye a mejorar su protección y vigencia, debido a que permite avanzar hacia los objetivos de igualdad sustantiva y la equidad; además fortalece los sistemas democráticos mediante una aplicación diferenciada que permite satisfacer las necesidades de cada persona según su género.

La perspectiva de género permite entender el porqué la doctrina de los derechos humanos ha contemplado aplicaciones conceptuales y el reconocimiento explícito de los derechos de las mujeres; además su incorporación en los derechos humanos contempla una herramienta de cambio en las relaciones sociales entre mujeres y hombres. Por lo anterior, cada vez toma mayor relevancia la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la conceptualización y análisis de los derechos humanos.

La aplicación de la perspectiva de género enriquece la manera de mirar la realidad y de actuar sobre ella. En materia de derechos humanos, permite, entre otras cosas, visualizar inequidades construidas de manera artificial, socio-culturalmente; y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación. Ofrece pues grandes ventajas y posibilidades para la efectiva tutela de las personas y concretamente, de las mujeres²⁶

En esta redacción se puede vislumbrar que uno de los principales aportes de la perspectiva de género y del feminismo en la práctica de los derechos humanos, reside en realizar transformaciones que impacten radicalmente en la erradicación de elementos culturales y estereotipos de género que imposibiliten el correcto goce ejercicio de los derechos tanto de las mujeres como de los hombres.

La sinergia entre el enfoque de derechos humanos y la utilización de la perspectiva de género consiste entonces en que la acción conjunta de ambas técnicas, metodologías y principios permitirá obtener mayores y mejores aproximaciones a los operadores jurídicos para obtener la justicia requerida y la atención diligente del caso al que se aplique.

El Caso Lesvy.

La Recomendación 01/2018²⁷ que emitió la entonces Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal es un documento importante que ejemplifica en su estructura un caso en el que lamentablemente pierde la vida una joven de 22 años de edad, la señorita Lesvy Berlín Rivera Osorio.

²⁶ Badilla, Ana y Torres Isabel, “La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 95.

²⁷ Disponible en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2018/05/reco_0118.pdf

Esta Recomendación se emite después de acumular dos expedientes de queja en donde se muestra la falta de atención debida del asunto por parte de varias autoridades encargadas de analizar los hechos y respectivas actuaciones en el caso, la entonces Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México (PGJCDMX), el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDMX) y la Secretaría de Seguridad Pública de la Ciudad de México (SSPCDMX), autoridades señaladas como responsables en la Recomendación.

Cabe hacer hincapié en que a pesar de que la Recomendación 01/2018 se genera por el caso de la señorita Lesvy Berlín Rivera Osorio de manera valiosa también revela violaciones estructurales que afectan a las mujeres que habitan y transitan en la Ciudad de México.

No obstante que se recomienda ampliamente su lectura y análisis pormenorizado, así como su discusión académica, el presente artículo realiza un esbozo de su contenido y solamente pretende resaltar algunos puntos fundamentales que se advierten estrechamente relacionados con el respeto y defensa de los derechos humanos desde la perspectiva de género.

Así entonces resalta que en la Recomendación 01/2018 se indica expresamente que desde el inicio de la atención del caso, de oficio, se utilizó un enfoque de derechos humanos y la metodología denominada “Perspectiva de Género” y que realizando una sinergia entre estos métodos se estableció que los derechos humanos que se transgredieron: El derecho al debido proceso con enfoque de derechos humanos, el acceso a la justicia y derecho a la verdad con enfoque de derechos humanos, el derecho a la integridad personal con enfoque de derechos humanos en relación con el derecho a la memoria de la persona fallecida y el derecho a la intimidad y la vida privada con enfoque de derechos humanos.

En el documento se narran las investigaciones y actividades características que le corresponde realizar a un Ombusperson, manifestando que recabaron evidencias del asunto, que se marcó un amplio contexto de lo sucedido para la mejor comprensión el caso y así

situar los hechos como violatorios de derechos humanos rodeados de las circunstancias específicas que los suscitaron para posteriormente establecer la lógica del caso y su resolución.

Asimismo, se observa en la relatoría de los hechos la existencia de un apartado de las líneas de investigación considerado encontrando en un primer y relevante papel la comisión del delito de feminicidio iniciando con la presencia de la víctima (la señorita Lesvy Berlín Rivera Osorio) con su novio el día de los hechos en el lugar donde perdió la vida, el hallazgo de su cuerpo sin vida y las actuaciones de las autoridades competentes en su conocimiento y esclarecimiento, indicando las faltas u omisiones en la investigación que denotan la falta de la utilización de la perspectiva de género en la atención del caso.

En ese orden de ideas se indicó que en la investigación criminal realizada por el Agente del Ministerio Público que conoció del caso en un primer momento se determinó ejercer acción penal por homicidio culposo en contra del imputado (novio de la señorita Lesvy Berlín Rivera Osorio) y posteriormente el Juez de Control en materia Penal del Sistema Procesal Acusatorio del TSJCDMX dictó auto de vinculación a proceso en contra del imputado por la probable comisión por omisión del delito de homicidio simple en agravio de la señorita Lesvy.

Ante lo manifestado los padres de la señorita Lesvy interpusieron recurso de apelación en contra del auto de vinculación a proceso solicitando la reclasificación del delito y por ello la Quinta Sala Penal del TSJCDMX dictó sentencia en la que se resolvió la modificación del auto de vinculación a proceso ya que se acreditó que el Juez de Control no actuó con la debida diligencia y tampoco aplicó la perspectiva de género como método de análisis de los hechos bajo su conocimiento. No obstante de que tenía a la vista, en los datos de prueba, antecedentes de violencia en contra de la víctima.

En este caso como en otros cuando las diligencias, actuaciones, contrastes, valoraciones y demás actividades encaminadas a documentar, conocer y esclarecer un asunto (principalmente en donde se

investiga un acto imputable a una mujer) se realizan invisibilizando el contexto y datos de violencia de la víctima, en realidad se está invisibilizando un mundo de conocimientos, que hacen nugatorio el derecho de la víctima directa y víctimas indirectas al acceso a la justicia y verdad de los hechos.

Por lo anterior, es importante puntualizar que todas las autoridades (desde el primer respondiente, hasta el juez de ejecución) conozcan la metodología de la perspectiva de género y la apliquen en un caso concreto de forma *ex officio*, es decir, sin que medie petición de parte.

Como parte de las acciones que deben de realizar las autoridades para integrar una investigación con perspectiva de género se encuentran las siguientes:

- i. Identificar si existen situaciones asimétricas de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia;
- ii. Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;
- iii. En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.
- iv. De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género.
- v. Para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas
- vi. Considerar que el método exige que, en todo momento se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que deber procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.²⁸

²⁸ Tesis 1ª. /J 22/2016, *Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, TII, abril

VII. CONCLUSIONES

La investigación y análisis de casos haciendo un uso óptimo de los conocimientos sobre los derechos humanos y la perspectiva de género busca primordialmente el mejor y adecuado acceso a la justicia de las personas ya que solo así existen las condiciones necesarias para constatar su respeto y defensa.

Es importante conocer los diferentes lineamientos o protocolos que se utilizan para juzgar con perspectiva de género como por ejemplo la jurisprudencia 22/2016 (10^a) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁹, así como el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁰, entre otros.

La perspectiva de género a pesar de tener como objetivo principal identificar las discriminaciones de mujeres y hombres que pueden sufrir directa o indirectamente con motivo de la aplicación del marco normativo vigente y de los usos en las sociedades, lamentablemente aún ha sido una materia poco conocida, estudiada, entendida y aplicada -a pesar de su obligatoriedad- por los actores de la justicia y estudiosos del derecho y ello debe cambiar ya que de no ser así los contenidos del catálogo de derechos humanos alcanzado con la reforma Constitucional de 2011 serían -en gran parte- sólo derechos y libertades a medias.

2016, p. 836.

²⁹ Disponible en: <https://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/archivos/manager/5589tesis-aislada-comun-7.pdf>

³⁰ Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>

VIII. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Mario, “Los Derechos Humanos en el sistema jurídico mexicano –o del sinuoso camino en búsqueda de la justicia”, Ponencia publicada en *La Libertad de Cátedra y de Investigación en el ámbito de los derechos humanos*, Coordinador: Alfredo Félix Buenrostro Ceballos, México, Centro de Estudios sobre la Universidad, Universidad Autónoma de Baja California, 2014.
- FERRER, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>.
- LAGARDE, Marcela, *Genero y feminismo: Desarrollo Humano y Democracia*, México, Siglo XXI, Editores, 2018. Disponible en: https://books.google.com.mx/books/about/G%C3%A9nero_y_feminismo.html
- LUGO SAUCEDO, Paloma *et al.*, *Vademécum de derechos humanos*, México, Ríos Vega Luis Efrén y Spigno Irene, Directores, Tirant Lo Blanch, 2019.
- MEDELLÍN, Ximena, *Principio Pro Persona*, México, Centro de Investigación aplicada de Derechos Humanos de la CDHCDMX, SCJN y ACNUDH, 2013.
- SALAZAR, Pedro, ET.AL., *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Dominguez del Senado de la República, 2014.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad*, México, SCJN, 2013.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, No. 274, 2017.

2. HEMEROGRAFÍA

BADILLA, Ana y Torres Isabel, “La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

CARPIZO, Jorge, “Los Derechos Humanos: Naturaleza, denominación y características”, en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, No. 25, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre, 2011.

3. LEGISGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

4. JURISPRUDENCIA

Tesis 1ª. /J 22/2016, *Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Abril 2016.

5. SENTENCIA

Corte IDH, González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

6. ELECTRÓNICAS

Disponible en: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100904.pdf

Disponible en: <https://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/archivos/manager/5589tesis-aislada-comun-7.pdf>

Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>

Disponible en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2018/05/reco_0118.pdf

Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/apropósito/2021/EAP_Elimviolmujer21.pdf

LA NUEVA JURISPRUDENCIA POR PRECEDENTES: ¿UN RETO PARA LA ENSEÑANZA JURÍDICA EN MÉXICO?

THE NEW JURISPRUDENCE BY PRECEDENTS: A CHALLENGE FOR LEGAL EDUCATION IN MEXICO?

ANDREA POZAS LOYO¹

MICHAEL ROLLA NEGRETE CÁRDENAS²

RESUMEN: La reforma judicial del 2021 tuvo como uno de sus ejes la transformación del sistema de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emanada del juicio de amparo, para transitar del histórico sistema de integración por reiteración de criterios, hacia un nuevo sistema de precedentes judiciales. En este artículo argumentamos que la incompatibilidad entre esta reforma y las competencias profesionales que promueve el modelo preponderante de enseñanza de la jurisprudencia en México probablemente constituirán un desafío para la eficacia de este cambio constitucional sustantivo. Nuestro objetivo es realizar un estudio sobre el papel de la enseñanza jurídica en la operatividad de los sistemas jurisprudenciales basados en precedentes judiciales, haciendo un contraste con el modelo educativo en el que se ha fincado la enseñanza de la jurisprudencia en México, a efecto de proporcionar los insumos necesarios para evaluar la

¹ Doctora y Maestra en Ciencia Política por la Universidad de Nueva York. Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Contacto: apl228@gmail.com . ORCID: < <https://orcid.org/0000-0002-9365-9773>>.

² Maestro en Justicia Constitucional por la Universidad de Guanajuato, egresado de la Maestría en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: <michael.negrete.c@gmail.com>. ORCID: < <https://orcid.org/0000-0002-6998-3290> >.

Fecha de recepción: 02 de septiembre de 2021. Fecha de aprobación: 15 de febrero de 2022.

reciente reforma judicial, desde la identificación de los posibles obstáculos que enfrentará su implementación.

PALABRAS CLAVE: *Reforma judicial, jurisprudencia, precedente judicial, eficacia y enseñanza jurídica.*

ABSTRACT: The judicial reform of 2021 had as one of its axes the transformation of the jurisprudence system of the Supreme Court of Justice of the Nation, emanating from the juicio de amparo, to move from the historical integration system by reiteration of criteria, towards a new system of judicial precedents. In this article we argue that the incompatibility between this reform and the professional competencies promoted by the prevailing model of teaching jurisprudence in Mexico will probably constitute a challenge for the effectiveness of this substantive constitutional change. Our objective is to realize a study on the role of legal education in the operation of jurisprudential systems based on judicial precedents, contrasting with the educational model in which the teaching of jurisprudence in Mexico has been based, in order to provide the necessary inputs to evaluate the recent judicial reform, from the identification of the possible obstacles that its implementation will face.

KEY WORDS: *Judicial reform, jurisprudence, judicial precedent, efficacy and legal education.*

SUMARIO: I. Introducción; II. La eficacia de las reformas y sus determinantes informales; III. La doctrina del precedente judicial y su modelo de enseñanza; IV. El precedente judicial en la cultura jurídica mexicana; V. Jurisprudencia, tesis y precedentes; VI. La enseñanza tradicional de la jurisprudencia en México como posible obstáculo para la eficacia del nuevo sistema de precedentes; VII. Conclusiones; VIII. Fuentes consultadas.

1. INTRODUCCIÓN

El 11 de marzo de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma constitucional que finca el inicio de una reestructuración orgánica para el Poder Judicial de la Federación, con el objetivo central de atender a una serie de retos que la institución enfrenta en cuanto la percepción de la sociedad sobre la ética, profesionalismo, independencia e imparcialidad de las y los juzgadores.³ A este decreto le siguió el publicado el 7 de junio del mismo año, por el que se alineó la legislación secundaria a las nuevas directrices y reglas establecidas a nivel constitucional.

Uno de los ejes de esta amplia reforma judicial es la transformación del sistema de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emanada del juicio de amparo, para transitar del histórico sistema de integración por reiteración de criterios hacia un nuevo sistema de precedentes judiciales obligatorios, típico de los sistemas pertenecientes al *common law*, en donde la jurisprudencia se constituye a partir de los razonamientos contenidos en sentencias individuales,⁴ tal como se explicará más adelante. En dicho tenor, a partir de la entrada en vigor de la reforma, el párrafo décimo segundo del artículo 94 constitucional⁵ y el artículo 222 de la Ley de

³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Proyecto de reformas con y para el Poder Judicial de la Federación*, 2020, p.3, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_usos_múltiples/documento/2020-02/Reforma%20Judicial%20PJF-OK.pdf.

⁴ Cfr. Taruffo, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente. Revista Jurídica*, 2007; Summers, Robert S., “El precedente en los Estados Unidos de América (Estado de Nueva York)”, en McCormick, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente: un estudio comparativo*, trad. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016; y Bankowski, Zenon, et al, “El precedente en Reino Unido”, en McCormick, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente...cit.*

⁵ Secretaría de Gobernación, *Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, relativos al Poder Judicial de la Federación, Diario Oficial de la Federación, 11 de marzo de 2021, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021.

Amparo⁶ establecen este nuevo tipo de jurisprudencia señalando que:

Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias que dicte el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la federación y de las entidades federativas cuando sean tomadas por mayoría de ocho votos. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias.

Con esta adición, la Constitución y la Ley de Amparo reconocen ahora tres tipos de jurisprudencia según su método de integración:

- a) La jurisprudencia por precedentes obligatorios, que es exclusiva de la Corte funcionando en pleno o en salas;
- b) La jurisprudencia por reiteración, que ahora es exclusiva de los Tribunales Colegiados de Circuito; y
- c) La jurisprudencia por contradicción de criterios, cuya integración corresponde tanto a los Plenos Regionales, creados con la última reforma judicial, como a la Corte funcionando en pleno o en salas.

Este es un cambio sustantivo de gran relevancia, sin embargo, consideramos que la falta de compatibilidad entre las competencias que esta reforma requiere por parte de las y los operadores jurídicos y las competencias profesionales que promueve el modelo preponderante de enseñanza de la jurisprudencia en México, constituirá un desafío para la eficacia de dicho cambio constitucional. Argumentamos que el precedente está prácticamente ausente en

⁶ Secretaría de Gobernación, *Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional; de la Ley Federal de Defensoría Pública; de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Reglamentaria de las fracciones uno y dos del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y del Código Federal de Procedimientos Civiles*, 07 de junio de 2021, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5620467&fecha=07/06/2021.

la cultura jurídica nacional, y que existe una diferencia sustancial entre la jurisprudencia mexicana y aquella basada en un modelo de precedentes, propia de la familia jurídica del *common law*.

La jurisprudencia en México difiere significativamente a la de aquellos países donde rige la doctrina del precedente, pues a diferencia de estos, en donde el estudio de las resoluciones íntegras de casos concretos ocupa un lugar central en la formación y en el ejercicio profesional del derecho, en nuestro país, el estudio de las sentencias es una práctica poco común. Esto debido a la trayectoria histórica que ha configurado al actual modelo de sistematización y difusión de las resoluciones judiciales que integran jurisprudencia a partir de “tesis”, que son abstracciones de las sentencias en donde se pretende plasmar el criterio jurídico aplicado por el órgano jurisdiccional para resolver un caso concreto. Esta diferencia tiene un fuerte impacto no solo sobre las capacidades con las que las y los operadores jurídicos cuentan, sino también sobre la forma en la que conciben la jurisprudencia y su propio rol en el sistema.

Pese a su trascendencia, esta línea de la reforma judicial de 2021 no fue materia de debate durante su proceso legislativo, siendo aprobada en los términos de las iniciativas de origen, tanto a nivel constitucional como de la legislación secundaria. Por ello, consideramos que, contrario a la indiferencia con la que transitó legislativamente, esta debió haber sido un tema ampliamente discutido, valorando las posibles determinantes para su eficacia, como la comprensión histórica, jurídica y social del marco normativo a modificar toda vez que, la reforma irrumpe en un trayecto histórico de más de 150 años que, no solo confeccionó el marco jurídico de la jurisprudencia en vigor previo a la reforma, sino que permeó en la cultura con la que se formaron sus actuales destinatarios.

Derivado de lo anterior, el precedente judicial ha sido hasta hace relativamente poco tiempo, un elemento ausente en la investigación y la enseñanza del derecho en México, pues solo a partir de la última década se han hecho esfuerzos por generar estudios nacionales

dedicados a este de forma diferenciada al tratamiento que clásicamente se le ha dado a la jurisprudencia mexicana. Tales esfuerzos, si bien significan importantes aportaciones, a la fecha no son cuantitativamente suficientes para integrar una doctrina nacional del precedente judicial. De hecho, autores como Rubén Sánchez Gil señalan que, probablemente aún incluso en los próximos años no sea posible contar con una construcción doctrinal en la materia con pretensiones de universalidad.⁷

En dicho tenor, el presente trabajo tiene por objetivo realizar un estudio sobre el papel de la enseñanza jurídica en la operatividad de los sistemas jurisprudenciales basados en precedentes judiciales, haciendo un contraste con el modelo educativo en el que se ha fincado la enseñanza de la jurisprudencia en México, a efecto de proporcionar los insumos necesarios para evaluar la reciente reforma judicial, desde la identificación de los posibles obstáculos que enfrentará su implementación dada la formación de las y los operadores jurídicos a quienes se dirige. Para ello, el trabajo se divide en cinco apartados:

En el primero se presenta y discute la literatura sobre los determinantes de la eficacia de reformas, particularmente aquellos de carácter informal, en los que se enmarcan las creencias y actitudes vinculadas a la educación y cultura jurídicas del sistema de jurisprudencia en nuestro país. En el segundo se identifican y sintetizan algunos elementos conceptuales y teóricos esenciales de la doctrina del precedente judicial, y se describen los principales modelos de enseñanza-aprendizaje utilizados para el desarrollo de las competencias necesarias para su ejercicio práctico. En el tercer apartado se explica el papel que tuvo la doctrina del precedente en la construcción del sistema jurisprudencial mexicano, señalando el momento en el que dicha influencia se perdió y se comenzó a forjar

⁷ Sánchez Gil, Rubén, “El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos” en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, noviembre 2020, p. 387.

un modelo diferenciado de jurisprudencia que sería la fuente de influencia para la actual cultura jurídica nacional. El cuarto apartado explica las diferencias sustanciales entre el precedente judicial en los sistemas dónde tradicionalmente opera, y el precedente en el sistema jurisprudencial mexicano. Finalmente, el quinto apartado proporciona una descripción del modelo de enseñanza jurídica predominantemente aplicado en nuestro país, evidenciando el contraste entre el tipo de competencias profesionales que propicia y aquellas requeridas en un sistema de precedentes, a fin de evaluar los posibles obstáculos que enfrentará su implementación.

II. LA EFICACIA DE LAS REFORMAS Y SUS DETERMINANTES INFORMALES

La “expansión global del poder judicial”⁸ ha llevado a que, en un número importante de países se lleven a cabo reformas judiciales. A pesar de las altas expectativas que a menudo acompañan a dichos cambios constitucionales, sus efectos han sido muy variados y en muchos casos decepcionantes. Por ello, en la literatura especializada existe un creciente escepticismo sobre la viabilidad de transformar el comportamiento de los operadores jurídicos de forma radical por medio sólo de cambios formales a la constitución.⁹

En primer lugar, en la literatura en torno al impacto y eficacia de las reformas al poder judicial hay un debate importante sobre qué diseños institucionales promueven qué incentivos. Hay aún poco consenso, por ejemplo, sobre las características institucionales que promueven la independencia judicial *de facto*, o si los efectos de un mismo diseño institucional, como altos salarios, pueden tener efec-

⁸ Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1997.

⁹ *Cf.* Levinson, Daryl J., “Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment” en *Harvard Law Review*, vol. 124, n°3, 2011, pp. 657–756.

tos divergentes.¹⁰

Dejando de lado las complejidades de los efectos del diseño institucional en la eficacia de las reformas a los poderes judiciales, es claro que ésta última depende en gran medida del contexto social, político y cultural en los que se inserta. Múltiples estudios han subrayado, por ejemplo, que las reformas que buscan aumentar la independencia judicial tienen mayor probabilidad de ser eficaces bajo un gobierno dividido, esto es, en un contexto en el que distintos partidos políticos fueron electos para encabezar el ejecutivo y la mayoría en el congreso.¹¹ Otros autores han subrayado la importancia de factores como el apoyo popular, la ideología y la cultura jurídicas en la eficacia de los diseños institucionales del poder judicial.¹²

La tesis central de este artículo es que la formación y la cultura de las y los operadores jurídicos de nuestro país es poco consistente con las capacidades, creencias y concepciones requeridas para la

¹⁰ Cfr. Ríos Figueroa, Julio y Staton, Jeffrey K., “An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence.” en *Journal of Law, Economics and Organization*, n° 31, 2012; Helmke, Gretchen, and Jeffrey K. Staton. “The Puzzling Judicial Politics of Latin America.” en Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio (eds.) *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; y Feld, Lars P. y Voigt, Stefan, “Economic Growth and Judicial Independence: Cross-Country Evidence Using a New Set of Indicators” en *European Journal of Political Economy*, vol. 19, n°. 3, 2003.

¹¹ Cfr. Chávez, Rebecca Bill, *et al*, “A Theory of the Politically Independent Judiciary.” en Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio (eds.) *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; Chavez, Rebecca Bill, *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford, Stanford University Press, 2004; Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, “When and Why ‘Law’ and ‘Reality’ Coincide? De Jure and De Facto Judicial Independence in Chile and Mexico.” en Ríos Cazares, Alejandra y Shirk, David (eds), *Evaluating Transparency and Accountability in Mexico: National, Local and Comparative Perspectives*, San Diego, University of San Diego Press, 2007; y Ríos Figueroa, Julio, “Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994--2002” en *Latin American Politics & Society*, n° 49, 2007.

¹² Cfr. Vanberg, Georg, “Establishing Judicial Independence in West Germany: The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers.” en *Comparative Politics*, vol. 32, n° 3, 2000; y Hilbink, Lisa, *Judges Beyond Politics in Autocracy and Democracy: Lessons From Chile*, New York, Cambridge University Press, 2007.

implementación de la reciente reforma al sistema de jurisprudencia. Para enmarcar esta discusión, es entonces fundamental entender por qué este tipo de factores informales juegan un papel central en la eficacia de las reformas.

Desde hace mucho, sociólogos y antropólogos del derecho han subrayado la importancia de los factores informales para la eficacia de las reformas institucionales. La investigación empírica del derecho ha mostrado que estos factores son fundamentales para la eficacia de las normas jurídicas y que, explicaciones que no los incorporan difícilmente pueden dar cuenta de su éxito.¹³ También desde la investigación jurídica numerosas investigaciones han subrayado la centralidad de estos factores en la eficacia del derecho.¹⁴

Desde la academia internacional se ha hecho un esfuerzo para crear marcos teóricos y conceptuales que puedan dar cuenta de la compleja interacción entre las normas formales, como la reforma constitucional que nos ocupa, y los factores informales del contexto en el que éstas se implementan. Con base en estos marcos, es central notar que los factores informales pueden reforzar o debilitar la

¹³ Cfr. Brinks, Daniel, “Informal Institutions and the Rule of Law: The Judicial Response to State Killings in Buenos Aires and Sao Paulo in the 1990s.” en *Comparative Politics*, v. 36, 2003; Gryzmala Buse, Anna, “The Best Laid Plans: The Impact of Informal Rules on Formal Institutions in Transitional Regimes.” en *Studies in Comparative International Development (SCID)*, vol. 45, n°2, 2010; Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven, “Introduction.” en Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.) *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2006; Lauth, Hans Joachim, “Formal and Informal Institutions.” en Gandhi, Jennifer and Ruiz Rufino, Ruben (eds.) *Routledge Handbook of Comparative Political Institutions*, New York, Routledge, 2015; y Levitsky, Steven y Murillo, Maria Victoria, “Building Institutions on Weak Foundations: Lessons From Latin America.” en Brinks, Daniel M, et al (eds.) *Reflections on Uneven Democracies: The Legacy of Guillermo O’Donnell*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2014.

¹⁴ Cfr. McAdams, Richard H., “Cooperation and Conflict: The Economics of Group Status Production and Face Discrimination.” en *Harvard Law Review*, vol. 108, n° 4, 1995; y Kahan, Dan M. “The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law.” *Michigan Law Review*, vol. 102, n° 1, 2003.

eficacia de las normas formales.¹⁵ Particularmente, si los incentivos que las normas formales buscan generar en los operadores jurídicos se oponen a sus creencias y capacidades previas, es esperable que éstas mermen la eficacia de las normas jurídicas en cuestión. Veamos a continuación por qué consideramos que este será probablemente el caso de la reforma de 2021 al precedente judicial en México.

III. LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU MODELO DE ENSEÑANZA

La práctica judicial de invocar resoluciones emitidas previamente por tribunales superiores, para fundamentar las determinaciones de jueces inferiores, tiene antecedentes desde finales del siglo XVI, cuando los jueces del *common law* comenzaron a plasmar sus resoluciones por escrito y a publicar las mismas en medios de difusión no oficiales.¹⁶ Esta doctrina también conocida como *case law* consiste, en esencia, en que los tribunales sigan decisiones previas como modelos para otras futuras. Se trata de una doctrina creada y reconocida por el propio sistema judicial sin necesidad de una disposición legislativa, que se identifica históricamente con el principio del *stare decisis*,¹⁷ abreviatura de la locución “*stare decisis et quia non movere*” que se puede traducir como “*estar a lo decidido y no perturbar lo ya esta-*

¹⁵ Cfr. Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven, “Introduction” en Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.) *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2006.

¹⁶ Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, “El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México”, en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo, Martínez Verástegui, Alejandra (Coords.) *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, pp. 286 y 297.

¹⁷ Maccormick, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente: un estudio comparativo*, trad. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016, p.14.

blecido”.¹⁸ La doctrina del precedente se consolidó primeramente en Inglaterra y a la postre en la mayoría de sus colonias, como fue el caso de Estados Unidos que con el paso de tiempo iría delineando su propio modelo.¹⁹

Sobre el concepto de precedente judicial, adoptamos la definición que proporciona Carlos Bernal Pulido al señalar que este consiste en “*La decisión judicial acerca de qué normas deben ser adscritas a cada disposición jurídica y qué casos deben subsumirse bajo el supuesto de hecho de que cada norma adscrita*”.²⁰ De acuerdo con esta distinción teórica, las disposiciones son enunciados de contenido abstracto, valorativo e indeterminado que, en conjunto, componen a las leyes positivas, ya sean constitucionales, legislación ordinaria u otro tipo de ordenamientos de observancia general. Por otro lado, una norma es el significado que se extrae de las disposiciones al resolver los problemas de abstracción, valoración, e indeterminación, mediante su interpretación para un caso concreto, logrando un enunciado deóntico que prescribe que algo está ordenado o prohibido, o bien, que alguien cuenta con determinada competencia.²¹

En dicho orden de ideas, cuando los jueces determinan que cierta disposición normativa debe emplearse como premisa mayor sobre determinados hechos que se han de juzgar, la sentencia emitida como resultado de dicho proceso de interpretación y adjudicación a raíz de un caso concreto, constituye una norma en los términos

¹⁸ Legarre, Santiago y Rivera, Julio César, “Naturaleza y dimensiones del stare decisis”, en *Revista chilena derecho*, vol. 33, n.1, 2006, p. 109.

¹⁹ McCormick, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente...* *cit*, p.15.

²⁰ Bernal Pulido, Carlos, “La anulación de sentencias y el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente. Dos propuestas de reforma del derecho mexicano para garantizar el respeto del precedente”, en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo, Martínez Verástegui, Alejandra (Coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, ed. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, p. 186.

²¹ *Ibidem*, pp. 184-185.

antes apuntados, susceptible de aplicación por otros órganos jurisdiccionales cuando tengan que resolver casos similares al que originó la norma jurisprudencial. En este sentido, el precedente no lo constituye una sentencia, sino la norma adscrita que ésta contiene, la cual se expresa en las consideraciones y razonamientos jurídicos que llevaron al tribunal a asignar un determinado sentido a ciertos enunciados jurídicos. A estas consideraciones y razonamientos es a lo que en la doctrina del precedente se le conoce como *ratio decidendi*, es decir, el razonamiento que soporta el sentido de la decisión.

Por otro lado, en una sentencia puede haber distinto número y tipos de razonamientos que, si bien se concatenan a la *ratio decidendi*, son periféricos a ella y por tanto no formulan normas adscritas. A este segundo tipo de contenido de las sentencias se le conoce como *obiter dicta*.²² La distinción entre la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*, es un ejercicio hermenéutico llevado a cabo por los tribunales al momento de buscar criterios autoritativos aplicables como premisa normativa a una controversia en concreto, de modo que la doctrina del precedente se caracteriza por asignar a los jueces la capacidad de determinar, a la luz del caso, si existe o no un criterio al cual se encuentran vinculados; es decir, son los jueces posteriores quienes construyen el precedente al reconocer tal carácter en las decisiones previas, mediante el establecimiento de una relación de analogía.²³

Es así que, pese a la idea generalizada de que en los sistemas típicos dónde esta doctrina opera los precedentes son rígidamente vinculantes, lo cierto es que los juzgadores cuentan con una amplia capacidad de escrutinio para determinar la existencia de un precedente al que se encuentran vinculados. Asimismo, en caso de considerarse que efectivamente existe un precedente vinculante, derivado de la aceptación de que existe una relación de analogía entre el caso previo y el posterior, tal vinculatoriedad es solo preliminar,

²² Taruffo, Michelle, “Factores institucionales...”, *op cit*, pp.417-419.

²³ Sánchez Gil, Rubén, *op cit*, p. 414.

pues los juzgadores cuentan también con un margen de maniobra para determinar la sujeción o no al precedente. Esta relativa flexibilidad del *stare decisis* fue expresada elocuentemente por el juez estadounidense Fuchsber en el caso *Highby vs Mahoney* de 1979, en los siguientes términos:

Stare decisis, para su buena reputación, es un concepto bastante más sutil y flexible que lo que algunos que sugieren una adhesión podrían creer. Sus limitaciones son inherentes, en vista que la estabilidad que propugna debe coexistir tanto con las dinámicas de una sociedad en evolución y el saber que se va acumulando a partir de las repetidas injusticias que una determinación concreta ha forjado. Con tal fin, su carácter participa más de la maleabilidad del oro que de la rigidez del acero.²⁴

Dos figuras que expresan dicha “maleabilidad” de la doctrina son el *distinguishing* y el *overuling*. El primer término se utiliza para referirse a la técnica empleada por los tribunales del *common law* para apartarse de un precedente mediante el uso del razonamiento analógico, a fin de distinguir entre los hechos del caso que fijó el precedente, respecto de los hechos del caso que se va a resolver, a efecto de identificar si, pese a la similitud general entre estos, existen diferencias significativas que ameritan la inaplicación del precedente para el caso concreto. Por su parte, el *overuling* o revocación, es una técnica propia de los tribunales terminales que consiste en la anulación de un precedente cuando existen razones de peso suficientes para acabar con su vigencia. A diferencia del *distinguishing* que se basa en el contraste de condiciones fácticas mediante la analogía, la revocación del precedente no necesariamente se fundamenta en el cambio de contextos fácticos, sino que también funge como una vía de perfeccionamiento del sistema, que evita el anquilosamiento

²⁴ Summers, Robert S., “El precedente en los Estados Unidos de América (Estado de Nueva York)”, en McCormick, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente... cit.*, p.355.

del precedente y su posible estancamiento en el error, pues, a través de una nueva reflexión, los tribunales puede rectificar una norma adscrita que puede estar errada desde su origen, o bien, que actualmente resulta incompatible con la evolución de los principios sociales, políticos o morales de una sociedad.²⁵

Así pues, la doctrina del precedente requiere para su operatividad el ejercicio de una serie de operaciones hermenéuticas y argumentativas por parte de los operadores jurídicos, a fin de justificar cuestiones como la existencia de un precedente, el contenido del precedente o incluso la existencia de razones para apartarse de él. Es por esta razón que, en los sistemas jurídicos donde rige esta doctrina, la formación académica de los futuros operadores jurídicos se basa preponderantemente en el análisis de resoluciones judiciales. Caso representativo es Estados Unidos, dónde el jurista es concebido como una persona que cuenta con cierta forma de razonamiento diferenciado a otras profesiones, caracterizado por la capacidad de argumentación y de toma de decisiones. Ahí, lo que cobra importancia no es el conocimiento del derecho positivo contenido en la legislación, sino el entendimiento de la forma en que realmente opera el derecho, de tal forma que los programas de estudios universitarios se enfocan en generar competencias profesionales relacionadas al tipo de razonamiento descrito.²⁶

Esta visión pragmática de la enseñanza del derecho en países como Estados Unidos se encuentra plasmada en su propia historia, pues hasta antes de mediados del siglo XIX, la enseñanza jurídica no era impartida formalmente por académicos sino por profesionistas postulantes²⁷ y aún en la actualidad, tanto la regulación de la

²⁵ *Ibidem*, pp. 368-370.

²⁶ Schauer, Frederick, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2013, p. 17.

²⁷ Pérez Perdomo, Rogelio, “De Harvard a Stanford. Sobre la historia de la educación jurídica en los Estados Unidos” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, ed. IJ, UNAM, n° 151, enero-abril 2018, p. 314.

educación jurídica como del ejercicio de la profesión corre a cargo de las organizaciones gremiales a abogados y abogadas.²⁸ En países como este, el estudio de las sentencias permite a los estudiantes de derecho conocer la manera en que los casos de la vida real han sido decididos, así como la argumentación que se ha empleado en el proceso de su resolución. Esto ha sido así desde la formalización de los estudios de derecho en la Universidad de Harvard, gracias a la introducción del método de casos por el célebre abogado Christopher Columbus Langdell, en 1870, que desde entonces y hasta la fecha ha sido el método preponderante de enseñanza utilizado en la educación jurídica de aquel país.²⁹ Dicho método consiste esencialmente en el análisis de sentencias de tribunales superiores, editadas para fines didácticos, a fin de que los alumnos puedan identificar la línea argumentativa que siguieron los tribunales para resolver los casos.³⁰ Pérez Lledó señala que la finalidad del método de casos se centra en desarrollar la capacidad de los estudiantes para identificar la *ratio decidendi* de las resoluciones en análisis, lo cual demuestra un punto toral de este trabajo: la interrelación que existe entre la doctrina del precedente y las estrategias de enseñanza aprendizaje dirigidas a formar juristas adiestrados en la práctica profesional.³¹

Otro método de enseñanza relevante en la actualidad para el estudio de los precedentes, es el método basado en problemas que, en Reino Unido fue adoptado y difundido por la escuela de derecho de la Universidad de York.³² Este método consiste en que los estu-

²⁸ Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, *Enderezar el derecho. Por la regulación de la educación y profesión jurídicas y contra la discriminación por género*, Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, 2021, p.14, <https://contralacorrupcion.mx/enderezar-el-derecho/>.

²⁹ *Ibidem*, pp. 319-324.

³⁰ *Ibidem*, p. 326.

³¹ Pérez Lledó, Juan A., “La enseñanza del Derecho en Estados Unidos” en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 12, 1992, p. 78.

³² Gómora Juárez, Sandra, “La enseñanza de la jurisprudencia en México y el uso

diantes fragmenten y analicen un problema de la forma en la que le habrían de dar solución en la vida real. El estudio de las sentencias a través de este tipo de ejercicios permite el desarrollo de capacidades para la identificación de hechos jurídicamente relevantes, habilidades interpretativas y argumentativas, todas ellas consideradas como necesarias en el razonamiento de los operadores jurídicos del sistema.³³

En resumen, el estudio de las resoluciones judiciales ocupa un lugar central en la cultura y formación jurídica dónde opera la doctrina del precedente, importancia que es claramente expresada por Paul W. Kahn de la siguiente forma:

Las sentencias son recursos pedagógicos magníficos porque con ellas podemos aprender cómo los hechos y el derecho tienen que tejerse en una sola narrativa. Uno aprende de ellas porque el derecho es una práctica de la persuasión. Las sentencias se escriben para persuadir a una comunidad que tiene que ver las razones que fundamentan el derecho y, más importante aún, que tiene que aceptar el derecho como propio... En consecuencia, una de las destrezas que un abogado debe desarrollar es la de saber leer las sentencias, aun las que son largas.³⁴

IV. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN LA CULTURA JURÍDICA MEXICANA

El modelo estadounidense de la doctrina del precedente judicial se introdujo en el sistema jurídico mexicano a mediados del siglo XIX, durante las discusiones para la confección legislativa de las prime-

de los métodos de enseñanza activa” en *Revista de Educación y Derecho*, Barcelona, n° 16, 2017, p. 11.

³³ *Idem*.

³⁴ W. Kahn, Paul, *Costruir el caso. El arte de la jurisprudencia*, Bogota, ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, IJ, UNAM, Universidad de Palermo, Trad. Bonilla Maldonado, Daniel 2017, pp. 49-50.

ras leyes de amparo. Así, el sistema de jurisprudencia en nuestro país surgió con un esquema similar al del *common law*, con la salvedad de que había un reconocimiento legislativo de la atribución del Poder Judicial federal para fijar “derecho público” mediante la interpretación de la Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales,³⁵ haciendo que sus sentencias fueran publicadas en medios privados de difusión como los periódicos “El Foro” y “El Derecho”.³⁶ Esto dio lugar a que el estudio de las sentencias se convirtiera en una práctica reiterada, tanto por abogados para la fundamentación de demandas, como por los juzgadores para la justificación de sus resoluciones.

Lo anterior, aunado a las propias condiciones de la impartición de justicia en el país, caracterizada por un paulatino proceso de centralización, en el que los tribunales federales y, particularmente la Corte, gozaban de un estatus de superioridad respecto los tribunales locales, dio lugar a que el sistema de precedentes en nuestro país se instituyera formalmente en 1870 con la creación del Semanario Judicial de la Federación como medio oficial para la publicación de las sentencias de los tribunales federales.³⁷

En tal contexto, la creación del Semanario no solo concretaba la intención patente desde la discusión sobre la primera Ley de amparo en 1861, en cuanto a que México adoptara un sistema de precedentes para la unificación de los criterios hermenéuticos en el país, sino que partía del reconocimiento que el Presidente Juárez daba a la Corte como agente profesionalizador de jueces y abogados, a través de sus resoluciones.³⁸

Lo anterior tenía concordancia con la realidad social de la época

³⁵ Morales Becerra, Alejandro, “Las leyes de amparo en el siglo XIX”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLIV, n° 195 y 196, mayo-agosto 1994, p. 222.

³⁶ Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, *op cit*, p. 298.

³⁷ Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, ed. El Colegio de México, 2019, pp. 65-68.

³⁸ *Idem*.

juarista en la que, gracias a la popularidad del juicio de amparo, imperaba la opinión entre los operadores jurídicos, de que la cultura jurídica de actualidad únicamente se encontraba en la capital del país y en las instancias federales, mientras que las entidades federativas padecían de un retraso en dicho aspecto.³⁹ Lucio Cabrera describe elocuentemente tal percepción sobre la justicia federal por parte de los operadores jurídicos:

En las primeras sentencias se percibe la ansiedad que existía en la época por comparecer ante los tribunales federales en busca de justicia. El amparo vino a llenar un vacío. La obra constructiva que los jueces fueron haciendo es monumental y muestra su cultura y el conocimiento que poseían tanto de la obra de otros tratadistas como de principios jurídicos y éticos. Puede afirmarse sin exagerar y ya se ha dicho que a través de su función en los tribunales federales contribuyeron a crear la patria mexicana y a formar la unidad nacional. Los amparos se conocieron y resolvieron en todos los lugares de la República y los jueces estaban entusiasmados con el nuevo juicio que iban descubriendo y forjando con originalidad su labor resultaba mucho más grata que la encomendada a los jueces ordinarios. Además, cómo las sentencias eran publicadas se esmeraban en mostrar su cultura y el espíritu de justicia que las inspiraba.⁴⁰

El primer lustro de operaciones del Semanario se caracterizó por una baja calidad en términos editoriales, debido a la dificultad que presentaba para su consulta a causa de la ausencia de método para la selección y sistematización de las resoluciones. No obstante, la deficiencia formal se compensaba con la calidad sustantiva de las resoluciones, consideradas como auténtica doctrina constitucional que permitía la comprensión y la aplicación de la ambigua legisla-

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Cabrera Acevedo, Lucio, “La jurisprudencia” en Díaz Infante Aranda, Ernesto, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1985, p. 234.

ción del momento.⁴¹ Esto se puede confirmar con la descripción que al respecto hace Lucio Cabrera:

Las sentencias que dictaba el Pleno de la Corte de Justicia en los juicios de amparo adquirieron en la década de 1870 a 1880 cada vez mayor importancia. Eran citadas por los ministros del Tribunal y por los jueces de distrito para apoyar sus fallos. Los abogados hacían constantes referencias a ellas. Paulatinamente los precedentes de la Corte fueron considerados como principios obligatorios que los jueces federales debían obedecer como si fuera una ley suprema.⁴²

Así, nuestro país experimentó un incipiente sistema de precedentes en el que el estudio de las sentencias comenzaba a ser parte de la cultura jurídica nacional. No obstante, la operatividad de este sistema fue breve, pues resultó funcional en una época en la que la impartición de justicia a nivel federal estaba relativamente libre de saturación, lo cual cambiaría con el auge de los amparos de legalidad provenientes de causas judiciales, a los que abrió la puerta el emblemático “Amparo Vega”⁴³ en 1869 y que, rápidamente dispararían la carga de trabajo de los tribunales federales. Esto generaría un problema de rezago en la labor de sistematización y difusión de las sentencias que, a la postre, haría obsoleto el sistema de precedentes.

En efecto, el rezago judicial se convirtió en un problema central para la judicatura federal desde finales del siglo XIX y principios del XX, teniendo un impacto directo en el sistema de jurisprudencia, ya que en la implementación de estrategias para combatir di-

⁴¹ Guerrero Lara, Ezequiel y Santamaría Gonzalez, Luis Felipe, “La publicidad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el Periodo 1877-1882” en Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia en el primer periodo del porfiriismo (1877-1882)*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1990, pp. 985-986.

⁴² Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia en el primer periodo del porfiriismo (1877-1882)*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1990, p. 43.

⁴³ Cfr. Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “El ‘amparo Vega’” en *El amparo judicial y la protección de los derechos constitucionales*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.

cho problema el Semanario fue sofisticándose paulatinamente en cuanto a su técnica de sistematización y difusión, principalmente sustituyendo a las sentencias íntegras como objeto de conocimiento y difusión por extractos de estas, en dónde se pretendió plasmar la *ratio decidendi*, a fin de hacer más ágil el procedimiento para la publicación y consulta de la jurisprudencia por los operadores jurídicos.⁴⁴ Fue así como, estos extractos a los que se les denominó “tesis” asumieron el papel central del sistema jurisprudencial, al punto de hacer infrecuente el estudio de las sentencias.

De esta forma, a partir de la tercera década del siglo pasado, las sentencias como objeto de conocimiento y difusión del sistema jurisprudencial fueron relevadas por las tesis, finalizando así con el breve periodo en que la jurisprudencia mexicana se fincó en un modelo de precedentes y dando lugar a un sistema con características propias que permearía en la cultura jurídica nacional hasta la actualidad. En este sistema diferenciado, las nociones de “jurisprudencia” en un sentido amplio y de “tesis jurisprudencial” han sido los elementos en torno a los cuales se ha enfocado la enseñanza jurídica en la materia, relegando la noción del precedente a una posición marginal y distorsionado su sentido auténtico proveniente de los sistemas del *common law*.

En efecto, si bien con la reforma judicial de 1994 se creó un nuevo tipo de jurisprudencia proveniente de las sentencias pronunciadas en las Acciones de inconstitucionalidad y de las Controversias constitucionales, que significarían una reinserción del sistema de precedentes en el sistema jurisprudencial mexicano al establecer como criterio vinculante “Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias”⁴⁵, la influencia del ya

⁴⁴ Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, *op cit*, p. 304.

⁴⁵ Cámara de Diputados, *Decreto por el que se expide la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 11 de mayo de 1995, artículo 43, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lrfiyii_art105.htm.

arraigado sistema de tesis propició que, en los hechos, dicha jurisprudencia se sistematizara y publicara también mediante tesis.⁴⁶

Por lo anterior, es pertinente hacer las precisiones conceptuales necesarias para establecer las diferencias entre la jurisprudencia mexicana y aquella basada en la doctrina del precedente, ya que como señala Michelle Taruffo, pese a sus profundas diferencias, jurisprudencia y precedentes son términos que suelen ser empleados indebidamente como si fueran sinónimos.⁴⁷ Esto brindará mayores insumos para comprender por qué los modelos de enseñanza utilizados en ambos casos difieren sustancialmente.

⁴⁶ Dicha situación no cambiaría sino hasta el año 2005, cuando el Pleno de la Corte aprobó el acuerdo general mediante el cual se le dio finalmente cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 44 de la referida ley reglamentaria, para que en el SJF se comenzaran a publicar íntegramente las sentencias dictadas en CC y AI. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acuerdo General número 6/2005, de siete de febrero de dos mil cinco, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativo a la publicación de las sentencias dictadas en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad*, <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=K9YUUF2BSJBwRI-zGsDx6sQoFm7uCGUcH9gKUUDgfwJOrmHHtzNxISJ2uf3d4DeJJ3o65N2bleP-9N8IuUGq0c7A==>). Finalmente, acorde con la naturaleza diferenciada este tipo de jurisprudencia basada en precedentes, en el año 2016, mediante la modificación del acuerdo general plenario 19/2013, la Corte determinó que ya no se publicaran tesis, sino solo las sentencias junto con los datos que faciliten la localización de los temas abordados en ellas, los precedentes relacionados y en su caso, aquellas que contengan razones aprobadas por ocho votos o más. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acuerdo General número 19/2013, de 25 de noviembre de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regula la difusión del Semanario Judicial de la Federación vía electrónica, a través de la página de Internet de este alto tribunal. (versión actualizada considerando la modificación de los puntos tercero, fracciones I, inciso E), y II, inciso B), cuarto, párrafo último, y décimo; y la adición de una fracción VI al punto quinto, mediante instrumento normativo del cuatro de abril de dos mil dieciséis*), 04 de abril de 2016, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2016-11/Versión%20Actualizada%20Acuerdo%20General%20Plenario%202019-2013%20\(I.N.%2004-04-16\)%20FIRMA_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2016-11/Versión%20Actualizada%20Acuerdo%20General%20Plenario%202019-2013%20(I.N.%2004-04-16)%20FIRMA_0.pdf)).

⁴⁷ Taruffo, Michelle, “Precedente y jurisprudencia” en *Precedente. Revista Jurídica*, 2007, p. 87.

V. JURISPRUDENCIA, TESIS Y PRECEDENTES

Inicialmente, podemos distinguir el término “jurisprudencia” en su acepción amplia y en su acepción restringida, para lo cual nos adherimos a Alejandra Martínez Verástegui, quien señala lo siguiente:

En un sentido amplio, por jurisprudencia puede entenderse el conjunto de sentencias dictadas por los tribunales. En un sentido más restringido, jurisprudencia equivale a doctrina jurisprudencial, es decir, a la parte de las sentencias de las altas cortes que establece los criterios vinculantes para los demás Jueces y tribunales. En la tradición continental, la doctrina jurisprudencial (o la jurisprudencia en un sentido más estricto) sería el correlato del precedente en los países anglosajones.⁴⁸

Coincidimos con esta definición, sin embargo, consideramos que para el caso de la jurisprudencia mexicana hacen falta otras precisiones que den cuenta del lugar que ocupan las tesis como elemento distintivo respecto de la mayoría de los sistemas de derecho civil. Al respecto, Michelle Taruffo fue uno de los doctrinarios que mayor interés prestó a tales disquisiciones, desarrollando una serie de diferencias entre la jurisprudencia en los países de derecho civil y la del *common law*, la cual, *mutatis mutandis* es aplicable para el sistema mexicano.⁴⁹

De acuerdo con este autor, la jurisprudencia y el precedente tienen al menos las diferencias que se expresan en el siguiente cuadro:⁵⁰

⁴⁸ Martínez Verástegui, Alejandra, “El cambio del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación” en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo, Martínez Verástegui, Alejandra (Coords.) *El precedente en la Suprema Corte... cit.*, p. 150.

⁴⁹ En Italia existe un sistema jurisprudencial similar al mexicano que funciona a través de *massimas* que de forma semejante a las tesis mexicanas, contienen abstracciones de las sentencias fijando la norma adscrita a seguir por los tribunales. Cfr. Taruffo, Michelle y La Torre, Massimo “El precedente en Italia” en McCormick, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente... cit.*

⁵⁰ Taruffo, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, *op cit.*, pp. 87-89.

Cuadro 1. Diferencias entre jurisprudencia y precedente.

Precedente (familias del <i>common law</i>)	Jurisprudencia (familias del <i>civil law</i>)
Generalmente, hace referencia a una decisión relativa a un caso particular.	Generalmente, hace referencia a una pluralidad de sentencias.
Los operadores jurídicos están habituados a identificar cuál decisión verdaderamente fija una regla.	Existe la dificultad de establecer cuál debe ser la decisión verdaderamente relevante que contiene la regla.
Provee una regla susceptible de ser universalizada en función de la analogía entre los hechos del primer caso y los del subsecuente.	El análisis comparativo de los hechos no se lleva a cabo debido a la existencia de figuras como las tesis que, haciendo prescindible el estudio de las sentencias.
Al ser el juez del caso sucesivo el que afirma o excluye la identidad o analogía de los hechos, es él quien establece si existe o no la regla a seguir.	Los criterios para determinar la existencia de una regla vinculante, se encuentran establecidos ex ante.
La regla a seguir se extrae del análisis de una sentencia	La regla consiste en enunciaciones que se concretan en pocas frases.
Existencia de líneas jurisprudenciales con mayor nivel de coherencia.	Debido a la gran cantidad de reglas que conforman a la jurisprudencia, a menudo es incoherente y contradictoria

Fuente: Elaborado por los autores, con información de Taruffo⁵¹, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, *op cit*, pp. 87-89.

Las distinciones entre precedente y jurisprudencia recién apuntadas, son esencialmente aplicables al sistema mexicano vigente con anterioridad a la reforma de 2021, en los términos que se explican a continuación:

En primer lugar, hasta antes de la reciente reforma judicial, la jurisprudencia emanada de la Ley de amparo sólo hacía referencia a un conjunto de resoluciones y no a una sola, tal como lo constata

⁵¹ Taruffo, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, *op cit*, pp. 87-89.

la regla de reiteración según la cual, la jurisprudencia se integra por una reiteración de al menos cinco sentencias en un mismo sentido sin ninguna en contrario. Esta pluralidad de resoluciones dificulta identificar la sentencia que establece la norma adscrita proyectada en las tesis. Por otro lado, hasta mediados del 2020⁵² las tesis habían excluido el análisis de los hechos, por lo que, cuando un juzgador aplica la jurisprudencia, generalmente no contrasta los hechos del caso por resolver con los de los casos previos, sino que únicamente realizan la aplicación subsuntiva de una regla general. Asimismo, a diferencia de los sistemas de precedente, las tesis constituyen una regla determinada *ex ante* por parte del órgano emisor, la cual únicamente es recibida por los jueces posteriores como un producto dado que no es susceptible de valoración. Finalmente, las tesis publicadas en el Semanario Judicial de la Federación son tan numerosas que no es difícil toparse con contradicciones e inconsistencias entre criterios.⁵³

Precisado lo anterior, podemos deducir que el sistema jurisprudencial mexicano descansa en dos elementos básicos: jurisprudencia en un sentido amplio y tesis jurisprudenciales, mientras que la noción de precedente es inusual. Estas tres nociones se pueden sintetizar en los siguientes términos:⁵⁴

⁵² Cambio derivado del Acuerdo plenario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 17/2019. Un ejemplo es la tesis aislada con número de registro 2021960 consultable en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioV5.aspx#>

⁵³ Un caso emblemático para demostrar los problemas derivados del saturado sistema de tesis, lo proporciona José Carlos Guerra Ágülera en su obra “Del concepto de autoridades. Las vicisitudes de una conocida jurisprudencia inexistente y ahora interrumpida” en donde da cuenta de que la jurisprudencia vinculante que definía el concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo, vigente durante la quinta época del SJF, era ilegal por no cumplir los requisitos para su integración por vía de reiteración. Cfr. Guerra Aguilera, José Carlos, “Del concepto de autoridades. Las vicisitudes de una conocida jurisprudencia inexistente y ahora interrumpida” en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n° 12, Enero-Junio 2005, pp. 277-289.)

⁵⁴ Negrete Cárdenas, Michael Rolla, “La nueva reforma judicial y su impacto en

- a) **Jurisprudencia:** Término general que se refiere al conjunto de criterios contenidos en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales expresamente facultados por la legislación para fijar reglas jurídicas aplicables para la resolución de casos posteriores.
- b) **Tesis jurisprudencial:** Texto que hace referencia a un criterio jurídico contenido en una sentencia o conjunto de sentencias, el cual debe ser redactado por el propio órgano jurisdiccional emisor de la o las resoluciones, con la estructura de una regla.
- c) **Precedente:** Ejecutoria de la cual se extraen las tesis.

Estas precisiones conceptuales servirán de base para comprender con mayor claridad porque la enseñanza de la jurisprudencia en mexicano se ha fincado en un modelo educativo diferente al de los sistemas de precedentes, y porque esto incide necesariamente en las competencias profesionales de los operadores del sistema.

VI. LA ENSEÑANZA TRADICIONAL DE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO COMO POSIBLE OBSTÁCULO PARA LA EFICACIA DEL NUEVO SISTEMA DE PRECEDENTES

En México, así como en la mayoría de los países de *civil law*, la enseñanza del derecho ha estado influenciada por el fenómeno de la codificación desde principios del siglo XIX, que determinó a la ley como el objeto central de transmisión de la enseñanza jurídica, concibiendo a los códigos como contenedores de todas las respuestas a los problemas jurídicos de la realidad. De esta forma, la enseñanza jurídica se ha centrado en el conocimiento y memorización de la legislación a través del método exegético, sin preocuparse por el desarrollo de capacidades argumentativas ni de razonamiento.⁵⁵

la enseñanza de la jurisprudencia” en *Revista Electrónica Universitaria Niuweme*, año 7, n° 14, septiembre 2020-enero 2021, p. 64, <http://www.posgrado.derecho.unam.mx/niuweme.php>.

⁵⁵ Espinoza Monroy, Elizabeth, *Paradigmas educativos en el derecho ¿Cómo enseñar derecho? Una propuesta de comunicación social ecológica en la enseñanza del derecho*, México, ed. Porrúa,

En tal contexto, se puede comprender que el estudio de las sentencias en particular no fuera objeto de interés para la enseñanza académica del derecho, pues la concepción formalista derivada de la codificación veía a la producción judicial como mera aplicación subjuntiva de la ley.

Por otro lado, a diferencia de países como Estados Unidos, dónde existen relativamente pocas escuelas de derecho (203 en la actualidad)⁵⁶ y se cuenta con una regulación que garantiza cierta estandarización para la calidad educativa; en el caso de México, existe un problema de ausencia de regulación sobre la formación, evaluación y profesionalización de los operadores jurídicos, ante a un gran número de escuelas de derecho (1338 en la actualidad),⁵⁷ lo que impide estandarizar la calidad de la enseñanza. Esto, en el contexto de desigualdad social del país, ha dado lugar a un fenómeno de segregación en el que existen, por un lado, un reducido número de instituciones educativas de élite que tienen el oligopolio de la enseñanza del derecho de buena calidad y que se encuentran a la vanguardia en técnicas de enseñanza-aprendizaje y, por otro lado, una gran mayoría de instituciones educativas de baja calidad dónde sigue vigente la educación jurídica tradicional.⁵⁸

Así pues, el paradigma formalista y legalista sigue estando vigente en la mayor parte de las escuelas de derecho del país y, visto desde el estudio de la jurisprudencia en particular, esto ha generado que, pese a su relevancia en la práctica de profesional, este sea un elemento ausente en los planes de estudio. Esto, debido a que el estudio académico de la jurisprudencia sólo se contempla como un subtema secundario entre los cursos de amparo, que generalmente no trasciende del análisis de las disposiciones reglamentarias pre-

2011, pp. 40-41.

⁵⁶ Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, *Op cit*, p. 15.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 30.

vistas en la Ley. En suma, aún cuando se estudia la jurisprudencia mediante la revisión del Semanario Judicial de la Federación, dicho método no dista del estudio de la ley conforme al modelo codicista, pues debido al su formulación abstracta y general en forma de reglas, la consulta de las tesis jurisprudenciales en el Semanario se asemeja más a la consulta de una auténtica compilación legislativa que a la de una antología de resoluciones.

Este sesgo en la enseñanza del derecho se explica también en que, históricamente, el estudio del derecho comparado en general y el de las instituciones pertenecientes a familias jurídicas distintas a la civilista en particular, ha sido una cuestión relegada tanto en las escuelas de derecho como en los centros de investigación judicial.⁵⁹ Dicho sesgo formativo se encuentra también presente en los estudios del personal que labora en el Poder Judicial de la Federación, incluida la Corte, pues pese a que el perfil predominante de los secretarios de estudio y cuenta de las y los ministros es el haber cursado posgrados en el extranjero, la mayoría de éstos lo han hecho también en países pertenecientes a la familia civilista.⁶⁰

La escasa cultura y formación respecto a la jurisprudencia en general y a los precedentes en particular, ha generado una visión restringida y tergiversada sobre lo que aquella realmente significa, quedando su conceptualización generalmente limitada a la definición axiomática y ahora superada, de cinco ejecutorias en el mismo sentido sin ninguna en contrario.⁶¹ En este sentido, si la cultura sobre el sistema de jurisprudencia que ha estado vigente durante cerca de un siglo es precaria, es dable inferir que el cambio hacia un sistema que incluso terminológicamente resulta ajeno, entraña un nuevo reto para la educación jurídica en el país.

⁵⁹ Niembro Ortega, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, México, ed. UNAM, IJ, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretaro, 2021, p. XXVIII.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Gómora Juárez, Sandra, *op cit*, p. 6.

La situación descrita de la formación jurídica es correlativa a la práctica profesional, pues bajo el sistema actual de sistematización y difusión de la jurisprudencia, su principal objeto cognoscible son las tesis que, como hemos dicho, han tenido como propósito proyectar la *ratio decidendi* por parte de los propios tribunales emisores de las resoluciones, de tal forma que dicho elemento hermenéutico se transmite como un producto normativo ya dado, que sólo requiere ser aplicado por los operadores jurídicos, de la misma forma en que se aplica cualquier norma general y abstracta.

Sobre este último punto, es importante decir que, pese a que la adopción del sistema de precedentes para el juicio de amparo habría sugerido prescindir de la elaboración de tesis -tal como ocurre actualmente con la jurisprudencia por precedentes proveniente de las Acciones de inconstitucionalidad y Controversias constitucionales- mediante el acuerdo plenario de la Corte 1/2021,⁶² el Alto tribunal decidió seguir aplicando dicho esquema de publicación para los precedentes. Si bien este acuerdo establece que las tesis sólo tendrán fines publicitarios toda vez que, la jurisprudencia vinculante será la contenida en los razonamientos de las sentencias, lo cierto es que tal aclaración sobre el papel de las ejecutorias ya se encontraba patente desde la expedición de la Ley de amparo del 2013⁶³ y, no obstante, tal reconocimiento legal no significó ningún cambio en la práctica. Asimismo, aunque a raíz del Acuerdo plenario de la Corte 17/2019, las tesis ahora tienen un formato más sofisticado, en el que se incluyen elementos antes ausentes como la síntesis de los hechos

⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acuerdo General Número 1/2021, de ocho de abril de dos mil veintiuno, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determina el inicio de la Undécima Época del Semanario Judicial de la Federación, y se establecen sus bases, 8 de abril de 2021*, <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/acuerdos-generales-plenarios>.

⁶³ Cfr. Cámara de Diputados, *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 2 de abril de 2013, artículo 221, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf.

relevantes de los casos resueltos,⁶⁴ estas no dejan de ser extractos de las sentencias que sustituyen su estudio para fines prácticos. En este sentido, la permanencia de las tesis para la nueva jurisprudencia por precedentes es contraproducente con el cambio de aptitudes en los operadores jurídicos que dicho sistema requiere, lo que a su vez implica un obstáculo para que la cultura jurídica nacional se abra a la doctrina del precedente, pues no promueve en modo alguno las competencias profesionales que demanda su ejercicio real.

En suma, la decisión de mantener las tesis para la nueva jurisprudencia por precedentes es incluso inconsistente con el tratamiento que la Corte ha dado a los precedentes emanados de las Acciones de inconstitucionalidad y de las Controversias constitucionales, ya referidos, pues como hemos señalado, para el caso de dicha jurisprudencia, desde el año 2016, determinó que ya no se publicaran tesis, sino sólo las sentencias junto con los datos que faciliten la localización de los temas abordados en ellas, los precedentes relacionados y en su caso, aquellas que contengan razones aprobadas por ocho votos o más.⁶⁵ Estimamos que lo coherente sería que, por analogía, dicha metodología se aplicara también a los nuevos precedentes emanados del juicio de amparo.

Es así que, probablemente la reforma encontrará como obstáculo para su implementación eficaz un modelo de enseñanza de la jurisprudencia que no está pensado para proveer a los futuros operadores jurídicos de los conocimientos y habilidades necesarios que demanda la práctica judicial basada en el uso de precedentes. Aunado a ello, la efectividad de la reforma puede verse obstaculizada por un contrastante modelo de praxis en torno a la jurisprudencia, arraigada por décadas en nuestro sistema jurídico, que es poco factible cambiar al corto plazo.

⁶⁴ *Supra*, p. 16.

⁶⁵ *Supra*, p. 14, nota la pie.

Al respecto, no se obvia que, durante el 2020 y principios del 2021, a través de su Centro de Estudios Constitucionales, la Corte ha procurado la capacitación del personal del Poder Judicial de la Federación en aspectos teóricos y prácticos del precedente, mediante cursos en línea⁶⁶ y seminarios especializados.⁶⁷ Sin demeritar la importancia de estas acciones, se estima que las mismas resultan necesarias más no suficientes. En primer lugar, porque solo se dirigen a una parte de los funcionarios del Poder Judicial federal, que sólo significa una pequeña porción del universo de operadores jurídicos a los que impactará el sistema. Asimismo, tales acciones son insuficientes porque el distanciamiento de la cultura jurídica nacional respecto al sistema de precedentes se debe al modelo de educación jurídica que ha existido en el país desde principios del siglo XIX y que, en esencia, sigue vigente hasta la actualidad. Esta situación lleva a concluir que, el desarrollo y fomento de la cultura jurídica relativa a la doctrina del precedente no es una tarea que solo incumba al Poder Judicial Federal, sino que se requiere la participación del sector educativo del gobierno, las universidades, así como de los poderes judiciales locales.

En este sentido, se comparte la preocupación expresada por Sandra Gómora Juárez en los siguientes términos:

...requerimos que el estudiante conozca la importancia de la jurisprudencia, además de que supere el estigma negativo con el que suele asociarse la interpretación judicial y se cuestione seriamente y más allá de adoptar posiciones de los lugares comunes: ¿Por qué

⁶⁶ Se ha aperturado en dos ocasiones el curso en línea “El Precedente judicial Principales aspectos teóricos y su aplicación en México” realizado por primera vez del 12 de octubre al 4 de noviembre de 2020 y por segunda ocasión del 5 al 21 de abril de 2021 (Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/cursos>)

⁶⁷ Del 6 al 7 de febrero de 2020, se llevó a cabo el “Seminario sobre Precedente en Iberoamérica” (Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/vidioteca>)

seguimos jurisprudencia? ¿Por qué muchos sistemas jurídicos siguen precedentes? ¿En qué momento una resolución judicial se convierte en precedente o jurisprudencia? ¿Por qué consideramos que tienen autoridad ciertas resoluciones judiciales? ¿Qué es lo que hace a una resolución judicial diferente a las demás? ¿Qué contenidos nos enseña la jurisprudencia y su forma de producción? ¿Cuáles son los alcances de una resolución judicial autoritativa y qué se puede lograr con ella?⁶⁸

Por estas razones, en el tránsito hacia un sistema de precedentes es necesario replantear, por un lado, la necesidad de reivindicar la enseñanza de la jurisprudencia en general, concediéndole un grado de importancia proporcional a la que ocupa en la vida jurídica del país, y por otro, que las instituciones académicas adopten modelos de enseñanza idóneos para el estudio de los precedentes de manera transversal en todas las ramas del derecho sobre las que estos operen. Una posible solución para ello es la adopción estandarizada de métodos de enseñanza activa como son el método de casos y el método de enseñanza basado en problemas mediante el análisis de sentencias.

VI. CONCLUSIONES

Este trabajo partió de la interrogante sobre los posibles obstáculos que la reciente reforma al sistema de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emanada del juicio de amparo, enfrentará para su implementación en el ámbito de la formación de los operadores jurídicos a los que se dirige. Para ello, nos propusimos estudiar el papel de la enseñanza jurídica en la operatividad de los sistemas jurisprudenciales basados en precedentes judiciales, haciendo un contraste con el modelo educativo en el que se ha fincado la enseñanza de la jurisprudencia en México.

⁶⁸ Gómora Juárez, Sandra, *op cit*, p. 6..

En dicho tenor, la investigación ha arrojado las siguientes conclusiones generales:

El modelo de jurisprudencia por precedentes que la reciente reforma judicial incorpora en el sistema jurídico mexicano es propio de los sistemas pertenecientes a la familia jurídica del *common law*, en los que típicamente se sigue la doctrina del precedente judicial. En estos sistemas, históricamente la enseñanza del derecho se ha dirigido al desarrollo de competencias profesionales de argumentación y de razonamiento requeridas para la práctica de la doctrina del precedente, empleando de forma preponderante técnicas de enseñanza activa como el método de casos y el método de enseñanza basado en problemas mediante el análisis de sentencias.

Muy distinto a lo anterior es el caso de México, dónde los precedentes sólo jugaron un papel de influencia inicial en la conformación del sistema jurisprudencial, quedando posteriormente en desuso, debido a la implementación de las tesis jurisprudenciales como formato de sistematización y difusión de la jurisprudencia. Así, la enseñanza de la jurisprudencia mediante el formato de tesis se subsumió en el modelo preponderante de enseñanza jurídica con el que se ha formado la mayoría de los operadores jurídicos del país, basado en el estudio y memorización del derecho positivo, el cual inhibe el desarrollo de competencias profesionales similares a las de los sistemas del *common law*. De este modo, la reciente inserción de la jurisprudencia por precedentes irrumpe abruptamente en la cultura jurídica nacional, lo cual significa un obstáculo para su implementación eficaz.

Adicionalmente, encontramos que, decisiones provenientes de la Corte con posterioridad al inicio de la vigencia de la reforma, como la de mantener el formato de las tesis para los nuevos precedentes, resultan inconsistentes y contraproducentes con el tipo de habilidades y conocimientos que idealmente se deberían estimular en un sistema de precedentes.

Por todo lo anterior, podemos confirmar la afirmación tentativamente planteada en un inicio, al concluir que actualmente no existen condiciones idóneas para que la nueva jurisprudencia por precedentes tenga una eficacia real, diferenciada de la clásica jurisprudencia mexicana.

VII. FUENTES CONSULTADAS

1. BIBLIOGRÁFICAS

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “El ‘amparo Vega’” en *El amparo judicial y la protección de los derechos constitucionales*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.

BERNAL PULIDO, Carlos, “La anulación de sentencias y el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente. Dos propuestas de reforma del derecho mexicano para garantizar el respeto del precedente”, en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo, Martínez Verástegui, Alejandra (Coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, ed. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

BANKOWSKI, Zenon, *et al*, “El precedente en Reino Unido”, en McCormick, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente: un estudio comparativo*, trad. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.

CABRERA ACEVEDO, Lucio, “La jurisprudencia” en Díaz Infante Aranda, Ernesto, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1985.

_____, *La Suprema Corte de Justicia en el primer periodo del porfiriismo (1877-1882)*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1990.

- CHÁVEZ, Rebecca Bill, *et al*, “A Theory of the Politically Independent Judiciary.” en Helmke, Gretchen y Rios Figueroa, Julio (eds.) *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- _____, *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford, Stanford University Press, 2004.
- ESPINOZA MONROY, Elizabeth, *Paradigmas educativos en el derecho ¿Cómo enseñar derecho? Una propuesta de comunicación social ecológica en la enseñanza del derecho*, México, ed. Porrúa, 2011.
- GUERRERO LARA, Ezequiel y Santamaría Gonzalez, Luis Felipe, “La publicidad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el Periodo 1877-1882” en Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia en el primer periodo del porfirismo (1877-1882)*, México, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1990.
- HELMKE, Gretchen y Levitsky, Steven, “Introduction.” en Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.) *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2006.
- HELMKE, Gretchen, and Jeffrey K. Staton. “The Puzzling Judicial Politics of Latin America.” en Helmke, Gretchen y Rios Figueroa, Julio (eds.) *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- HILBINK, Lisa, *Judges Beyond Politics in Autocracy and Democracy: Lessons From Chile*, New York, Cambridge University Press, 2007.
- LAUTH, Hans Joachim, “Formal and Informal Institutions.” en Gandhi, Jennifer and Ruiz Rufino, Ruben (eds.) *Routledge Handbook of Comparative Political Institutions*, New York, Routledge, 2015.

- LEVITSKY, Steven y Murillo, Maria Victoria, “Building Institutions on Weak Foundations: Lessons From Latin America.” en Brinks, Daniel M, *et al* (eds.) *Reflections on Uneven Democracies: The Legacy of Guillermo O’Donnell*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2014.
- MACCORMICK, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente: un estudio comparativo*, trad. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.
- MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, Alejandra, “El cambio del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación” en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo, Martínez Verástegui, Alejandra (Coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, ed. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, ed. El Colegio de México, 2019.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, México, ed. UNAM, IIJ, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretaro, 2021.
- POZAS LOYO, Andrea y Rios Figueroa, Julio, “When and Why ‘Law’ and ‘Reality’ Coincide? De Jure and De Facto Judicial Independence in Chile and Mexico.” en Rios Cazares, Alejandra y Shirk, David (eds), *Evaluating Transparency and Accountability in Mexico: National, Local and Comparative Perspectives*, San Diego, University of San Diego Press, 2007.
- SAAVEDRA HERRERA, Camilo Emiliano, “El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México”, en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo, Martínez Verástegui, Alejandra

- (Coords.) *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.
- SCHAUER, Frederick, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2013.
- SUMMERS, Robert S., “El precedente en los Estados Unidos de América (Estado de Nueva York)”, en Maccormick, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente: un estudio comparativo*, trad. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.
- TARUFFO, Michelle y La Torre, Massimo “El precedente en Italia” en Maccormick, Neil y S. Summers, Robert (Coords.), *La interpretación del precedente: un estudio comparativo*, trad. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.
- TATE, C. Neal y Vallinder, Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1997.
- W. KAHN, Paul, *Costruir el caso. El arte de la jurisprudencia*, Bogota, ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, IJ, UNAM, Universidad de Palermo, Trad. Bonilla Maldonado, Daniel 2017.

2. HEMEROGRÁFICAS

- BRINKS, Daniel, “Informal Institutions and the Rule of Law: The Judicial Response to State Killings in Buenos Aires and Sao Paulo in the 1990s.” en *Comparative Politics*, v. 36, 2003.
- FELD, Lars P. y Voigt, Stefan, “Economic Growth and Judicial Independence: Cross-Country Evidence Using a New Set of Indicators” en *European Journal of Political Economy*, vol. 19, n°. 3, 2003.

- GÓMORA JUÁREZ, Sandra, “La enseñanza de la jurisprudencia en México y el uso de los métodos de enseñanza activa” en *Revista de Educación y Derecho*, Barcelona, n° 16, 2017.
- GRYZMALA BUSE, Anna, “The Best Laid Plans: The Impact of Informal Rules on Formal Institutions in Transitional Regimes.” en *Studies in Comparative International Development (SCID)*, vol. 45, n°2, 2010.
- GUERRA AGUILERA, José Carlos, “Del concepto de autoridades. Las vicisitudes de una conocida jurisprudencia inexistente y ahora interrumpida” en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n° 12, Enero-Junio 2005.
- KAHAN, Dan M. “The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law.” *Michigan Law Review*, vol. 102, n° 1, 2003.
- LEGARRE, Santiago y Rivera, Julio César, “Naturaleza y dimensiones del stare decisis», en *Revista chilena derecho*, vol. 33, n° 1, 2006.
- LEVINSON, Daryl J., “Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment” en *Harvard Law Review*, vol. 124, n°3, 2011.
- MCADAMS, Richard H., “Cooperation and Conflict: The Economics of Group Status Production and Face Discrimination.” en *Harvard Law Review*, vol. 108, n° 4, 1995.
- MORALES BECERRA, Alejandro, “Las leyes de amparo en el siglo XIX”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLIV, n° 195 y 196, mayo-agosto 1994.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A., “La enseñanza del Derecho en Estados Unidos” en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 12, 1992.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio, “De Harvard a Stanford. Sobre la historia de la educación jurídica en los Estados Unidos” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, ed. IIJ, UNAM, n° 151, enero-abril 2018.

- RÍOS FIGUEROA, Julio y Staton, Jeffrey K., “An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence.” en *Journal of Law, Economics and Organization*, n° 31, 2012.
- , “Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994--2002” en *Latin American Politics & Society*, n° 49, 2007.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El precedente judicial en México. Fundamento constitucional y problemas básicos” en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, noviembre 2020.
- TARUFFO, Michelle, “Precedente y jurisprudencia” en *Precedente. Revista Jurídica*, 2007.
- VANBERG, Georg, “Establishing Judicial Independence in West Germany: The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers.” en *Comparative Politics*, vol. 32, n° 3, 2000.

3. LEGISGRÁFICAS

- CÁMARA DE DIPUTADOS, *Decreto por el que se expide la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 11 de mayo de 1995, artículo 43, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lrfiyii_art105.htm.
- , *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 2 de abril de 2013, artículo 221, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, relativos al Poder Judicial de la Federación, Diario Oficial de la Federación, 11 de marzo de 2021, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021.

_____, *Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional; de la Ley Federal de Defensoría Pública; de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Reglamentaria de las fracciones uno y dos del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y del Código Federal de Procedimientos Civiles*, 07 de junio de 2021, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5620467&fecha=07/06/2021.

4. MESOGRÁFICAS

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/cursos>.

_____, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/videoteca>.

NEGRETE CÁRDENAS, Michael Rolla, “La nueva reforma judicial y su impacto en la enseñanza de la jurisprudencia” en *Revista Electrónica Universitaria Niuweme*, año 7, n° 14, septiembre 2020-enero 2021, p. 64, <http://www.posgrado.derecho.unam.mx/niuweme.php>.

POZAS LOYO, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, *Enderezar el derecho. Por la regulación de la educación y profesión jurídicas y contra la discriminación por género*, Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, 2021, <https://contralacorrupcion.mx/enderezar-el-derecho/>.

5. RESOLUCIONES JUDICIALES

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Acuerdo General número 6/2005, de siete de febrero de dos mil cinco, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativo a la publicación de las sentencias dictadas en las controversias constitucionales y acciones de in-*

constitucionalidad, <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=K9YUUF2BSJBwRIzGs-Dx6sQoFm7uCGUcH9gKUUDgfwJOrmHHtzNxISJ2uf3d-4DeJJ3o65N2bleP9N8IuUGq0c7A==>).

_____, *Acuerdo General Número 1/2021, de ocho de abril de dos mil veintiuno, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determina el inicio de la Undécima Época del Semanario Judicial de la Federación, y se establecen sus bases, 8 de abril de 2021*, <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/acuerdos-generales-plenarios>.

_____, *Acuerdo General número 19/2013, de 25 de noviembre de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regula la difusión del Semanario Judicial de la Federación vía electrónica, a través de la página de Internet de este alto tribunal. (versión actualizada considerando la modificación de los puntos tercero, fracciones I, inciso E), y II, inciso B), cuarto, párrafo último, y décimo; y la adición de una fracción VI al punto quinto, mediante instrumento normativo del cuatro de abril de dos mil dieciséis)*, 04 de abril de 2016, [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2016-11/Versión%20Actualizada%20Acuerdo%20General%20Plenario%2019-2013%20\(I.N.%2004-04-16\)%20FIRMA_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2016-11/Versión%20Actualizada%20Acuerdo%20General%20Plenario%2019-2013%20(I.N.%2004-04-16)%20FIRMA_0.pdf).

_____, *Proyecto de reformas con y para el Poder Judicial de la Federación, 2020*, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_usos_multiples/documento/2020-02/Reforma%20Judicial%20PJF-OK.pdf.

EL ANÁLISIS DE CONTEXTO Y SU CONFIGURACIÓN LEGAL EN MÉXICO

CONTEXTUAL ANALYSIS AND ITS LEGAL FRAMEWORK IN MEXICO

GERARDO GARCÍA SILVA¹

GUSTAVO GONZÁLEZ HERNÁNDEZ²

RESUMEN: El nuevo marco legal de la Fiscalía General de la República incorpora el análisis de contexto como una herramienta de investigación criminal. Es importante conocer su marco teórico en las ciencias sociales, sus orígenes y su configuración legal actual en México.

PALABRAS CLAVE: *Análisis de contexto; investigación criminal; análisis criminal.*

ABSTRACT: The new legal scheme of the Mexico's federal prosecutor incorporates context analysis as a criminal investigation tool. It is important to know its theoretical framework in the social sciences, its origins and its current legal configuration in Mexico.

KEYWORDS: *Context analysis; criminal investigation; criminal analysis.*

SUMARIO: I. Introducción. II. El análisis de contexto en las ciencias sociales. III. Casos relevantes en tribunales regionales: 1988-2009. IV. Configuración legal en Colombia, 2005-2012. V. Configuración legal en México, 2017-2021. VI. Conclusiones. VI. Fuentes consultadas.

¹ Doctor en Derecho, con mención honorífica por la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Nivel I. Contacto: <gerardo.garcia@inacipe.gob.mx>, ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8323-3701>>.

² Doctor en Derecho, con mención honorífica con el tema "La regulación de las actividades de inteligencia en México". Contacto: <yo@gustavogonzalez.mx>, ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-2348-359X>>.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2021; fecha de aprobación: 28 de marzo de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de contexto, que surgió como una herramienta para fortalecer la investigación de desaparición forzada de personas, vino a consolidarse en todos los delitos en general, según el modelo de gestión en la reciente promulgación de la *Ley de la Fiscalía General de la República*³. El presente trabajo busca proporcionar un panorama de su surgimiento como una técnica analítica en las ciencias sociales, su origen y consolidación en las sentencias de los tribunales regionales de los derechos humanos, la configuración legal en Colombia como una primera manifestación legislativa, para terminar con su configuración legal en nuestro país.

II. EL ANÁLISIS DE CONTEXTO EN LAS CIENCIAS SOCIALES

El análisis de contexto puede tener su origen en los estudios sociológicos en general. Un primer estudio tiene que ver precisamente con la dimensión analítica, el cual está descrito en el trabajo de Gudmun R. Iversen, quien aborda los aspectos más importantes del análisis contextual desde el punto de vista de la investigación y teoría de la sociología.

El autor considera que un aspecto de la investigación grupal es “el estudio del funcionamiento y la dinámica del grupo mismo”. Otro aspecto es “el estudio del impacto del grupo en los individuos que pertenecen al grupo”. Respecto a este último tipo de investigación, el enfoque está en el grupo como contexto para los individuos en el grupo, existiendo la creencia de que dicho contexto “afecta las acciones y actitudes de los individuos pertenecientes al grupo”⁴. Luego entonces, el autor concluye que:

³ Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley de la Fiscalía General de la República*, Ciudad de México, Diario Oficial de la Federación, 20 de mayo de 2021.

⁴ Iversen, Gudmun R., *Contextual analysis*, Newbury Park, SAGE Publications, 1991, p. 3.

El análisis contextual es el estudio del papel del contexto grupal sobre acciones y actitudes y se remontan al estudio del suicidio de Durkheim... [y solo] es posible cuando tenemos datos sobre individuos, así como datos sobre los grupos a los que pertenecen⁵.

El autor profundiza con los detalles técnicos del análisis contextual aplicado a la investigación sociológica. Explica que el método consiste en tener “una variable dependiente, medida en los individuos, si queremos estudiar los efectos de las características de los individuos mismos, así como las características de los grupos a los que pertenecen”⁶. Dicha idea la complementa afirmando lo siguiente:

La mayoría de las veces queremos averiguar cuál es la *forma* del efecto de las variables individuales y grupales. Queremos averiguar si los efectos son positivos o negativos, y si los efectos son lineales o no lineales. También nos interesa saber si las características individuales y grupales actúan juntas para producir efectos de *interacción*. Además de la forma de las relaciones, queremos estudiar qué tan grandes son los efectos y qué variables son más importantes (individuales o grupales)⁷.

El autor sostiene que el objetivo a largo plazo es “ir más allá del análisis estadístico y obtener una mejor comprensión del proceso por el cual los individuos se ven afectados por el contexto grupal”⁸. Para lograr dicho objetivo, Iversen plantea dos tareas que tiene el *análisis contextual*. La primera consiste en identificar el grupo o grupos relevantes en las acciones y actitudes de los individuos: miembros de una clase en la escuela, un grupo de trabajo, una ocupación, organizaciones voluntarias, una iglesia parroquial, un grupo de amistad, o más aún, de un género (hombres o mujeres). La otra consiste en determinar las variables relevantes, lo cual implica identificar y medir variables en los individuos, así como en los grupos utilizados en el estudio.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

⁸ *Ibidem*, p. 4.

Una segunda obra sobre el contexto en las ciencias sociales corresponde al trabajo conjunto de Marty Zusman, David Knox y Tracie Gardner. Los autores proponen la *perspectiva del contexto social* como un tema unificador, el cual se centra en nueve contextos sociales que describen en los siguientes términos:

Cada estudiante que toma el curso de *Introducción a la Sociología* es miembro de una población (masculina, femenina, negra, blanca), existe dentro de una colectividad (clase de sociología, miembro de concierto, multitud), pertenece a una clase social (alta, media, baja), interactúa en un grupo (grupo de pares, grupo de trabajo), proviene de una familia (familia de dos padres, familia monoparental, familia mixta), vive en una comunidad (pueblo pequeño, centro urbano, ciudad natal), va a una asociación (universidad, hospital, militar), se comunica a través de una red (MySpace, redes políticas) y vive su vida en una sociedad (Estados Unidos, Iraq, Suecia)⁹.

El contexto social, también denominado organización social, se refiere a “los patrones de las relaciones e interacciones humanas que caracterizan la vida social”. Es comprensible cuando se contrastan los objetivos de la psicología y la sociología:

Los psicólogos miran al individuo para explicar el comportamiento humano: los indigentes que viven en la calle son vistos como vagos; los que abandonan la escuela secundaria son vistos como rebeldes y carentes de motivación; las personas divorciadas son vistas como incapaces de mantener la intimidad y el compromiso. Los sociólogos examinan el contexto social para explicar por qué las personas se comportan de tal o cual manera¹⁰.

Estas ideas les sirven a los autores para sugerir que “el contexto social limita las alternativas, restringe las decisiones y crea consecuencias”. Incluso llegan a afirmar que “los pensamientos y compor-

⁹ Zusman, Knox y Gardner, *The social context view of sociology*, Carolina Academic Press, Durham, 2009, p. 3.

¹⁰ *Idem*.

tamientos de los individuos tienen más que ver con el contexto social que con cualquier característica inherente de la personalidad”.

Los nueve tipos de contexto social son una herramienta útil para analizar y comprender un determinado comportamiento o patrón de comportamiento. Los contextos se describen usando los cuatro términos siguientes:

- *Posición*. Es la ubicación en una organización social. Por ejemplo, la posición en la familia puede ser esposo, esposa o hijos.
- *Estatus*. Es el rango de una posición en una organización social de bajo a alto según un determinado criterio (por ejemplo, los padres tienen más estatus que los hijos con base al criterio de control o poder).
- *Rol*. Un rol es la forma en que se espera que actúe una persona en una posición particular dentro de una organización social.
- *Norma*. Las normas son expectativas de comportamiento asociadas con las diversas posiciones, estados y roles en la sociedad¹¹.

Una tercera obra tiene que ver con las investigaciones científicas cualitativas, las cuales pueden sesgar datos al elegir las unidades de grabación. La obra fue coordinada por Thomas N. Friemel, quien afirma que “la totalidad de una situación dada no se puede capturar en toda su complejidad y las reducciones son inevitables”.

Friemel explica que en las disciplinas científicas existen unidades de análisis y unidades de grabación. Estas últimas se eligen por dos principios rectores:

Por un lado, las unidades se eligen de acuerdo con *entidades dadas naturalmente*. Estos son, por ejemplo, actores humanos para los cuales se recopilan datos en muchas ciencias sociales, países en ciencias políticas y organizaciones en economía. Por otro lado, las unidades se eligen de acuerdo con las *restricciones de la compilación de datos*.

Después de esta explicación, sostiene que “la pregunta no es si el contexto importa (porque importa por definición) sino más bien por

¹¹ *Ibidem*, pp. 7-8.

qué importa el contexto”. Dicho en otras palabras, la importancia del contexto no es centro del debate, pues es inherente al ser humano; la pregunta debe enfocarse en por qué y en qué medida importa.

Para evitar los sesgos de cualquier medición en las investigaciones cuantitativas, el autor compila varios trabajos que incorporan el “análisis de redes sociales” como una técnica que permite contextualizar las unidades de grabación respecto a las unidades de análisis que implican la pregunta de investigación¹².

Una cuarta obra corresponde al profesor australiano Bernar Guerin, quien propone, en un lenguaje prescriptivo, una guía práctica al análisis social contextual, prometiendo que las habilidades detalladas en su libro “ayudarán a los lectores a observar a las personas en sus contextos y analizar lo que observan, a fin de comprender mejor por qué las personas hacen lo que hacen, dicen lo que dicen y piensan lo que piensan”¹³.

Con la denominación de enfoque de ciencias naturales o ecológicas, Guerin sostiene que las acciones de las personas “surgen de sus contextos o entornos, por lo que debemos centrarnos en observar y analizar esos contextos y no solo las cosas que las personas nos dicen -porque lo que ellos nos dicen también ha surgido de esos contextos y no necesariamente refleja los contextos con precisión”¹⁴.

La obra desglosa a lo largo de sus capítulos los diferentes contextos que influyen en las acciones humanas: contextos de relaciones sociales, económicos, de oportunidades circunstanciales, históricos, culturales, idiomáticos y mentales.

¹² Friemel, Thomas, *Why Context Matters: Applications of Social Network Analysis*, Wiesbaden, VS verlag, 2008, p. 10.

¹³ Guerin, Bernard, *How to Rethink Human Behavior: A Practical Guide to Social Contextual Analysis*, New York, Routledge, 2016, p. ix.

¹⁴ *Idem*.

III. CASOS RELEVANTES EN TRIBUNALES REGIONALES: 1988-2009

El análisis de contexto en la ciencia jurídica tiene su origen en la primera sentencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en 1988. Asimismo, fue consolidándose a través de varias sentencias posteriores como una herramienta para determinar la responsabilidad del estado en los casos planteados; incluso se utilizó en la última sentencia en el caso *Digna Ochoa y familiares vs. México*¹⁵. Por cuestiones de extensión de este trabajo solo se mencionan cuatro sentencias que se consideran relevantes en el origen, consolidación y los efectos para la investigación de los delitos, dejándose esta tarea a otras obras ya publicadas¹⁶.

1. MANFREDO VELÁSQUEZ VS. HONDURAS (1988)

Este caso viene a marcar el origen de la incorporación del contexto para dirimir la responsabilidad de un estado sobre la desaparición forzada de un ciudadano. El caso corresponde a Manfredo Velásquez, ciudadano hondureño, quien era maestro de primaria, estudiaba temas económicos y era líder de un sindicato nacional socialista en Honduras. Fue secuestrado el 12 de septiembre de 1981 en el centro de Tegucigalpa¹⁷.

¹⁵ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Caso Digna Ochoa y Familiares Vs. México*, 25 de noviembre de 2021, párrafos 43 a 48.

¹⁶ Un ejemplo lo encontramos en León, Gisela de, Krsticevic, Viviana y Obando, Luis, *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, Buenos Aires, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2010, . También en Chica Rincoar, Silvia Patricia, *Manual para el Análisis de Contexto de Casos de Personas Desaparecidas en México*, Ciudad de México, 2019, pp. 21-27.

¹⁷ Sus familiares aún tienen la esperanza de encontrarlo. Ver Rodríguez, Sandra, “Manfredo Velásquez, el abuelo que sigue presente”, *Defensores*, 13 de septiembre de 2019.

Este caso es representativo por ser la primera sentencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos desde su creación en 1979. También es relevante porque resultó en responsabilidad internacional de Honduras en la desaparición forzada, siendo responsable directo el Ejército de Honduras.

La parte sustantiva tiene relevancia porque la resolución se sustenta, en gran medida, con pruebas circunstanciales¹⁸, reforzada con la existencia de un patrón (*modus operandi*) de las desapariciones forzadas practicadas por el régimen hondureño y que la sentencia describe en su apartado de hechos:

Según los testimonios recibidos sobre el *modus operandi* de la práctica de desapariciones, los secuestros siguieron el mismo patrón: se usaban automóviles con vidrios polarizados (cuyo uso requiere un permiso especial de la Dirección de Tránsito), sin placas o con placas falsas y los secuestradores algunas veces usaban atuendos especiales, pelucas, bigotes, postizos, el rostro cubierto, etc. Los secuestros eran selectivos. Las personas eran, inicialmente vigiladas y, luego, se planificaba el secuestro, para lo cual se usaban microbuses o carros cerrados. Unas veces eran secuestradas en el domicilio, otras en la calle pública. En un caso en que intervino un carro patrulla e interceptó a los secuestradores, éstos se identificaron como miembros de un cuerpo especial de las Fuerzas Armadas y se les permitió irse con el secuestrado¹⁹.

La construcción del *modus operandi*, que sirve de premisa mayor en la inferencia de los juzgadores²⁰, fue construida con los datos de más de un centenar de desapariciones ocurridas entre 1981 y 1984²¹. Sin embargo, estos datos fueron reforzados con testimonios

¹⁸ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Velázquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo, 29 de julio de 1988, párrafos 129 y 130.

¹⁹ *Ibidem*, párrafo 99.

²⁰ *Ibidem*, párrafos 147 y 148.

²¹ *Ibidem*, párrafo 95.

de personas liberadas posteriormente a su captura²² y personas que eventualmente trabajaron en el gobierno²³.

También fue relevante la publicación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de Honduras donde se documentan y analizan las denuncias de desaparecidos, afirmando que “los casos de desaparición expuestos en este informe presentan características similares e indican que -por lo menos durante el período que va de 1982 a 1984- se trató de una práctica sistemática”. Reconoce que este tipo de delitos son particularmente difíciles de investigar cuando son cometidos por agentes del Estado o personas protegidas por éste, pero que debe buscarse otro tipo de huellas, según se describen en los siguientes términos:

La pretensión de estar realizando operaciones de inteligencia permite la cobertura de la clandestinidad y el pretexto del secreto... El dominio de los mecanismos de control, el enorme poder de fuerza y de medios y la naturaleza totalmente clandestina de las operaciones, facilita el encubrimiento de los culpables y dificulta la obtención de pruebas... Sin embargo, estos crímenes dejan otro tipo de huellas que pueden ser rastreadas, especialmente en la similitud de los actos delictivos y en lo reiterado de los actos criminales²⁴.

Las desapariciones de personas en Honduras dejaron huellas o indicios que constituyen un patrón repetitivo con las siguientes características, según describen en el documento y que enumero a continuación:

- a. Son crímenes repetitivos, tanto por su número como por sus características.
- b. Son realizados con similares propósitos o fines.
- c. Son crímenes realizados siguiendo los mismos procedimientos; el denominado *modus operandi* es común.

²² *Ibidem*, párrafos 83 y 106.

²³ *Ibidem*, párrafos 100,

²⁴ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los hechos hablan por sí mismos: Informe preliminar sobre los desaparecidos en Honduras 1980-1993*, 2ª Ed., Tegucigalpa, Ed. Guaymuras, 2002, pp. 255-256.

- d. Los secuestros o detenciones ilegales tenían un resultado común.
- e. Miembros de las unidades de investigación e inteligencia militar son reiteradamente señalados como responsables de las desapariciones.
- f. No existe ningún tipo de protección o garantía judicial.
- g. No hay una investigación seria de responsabilidades ni tampoco existe sanción a los culpables.
- h. Las investigaciones oficiales son infructuosas o encubren los hechos y los responsables, son formales y no aportan pruebas para la ubicación de los desaparecidos o determinación de su suerte²⁵.

Entre los criterios relevantes que sentaron precedentes y que se han estado reiterando en futuras sentencias, son los siguientes:

- Obligación efectiva de garantizar los derechos humanos: esta obligación implica el deber de los Estados Parte de *organizar* todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Una consecuencia inmediata de esa obligación implica que “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”²⁶.
- Violaciones cometidas por particulares: un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención²⁷.

²⁵ *Ibidem*, pp. 256-259. El documento describe cada una de estas características.

²⁶ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Velázquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo, 29 de julio de 1988, párrafos 166.

²⁷ *Ibidem*, párrafo 172.

- Investigación seria: El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación²⁸.
- Estándar probatorio: Para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos²⁹.
- Importancia de la prueba indiciaria: La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas³⁰.

2. M.C. V. BULGARIA (2003)

La relevancia de este caso radica en que lo resuelve el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Tiene como materia la responsabilidad estatal de Bulgaria por no tener un marco legal adecuado para brindar protección eficaz contra la violación y el abuso sexual. También fue condenado por la práctica “restrictiva”, es decir, el estado búlgaro solamente llevaba a juicio aquellos casos donde la víctima manifestaba resistencia activa que pudiese actualizar la ausencia de consentimiento en el intercambio sexual.

Es importante saber que la demandante fue violada a la edad de los 14 años en un lapso correspondiente a la noche del 31 de julio y la madrugada del 1 de agosto de 1995, por dos jóvenes que le brindaron el apoyo de traslado a su casa después de una fiesta en la disco. La investigación fue archivada por no existir “pruebas directas”

²⁸ *Ibidem*, párrafo 174.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 128.

³⁰ *Ibidem*, párrafo 131.

que acrediten la falta de consentimiento de la víctima, a pesar de que se realizó una pericial siquiátrica que afirmaba la posibilidad de que la víctima haya entrado en *shock* por su temprana edad, es decir, minando la asunción de que todas las víctimas deben resistirse activamente como único medio para obtener pruebas directas de su falta de consentimiento.

En el fondo, las autoridades búlgaras se enfrentaron a un caso difícil, pues implicaba valorar dos versiones contradictorias de los eventos y poca evidencia “directa”³¹. La Corte reconoció dicha dificultad, pero resolvió que, ante la presencia de dos versiones irreconciliables de los hechos, obviamente “requería una evaluación sensible al contexto de la credibilidad de las declaraciones hechas y la verificación de todas las circunstancias que las rodean”³².

La resolución implica, *inter alia*, una obligación de evaluar el contexto de los hechos que están en contradicción, a efectos de investigar con un enfoque abierto. La falta de dicha evaluación de contexto fue el principal fundamento de la sentencia condenatoria en contra del Estado Búlgaro, la cual se transcribe a continuación:

El Tribunal encuentra que el fracaso de las autoridades para investigar con suficiencia las circunstancias que rodean al hecho es el resultado del énfasis excesivo que pusieron sobre las pruebas “directas” de violación. El enfoque que tomaron en el caso en cuestión fue restrictivo, y prácticamente tomaron el factor “resistencia” como un elemento definitorio del delito³³.

³¹ ECHR, *M.C. v. Bulgaria*, 4 de diciembre de 2003, párrafo 176.

³² *Ibidem*, párrafo 177. El texto original dice: “...the presence of two irreconcilable versions of the facts obviously called for a context-sensitive assessment of the credibility of the statements made and for verification of all the surrounding circumstances”.

³³ *Ibidem*, párrafo 182.

3. LA MASACRE DE LA ROCHELA VS. COLOMBIA (2004)

Este tercer caso se menciona por su efecto directo en la futura configuración legal del análisis de contexto en el marco jurídico colombiano y que se estudia en el siguiente apartado. El caso está relacionado con la investigación de la desaparición de 19 comerciantes y otros incidentes en la región del Magdalena Medio, Colombia, el cual estaba siendo integrada por una Unidad Móvil de Investigación³⁴, misma que estaba conformada por 15 funcionarios judiciales (entre ellos dos jueces). La unidad fue interceptada por 40 paramilitares, quienes bajo el argumento que eran guerrilleros con intención de protegerlos, los convencieron de desarmarlos y amarrarlos. Posteriormente los condujeron a la vereda La Rochela y ahí les dispararon indiscriminadamente. Solo sobrevivieron tres de ellos a quienes por fortuna no les dieron el tiro de gracia³⁵.

Su relevancia radica en la controversia sobre el valor del contexto para encuadrar y explicar la masacre en cuestión. El estado colombiano manifestó enfáticamente en varios momentos procesales que reconocía solamente “aquellos hechos que tienen que ver específicamente con el caso de la masacre”, pero rechazaba de manera categórica las consideraciones de “contexto” que “podrían dar a entender que el fenómeno ‘paramilitar’ fue producto de una política generalizada del Estado colombiano” y en consecuencia rechazó “toda prueba que hiciera alusión a dicho contexto”³⁶. Por su parte, la Comisión considera que la masacre “no se produjo en el vacío” y ocurrió “como consecuencia de una serie de acciones y omisiones que tuvieron lugar desde días antes, y en un contexto social y normativo determinado”³⁷. La resolución de la Corte fue muy clara:

³⁴ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Caso La Rochela Vs. Colombia*, 11 de mayo de 2007, párrafo 2.

³⁵ *Ibidem*, párrafo 116.

³⁶ *Ibidem*, párrafo 70.

³⁷ *Ibidem*, párrafo 71.

Por otra parte, en cuanto a la posición del Estado de rechazar las consideraciones de contexto (supra párrs. 11, 31 y 70), la Corte estima necesario señalar que para resolver los distintos casos sometidos a su conocimiento ha requerido tomar en cuenta el contexto, pues el entorno político e histórico es determinante para el establecimiento de las consecuencias jurídicas en el caso, comprendiendo tanto la naturaleza de las violaciones a la Convención como las correspondientes reparaciones³⁸.

Entre los elementos del contexto necesarios para comprender la gravedad que implica masacrar a funcionarios judiciales, la sentencia describe que “los hechos del presente caso se produjeron dentro de un contexto de violaciones contra funcionarios judiciales dirigidas a impedir sus labores, intimidarlos, amedrentarlos y así lograr la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos”³⁹. En ese contexto de riesgo para los funcionarios judiciales, el Estado colombiano tiene responsabilidad porque “no adoptó las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los miembros de la Comisión Judicial en el cumplimiento de sus labores”⁴⁰.

4. CASO GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO (2009)

Este último caso se incluyó por ser una sentencia en contra de México, por un lado, y por establecer criterios para la debida diligencia en las investigaciones de delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos.

En el 2009, México recibió dos sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. La primera que

³⁸ *Ibidem*, párrafo 76.

³⁹ *Ibidem*, párrafo 81.

⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 81.

se analiza en este punto, relacionada con los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez; la segunda relacionada con la Guerra Sucia de los años 70s.

Respecto a la primera, los hechos relatan la desaparición y homicidio de tres jóvenes, cuyos cuerpos fueron encontrados un mes después en un terreno que anteriormente que era utilizado para el cultivo de algodón. La demanda planteaba la responsabilidad del estado mexicano, *inter alia*, por tres omisiones:

- a) la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas;
- b) la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición; y
- c) la falta de la debida diligencia en la investigación de los asesinatos⁴¹.

La falta de prevención de los feminicidios⁴², fue acreditada por diversas documentales y periciales que exponían un contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua. Aunque existieron muchas discrepancias en las cifras totales de mujeres asesinadas, la Corte concluyó que algunos crímenes si habían “sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer”⁴³. En el caso concreto de las tres jóvenes, la Corte considero que era “posible enmarcar estos hechos dentro de un contexto general documentado en el expediente”⁴⁴. Después de una detallada argumentación, la Corte concluye:

Todo esto lleva a la Corte a concluir que las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los

⁴¹ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, 16 de noviembre de 2009, párrafo 3.

⁴² La Corte decidió no utilizar el término feminicidio, sino referirlos como “homicidio de mujer por razones de género”. Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Caso González ...*, párrafo 143.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 164.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 195.

mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez⁴⁵.

Pero la responsabilidad del Estado mexicano en esta primera acusación se actualizó porque ya existían documentos que alertaban de este contexto violento por razones de género. Más aún, existió una recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que sugería políticas públicas preventivas, no pudiendo acreditar que se diseñaron e implementaron para prevenir estas conductas. En consecuencia, la Corte sentenció lo siguiente: “La ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 –cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez-, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención”⁴⁶.

Con respecto a la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición, el Estado mexicano no logró acreditar que cumplió con su “deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días”⁴⁷. Es importante transcribir la argumentación de la Corte, ya que se aplica precisamente a los casos de desaparición de personas:

México no demostró haber adoptado las medidas razonables, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, para encontrar a las víctimas con vida. El Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días luego de las denuncias de desaparición, dejando perder horas valiosas. En el período entre las denuncias y el hallazgo de los cuerpos de las víctimas, el Estado se limitó a realizar formalidades y a tomar declaraciones que, aunque importantes, perdieron su valor una vez éstas no repercutieron en accio-

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 231.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 280.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 283.

nes de búsqueda específicas. Además, las actitudes y declaraciones de los funcionarios hacia los familiares de las víctimas que daban a entender que las denuncias de desaparición no debían ser tratadas con urgencia e inmediatez llevan al Tribunal razonablemente a concluir que hubo demoras injustificadas luego de las presentaciones de las denuncias de desaparición. Todo esto demuestra que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a su privación de libertad. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado -el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad- y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará⁴⁸.

La implicación en los futuros casos es clara. El Estado tiene la obligación de actuar en las primeras horas y días asumiendo que la víctima está aún con vida, como fue precisamente lo que sucedió con las tres jóvenes del Campo Algodonero. En otras palabras, si se hubiera realizado la “debida diligencia”, hubieran tenido una probabilidad de encontrarlas aún con vida.

La tercera acusación versaba sobre falta de la debida diligencia en la investigación de los asesinatos, una vez hecho el hallazgo de los cuerpos. La Corte resolvió también la responsabilidad del Estado mexicano argumentando lo siguiente:

Una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales⁴⁹.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 284.

⁴⁹ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Caso González y otras* (“Cam-

Esta obligación de realizar una investigación efectiva no es un criterio nuevo, pues ya se había considerado desde la primera sentencia de la Corte en 1989⁵⁰. La novedad radica en reconocerla como una “teoría de obligación procesal, la cual consiste en “efectuar una investigación oficial efectiva en casos de violaciones a aquel derecho”. Dicha teoría aparece en criterios de la Corte Europea de los Derechos Humanos⁵¹, así como em varios criterios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

La Corte establece una secuencia de actividades que debieron haberse practicado para evaluar las actuaciones hechas por las autoridades mexicanas. Esta secuencia es importante para crear en el futuro un modelo de indicadores que permitan dar seguimiento a las investigaciones criminales⁵².

IV. CONFIGURACIÓN LEGAL EN COLOMBIA: 2005-2012

Como se mencionó, las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos tuvieron un efecto en la configuración legal del análisis de contexto en Colombia, siendo ilustrativo revisar la Ley 1592 de 2012 y el decreto que reglamentaba dicha ley.

1. LEY 1592 DE 2012

La primera configuración legal del análisis de contexto la encontramos en el proceso de paz y justicia transicional sucedido en Colombia. Pero para comprender el desarrollo del análisis contextual en dicho país, es indispensable tener en cuenta el extenso clima de violencia que generó el conflicto armado durante varias décadas que

po Algodonero”) *Vs. México*, 16 de noviembre de 2009, párrafo 290.

⁵⁰ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, párrafo 188.

⁵¹ ECHR, *Case of Ergi V. Turkey*, 28 July 1998, para. 85.

⁵² *Ibidem*, párrafo 295.

dejó miles de masacres⁵³. El primer paso lo dio el presidente colombiano Alvaro Uribe, logrando desarmar las Autodefensas Unidas de Colombia y posteriormente proponer la *Ley de Justicia y Paz*⁵⁴, misma que fue promulgada como la Ley 975 de 2005. Sin embargo, la sociedad colombiana entró en intensos debates políticos y jurídicos, en especial el dilema entre “perdonar o investigar” los crímenes del pasado. En consecuencia, se realizó una reforma con la promulgación de la Ley 1592 de 2012 y se incorporó el análisis de contexto en el cuerpo normativo, tal como se muestra en la siguiente tabla:

Ley 975 de 2005 ⁵⁵	Ley 1592 de 2012 ⁵⁶
<p>Artículo 15. Esclarecimiento de la verdad. Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación y se garantice la defensa de los procesados.</p> <p>...</p>	<p>Artículo 15. Esclarecimiento de la verdad. Dentro del procedimiento que establece la presente ley los servidores públicos dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y se pueda develar los contextos, las causas y los motivos del mismo.</p> <p>...</p>
<p>Elaboración propia con base a los ejemplares citados del <i>Diario Oficial</i>. La negrita es nuestra.</p>	

⁵³ “Las cifras del drama colombiano”, *Revista Semana*,

⁵⁴ En el marco de la denominada “Justicia Transicional”. Ver Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013.

⁵⁵ Congreso de Colombia, *Ley 975 de 2005*, Bogotá, Diario Oficial, 25 de julio de 2005.

⁵⁶ Congreso de Colombia, *Ley 1592 de 2012*, Bogotá, Diario Oficial, 3 de diciembre de 2012.

Por otro lado, se logró el acuerdo de paz con justicia, lo cual implicaba investigar los casos más relevantes para castigar a los “máximos responsables”, por lo que se determinó establecer el criterio de priorización de casos:

Artículo 16A. Criterios de priorización de casos. Con el fin de garantizar los derechos de las víctimas, el Fiscal General de la Nación determinará los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal que tendrán carácter vinculante y serán de público conocimiento.

Los criterios de priorización estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables. Para estos efectos, la Fiscalía General de la Nación adoptará mediante resolución el Plan Integral de Investigación Priorizada⁵⁷.

2. DIRECTIVA N°0001, 4 DE OCTUBRE DE 2012

Como parte del proceso reglamentario de las anteriores leyes, la Fiscalía General de la Nación colombiana expidió una directiva que ampliaba las definiciones legales necesarias para la implementación del análisis de contexto⁵⁸. Esta directiva definía como “criterio de priorización” lo siguiente: “Parámetro lógico que sirve para focalizar la acción investigativa de la Fiscalía General de la Nación hacia determinadas situaciones y casos, con el fin de asegurar un mayor impacto y un mejor aprovechamiento de los recursos administrativos y logísticos”⁵⁹. Dicha directiva también proporciona algunas definiciones relevantes para comprender la orientación del análisis de contexto en este proceso de justicia transicional. Una de ellas

⁵⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁵⁸ Fiscalía General de la Nación, *Directiva N°0001*, Bogotá, 4 de octubre de 2012.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 2.

corresponde precisamente a lo que debe entenderse por contexto, siendo su definición la siguiente:

Contexto: Marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquéllos. Debe igualmente comprender una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros. No bastará con la descripción de la estructura criminal o una enunciación de sus víctimas, sino que se deberá analizar su funcionamiento⁶⁰.

En cuanto a los objetivos que persigue el análisis de contexto y los criterios de colección de evidencias, la directiva prescribía lo siguiente:

La creación de contextos persigue: (i) conocer la verdad de lo sucedido; (ii) evitar su repetición; (iii) establecer la estructura de la organización delictiva; (iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; (v) unificar actuaciones al interior de la Fiscalía con el fin de lograr esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y *de iure*; y (vi) emplear esquemas de doble imputación penal, entre otros aspectos. A efectos de construir los contextos, se deberán recaudar y valorar en su conjunto, de forma ponderada y sistemática, diversas fuentes de información, incluida aquella que quieran suministrar las víctimas. De igual manera, se deberán adoptar las medidas procesales necesarias para que los elementos que permitan construir el contexto puedan servir, a su vez, como material probatorio y evidencia física en las respectivas indagaciones o procesos penales que surjan a partir de los casos o situaciones priorizados, o en otros⁶¹.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Idem.*

Una definición que llama la atención dentro de la directiva es el término “análisis criminal”, dado que representa una disciplina más longeva en las prácticas de investigación criminal, especialmente en el mundo anglosajón⁶². La directiva proporciona la siguiente definición:

Análisis criminal: Estudio sistemático e interdisciplinario del delito y de los factores problemáticos que alteran la convivencia social e interesan a la investigación penal (sociodemográficos, espaciales y temporales, entre otros), para apoyar la función constitucional asignada a la Fiscal General de la Nación y propender por la garantía de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición⁶³.

En el mismo plano de relevancia, la directiva nos obsequia la siguiente definición de “patrones criminales”, noción fundamental para el análisis criminal:

Patrones criminales: Conjunto de actividades, medios logísticos, de comunicación y modus operandi delictivo, desarrollados en un área y periodo de tiempo determinados, de los cuales se pueden extraer conclusiones respecto a los diversos niveles de mando y control de la organización criminal. Su determinación ayuda a establecer el grado de responsabilidad penal de sus integrantes y hace parte fundamental de la construcción del contexto⁶⁴.

En esa tesitura, el análisis de contexto colombiano nace en el proceso de paz que busca desmovilizar grupos armados, realizar investigaciones de violaciones graves durante la operación de dichos grupos, priorizar las investigaciones y generar obligatoriamente los contextos que permitan sancionar al “máximo responsable”.

⁶² Ver Peterson, Marilyn B., *Applications in Criminal Analysis: a sourcebook*, Westport, Greenwood, 1994.

⁶³ Fiscalía General de la Nación, *Directiva...*, p. 1.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 3.

IV. CONFIGURACIÓN LEGAL EN MÉXICO: 2017-2021

1. LEY GENERAL EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DESAPARICIÓN COMETIDA POR PARTICULARES Y DEL SISTEMA NACIONAL DE BÚSQUEDA DE PERSONAS (2017)

Esta ley es de reciente promulgación en México⁶⁵ y tiene relevancia por la regulación del análisis de contexto en el marco jurídico de nuestro país. Aunque no estuvo contemplada su regulación en ninguna de las seis iniciativas que le dieron impulso⁶⁶, fue incorporada ya en el proceso de dictaminación⁶⁷.

El primer aspecto del análisis de contexto se incorpora en el artículo 5 fracción III como *principio de enfoque diferencial y especializado*, obligando a tener contextos para casos diferenciados, prescribiendo que “tratándose de las acciones, mecanismos y procedimientos para la búsqueda, localización y desarrollo de las investigaciones, las autoridades deberán tomar en cuenta las características, contexto y circunstancias de la comisión de los delitos materia de esta Ley”.

El segundo aspecto es una obligación orgánica, es decir, la ley obliga a crear estructuras de análisis de contexto. En el artículo 58 se obliga a crear el “Área de Análisis de Contexto” dentro de la Comisión Nacional de Búsqueda. Por otro lado, el artículo 68 obliga a las procuradurías o fiscalías federal y estatales, a contar con una fiscalía especializada para la investigación y persecución de los delitos de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares. Dichas fiscalías especializadas deberán contar con una unidad de análisis de contexto.

⁶⁵ Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional*, Diario Oficial de la Federación, 17 de noviembre de 2017.

⁶⁶ González Hernández, Gustavo, *Análisis de Contexto en Personas Desaparecidas: marco de referencia y aproximación metodológica*, obra inédita, Guadalajara, 2020.

⁶⁷ Cámara de los Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, Ciudad de México, 12 de octubre de 2017.

El tercer aspecto se ubica a nivel reglamentario, pues con la aparición del protocolo respectivo, se especifican algunos términos y procedimientos⁶⁸. Por ejemplo, dicho protocolo da una definición del análisis de contexto como “una herramienta de análisis de las condiciones en la que ocurre un determinado evento, en un espacio y tiempo definido”⁶⁹. Asimismo, obliga a los Agentes del Ministerio Público a generar un Plan de Investigación en coordinación con los “Analistas Criminales o de Contexto (UAC)”, a partir de los resultados obtenidos de las primeras diligencias⁷⁰.

2. LEY ORGÁNICA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018)

Un año después, fue promulgada la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República⁷¹, en la cual se extiende el análisis de contexto como una herramienta aplicable a otros delitos diferentes a la desaparición forzada.

Dentro del Capítulo IX del Título Segundo se contemplan, entre otras, las Unidades de Análisis Estratégico y de Contexto, dedicando el artículo 49 a describir sus objetivos:

- I. La identificación de patrones de actuación reiterada, sistemática o generalizada sobre ciertas estructuras o fenómenos criminales;
- II. La identificación de niveles y tipos de responsabilidad o de los participantes de los hechos delictivos incluyendo servidores públicos;
- III. La identificación de niveles de responsabilidad de estructuras delincuenciales o paralelas al Estado, y

⁶⁸ Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, *Protocolo Homologado de Investigación para los delitos de Desaparición Forzada y desaparición cometida por particulares*, Ciudad de México, 2018.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 82.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 45.

⁷¹ Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República*, Ciudad de México, Diario Oficial de la Federación, 14 de diciembre de 2018.

IV. La identificación de aspectos multifactoriales y multidelictivos de los fenómenos criminales.

Asimismo, en el último párrafo dispone que “estas unidades actuarán coordinadamente con la Coordinación de Métodos de Investigación y será integrada por analistas, técnicos y expertos en las materias de su competencia”.

Como puede observarse, dichas unidades vienen a integrarse a la par de las Unidades de Investigación y Litigación en las tareas sustantivas de “investigación y acción penal”, que es la denominación que recibe dicho capítulo. Sin embargo, no existe disposición expresa de la obligación de realizar los análisis de contexto con efectos vinculantes, lo cual se consolida en la siguiente ley.

3. LEY DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2021)

La nueva Ley de la Fiscalía General de la República⁷² da un paso más a la consolidación del análisis de contexto como una herramienta indispensable en la investigación criminal y así lo dispone en el segundo párrafo del artículo 29 dentro del denominado “modelo de gestión”:

Los equipos de investigación y litigación tienen como función organizar, gestionar y aplicar la estrategia de persecución penal de la Fiscalía General de forma flexible y eficiente para el esclarecimiento de los hechos, desarrollarán las investigaciones conforme a planes de investigación congruentes, con el apoyo de análisis de contexto, que permitan la pronta determinación de los asuntos o su judicialización, cuando las circunstancias del caso así lo ameriten; fomentarán en todo momento la aplicación de soluciones alternas y formas de terminación anticipada, privilegiarán la celeridad y calidad del trabajo y la mejor solución del conflicto penal mediante el trabajo colaborativo de sus personas integrantes.

⁷² Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley de la Fiscalía General de la República*, Ciudad de México, Diario Oficial de la Federación, 20 de mayo de 2021.

Por otro lado, dedica un capítulo a los analistas, desglosando las diferentes facultades en el artículo 45, destacándose las siguientes:

- En el inicio de la investigación, deberán “realizar el análisis de información estratégica, a través de la elaboración de productos de inteligencia que permita a las personas agentes del Ministerio Público de la Federación contar con elementos de información integral para una efectiva integración de los indicios, datos y medios de prueba suficientes que fortalezcan las investigaciones a cargo de la Institución”;
- En la elaboración de líneas de investigación, deberán “analizar los contenidos de los expedientes de las investigaciones para sugerir líneas de investigación para el esclarecimiento de los hechos y la probable autoría o participación de las personas”;
- En el análisis de contexto como metodología específica, deberá “realizar análisis de contexto sobre fenómenos criminales, reiterados o emergentes para contribuir a la política de persecución penal”; y
- A nivel estratégico, deberán “realizar reportes estratégicos sobre criminalidad nacional, transnacional o internacional a efecto de identificar patrones, estructuras, organizaciones, modos de operación, así como cualquier otra información que se considere necesaria, oportuna o útil para la formulación, seguimiento, evaluación y replanteamiento del Plan Estratégico de Procuración de Justicia y la investigación de los delitos”.

Una de las tareas pendientes de la Fiscalía General de la República es la reglamentación de dichas atribuciones, con el objeto de lograr una mayor certeza jurídica tanto en definiciones clave como en estándares analíticos, en razón que son parte del proceso sustantivo de cualquier investigación.

V. CONCLUSIONES

La configuración legal del análisis de contexto en la legislación mexicana es producto de la influencia marcada por las resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la cual impactó

primeramente en la legislación colombiana por su contexto de violencia y su necesidad de lograr una paz con justicia, buscando lograr una mayor eficiencia en los principales autores de muchas masacres.

En nuestro país, la primera manifestación legislativa la encontramos en la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas. Su incorporación obedece al grave problema que vive México con la desaparición forzada de personas, así como la sistematización de una metodología propia de la investigación de dichos delitos.

La extensión del análisis de contexto a todo tipo de investigación criminal sucede un año después con la publicación de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República en diciembre de 2018, consolidándose con la Ley de la Fiscalía General de la República en mayo de 2021.

Sin embargo, existe una gran tarea de reglamentación de dicha ley, existiendo la necesidad de elaborar los protocolos y manuales que establezcan definiciones precisas y estandaricen métodos, técnicas y productos.

También es importante señalar que el análisis de contexto debe conciliarse con las disciplinas del análisis criminal (en inglés *criminal analysis*) y el análisis de inteligencia criminal (en inglés *criminal intelligence analysis*)⁷³. Aunque este tema no era parte del objetivo de este trabajo, es necesario teorizar al respecto para que el modelo analítico en nuestro país no sea ajeno a dichas disciplinas que ya tienen una larga trayectoria de desarrollo en el mundo anglosajón. En otras palabras, no debemos buscar el hilo negro de métodos y técnicas que se vienen utilizando para combatir el grave fenómeno de la delincuencia y poder hacer efectiva la obligación primigenia del Estado Moderno de brindar seguridad a sus ciudadanos.

⁷³ Una obra pionera fue Andrews, Paul P., Jr., y Petersen, Marilyn B. (eds.), *Criminal Intelligence Analysis*, Loomis, Palmer Enterprise, 1990.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- CÁMARA DE LOS DIPUTADOS, *Gaceta Parlamentaria*, Ciudad de México, 12 de octubre de 2017.
- ANDREWS, Paul P, Jr., y Petersen, Marilyn B. (eds.), *Criminal Intelligence Analysis*, Loomis, Palmer Enterprise, 1990.
- CHICA RINCKOAR, Silvia Patricia, *Manual para el Análisis de Contexto de Casos de Personas Desaparecidas en México*, Ciudad de México, 2019.
- CONFERENCIA NACIONAL DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA, Protocolo Homologado de Investigación para los delitos de Desaparición Forzada y desaparición cometida por particulares, Ciudad de México, 2018. Consultado en <http://aplicaciones.pgr.gob.mx/normatecasustantiva/Normateca%20Sustantiva/Protocolo%20de%20Desaparici%C3%B3n%20Forzada.pdf>
- CONGRESO DE COLOMBIA, *Ley 975 de 2005*, Bogotá, Diario Oficial, 25 de julio de 2005.
- *Ley 1592 de 2012*, Bogotá, Diario Oficial, 3 de diciembre de 2012.
- CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional*, Ciudad de México, Diario Oficial de la Federación, 17 de noviembre de 2017.
- *Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República*, Ciudad de México, Diario Oficial de la Federación, 14 de diciembre de 2018.
- *Ley de la Fiscalía General de la República*, Ciudad de México, Diario Oficial de la Federación, 20 de mayo de 2021.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Los hechos hablan por sí mismos: Informe preliminar sobre los desaparecidos en Honduras*

- 1980-1993, 2ª Ed., Tegucigalpa, Ed. Guaymuras, 2002
- CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo, 29 de julio de 1988.
- *Caso La Rochela Vs. Colombia*, 11 de mayo de 2007.
- *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, 16 de noviembre de 2009.
- *Caso Digna Ochoa y Familiares Vs. México*, Sentencia, 25 de noviembre de 2021.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *M.C. v. Bulgaria*, 4 de diciembre de 2003.
- *Case of Ergi V. Turkey*, 28 July 1998.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Directiva N°0001*, Bogotá, 4 de octubre de 2012.
- FRIEMEL, Thomas, *Why Context Matters: Applications of Social Network Analysis*, Wiesbaden, VS verlag, 2008.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Gustavo, *Análisis de Contexto en Personas Desaparecidas: marco de referencia y aproximación metodológica*, [inédita], Guadalajara, 2020.
- GUERIN, Bernard, *How to Rethink Human Behavior: A Practical Guide to Social Contextual Analysis*, New York, Routledge, 2016.
- IVERSEN, Gudmun R., *Contextual analysis*, Newbury Park, SAGE Publications, 1991.
- MARILYN B., *Applications in Criminal Analysis: a sourcebook*, Westport, Greenwood, 1994.
- RODRÍGUEZ, Sandra, “Manfredo Velásquez, el abuelo que sigue presente”, *Defensores*, 13 de septiembre de 2019.
- ZUSMAN, Knox y Gardner, *The social context view of sociology*, Carolina Academic Press, Durham, 2009.

APORTACIONES DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA APLICADA Y LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO PARA EL ANÁLISIS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL A CARGO DE MENORES DE EDAD

CONTRIBUTIONS OF APPLIED LEGAL EPISTEMOLOGY AND THE PSYCHOLOGY OF TESTIMONY FOR THE ANALYSIS OF TESTIMONIAL EVIDENCE FROM MINORS

CARMEN PATRICIA LÓPEZ OLVERA¹

EDIVALDO TOLEDO SANTIAGO²

RESUMEN: Las reglas que regulan la admisión y desahogo de la prueba testimonial a cargo de menores de edad en las leyes adjetivas no siempre son acordes con las aportaciones de la epistemología jurídica aplicada, ni con los avances científicos de la psicología del testimonio, lo que puede ocasionar decisiones incorrectas por parte de los jueces.

Los objetivos de este trabajo son: exponer la Teoría General de la Competencia Epistémica Legislativa como una aportación a la epistemología jurídica aplicada, así como los avances alcanzados en la epistemología y psicología del testimonio de menores; a partir de ellos, realizar una evaluación crítica del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano en lo relativo a la prueba testimonial a cargo de menores; y, realizar propuestas tanto legislativas como judiciales para su mejora.

¹ Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Investigadora de Tiempo Completo en esta misma institución. Contacto: <patlopezolvera@unam.mx>. ORCID:<<https://orcid.org/0000-0001-5005-8145>>.

² Licenciado en Derecho por la Universidad de Sotavento A.C.; Estudiante de la Maestría en Derecho de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: <toledosant@comunidad.unam.mx>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-4495-3220>>.

Fecha de recepción: 02 de agosto de 2021; fecha de aprobación: 20 de enero de 2022.

PALABRAS CLAVE: *epistemología jurídica aplicada, psicología del testimonio, prueba testimonial y menores de edad.*

ABSTRACT: The rules regulating the admission and presentation of testimonial evidence given by minors in procedural laws are not always in keeping with the contributions of applied legal epistemology or with the scientific advances in the psychology of testimony, which can lead to judges making incorrect decisions.

The objectives of this paper are to present the General Theory of Legislative Epistemic Competence in the field of applied legal epistemology, as well as the advances attained in the epistemology and psychology of the testimony of minors. Based on this, a critical evaluation of the Mexican National Code of Criminal Procedures regarding testimonial evidence given by minors will be made and legislative and judicial proposals for its improvement will be offered.

KEYWORDS: *applied legal epistemology, psychology of testimony, testimonial evidence and minors.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Preguntas y objetivos; III. Consideraciones metodológicas; IV. Epistemología Jurídica Aplicada (EJA); V. Epistemología del testimonio; VI. La Psicología del testimonio y la prueba testimonial en el Derecho: Enfoque infantil; VII. Desequilibrios y obstáculos epistémicos en el Código Nacional de Procedimientos Penales en torno a la prueba testimonial de menores de edad. VIII. Pasos hacia una propuesta epistémica para el desahogo de la prueba testimonial en casos de menores de edad considerando las aportaciones de la psicología del testimonio; IX. Conclusiones; X. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas poco atendidos en el derecho probatorio es el de la confiabilidad de los testigos menores de edad. Si bien, existe literatura en la cual se han tratado de describir los principales problemas en torno al testimonio de adultos, como los procesos de percepción y memoria y cómo estos pueden afectar su confiabilidad, en el caso de los menores no se corre con la misma suerte, la información es escasa.

La falta de conocimientos sobre el tema por parte de los operadores jurídicos genera que algunas de las reglas procesales vigentes en el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP), en torno a la admisión, desahogo y valoración de la prueba testimonial de menores constituyan obstáculos para la determinación de la verdad.

El testimonio de menores de edad puede entenderse y valorarse de mejor manera si se toman en cuenta las aportaciones de la epistemología jurídica aplicada y dentro de esta, la epistemología del testimonio, así como de la psicología del testimonio. En este trabajo se describen y aplican algunas aportaciones de estas áreas a efecto de promover cambios en las reglas procesales que regulan la prueba previamente referida y permitan llegar a decisiones judiciales epistémicamente justificadas.

II. PREGUNTAS Y OBJETIVOS

Las preguntas que se buscan responder en este trabajo son:

- a. A partir de la Teoría General de la Competencia Epistémica Legislativa (en adelante Tegecel), determinar ¿qué reglas que regulan el testimonio de menores en el CNPP constituyen desequilibrios y obstáculos para la determinación de la verdad?; y,
- b. Considerando las aportaciones de la epistemología y psicología del testimonio ¿qué estrategias de intervención deberían de implementarse para el desahogo y valoración de la prueba testimonial de menores de edad en el CNPP?

Los objetivos son:

- a. Con base en Tegecel, analizar las reglas procesales más importantes que regulan el desahogo de la prueba testimonial a cargo de menores, vigentes en el CNPP; y,
- b. Proponer estrategias de intervención epistémica para el desahogo y valoración de la prueba testimonial en el CNPP, que tomen en cuenta los avances científicos en materia de epistemología y psicología del testimonio.

III. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

La presente investigación atiende a tres aspectos fundamentales: uno descriptivo, uno evaluativo y uno propositivo. En el primero de ellos, se exponen los objetivos y aportaciones teóricas de la epistemología jurídica aplicada, la epistemología y psicología del testimonio; en el segundo, se aplica Tegecel en la evaluación de las reglas vigentes más importantes sobre la prueba testimonial en el caso de menores de edad; y, en el tercero, se realizan algunas sugerencias generales a efecto de aportar a que tanto los legisladores, como los jueces, contribuyan a la promoción de la determinación de la verdad tomando en cuenta los descubrimientos en materia de psicología del testimonio.

El desarrollo de este trabajo es el siguiente:

- a. Se describen los objetivos de la epistemología jurídica aplicada.
- b. Se describe la Tegecel, sus conceptos operacionales y la dinámica de la teoría con algunos ejemplos.
- c. Se abordan algunas consideraciones en torno a las aportaciones de la epistemología del testimonio que deberían ser consideradas al momento de diseñar las reglas procesales sobre la prueba testimonial a cargo de menores de edad.
- d. Se describen algunas aportaciones de la literatura en materia de psicología del testimonio, enfocándonos en aquellas útiles para la comprensión del testimonio de menores de edad.

- e. Se aplican los conceptos de la Tegecel al análisis de algunas de las reglas procesales que regulan el testimonio de menores de edad en el CNPP.

Finalmente, se realizan algunas propuestas de intervención epistémica a partir de los descubrimientos científicos en materia de psicología del testimonio.

IV. EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA APLICADA (EJA)

En el ámbito de la epistemología general, Larry Laudan define a la epistemología (aplicada) como:

el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo. Los teóricos del conocimiento -como a veces se conoce a los epistemólogos- son quienes rutinariamente examinan prácticas de esta naturaleza, como la ciencia o las matemáticas, a los efectos de diagnosticar si son capaces de cumplir con su pretendido propósito (averiguar la verdad).³

En congruencia con esta definición, la epistemología jurídica aplicada puede entenderse como una rama de la epistemología aplicada en general, en cuyo caso los sistemas de investigación corresponden a los distintos sistemas procesales. Al respecto Laudan sostiene que:

Es primordialmente un motor epistémico, es decir, un dispositivo o herramienta para descubrir la verdad a partir de lo que a menudo comienza con una mezcla confusa de pistas e indicios... Si esto es así, entonces viene completamente al caso preguntar si los procedimientos y reglas que estructuran y regulan un proceso penal conducen genuinamente a la averiguación de la verdad.⁴

³ Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Colección Filosofía y Derecho, trad. de Vázquez Carmen y Aguilera Edgar, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 23.

⁴ *Idem*.

Por otra parte, Enrique Cáceres Nieto señala que “epistemología jurídica aplicada”:

designa a un área de la filosofía del derecho cuyo objetivo es determinar las condiciones que deben satisfacer los procedimientos confiables para la determinación de la verdad en el derecho... la regulación de dichos procedimientos implica que el derecho incluya instituciones jurídicas (procesales) que i) no produzcan efectos contra-epistémicos, sino que faciliten las condiciones necesarias para que los operadores jurídicos puedan determinar la verdad de los hechos; ii) no interfieran, sino que promuevan, el ejercicio de la normatividad epistémica de los operadores jurídicos; y iii) protejan valores no epistémicos de tal suerte que su protección no imposibilite la determinación de la verdad.⁵

Es importante mencionar, que en los hechos y en términos generales, los procesos confiables para la determinación de la verdad no siempre han sido incorporados por el derecho procesal.⁶ Como ejemplo, Cáceres menciona que en la tradición romano-germánica:

La propia ley suele establecer desequilibrios y obstáculos epistémicos para la determinación de la verdad, los estándares de prueba vagos y subjetivos también están presentes en esta tradición y por tanto los jueces profesionales tampoco toman sus decisiones con base en una normatividad epistémica bien establecida, que en buena medida aún está por definirse por parte de quienes teorizamos sobre la epistemología jurídica.⁷

En el derecho los procedimientos epistémicos que pueden hacer confiable la búsqueda de la verdad (incluyendo aquellos vinculados con la obtención de información proporcionada por testigos), se

⁵ Cáceres Nieto, Enrique, “Epistemología Jurídica Aplicada”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (comp.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 2203.

⁶ *Ibidem*, p. 2199.

⁷ *Ibidem*, p. 2201.

encuentran restringidos por reglas que protegen valores no epistémicos. A este tipo de reglas, que constituyen obstáculos para la determinación de la verdad, forman parte de lo que se le puede denominar como “normatividad contra epistémica”.

Michele Taruffo, señaló que de aceptar la tesis que considera que en el proceso es posible determinar la verdad de los “hechos”⁸ en que se basa una controversia tiene consecuencias, y una es preguntarnos en qué medida el proceso (judicial) es un instrumento válido y eficaz para el descubrimiento y determinación de la verdad, por lo que habría que discutir sobre la función epistémica del proceso, como un conjunto de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos.⁹

En este sentido, Taruffo señala que, si el proceso es entendido como un método para la determinación de la verdad de los hechos, puede ser, por tanto, objeto de evaluación epistémica.¹⁰

1. LOS PROYECTOS DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA APLICADA

De acuerdo con Laudan, la epistemología jurídica consta de dos proyectos:

“a) uno de carácter descriptivo, consiste en determinar cuáles de las reglas vigentes promueven o facilitan la verdad y cuales la obstaculizan, y b) otro normativo, consistente en proponer cambios en las reglas existentes al efecto de modificar o eliminar aquellas que constituyan impedimentos graves para la búsqueda de la verdad”.¹¹

⁸ Cabe mencionar que cuando Taruffo habla de la determinación de la verdad de los “hechos”, no está haciendo una distinción analítica importante. En el derecho no se determina la verdad de los hechos, sino de proposiciones fácticas (aseverativas de hechos).

⁹ Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 155.

¹⁰ *Ibidem*, p. 156.

¹¹ Laudan, Larry, *op. cit.*, p.23.

En este sentido, una de las preguntas que plantea el autor es en torno a si el sistema de justicia, refiriéndose al penal, puede ser considerado un motor epistémico que permita la determinación de la verdad, y en todo caso, si las reglas que lo estructuran y regulan efectivamente conducen a la misma.¹² Así, el trabajo de Laudan se centra en la identificación de obstáculos y desequilibrios en el proceso penal que limitan la determinación de la verdad, así como en los estándares de prueba que rigen el procedimiento, especialmente en materia procesal penal.

2. LA TEORÍA GENERAL DE LA COMPETENCIA EPISTÉMICA LEGISLATIVA (TEGECEL)

En congruencia con los objetivos de la epistemología jurídica aplicada mencionados por Cáceres Nieto y los proyectos identificados por Laudan se desarrolla la Teoría General de la Competencia Epistémica Legislativa (Tegecel),¹³ por parte de la coautora de este trabajo, propuesta teórica y metodológica que permite:

- a. Identificar reglas procesales que constituyen obstáculos y desequilibrios epistémicos en las leyes procesales.
- b. Identificar si su presencia se encuentra o no justificada.
- c. Medir el grado en que estas reglas afectan la determinación de la verdad en los procesos.
- d. Promover cambios en esas reglas, de tal manera que no afecten la determinación de la verdad.
- e. Establecer el grado en que las leyes son promotoras de la verdad, o, en otras palabras, su grado de competencia epistémica.

Para el desarrollo de esta se siguió la siguiente metodología:

¹² *Idem.*

¹³ Propuesta teórica desarrollada por LÓPEZ OLVERA, Carmen Patricia, *La competencia epistémica del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales desde una perspectiva de derecho comparado con Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica y España*, 2014, Tesis, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://132.248.9.195/ptd2014/mayo/0713092/Index.html>

Primero, se construyó el marco teórico que respalda la teoría, empezando por la revisión de los trabajos de los teóricos mencionados en el apartado previo.

Segundo, se construyeron las siguientes definiciones operacionales requeridas para dar cuenta de la dinámica de la teoría:

- a. *Normatividad contra epistémica*: son normas procesales que tienen efectos contra epistémicos, es decir, dificultan o imposibilitan la determinación de la verdad. Normalmente los encontramos en la ley como una estrategia para proteger un valor no epistémico en detrimento del valor epistémico de la verdad. Pueden ser de dos tipos: desequilibrios u obstáculos.
- b. *Desequilibrios epistémicos*: es cuando la ley da una ventaja epistémica a una de las partes en el proceso a fin de garantizar o privilegiar a un valor no epistémico. Ejemplos: la carga de la prueba y el interés superior del menor, del cual nos ocuparemos más adelante.
- c. *Obstáculos epistémicos*: es la propiedad de algunas normas jurídicas consistente en dificultar o impedir la determinación de la verdad. Ej. La aportación de pruebas como una facultad exclusiva de las partes (ministerio público y defensa del acusado) en el proceso. Con ello, se impide a los jueces llevar al juicio pruebas distintas a las ofrecidas por las partes.
Nota aclaratoria: en los siguientes conceptos se continuará trabajando con el ejemplo previamente mencionado a fin de exponer la dinámica de Tegecel.
- d. *Estrategia contra epistémica*: es aquella que se usa para proteger un valor no epistémico en detrimento del valor epistémico de la verdad y que suele implementarse a nivel legislativo fundamentada en una norma jurídica. Por ejemplo, en el caso del obstáculo epistémico referido en el párrafo anterior, como estrategia se establecía a nivel normativo el artículo 'X', en el que se concede el derecho a ofrecer medios de prueba únicamente a las partes en el proceso, excluyendo a los jueces.
- e. *Justificación contra epistémica*: consiste en la razón por la cual se asume que con una determinada estrategia contra epistémica se va a proteger a un valor no epistémico. Ej. De establecerse esta regla se

- garantizará la imparcialidad del juez, dado que estará sujeto a tomar la decisión únicamente con base en las pruebas que las partes le presenten, sin dar ventajas a alguna de ellas.
- f. *Efecto contra epistémico*: es la forma específica en la que se obstaculiza la determinación de la verdad, es consecuencia de los factores contra epistémicos (obstáculos y desequilibrios). Ej. El juez no puede ser un sujeto epistémico proactivo, susceptible de corroborar con medios distintos a los ofrecidos por los contendientes, alguna o ambas de las teorías del caso ofrecidas por las partes.
- g. *Valor no epistémico*: estos pueden ser tanto jurídicos como no jurídicos. Ejemplo 1 (jurídico): en el caso de las reglas que establezcan la aportación de pruebas como una facultad exclusiva de las partes en el proceso, excluyendo a los jueces, el valor no epistémico que se busca proteger es la imparcialidad judicial. Ejemplo 2 (no jurídico): las reglas sobre testigos privilegiados constituyen obstáculos epistémicos dado que limita obtener información de todas las fuentes que quizá sean relevantes para el esclarecimiento de los hechos. Por ejemplo, los sacerdotes que no pueden declarar sobre la información que les brinda sus feligreses bajo secreto de confesión, en cuyo caso se trata de proteger un valor jurídico no epistémico consistente en el derecho a la privacidad.
- h. *Estrategia de intervención epistémica*: es la forma de corregir un tipo específico de desequilibrio u obstáculo epistémico, sin pasar por alto que los obstáculos epistémicos no únicamente corresponden a normas explícitas, sino también a omisiones. Siguiendo el ejemplo del punto c, la estrategia consistiría en permitir que el juez sea más que un *gatekeeper* o árbitro entre las partes, darle la facultad de solicitar medios de prueba distintos a los ofrecidos por las partes y llegar a una toma de decisión epistémicamente justificada.
- i. *Peso contra epistémico*: corresponde al grado de afectación de cada uno de los obstáculos y desequilibrios (presentes en una ley). En Tegecel se han establecido los siguientes: alto (3), cuando su presencia imposibilita la determinación de la verdad; medio (2), cuando su presencia dificulta seriamente la determinación de la verdad; y bajo

- (1), cuando su presencia la dificulta levemente.¹⁴
- Nuevamente, de seguir el ejemplo marcado en el punto c, ese obstáculo epistémico dificulta seriamente la determinación de la verdad, por lo que le corresponde un peso medio (2).
- j. *Peso de justificación no epistémica*: aplica en aquellos casos en los que no exista una manera de proteger el valor no epistémico sino es sacrificando el valor epistémico de la verdad. Por ejemplo, el derecho del acusado a guardar silencio constituye un obstáculo epistémico; sin embargo, mediante su establecimiento en la ley se trata de garantizar el derecho a la no autoincriminación, por lo que su presencia se encuentra justificada. A efecto de que no genere una incorrecta evaluación de epistémica de la ley el peso del obstáculo se neutraliza al momento de aplicar la fórmula de competencia epistémica.
- k. *Competencia epistémica legislativa*: designa al grado de proximidad de una calificación asignada a una ley con respecto a 0, donde el cero es el grado máximo de competencia epistémica en una escala de números naturales infinita. Mientras menos obstáculos o desequilibrios se encuentren presentes en una ley, mayor será su competencia epistémica. La fórmula que se propone en Tegecel para realizar el cálculo de la competencia epistémica de una ley es la siguiente: $Gc = \sum Pc_i^n - \sum Jc_i^n$. El grado de competencia epistémica de una ley es igual a la sumatoria de los pesos contra epistémicos del total de obstáculos y desequilibrios localizados, menos la sumatoria de aquellos cuya presencia se encuentre justificada.

Tercero, se realizó la adaptación de algunos de los obstáculos y desequilibrios, identificados por Laudan a la dinámica de Tegecel, estos son: la presunción de inocencia; la carga de la prueba; la doctrina del doble peligro; y, el beneficio de la duda, reglas de exclusión de evidencia obtenida de manera ilegal; testigos privilegiados; confesiones rendidas ante la policía; y, *plea Bargain* (acuerdos donde

¹⁴ López Olvera realizó una investigación empírica exploratoria en la que participaron un grupo de operadores jurídicos, que, de manera colectiva, propusieron el grado en que cada uno de los obstáculos y desequilibrios afecta la determinación de la verdad, con ello, se buscó restringir la subjetividad en la asignación de dichos grados.

el imputado/acusado acepta su responsabilidad a cambio de la reducción de la pena).¹⁵

Actualmente son 19 obstáculos y desequilibrios identificados en leyes procesales, cuyos pesos contra epistémicos suman 34. Mientras el resultado de la aplicación de la fórmula se acerque más a este último número la competencia epistémica de la ley será menor, y mientras más se acerque al cero su competencia epistémica será mayor, dado que eso significa que presenta menos obstáculos o desequilibrios.

Para demostrar la viabilidad de Tegecel se realizó una investigación con el fin de determinar el grado de competencia epistémica de la legislación del viejo sistema procesal penal mexicano (tradicional) en comparación con el “nuevo” sistema (acusatorio). Para ello, se identificaron los obstáculos y desequilibrios epistémicos presentes tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales,¹⁶ como en el Código Nacional de Procedimientos Penales.¹⁷

Los resultados obtenidos fueron muy interesantes: se mostró que a pesar de la importancia que ha ido adquiriendo en nuestro país el sistema acusatorio, presenta un grado de competencia epistémica bajo en comparación con el sistema tradicional. Ello obedece a que contienen normas que establecen múltiples obstáculos y desequilibrios epistémicos no justificados.

En la mayoría de los casos analizados, las razones que se esgrimen para justificar la presencia de reglas/normas contra epistémicas son injustificadas ya que buscan proteger un valor no epistémico que podría salvaguardarse utilizando otra estrategia de intervención que no implicaría el sacrificio del valor epistémico de la verdad.

¹⁵ Laudan, Larry, *op. cit.*, p. 197.

¹⁶ Código Federal de Procedimientos Penales. Consultado en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo83102.pdf>

¹⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales. Consultado en: <https://www.gob.mx/pff/documentos/codigo-nacional-de-procedimientos-penales-259843>

Tegecel permite comparar el grado de competencia epistémica de las leyes nacionales en épocas distintas, lo que hace posible evaluar el avance o retroceso epistémico del derecho a lo largo en el tiempo.

Bajo este marco teórico, consideramos que es posible llevar esta propuesta a la identificación de obstáculos y desequilibrios de las reglas que regulan la prueba testimonial de menores de edad, como se verá más adelante.

V. EPISTEMOLOGÍA DEL TESTIMONIO

Su objeto de estudio son cuestiones como la naturaleza de las creencias que proceden de testimonios ajenos, su justificación, su papel como evidencias para otras creencias, cuestiones acerca de si el conocimiento se transmite o si el testimonio genera conocimiento como tal, etc.¹⁸

El debate en torno al testimonio es una cuestión muy amplia. Existe gran cantidad de investigaciones, divergencias y posturas dentro de la(s) epistemologías del testimonio. Estas son: reduccionismo y no reduccionismo.

1. DEBATE ENTRE POSTURAS REDUCCIONISMO Y NO REDUCCIONISMO

David Hume¹⁹ es partidario del reduccionismo, mientras que Thomas Reid²⁰ del no reduccionismo. El primero, analiza la dependencia que tenemos del testimonio para generar y sostener la mayor parte

¹⁸ Montaña Alcón, Julián M, *La epistemología del testimonio de Thomas Reid*, 2018, Tesis, Universidad de Navarra, Facultad de Filosofía y Letras, Departamento de Filosofía, p.6. https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/58476/1/Tesis_MontanoAlcon18.pdf

¹⁹ Ruiza M. *et al.*, “Biografía de David Hume”, Biografías y Vidas. *La enciclopedia biográfica en línea*. Barcelona España. <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/h/hume.htm>

²⁰ Véase, REID, Thomas, *La filosofía del sentido común. Breve Antología de textos de Thomas Reid*, trad. de José Hernández Prado, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2003, p. 2.

de lo que sabemos. Este autor es consciente del peso del testimonio en nuestro conocimiento y advierte que debemos fiarnos de lo que nos cuentan los demás, sólo si tenemos evidencias experimentales de que quien está aportando el testimonio es fiable. Hume está motivado por aumentar el descrédito de la creencia en los milagros y la autoridad religiosa.²¹

La postura de Reid se basa en su conclusión de que el testimonio se explica por disposiciones naturales de los seres humanos: el principio de veracidad y el principio de credulidad, que subyacen al hecho de atribuir creencias a lo que nos dicen los demás.²²

2. REDUCCIONISMO

Para el Reduccionismo el testimonio ajeno es un procedimiento esencial, vital, para adquirir creencias, dependemos enteramente de él, sin embargo, su legitimidad depende de la experiencia. Nuestra creencia formada a partir de lo que nos cuentan los demás son racionales si previamente hemos sido responsables y hemos realizado un trabajo inductivo para tasar una información de alguien fiable.²³

Para la concepción reduccionista, tener creencias justificadas a partir de testimonios supone que no solo existan razones negativas, sino que además existan razones positivas que permitan creer de forma justificada en lo que fue comunicado. Creer en un testimonio sin ninguna creencia de fondo en la credibilidad, o veracidad del testimonio, es doxásticamente irresponsable.²⁴

²¹ Montaña Alcón, Julián M, *op. cit.*, pp. 17-18.

²² *Ibidem*, p. 752.

²³ *Ibidem*, p. 750.

²⁴ De Paula Ramos, Vitor, *La prueba testifical, del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 94.

Así para los reduccionistas, dado que no es posible confirmar el testimonio mediante otro testimonio, la teoría reduce la justificación epistémica a otras fuentes, como la percepción, la memoria y la inducción. El reduccionismo, no excluye la posibilidad de mayores o menores grados de confirmación, en función de los sujetos y los objetos implicados o, más concretamente, de los grados epistémicos que exige el contexto en el que se produce el testimonio.²⁵

3. NO REDUCCIONISMO

Postura que sostiene en líneas generales, que cuando no hay razones para dudar de lo que se dice en un determinado testimonio, se debe creer en su veracidad.²⁶

Reid defendía en esencia la existencia de dos principios que coexistirían y habrían sido “implantados” en el hombre por el “autor de la naturaleza”. El principio de credulidad, que implica que los seres humanos tienen una predisposición para creer en la palabra de los demás; y, el principio de veracidad, que consiste en la predisposición de los seres humanos a decir la verdad. Dichos principios se complementan y provocan una predisposición en el ser humano a aceptar el testimonio de otro ser humano, salvo prueba en contrario.²⁷

El punto de vista de Reid fue desarrollado por Coady, para quien, si no hay razones conocidas para dudar de una afirmación, debería presumirse la fiabilidad y honestidad. Esas razones pueden dar la prueba en contrario que se menciona, a través de los llamados “*defeaters*”²⁸ (derrotantes) psicológicos o normativos.²⁹

²⁵ *Ibidem*, pp. 95-96.

²⁶ *Ibidem*, p. 89.

²⁷ *Ibidem*, p. 88.

²⁸ En adelante se utiliza la palabra ‘derrotantes’, que corresponde a la traducción del término original de ‘*defeaters*’.

²⁹ *Ibidem* p. 89.

Un derrotante psicológico es una duda o creencia que tiene un sujeto y que indica que la creencia es falsa o no está formada o sostenida de manera confiable, este derrotante funciona en virtud de ser poseído por el sujeto, independientemente de su valor de verdad o estado epistémico. Un derrotante normativo es una duda o creencia que el sujeto debería tener y eso indica que la creencia es falsa o no está formada o sostenida de manera confiable, funciona en virtud de ser dudas o creencias que el sujeto debería tener dada la presencia de cierta evidencia disponible. Cualquier derrotante puede ser derrotado o invicto. Por ejemplo: Holly cree que hay un halcón anidando en su patio trasero porque lo vio allí, Dominick le dice que el pájaro es un halcón. Ahora, la justificación de Holly para creer que hay un halcón en su patio trasero ha sido invicta. Ahora, supongamos que Holly consulta un libro de aves para comprobar si el pájaro de su patio trasero es un halcón y descubre que en realidad es otra especie. Así los derrotantes pueden ser derrotados por más dudas y creencias, sucesivamente.³⁰

La razón de ser del no reduccionismo es la idea consistente en que sería imposible pensar que todo lo que una persona sabe fue obtenido por ella misma, de modo que sería absurdo suponerle que una persona, por si sola pudiera hacer todo el trabajo de campo necesario para confirmar todos los conocimientos que, a lo largo de la vida, hubiéramos obtenido a través de los testimonios.³¹

4. DUALISMO

De acuerdo con Lackey, en un intercambio de testimonios, la información se transmite típicamente entre dos participantes centrales: el hablante y el oyente. El diagnóstico de lo que ha fallado en la epistemología del testimonio es que tanto los reduccionistas como los no reduccionistas han intentado colocar casi todo el trabajo epistémico en uno u otro de estos participantes.

³⁰ Lackey, Jennifer, *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge, Chapter: Rejecting Transmission*. Oxford Scholarship, 2008, p. 6. La traducción es nuestra.

³¹ De Paula Ramos, Vitor...*op. cit.* p. 90.

Los reduccionistas se centran completamente en el oyente, todo el trabajo epistémico debe ser asumido por este, sus procesos de percepción y memoria.

Por otro lado, los no reduccionistas, analizan el trabajo que debe realizar el hablante. No importa cuán confiable sea el testimonio de un orador, esto por sí sólo no puede hacer que un oyente acepte su informe. La condición del hablante asegura la fiabilidad, mientras que la condición del oyente asegura la racionalidad del conocimiento testimonial. A la luz de estas consideraciones combinadas surge el dualismo en la epistemología del testimonio.³²

Así también, como lo refiere de Paula Ramos, el punto principal del que se basa Lackey se refiere a la idea de aprender a partir de las palabras (*learning from words*), que, coincidiendo con su opinión, puede incluso ampliarse a aprender a partir de la comunicación (puesto que ni siquiera es necesario que haya palabras para que exista comunicación). El enfoque de la autora es que el núcleo del testimonio está en el mensaje y elementos de quien lo recibe; lo anterior supone que, una vez que el mensaje sale del emisor, es independiente de él.³³

5. DUALISMO-OBJECCIÓN DEL BEBÉ/NIÑO

Esta postura defiende que, si bien los bebés y los niños pequeños carecen de capacidad cognitiva para adquirir razones psicológicas y normativas para justificar su testimonio, poseen conocimiento testimonial. Así una niña de dos años puede saber que hay jugo de manzana en el refrigerador cuando su madre dice que lo hay.³⁴

La justificación o garantía testimonial es anulable, a través de la presencia de un derrotante psicológico o normativo disponible. Los derrotantes normativos: son razones negativas o razones en contra

³² Lackey, Jennifer...*op.cit.*, *Chapter: Dualism in the Epistemology of Testimony*, pp. 1.2. La traducción es nuestra.

³³ De Paula Ramos, Vitor...*op.cit.* p.97.

³⁴ Lackey, Jennifer...*op.cit.*, *Chapter: Positive Reasons, Defeaters, and the Infant Child Objection*, p. 2, la traducción es nuestra.

de sostener una creencia determinada. Los derrotantes psicológicos son dudas o creencias más que razones. Las razones son argumentos, ya sean en favor o en contra de una determinada creencia. De esta manera, las razones positivas y los derrotantes normativos van de la mano. En consecuencia, el único sentido en el que los bebés y los niños pequeños pueden satisfacer la condición de derrotante normativo es trivial. Así la importancia epistémica de un hecho depende de las circunstancias particulares en las que se sostiene la creencia. En aquellos casos en los que no existe evidencia en contra de la creencia en cuestión, la satisfacción trivial no agrega nada de valor epistémico del sujeto, pero si una sensibilidad adecuada al entorno epistémico.³⁵ En otras palabras, el conocimiento depende de cómo construyamos las creencias con nuestra sensibilidad.

Sanford Goldberg:

Sostiene que los tutores adultos desempeñan tres roles epistémicamente relevantes en el proceso. En primer lugar, los tutores adultos hacen arreglos sociales de tal manera que los niños generalmente se protegen temprano en la vida de aquellos que podrían abusar su confianza; En segundo lugar, los tutores adultos sirven como un control explícito de la confiabilidad de los interlocutores con lo que los niños se encuentran en su presencia de sus padres o tutores adultos (como Tommy, ¿de verdad crees en la historia del tío Myron sobre ser el hombre más rico del mundo?; o Sally, no le creas a tu hermano, solo está diciendo tonterías otras vez, y tercero los tutores adultos continúan investigando al niño, sobre aseveraciones posteriores en busca de signos de haber consumido testimonios poco fiables. Describe estos tres roles como i) restricción de acceso, ii) monitoreo proactivo de la credibilidad y iii) monitoreo reactivo de la credibilidad.³⁶

Con esta respuesta, Goldberg pasa por alto lo siguiente: una vez que los tutores adultos se les permite hacer su trabajo epistémico

³⁵ *Ibidem*, p. 5. La traducción es nuestra.

³⁶ *Ibidem*, pp. 14-15. La traducción es nuestra.

para los bebés y niños pequeños en la satisfacción de condición de razones positivas ¿Qué puede evitar que dichos tutores también hagan su trabajo epistémico en las razones negativas (derrotantes psicológicos y normativos)?³⁷

Consideramos que la cuestión principal es hasta qué punto los cuidadores tutores adultos monitorean el control explícito de los testimonios que reciben de los niños. Se puede tomar en cuenta cualquier contenido visto en televisión, celular, *tablet*, programas de radio o interacciones en portales de internet, ambientes de escuelas, parques, o cualquier tipo de interacción con diversos agentes y cada situación que pueda agregar algo a sus creencias, y después de ello emprender lo que menciona Goldberg, como estar atento en restricción de acceso, monitoreo proactivo y reactivo de credibilidad, lo cual resultaría imposible, pues los tutores adultos por lo regular tienen otras actividades, por ejemplo: el rol del trabajo, por esa cuestión habría razones para dudar.

En los apartados anteriores, se describieron aspectos acerca de las posturas de la(s) epistemología del testimonio, incluyendo su vertiente infantil.

Para efectos del este trabajo consideramos que la epistemología más adecuada es la reduccionista.

Para cerrar este apartado, de Paula Ramos señala que:

un testimonio puede ser *sincero y verdadero* (es decir, acorde a las creencias del testigo y a la realidad), *no sincero y verdadero* (esto es, no acorde a las creencias del testigo, pero sí a la realidad) *sincero y falso* (a saber, acorde a las creencias del testigo, pero no a la realidad) y no sincero y falso (o sea, no acorde a las creencias del testigo ni a la realidad). Por tanto, para que un testimonio sea útil para el derecho, no es necesario que sea sincero, si no tan solo que sea verdadero.³⁸

³⁷ *Ibidem*, p. 15. La traducción es nuestra.

³⁸ De Paula Ramos, Vitor, *La prueba testifical... op. cit.*, p. 103.

Para Cáceres Nieto, asumir esto último, es decir, que para el derecho lo único que interesa es que el testimonio sea verdadero trivializa el problema, dado que lo más que podemos esperar de un testigo es que su manifestación sea congruente con lo que él cree que es verdadero y la determinación de si su creencia es verdadera o no dependerá de su consistencia con meta pruebas confirmatorias.³⁹

En el siguiente apartado se abordan los conocimientos científicos con los que ha contribuido la psicología del testimonio, especialmente sobre la percepción, la memoria, los recuerdos y evocaciones de sucesos pasados. Lo anterior, para un mejor entendimiento de la prueba en estudio y su correcta valoración en el derecho.

VI. LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO Y LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL DERECHO: ENFOQUE INFANTIL

1. LOS FALSOS CULPABLES DERIVADO DE TESTIMONIOS DEFECTUOSOS: EL CASO DE INNOCENCE PROJECT

Innocence Project es una organización estadounidense que se dedica a exonerar a inocentes condenados mediante pruebas de ADN y a reformar el sistema de justicia para evitar injusticia. Gracias a los análisis de los casos que ha recogido esta organización, se sabe que la causa principal de las condenas incorrectas se debe en gran medida a los defectos de la memoria humana de testigos.⁴⁰ Fueron exonerados 130 condenados injustamente por asesinatos, mediante la prueba de ADN; 40 (31%) de estos casos involucraron identificaciones erróneas de testigos y 81 (62%) involucraron confesiones falsas, información actualizada al 9 de julio de 2018.⁴¹

³⁹ Comentario realizado en un seminario interno sobre Epistemología Jurídica Aplicada, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, junio de 2021.

⁴⁰ Loftus, Elizabeth y Ketcham, Katherine, *Juicio a la memoria, Testigos presenciales y falsos culpables*, trad. de Concha Cardeñoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín, España, Alba, 2010, p. 17.

⁴¹ Innocence Project, “Exoneraciones de ADN en los Estados Unidos”. <https://>

2. PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO: ENFOQUE INFANTIL

La prueba testimonial es uno de los pilares probatorios en los juicios. El testimonio de los testigos en los procesos es una herramienta que ayuda en gran medida a los operadores jurídicos a aclarar los hechos y poder dictar sentencias epistémicamente justificadas. La intervención de un psicólogo forense facilita la fiabilidad de cualquier acto testimonial que presente dificultades de credibilidad tanto en los procesos de identificación de personas como en cualquier declaración, que, a su vez depende del proceso de memoria del testigo, en la que influyen la veracidad, la exactitud, la calidad de los recuerdos, la edad y la experiencia en el reconocimiento y descripción de las personas o del relato de hechos.⁴²

A la psicología del testimonio también se le conoce como memoria de los testigos y abarca dos extensos elementos que son: exactitud y credibilidad.⁴³

La exactitud atiende los resultados de estudios relativos a los factores atencionales, perceptivos y de memoria que influyen en la fidelidad de las declaraciones y las identificaciones de los testigos. Los temas que han sido especialmente relevantes para el derecho son: los procedimientos de obtención de las declaraciones (recuerdo, reconocimiento, entrevista cognitiva, ayudas al recuerdo, etc.); los de identificación (fotografías, ruedas, retratos robo, etc.); las diferencias individuales (edad, sexo, implicación, ansiedad, etc.); la influencia de los procesos perceptivos en la interpretación de la información (percepción de sonidos, conversaciones, formas, velocidad y colores); las falsas memorias (memorias recuperadas, infor-

innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/

⁴² Manzanero Puebla, Antonio L., *Memoria de testigos, Obtención y valoración de la prueba testifical*, Madrid, Pirámide, 2010, p.15.

⁴³ Manzanero Puebla, Antonio L., “Hitos de la historia de la psicología del testimonio en la escena internacional”, *Boletín de psicología*, n. 100, 2010, pp.89-104. <https://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N100-6.pdf>

mación post suceso, sugestionabilidad); el efecto de las condiciones atencionales en los procesos de codificación (efecto del arma, detalles sobresalientes, distintividad, etc.); y, otros factores de retención y recuperación (recuperación múltiple, efecto de las preguntas, preparación y demora).⁴⁴

Con respecto al elemento de credibilidad, se ocupa de los estudios acerca de la discriminación del origen de la información aportada por los testigos (perceptiva y real o sugerida, imaginada y falsa). El abordaje de esta tarea se ha realizado desde la psicología cognitiva, social y clínica, entre otras disciplinas.⁴⁵

Según Manzanero Puebla, las fases del proceso de memorización son las siguientes: 1) atención-percepción; 2) adquisición-codificación; 3) almacenamiento; 4) recuperación (recuerdo y reconocimiento).⁴⁶

En cada una se pueden advertir múltiples factores y variables que pueden afectar a la memoria de un testigo:

- a. Factores del testigo: cada persona codifica la información y la interpreta de acuerdo con diferencias individuales donde juegan un importante papel las experiencias, conocimientos y variables personales. Las variables más importantes son: género, edad, capacidad intelectual, estereotipos, ansiedad, implicación y estado mental.⁴⁷
- b. Factores del suceso: las características del suceso que más influyen en la exactitud de los testimonios son: condiciones perceptivas, tipo de información solicitada, familiaridad, frecuencia y tipo de suceso.⁴⁸
- c. Factores del sistema: se refieren a todas las variables que pueden afectar a los testimonios desde el momento que se produce el su-

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Manzanero Puebla, Antonio L., *Realidad y Fantasía: Credibilidad, Metamemoria y Testimonio*, Departamento de Psicología Básica, Universidad Complutense de Madrid, 1991, p. 6.

⁴⁷ Scott, M. Teresa y Manzanero, Antonio L., "Análisis del Expediente Judicial: Evaluación de la Validez de la Prueba Testifical", en *Papeles del Psicólogo*, vol. 36, núm. 2, mayo-agosto 2015, pp. 141-142. <https://www.redalyc.org/pdf/778/77839628007.pdf>

⁴⁸ *Idem.*

ceso hasta que se le pide al testigo que recupere la información tales como demora, recuperación múltiple, formato de recuperación, multiplicidad de eventos e información post suceso.⁴⁹

Cabe mencionar que para efectos de este trabajo únicamente abordaremos los factores del sistema con algunas variables que se pudieron detectar, articulando particularmente aquellos específicos sobre personas menores de edad.

1. FACTORES DEL SISTEMA

Con respecto a la influencia de las principales variables del sistema de identificación en entornos policiales y judiciales, la investigación en memoria de testigos ha distinguido entre factores de retención (demora, e información post suceso) y factores de recuperación (descripciones, sistemas de reconstrucción, identificación en fotografías y ruedas previas).⁵⁰

En el presente únicamente abordaremos, aquellas que se relacionan con la prueba testimonial infantil en el contexto del sistema penal acusatorio adversarial.

1.1. FACTORES DE RETENCIÓN

1.1.1. DEMORA

Los estudios científicos sobre identificación de caras muestran que el paso del tiempo es uno de los factores más perjudiciales. En general, podemos afirmar que una persona vista una única vez durante un corto espacio de tiempo (20-40 segundos) suele olvidarse en menos de un año. Shapiro y Penrod, a través de un metaanálisis realizado sobre diferentes investigaciones identificaron que el paso del tiempo afectaba tanto a las identificaciones correctas como a las falsas.⁵¹

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Manzanero Puebla, Antonio L., *Memoria de testigos, Obtención y valoración de la prueba testimonial...op cit.*, p.171.

⁵¹ *Idem.*

1.1.2. INFORMACIÓN DEL POST SUCESO

Los comentarios sobre la apariencia de los autores del delito y las fotografías para la identificación de estos constituyen las principales fuentes de información post sucesos en el proceso de investigación. Es importante tener presente que una persona puede recibir información sobre el delito que presenció a través de otras personas, testigos presenciales, como familiares, amigos, policía, abogados y medios de comunicación. Por ejemplo, cuando son varias víctimas y testigos es frecuente que se produzca un intercambio de información, lo que puede provocar una réplica de errores. El problema es que una vez incorporada información falsa el efecto puede ser irreversible y permanecer a lo largo del tiempo. Las principales variables que conducen a estas situaciones son: 1) el tiempo transcurrido desde el hecho delictivo y el momento de la declaración; y, 2) condiciones perceptivas pobres al momento en que este ocurrió (escaso de tiempo de exposición, poca iluminación, distancia larga).⁵²

1.2. FACTORES DE RECUPERACIÓN

1.2.1. CONTEXTO DE RECUPERACIÓN

Es una experiencia común no poder identificar a una persona por el hecho de que el entorno en el que habitualmente coincidimos con ella no es el actual. Cuando no somos capaces de identificarla, aun cuando nos resulta muy familiar, tratamos de localizar previamente el contexto habitual para facilitar la identificación: ¿es de la oficina? ¿del vecindario? ¿quizá de la televisión?, etc.

Un metaanálisis de Smith y Vela sobre 75 estudios permite concluir que el contexto ambiental afecta a la memoria, aunque de forma débil y en condiciones muy específicas. Así en ocasiones se

⁵² *Ibidem*, p. 172.

encuentran datos a favor de dependencia contextual.⁵³ En otras palabras, Smith y Vela refieren que al momento de codificar y recuperar un recuerdo puede variar dicho factor en contra o a favor, y que depende más de la persona que vaya a dar un testimonio.

En cualquier caso, la duración y fuerza de esta dependencia contextual no resisten al paso del tiempo ni las sucesivas recuperaciones.⁵⁴

2. ASPECTOS COMPLEMENTARIOS DE PSICOLOGÍA-TESTIMONIO

Desde la psicología del testimonio, se observan otras amenazas al testimonio, la primera es el olvido o la degradación que sufre la memoria con el paso del tiempo; la segunda, la contaminación del testimonio; y la tercera, el riesgo de sugestión que puede modificar la memoria. El olvido no afecta a todo el suceso por igual, a medida que pasa el tiempo, el recuerdo es más completo y coherente, se van perdiendo detalles menos consistentes con el esquema general e incluso se pueden añadir datos que encajan en la idea general. De manera simple, el paso del tiempo ya supone una fuente de degradación y contaminación del testimonio que no siempre es posible neutralizarla. Algunas preguntas pueden inducir una respuesta determinada y cambiar el recuerdo del testigo.⁵⁵

Para entender la sugestión, se ha de precisar que la memoria no es un registro literal de lo percibido. Mas bien la percepción, construye nuestra realidad, dando significado a lo que ocurre alrededor.⁵⁶ A propósito de esta última amenaza, un estudio sobre la sugestión en niños, entre los tres y los seis años, ha dado muestras de mayor afecto de sugestión que los mayores y que los adultos.⁵⁷

⁵³ *Ibidem*, p. 173.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 174.

⁵⁵ Diges, Margarita, *Testigos Sospechosos y Recuerdos Falsos, Estudios de Psicología Forense*, Madrid España, Trotta, 2016, p. 23.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 36-37.

La declaración de un testigo no es más que un relato de lo que recuerda acerca del suceso. Se evalúa en términos de cantidad y calidad de la información recuperada, están en continua contradicción: un testigo que hace un relato escueto sobre lo que vio, probablemente no cometa errores, pero su información nos resultará insuficiente, en contraste con un testigo que hace un relato largo, probablemente incurre en errores de todo tipo. Lo que conocemos sobre la memoria nos avisa de estos riesgos.

3. LA EXACTITUD DE LOS TESTIMONIOS INFANTILES

Es poco frecuente que recordemos sucesos de antes de cumplir los tres años. A la falta de recuerdos de los primeros años de vida se le denomina “amnesia infantil”. Las razones por las cuales ocurre son las siguientes:

- a. El sistema neurológico no está desarrollado completamente.
- b. Los niños de esta edad o menores carecen de lenguaje y del conocimiento para una adecuada interpretación y codificación de la información.
- c. A esa edad todavía no se desarrolla el concepto de tiempo y la capacidad para discriminar entre realidad y fantasía.
- d. No se han desarrollado habilidades sociales complejas como la capacidad de juicio moral, de interpretar emociones y de empatía.

La percepción de los niños es diferente a la de los adultos. Por ejemplo, los niños víctimas de agresión sexual no son capaces de interpretar lo ocurrido, de modo que para ellos este hecho no se diferenciará de un juego, una conducta de higiene o una agresión física, al carecer de conocimientos sobre la conducta sexual. No obstante, si al niño se le suministra información durante los siguientes años podrá generar una memoria del suceso.⁵⁸ De ahí una de las complejidades para la comprensión y valoración de la prueba testimonial de menores de edad.

⁵⁸ Manzanero, Antonio L., “Memoria de testigos, Obtención y valoración de la prueba testifical”, *op. cit.* p. 201.

3.1. LA SUGESTIONABILIDAD

Mientras más jóvenes sean los menores de edad, son más vulnerables a la sugerencia de información falsa, especialmente a la introducida por parte de adultos. Lo anterior es debido a su tendencia a adaptarse a los deseos de estos últimos. En experimentos, relacionados con declaraciones de agresiones sexuales, Clarke-Stewart, Thomson y Lepare realizaron una investigación en la que niños de cinco y seis años eran testigos de un suceso en el que un adulto tocaba distintas partes de una muñeca, acompañando palabras que pertenecían al esquema de juego o al esquema de limpiar muñeca porque estaba sucia. La interpretación de la escena de una gran mayoría de los niños fue fácilmente manipulada por las sugerencias de los adultos, especialmente cuando estas se hacían de forma insistente. El tipo de preguntas y la edad son algunas variables que contribuyen a hacer a los menores más vulnerables a la sugestión.⁵⁹

3.2 TOMA DE DECLARACIÓN CON MENORES

En general, quienes toman la entrevista o declaración infantil deben generar las condiciones necesarias para captar la mayor información posible, aminorando las posibles distorsiones y procurando en todo momento no inmiscuirse o ser sugerentes en los recuerdos de los niños.

En un estudio realizado por Memon y Koehnken, exponen un método o técnica llamada entrevista cognitiva, que tiene como objetivo principal facilitar el recuerdo, es apropiado con adultos, pero algunos elementos son recomendables con los menores de edad; mismos que a continuación se exponen:

- a. Procurar un ambiente correcto para la entrevista para que el menor pueda recuperar la mayor cantidad de información posible. Para lograrlo, debemos personalizar la entrevista dando al niño instrucciones

⁵⁹ *Ibidem* p.203.

- de que debe intentar recordar lo más posible, informando de todo lo que recuerde, crea o no que es importante, hasta el detalle más irrelevante. Debemos hacerle sentir que su relato es importante.
- b. Pedir al menor el relato libre de lo sucedido. Para ello, se le pedirá que cuente todo lo que recuerde con el mayor detalle posible, y con sus propias palabras, a la velocidad que prefiera y en el orden que desee. Debe dejarse que sea el mismo quien presente la escena. No debe ser presionado, ni su relato debe ser limitado temporalmente: si es posible tampoco debe ser interrumpido y, lo que es más importante, debe ser escuchado de forma activa. Si se precisa alguna aclaración durante el relato, debe hacerse con preguntas abiertas, que en cualquier caso no deben realizarse durante la narración del suceso, si no una vez que el testigo menor haya terminado. Debe evitarse cualquier tipo de comentario y preguntas cerradas del tipo sí/no.

Otros aspectos complementarios son los siguientes:

Bull recoge algunos procedimientos y recomienda el orden en que las preguntas deben formularse al niño: primero las abiertas, seguidas por las específicas no sugerentes, después preguntas cerradas en las que se proponen alternativas de respuestas y, finalmente (si no queda remedio) preguntas sugerentes.

No se recomienda utilizar preguntas sobre el porqué de algún aspecto, ya que podría llevar a los niños a sentirse culpables de hechos. Por otro lado, la repetición de preguntas de forma insistente podría provocar que el menor contestase considerando lo que cree que el entrevistador quiere oír. Si es necesario formular preguntas cerradas, estas deben realizarse proporcionando más de dos alternativas de respuesta.

Por lo anterior, se debe tener cautela al momento de formular las preguntas a los niños para evitar alterar o distorsionar la información.

En teoría, los niños deberían responder al contenido de lo que recuerdan; sin embargo, se podría desviar la respuesta por un premio, por complacencia, por satisfacer una cuestión familiar, por no

sentirse culpable, por no ser reprendido, por cansancio y querer terminar la entrevista, etc., Al final, no se debe olvidar que las respuestas serán valoradas por la autoridad, por lo que hay que contribuir a las buenas prácticas de tomas de declaración con niños.

4. ALGUNOS ASPECTOS DE CREDIBILIDAD DE LAS DECLARACIONES DE MENORES VÍCTIMAS DE AGRESIONES SEXUALES

Las agresiones sexuales a menores existen, pero también las falsas denuncias de este delito, en ocasiones basadas no en una intención deliberada del menor, sino en contaminación de recuerdos o sugerencias por parte de adultos.⁶⁰

En el caso de delitos sexuales, como la agresión sexual, los jueces no siempre cuentan con elementos de prueba suficientes para la toma de decisión. Las agresiones no siempre dejan evidencias físicas en la víctima que puedan ser dictaminadas por expertos forenses, sumado a que suelen ocurrir en un entorno privado, en donde a excepción del menor no hay más testigos.

Derivado del problema anterior, se suele recurrir a dictámenes en materia de psicología forense como meta-peritajes que permiten apoyar o dar credibilidad a las testimoniales de los menores. Ejemplo de lo anterior es la circular 3/2009 de 10 noviembre de la Fiscalía General del Gobierno de España,⁶¹ que menciona que el peritaje en psicología puede ayudar al Tribunal a establecer si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad.

La psicología del testimonio se reconoce como una disciplina científica que goza de un notable desarrollo que puede auxiliar en la determinación de la credibilidad del testimonio de menores de edad.⁶²

⁶⁰ *Ibidem*, p. 229.

⁶¹ Doctrina de la fiscalía general del Estado, Gobierno de España. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>

⁶² Manzanero, Antonio L., “Memoria de testigos, Obtención y valoración de la prueba testifical”, *op. cit.*, p. 229-230.

5. PROCEDIMIENTOS AUXILIARES DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN CON MENORES

El recurso más utilizado es la realización de *test* proyectivos como dibujos por parte del menor. Su realización tiene como objetivos fundamentales facilitar la desinhibición del niño y permitir la representación de situaciones complejas. Sin embargo, se debe ser cuidadoso al momento de tratar de interpretarlos, más cuando se trata de algunas técnicas de evaluación de psicología clínica, como los *test* de la familia, el del árbol u otros similares.⁶³

Otra de las técnicas que suelen utilizarse con menores de edad es el uso de muñecos anatómicos. Según un estudio publicado en febrero del 2011 los niños deben de tener tres habilidades cognitivas para reportar eventos pasados con precisión mediante dicha técnica: 1) un entendimiento de que los muñecos son simultáneamente objetos y símbolos que se representan a sí mismo, es decir, (una representación dual, que permite una comprensión representativa); 2) capacidad de mapear eventos pasados en las muñecas; y, 3) capacidad de permanecer concentrado en la tarea y no dejarse guiar por el juego.

Los niños de 3 años realizan con precisión del 75% al 90% del tiempo las tareas de orientación dual que involucran objetos tridimensionales, por lo que la tasa de error se considera alta para fines forenses.⁶⁴

Los análisis de entrevistas forenses reales (que involucran a niños de 2 a 12 años), no han encontrado consistentemente que las muñecas los ayuden a describir el abuso o agresión sexual. En parte, porque las muñecas inhiben la narrativa de los niños. Malloy, Mackay, Salmon y Pipe interrogaron a niños de 5 a 7 años, una semana

⁶³ *Ibidem*, p. 206.

⁶⁴ Poole, Debra Ann. et. al., “Forensic Interviewing Aids: Do Props Help Children Answer Questions About Touching?”, en *Association for Psychological Science*, vol. 20, 2011, p. 11. La traducción es nuestra.

después de haber aplicado un paradigma de laboratorio para proporcionar control sobre las formas en que sujetos realizan contacto corporal sobre muñecas. Después que los niños informaron sobre el contacto físico realizado, se les pidió que informaran con o sin una muñeca. Los niños entrevistados con las muñecas no reportaron más información que los niños que lo describieron verbalmente. En resumen, la técnica con muñecos anatómicos no ha estado a la altura de las expectativas como medio para ayudar a los niños a contar información importante relacionada con el abuso. A medida que la muñeca anatómica fue desapareciendo gradualmente de las evaluaciones forenses, algunos profesionales respondieron reemplazándolas con otros accesorios como diagramas corporales.⁶⁵

VII. Desequilibrios y obstáculos epistémicos en el Código Nacional de Procedimientos Penales en torno a la prueba testimonial de menores de edad

1. Principio del interés superior del niño: Desequilibrio epistémico

Al inicio de este trabajo se abordó la Tegecel, una propuesta teórica que permite identificar desequilibrios y obstáculos epistémicos (reglas) en las leyes que limitan u obstaculizan la determinación de la verdad en los procesos judiciales. A continuación, se explicará porque se considera que el principio del interés superior del niño cae dentro del dominio de denotación de desequilibrio epistémico.

Este principio es reconocido en normas internacionales y locales, tiene su fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño,⁶⁶ artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40, así como en la Constitu-

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Convención sobre los derechos del niño, UNICEF. Consultado en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

ción Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶⁷ en su artículo 4°. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) ya ha reiterado que los tribunales y demás autoridades deben tomar medidas que atiendan prioritariamente al interés superior del niño.

En 2012 la SCJN emitió el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes (NNA),⁶⁸ mismo que fue actualizado en 2014. En dicho protocolo existe un apartado dedicado especialmente al testimonio de NNA.

Uno de los aspectos que destacan de este protocolo es que el Estado adquiere como obligación la adopción de medidas que garanticen los derechos de los NNA, de tal manera que se protejan en su integridad física, psicológica, moral y espiritual. Para lograrlo se promueve la interacción de entes privados y públicos, por ejemplo, la de Desarrollo Integral de la Familia (DIF), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), *Save The Children* México, Fundación Infancia, entre otras; inclusive si se quiere abundar más, las escuelas, hospitales, parques, centros recreativos, iglesias, entre otras.

En los casos en que intervenga el sistema de justicia penal en la investigación de un posible hecho constitutivo de delito como agresión sexual, sus prácticas, acciones y decisiones deben ir encaminadas a brindar la protección más amplia a NNA. Pero, no se puede perder de vista que dicho sistema también debe proteger otros principios y derechos, como a la determinación de la verdad.

Existen casos en los cuales no se debe extraer todo tipo de información de los menores a fin de no revictimizarlos y proteger su salud mental, pero sacrificando información posiblemente relevan-

⁶⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consultado en: <https://www.gob.mx/indesol/documentos/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos-97187>

⁶⁸ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes. Consultado en: <https://www.scjn.gob.mx/registro/formulario/protocolo-nna>

te para el esclarecimiento de los hechos. Cuando se está ante este tipo de casos nos enfrentamos a un desequilibrio epistémico, dado que se están dando ventajas a una de las partes o intervinientes en el proceso a fin de garantizar un valor no epistémico, en este caso consiste en el principio del interés superior del menor.

La dinámica de Tegecel operara de la siguiente manera siguiendo el principio referido:

- a. *Desequilibrio epistémico*: el principio del interés superior del menor
- b. *Estrategia contra epistémica*: establece una regla en la cual se garantice la protección del principio referido. Ej. Art. 366 del CNPP:
Testimonios especiales. Cuando deba recibirse testimonio de menores de edad víctimas del delito y se tema por su afectación psicológica o emocional, así como en caso de víctimas de los delitos de violación o secuestro, el Órgano jurisdiccional a petición de las partes, podrá ordenar su recepción con el auxilio de familiares o peritos especializados. Para ello deberán utilizarse las técnicas audiovisuales adecuadas que favorezcan evitar la confrontación con el imputado. Las personas que no puedan concurrir a la sede judicial, por estar físicamente impedidas, serán examinadas en el lugar donde se encuentren y su testimonio será transmitido por sistemas de reproducción a distancia. Estos procedimientos especiales deberán llevarse a cabo sin afectar el derecho a la confrontación y a la defensa.⁶⁹
- c. *Justificación contra epistémica*: de incorporarse la regla (ej. Artículo 366 del CNPP), se protege la integridad física y mental de los menores y se evita que sean revictimizados, dado que no tendrán que enfrentarse directamente al posible victimario.
- d. *Efecto contra epistémico*: al no existir confrontación entre el menor de edad y el posible victimario se limitan las posibilidades de obtener información que pudiera ser relevante para el esclarecimiento de los hechos. No se puede aplicar por ejemplo una técnica para el reconocimiento directo del victimario.
- e. *Valor no epistémico*: la integridad física y mental de los menores de edad.

⁶⁹ Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

2. EL LAPSO PARA EL DESAHOGO DE PRUEBA TESTIMONIAL INFANTIL: OBSTÁCULO EPISTÉMICO

El artículo 358 del CNPP señala que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate de juicio oral, esto es en la última etapa del proceso penal. Se considera que con esta regla se busca proteger el principio de inmediación, que implica que todos los actos procesales deben desahogarse ante la presencia del juez correspondiente, ya sea de control u oralidad.

La experiencia indica que una vez judicializado un caso el proceso penal tarda en promedio de ocho a diez meses en celebrarse la audiencia de debate de juicio oral.⁷⁰

Algo que es posible desprender de las aportaciones de la psicología del testimonio es que, en el caso de los menores de edad, al igual que con ocurre con adultos, la memoria con el paso del tiempo se degrada y que los recuerdos pueden verse contaminados por información que también proporcionan otras fuentes.

Sumado a lo anterior, existe evidencia científica que señala que los menores de edad, particularmente infantes, dado que se encuentran en una etapa de desarrollo cognitivo, son fácilmente sugestionables por otras personas. También, de que sus procesos de percepción, codificación, retención y evocación del recuerdo son distintos al de los adultos.

Por lo anterior, los lapsos largos entre la fecha en que los menores posiblemente fueron víctimas de un delito y la fecha en que rinden su testimonio ante el juez de juicio oral, pueden ser perjudiciales para el proceso y la determinación de la verdad de los hechos.

En este ejemplo Tegecel opera de la siguiente manera:

⁷⁰ Al menos en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

A) OBSTÁCULO EPISTÉMICO: LOS LAPSOS LARGOS PARA EL DESAHOGO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL A CARGO DE MENORES DE EDAD.

Cabe mencionar que en este caso se está incurriendo en un obstáculo epistémico por omisión normativa, al no preverse en la ley que, en el caso de los menores al ser más sugestionables, deben rendir sus testimonios ante el juez de juicio oral de la manera más inmediata posible; no obstante, lo incluye en las reglas para el desahogo general de las pruebas, sin considerar las particularidades de este tipo de testimonios, ni los problemas que se están generando en los tribunales con los lapsos tan largos entre las fechas de los sucesos delictivos y la celebración de la audiencia de juicio oral, derivado de la excesiva carga de trabajo, más en situaciones como las que ha acarreado la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19).

- a. *Estrategia contra epistémica*: no existe, dado que se trata de una omisión normativa, como se explicó en el párrafo anterior.
- b. *Justificación contra epistémica*: no existe.
- c. *Efecto contra epistémico*: la no previsión de una regla especial para el desahogo inmediato de la prueba testimonial de menores de edad ante el juez de juicio oral puede generar la pérdida o contaminación de información valiosa para el esclarecimiento de los hechos.
- d. *Valor no epistémico*: no existe.

3. ALGUNOS PROBLEMAS EPISTÉMICOS EN LAS REGLAS QUE REGULAN EL DESAHOGO DEL INTERROGATORIO-CONTRAINTERROGATORIO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL A CARGO DE MENORES DE EDAD

El artículo 371 del CNPP, señala que:

Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores declaraciones

documentos que las contengan y solo deberá referirse a esta y a las preguntas realizadas por las partes.

Aquí Tegecel aplica de la siguiente manera:

- a. *Obstáculo epistémico*: limitaciones para la lectura de registros de declaraciones emitidas por los testigos durante la etapa de investigación.
- b. *Estrategia contra epistémica*: establecer una regla en donde se señale que solo se permitirá la declaración personal de los peritos y testigos durante la audiencia de juicio oral.
- c. *Justificación contra epistémica*: mediante el establecimiento de esta regla se busca que el juez decida únicamente con base en la información que se vierta en la audiencia de juicio oral, no en información que conste en registros previos. Esta idea injustificada se basa en la creencia de que el juez durante la declaración personal del testigo o perito, con base en su experiencia, podrá analizar circunstancias subjetivas (forma de hablar, grado de confianza, postura durante la declaración etc.).
- d. *Efecto contra epistémico*: se considera que con esta regla limita la información a la que puede allegarse el juez para la toma de decisión.

Si bien, se admiten técnicas para poder introducir información cuando el testigo o los peritos no recuerdan ciertos hechos, o para evidenciar contradicciones, esto no siempre es suficiente, hay mucha información que se puede perder (derivado de la falta de habilidades técnicas de las partes o de su falta de compromiso epistémico), y que quizá sea relevante para la toma de decisión por parte del juez.

Para los jueces, además de la declaración presencial de un menor de edad, podría ser de gran utilidad el allegarse de otros elementos probatorios que consten en la investigación, como la lectura de sus declaraciones previas, especialmente por sus características como sujetos en desarrollo físico y cognitivo, su

forma de entender las cosas, su manera de expresarse y que su lenguaje se transforma de acuerdo con la edad.

e. *Valor no epistémico*: no se identifica.

Por otra parte, en los artículos 372 y 373 del CNPP se señalan las reglas en torno al desarrollo del interrogatorio y a la formulación de preguntas.

En la práctica, las preguntas que formulan las partes, especialmente el no oferente de la prueba son cerradas, lo que obliga al testigo a responder de manera concreta. Esto no debería ocurrir en el caso de testimoniales de menores de edad. De seguir las recomendaciones emitidas por el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, se deben preferir las narraciones libres y las preguntas adecuadas de acuerdo con las características cognitivas, emocional y moral del niño.⁷¹ De aquí se deriva un problema que aqueja a los operadores jurídicos, la falta de capacitación para la formulación de preguntas en casos de NNA y la necesidad de contar con apoyo de expertos en psicología para procurar la salud emocional de los menores.

Cabe mencionar que esto último trae aparejados dos problemas importantes:

El primero, la posible afectación del principio de contradicción; cuando a causa de privilegiar el interés superior del menor, se limita a la defensa del acusado para formular todo tipo de preguntas que pudieran ser relevantes para el esclarecimiento de los hechos y con ello, la toma de la decisión judicial; y,

El segundo, la supresión de las facultades del juez para decidir sobre el tipo de preguntas admisibles y no admisibles durante el desahogo de la prueba; de acuerdo con el protocolo previamente referido, son los psicólogos especializados quienes deben “calificar” las preguntas que se le formulen al menor de edad durante la audiencia.

⁷¹ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, *op. cit.* p. 63.

4. SOBRE LA FALTA DE CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL A CARGO DE MENORES DE EDAD

El artículo 265 del CNPP establece que el órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a las pruebas de manera libre y lógica, así como que explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos elementos probatorios.

La recomendación contenida en el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan NNA, es que toda valoración de una declaración infantil deberá ser hecha tomando en cuenta su grado de desarrollo cognitivo, particularmente al momento de estudiar aparentes contradicciones en el mismo, así como considerar los criterios de credibilidad establecidos; sin embargo, estos no existen, no hay reglas señaladas o literatura que ayuden en el proceso de valoración de la prueba testimonial a cargo de menores. Incluso, no existen estudios que nos brinden información empírica sobre ¿cómo se está valorando dicha prueba?

5. SOBRE LA VAGUEDAD DE LA EXPRESIÓN “PERITO ESPECIALIZADO” EN LA PRUEBA TESTIMONIAL INFANTIL

El artículo 366 del CNPP prevé que cuando deba recibirse testimonio de menores de edad víctimas del delito y se tema por su afectación psicológica o emocional, el órgano jurisdiccional, a petición de las partes podrá ordenar su recepción con el auxilio de familiares o peritos especializados.

Por experiencia, es posible afirmar que cuando se realiza la selección del perito especializado que asiste al menor durante la audiencia de juicio oral, es muy común que se designe a uno en psicología, que generalmente es el mismo que viene asistiendo al menor desde el inicio de la investigación.

Se considera que para la asignación del perito especializado se

debe tomar en cuenta las necesidades en particular del menor, no es lo mismo que reciba apoyo de un experto en psicología clínica para superar algún daño emocional derivado del delito, a que reciba acompañamiento de un psicólogo “especializado” en interrogatorios y contrainterrogatorios a menores de edad.

Cabe mencionar que, en el protocolo de actuación multirreferido, en su apartado sobre el testimonio se habla de profesionales especializados de diversas disciplinas que atiendan sus necesidades de persona de asistencia y acompañamiento procesal, de personal capacitado en atención especializada a niños, por lo que en “peritos especializados” podría comprender profesionistas de distintas áreas, no solo psicología.

VIII. PASOS HACIA UNA PROPUESTA EPISTÉMICA PARA EL DESAHOGO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN CASOS DE MENORES DE EDAD CONSIDERANDO LAS APORTACIONES DE LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

A continuación, se describen algunas propuestas generales que pueden contribuir en una mejor apreciación de la prueba testimonial de menores de edad:

- a. Promover la investigación en materia de psicología del testimonio de menores entre las instituciones de investigación pública y privada en México. Como se pudo observar a lo largo de este trabajo, la mayoría de las investigaciones se han realizado para el sistema del *common law*, por lo que es importante validarlas en poblaciones de menores mexicanos.
- b. Capacitar a policías de investigación y ministerios públicos especializados en delitos sexuales contra menores, en materia de psicología del testimonio, a fin de evitar la sugestión y contaminación de recuerdos durante las entrevistas o interrogatorios que les formulen.

- c. Elaborar una ley especial o reformar el CNPP, para incluir reglas para el desahogo y valoración de la prueba testimonial a cargo de menores de edad que promuevan la determinación de la verdad sin causar detrimento a valores no epistémicos. Dichas reglas deben contemplar al menos: el desahogo de esta prueba de manera anticipada a efecto de evitar la pérdida o contaminación de recuerdos; que el interrogatorio y contrainterrogatorio sean flexibles y privilegien las preguntas abiertas; que participen expertos en psicología del testimonio de menores en la formulación de dichas preguntas e incluso, que sean ellos quienes se las formulen; que como parte de la investigación se elabore un informe técnico sobre credibilidad del testimonio infantil, con valor de meta prueba sobre el testimonio.

IX. CONCLUSIONES

A pesar de que las pruebas testimoniales juegan un papel fundamental en los procesos jurisdiccionales su estudio ha sido prácticamente nulo en el mundo de la investigación jurídica en nuestro país. El desconocimiento de las condiciones bajo las cuales un testimonio adquiere valor epistémico y puede contribuir a la maquinaria epistémica del derecho probatorio, se agrava aún más en el caso de los menores, dadas las peculiaridades de su condición cognitiva.

El objetivo de este trabajo ha sido realizar una evaluación de dicha prueba a la luz de tres marcos teóricos de referencia: la Teoría General de la Competencia Epistémica Legislativa, así como la epistemología y la psicología del testimonio. El resultado de dicha evaluación, traducido en clave propositiva, es que tanto a nivel teórico, como legislativo y judicial es necesario implementar estrategias adecuadas para el tratamiento de los testimonios de menores que tomen en cuenta sus diversas propiedades cognitivas y capacidades epistémicas, mismas que están íntimamente ligadas con distintas etapas de su desarrollo evolutivo.

La necesidad de contar con leyes y una capacitación adecuada de los operadores jurídicos, es fundamental en casos en los cuales han sido vulnerados los derechos humanos de los menores, como sucede cuando han sido víctimas de abuso sexual o de violencia intrafamiliar.

X. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

- CÁCERES NIETO, Enrique, “Epistemología Jurídica Aplicada”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (comp.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- DE PAULA RAMOS, Vitor, *La prueba testifical, Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, trad. Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- DEBRA, Ann Poole, MAGGIE, Bruck y Pipe Margaret-Ellen, *Forensic Interviewing Aids: Do Props Help Children Answer Questions About Touching?* Association for Psychological science, 2011. <https://journals-sagepub-com.pbidi.unam.mx:2443/doi/10.1177/0963721410388804>
- DIGES, Margarita, *Testigos Sospechosos y Recuerdos Falsos*, Estudios de Psicología Forense, Madrid España, Trotta 2016.
- LACKEY, Jennifer, *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge*, Oxford Scholarship, 2008. <https://oxford-universitypressscholarship-com.pbidi.unam.mx:2443/view/10.1093/acprof:oso/9780199219162.001.0001/acprof-9780199219162-chapter-1>
- LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Colección Filosofía y Derecho, trad. de Vázquez Carmen y Aguilera Edgar, Madrid, Marcial Pons, 2013.

- LOFTUS, Elizabeth y KETCHAM, Katherine, *Juicio a la memoria, testigos presenciales y falsos culpables*, trad. Concha Cardeñoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín, España, Alba, 2010.
- MANZANERO PUEBLA, Antonio L. *Realidad y Fantasía: Credibilidad, Metamemoria y Testimonio*, Departamento de Psicología Básica, Universidad Complutense de Madrid, 1991.
- _____, *Memoria de testigos, Obtención y valoración de la prueba testifical*, Madrid, Pirámide, 2010.
- RUIZA, M., Fernández, T. y TAMARO, E., Biografía de David Hume, en Biografías y Vidas. *La enciclopedia biográfica en línea*. Barcelona España (2004). <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/h/hume.htm>
- TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, trad. Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010.

2. HEMEROGRAFÍA

- LÓPEZ OLVERA, Carmen Patricia, “La competencia epistémica del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *Revista del Instituto de la judicatura Federal*, 2016. <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31550/28536>
- SCOTT, M. Teresa y Manzanero, Antonio L., *Papeles del Psicólogo, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, Análisis del Expediente Judicial: Evaluación de la Validez de la Prueba Testifical*, Vol. 36, núm. 2, mayo-agosto 2015. <https://www.redalyc.org/pdf/778/77839628007.pdf>
- UAM, 2003, *Breve Antología de textos de Thomas Reid, México*, versión castellana e introducción de José Hernández Prado. <https://core.ac.uk/download/pdf/48393437.pdf>

3. ELECTRÓNICAS

Información sobre la Prueba Testifical desde la psicología científica (psicología del testimonio, víctimas, memoria de testigos), Grupo de investigación UCM (ref. 971672) sobre Psicología del Testimonio. Facultad de Psicología, Universidad Complutense de Madrid (España), publicado en boletín de psicología 100, 2010. <http://memoriadetestigos.blogspot.com/p/historia.html>

Innocence Project, Exoneraciones de ADN en los Estados Unidos.: <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>

4. LEGISGRAFÍA

Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917.

Convención Sobre los Derechos del niño, 20 de noviembre de 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Doctrina de la fiscalía general del Estado, Gobierno de España. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&i-d=FIS-C-2009-00003>

Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda edición, México, 2014.

5. TESIS

El Estado de Competencia del Sistema Procesal Acusatorio Mexicano, desde una perspectiva de derecho comparado con Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica y España. 2014, Tesis, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://132.248.9.195/ptd2014/mayo/0713092/0713092.pdf>

MONTAÑO ALCÓN, Julián M, *La epistemología del testimonio de Thomas Reid*, 2018, Tesis, Universidad de Navarra, Facultad de Filosofía y Letras, Departamento de Filosofía. https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/58476/1/Tesis_MontanoAlcon18.pdf

MÁS ALLÁ DE LOS BENEFICIOS DE LA REFORMA DE 2021 A LA SUBCONTRATACIÓN EN MÉXICO

BEYOND THE BENEFITS OF THE 2021 REFORM TO OUTSOURCING IN MEXICO

JOSÉ ALFONSO BOUZAS ORTÍZ¹

ANA BELÉN TORRES LÓPEZ²

RESUMEN: A través de esta investigación se analizará el fenómeno de la subcontratación, ya que es un tema de gran relevancia a nivel mundial, y en México, actualmente es más notable por la reciente reforma³. Dicha reforma, sin duda ofrece una gran cantidad de derechos que pueden ser aprovechados por los trabajadores, pero se debe analizar a profundidad todo el esquema que conlleva las modificaciones, y aquellos aspectos que resultan una posible opción para salirse por la tangente y no dar cumplimiento a la esperada reforma, que tomó años poder convertirse en ley. Por lo que, con este trabajo, se busca brindar al lector un panorama completo tanto de la reforma, como de la figura de la subcontratación y realizar juicios respecto si se están cumpliendo los objetivos de la misma.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Maestro en Sociología del Trabajo por la Universidad Autónoma Metropolitana y Doctor en Derecho por la UNAM.

Contacto: < bouzas@unam.mx >, ORCID: < <https://orcid.org/0000-0003-1178-5942> >.

² Maestranda en Derecho en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: < anatorreslopez@outlook.com >, ORCID: < <https://orcid.org/0000-0002-8551-6887> >.

Fecha de recepción: 03 de agosto de 2021. Fecha de aprobación: 11 de febrero de 2022.

³ Reforma a la Ley Federal del Trabajo publicada en el Diario Oficial de la Federación de 23 de abril de 2021.

PALABRAS CLAVE: *Subcontratación, relación laboral, reforma de 2021, flexibilidad en las relaciones laborales, estabilidad en el empleo.*

ABSTRACT: Through this research we will analyze the phenomenon of outsourcing, since it is a topic of great relevance worldwide, and in Mexico, it is currently more notable for the recent reform. This reform undoubtedly offers a great number of rights that can be taken advantage of by workers, but the whole scheme that the modifications entail, and those aspects that are a possible option to go off on a tangent and not comply with the expected reform, which took years to become law, must be analyzed in depth. Therefore, with this work, the aim is to provide the reader with a complete overview of both the reform and the figure of outsourcing and to make judgments as to whether the objectives of the same are being met.

KEYWORDS: *Outsourcing, labor relationship, 2021 reform, flexibility in labor relations, employment stability.*

SUMARIO: I. Diferencia entre el término de subcontratación y outsourcing; II. Importancia de la flexibilidad y precarización laboral para la subcontratación; III. Subcontratación en Francia; IV. Subcontratación en España; V. Subcontratación en Alemania; VI. Impacto de la reforma a la subcontratación; VII. Aspectos no previstos en la reforma de 2021 y la subcontratación; VIII. Conclusiones; IX. Fuentes de consulta.

I. DIFERENCIA ENTRE EL TÉRMINO DE SUBCONTRATACIÓN Y OUTSOURCING

Un error que se comenta con frecuencia es tratar con falta de rigor conceptual diversos términos que se refieren a cambios en las relaciones laborales, pero que son distintos; así encontraremos en la prensa, en documentos oficiales e incluso académicos, que se habla por igual de subcontratación, outsourcing, teletrabajo, call center, trabajo en plataformas y otros concep-

tos que indiscriminadamente se adoptan⁴, realidad frente a la que tenemos la obligación científica de referir sus diferencias. Como primer ejercicio y en este ensayo lo realizaremos únicamente respecto de subcontratación y outsourcing, debido a la importancia que ha alcanzado la primera en las relaciones laborales que se dieron a partir de 2012.

Antes de delimitar los términos de subcontratación y outsourcing, resulta conveniente conocer los orígenes del fenómeno de la subcontratación, tanto en México como en el mundo. Al terminar la Segunda Guerra Mundial se tuvo un impacto de manera global, por lo que también los centros de trabajos se vinieron afectados, mismos que trataron de realizar todas las actividades posibles con el personal ya disponible, para no depender de otros proveedores que pudiesen tener otro tipo de ejecuciones. Sin embargo, con el paso del tiempo, el aumento demográfico y los avances tecnológicos, la estrategia de solo conservar el personal propio fue insuficiente, anclando el crecimiento y competencia de la empresa. Mientras que, por su parte el personal independiente especializado se encontraba en su área de los avances tecnológicos actualizado, ya que, al no contar con suficiente demanda, como factor de competencia pudo enfocarse en realizar sus funciones de una manera más rápida y efectiva, por lo que fueron destacándose.

Un concepto teórico que integra a los analizados y a otros más es el de flexibilidad de las relaciones laborales, concepto que es anti-técnico cuando es referido para sostener que las relaciones laborales son rígidas y que esa rigidez es la que desincentiva la inversión y la empresa moderna.

Guy Standing señaló que la noción de que en el Estado de bienestar y economía mixta la población trabajadora tenía una cierta gama de derechos laborales era parte alícuota del consenso social

⁴ Afortunadamente, los pasos que el Poder Legislativo viene dando al respecto son oportunos ya que por separado se reglamentó la subcontratación y el teletrabajo, ésta última figura diferenciándola también del trabajo a domicilio.

posterior a 1945, y consideró que estos derechos eran cinco fundamentales: 1) Seguridad en el mercado laboral concretado en prestaciones sociales y pleno empleo. 2) Seguridad de ingresos mediante sindicatos legitimados y salarios mínimos. 3) Seguridad de empleo garantizada por la existencia de reglamentos contra el despido e indemnizaciones onerosas. 4) Seguridad en el puesto de trabajo, establecida mediante reglas de demarcación de tareas. 5) Seguridad en el lugar de trabajo, regulada mediante normas sobre higiene y seguridad, límite de horarios de trabajo y reglas sobre horas impropias.⁵

Muchos buscaron la idea de flexibilidad laboral como la manera de eliminar la extrema rigidez de las relaciones obrero-patronales e incluso procurar flexibilizar las leyes vigentes, sin embargo, el sector empresarial buscó la manera de flexibilizar la estabilidad en el empleo, la jornada de trabajo, así como, hacer de las actividades o servicios prestados algo elástico, aumentado las obligaciones de un trabajador sin ningún tipo de estímulo, e incluso flexibilizando el salario, buscando dividirlo en diversos conceptos con el objeto de disminuir sus obligaciones de pago en una alguna indemnización. Completando la anterior idea Enrique de la Garza Toledo afirmando que la flexibilidad laboral resulta sinónimo de una o más formas de inseguridad laboral, que puede variar desde un nivel mínimo a un grado preponderante: 1) Inseguridad en el mercado laboral, representada por el trabajo a tiempo parcial, eventual, de migrantes, etcétera. 2) Inseguridad en el empleo, que implica facilidad para despedir o emplear trabajadores. 3) Inseguridad en el puesto de trabajo; los empleadores pueden mover a sus trabajadores o dedicarlos a tareas diversas. 4) Fluctuación en el salario.⁶

Dentro de esa lógica una manera de enfrentar las rigideces, es la externalización de parte del proceso productivo “...es en los inicios

⁵ Standing, Guy, *Desempleo y flexibilidad en el mercado laboral en el reino unido*, Madrid, Informes OIT, 1988, pp. 195-197.

⁶ Bouzas, Alfonso, *Bancomer: reprivatización de la banca y flexibilización de las relaciones laborales*, México, Universidad Nacional Autónoma México, 1983, pág. 232-233.

de los años sesenta cuando EDS⁷ comienza a realizar contratos de gestión de activos referidos al procesamiento de datos, respondiendo a la necesidad de las empresas de obtener un mayor rendimiento a las altas inversiones derivadas del coste del hardware. Se esperaba del proveedor externo especializado, una mejor asignación de los recursos técnicos y humanos con que contaba la empresa”,⁸ marcando así con los servicios informáticos, los contratos para el servicio externalizado. Ya que las empresas pudieron advertir que estos contratos de manera externa tenían una mejor consignación en los recursos técnicos y humanos, obteniendo un mejor aprovechamiento de los sistemas computacionales.

A pesar de los beneficios, su auge no fue sino hasta la década siguiente, en los años noventa, la intermediación comenzó a ganar terreno en otras áreas informáticas como la logística, alcanzando así niveles dignos de una mención y veracidad “...Tradicionalmente los costes generales, entre los que se incluían los de administración, eran costes fijos, que por su propia idiosincrasia no podían modificarse, a no ser que la empresa cambiara su dimensión. Pero la flexibilidad predica que precisamente la dimensión pase a ser un concepto dinámico y coyuntural, y, por tanto, pueda reducirse tanto como sea necesario. Entre los costes de administración susceptibles de variar, una parte importante son los derivados de la gestión de la información, por lo que una alternativa a la dirección y operación tradicional del departamento de SI (Sistemas de Información) es recurrir a la externalización o al outsourcing del mismo. En este sentido, estudios realizados por empresas de análisis de mercado, coinciden en afirmar que el outsourcing es la actividad que mayor crecimiento va a experimentar dentro del mundo de los servicios informáticos. No obstante, el outsourcing de los SI no es sino un exponente más del fenómeno generalizado de la subcontratación,

⁷ Electronic Data Systems Corporation.

⁸ Rivo López, Elena, *Externalización: más allá de la subcontratación*, España, Universidad de Vigo, 1999, pág. 725.

a la que se ven abocadas las empresas, ya que, al buscar ventajas competitivas mediante la especialización de determinadas fases del proceso de producción, se ven en la necesidad de subcontratar algunas áreas que tradicionalmente podían realizarse en su interior, pero que no son las que diferencian o dan el éxito a la empresa.”⁹

Algunos otros mencionan, que la fundación de la subcontratación fue con los contratos del servicio de seguridad, ya que los guardias de seguridad requieren de habilidades y conocimientos específicos y especializados que no puede ser realizados por cualquier personal, por lo que fue ganando demanda en las empresas. Otro servicio que fue mayormente requerido fue y es el de servicios de limpieza.

Siendo otro importante antecedente para esta figura es la subcontratación del *Facility Management*¹⁰ que se origina en el mercado estadounidense, y en Europa, especialmente en Reino Unido, comenzó como una práctica en la década de 1980 y luego se extendió a otras partes del mundo. La subcontratación de *Facility Management* comenzó como un simple trabajo de mantenimiento y ahora se ha convertido en una actividad integral, que se considera una parte importante de la estrategia comercial de la organización.

Poco a poco las empresas empezaron a ser conscientes de la importancia de la figura, así como la rapidez de las respuestas y la creatividad que entregaban los contratados, por lo que las empresas comenzaron a delegarles funciones que ya no eran de su competencia y que tampoco se incluían en el contrato, sin embargo, los trabajadores con el temor al ya no ser contratados nuevamente o con la esperanza de pertenecer a la empresa, aceptaron realizar dichas funciones; mientras las empresas se beneficiaban al reducir costos, dejando así de manera más frecuente la ejecución de fun-

⁹ Claver, Enrique, *Análisis descriptivo del outsourcing de los sistemas de información*, España, ESIC Market, Universidad de Alicante, 1999, págs. 141-142.

¹⁰ Disciplina que engloba diversas áreas para asegurar y gestionar el mejor funcionamiento de los inmuebles y sus servicios asociados, mediante la integración de personas, espacios, procesos y las tecnologías propias de los inmuebles.

ciones diversas a los terceros; generando también un problema de autosuficiencia en la empresa, que era lo que se quería evitar. Claro, esto en una medida razonable es necesario, ya que una compañía tiene mayor éxito y competitividad, si comprende que no debe ser autosuficiente en todo, porque al querer estar en todos los procesos de la totalidad de los perfiles, se hace más difícil de controlar y perfeccionar el desempeño de las tareas; y al contar con especialistas que logran que ese trabajo sea más eficiente es una gran estrategia empresarial, además de ser económicamente más rentable, pero no a costa de un sector vulnerable.

De acuerdo con el Doctor Echaiz Moreno, que nos menciona los antecedentes del contrato en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado "...Es imposible referirse al contrato de outsourcing sin antes abordar sus antecedentes que se relacionan con los conceptos trabajo y globalización, lo que jurídicamente ahora nos lleva hacia el derecho laboral y el novísimo derecho global. Sobre el particular, existen dos posiciones que explican el nacimiento del outsourcing:

a) Por un lado, es la posición más aceptada aquella que explica que el outsourcing nace incipientemente en los años setenta del siglo pasado con la revolución post-industrial, y encuentra su punto de ebullición dos décadas después con la revolución informática, para culminar con el modelo fordista. Durante este periodo, la empresa estadounidense se convierte en gran empresa, dedicándose no sólo a su negocio principal, sino también a actividades satelitales que, aunque no son esenciales, sí son necesarias. Y es el modelo post-fordista el que, de acuerdo a Raffaele De Luca Tamajo, posibilita la flexibilización laboral, transformando los cimientos del entonces tradicional derecho laboral.

b) Por otro lado, se encuentra la posición que sostiene que en Italia la economía informal es la creadora de la especialización flexible, antecedente del outsourcing; en efecto, surgió a propósito de la informalidad del sector agrario en su paso a la economía agroindustrial, donde la pequeña empresa agraria necesitaba de servicios es-

pecializados del sector informal (por tener menor costo de servicios) y de donde nace la entonces incipiente figura del outsourcing...”.¹¹

De acuerdo con la OIT¹², el trabajo en régimen de subcontratación es el trabajo realizado por una persona que no es trabajador del empleador, como bien lo puede establecer la definición de una relación de trabajo convencional. Siendo el problema establecer aquellos criterios y procedimientos para saber la existencia de la relación laboral y en su caso, asegurar aquellos procedimientos en donde se pueda emplear la norma que gobierne esa relación, con la finalidad de tener una función protectora ante la desigualdad inherente entre las partes y ejecutar una respectiva negociación. Señalando “...Desde el momento en que las partes se encontraran en una relación laboral contractual no se trataría de trabajo en régimen de subcontratación. No obstante, al objeto de distinguir las dos situaciones, podría ser añadida una disposición adicional al instrumento sobre trabajo en régimen de subcontratación relativa al procedimiento para determinar cuando existe contrato de trabajo...”.¹³

Esta figura se emplea en México desde ya hace algunas décadas, puesto que algunos sectores empresariales visualizan la necesidad y conveniencia de recurrir a servicios externos y profesionales para minimizar las amenazas laborales, ahorrar tiempo y dinero en el manejo de salarios, cargas financieras y aspectos legales.

Sin embargo, no fue hasta la década de los noventa cuando comenzó a proliferar la subcontratación entre diversos grupos empresariales o consorcios y aparecieron las sociedades de servicios empresariales, con el objetivo de asistir a un mismo propietario o grupo empresarial. La característica de estas entidades es que no

¹¹ Echaiz, Daniel, *El contrato de outsourcing*, México, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, No. 112, 2007.

¹² Organización Internacional del Trabajo, *Comisión del Trabajo en Subcontratación*, Conferencia Internacional del Trabajo, Informe V (2B) *Addendum*, Ginebra, junio de 1998.

¹³ *Ídem*.

generan beneficios. La intermediación estratégica apareció a principios de este siglo, combinando una nueva cultura laboral global, responsabilizando a los empleados de sus procesos y resultados esperados, evitando así no solo posibles pasivos laborales contingentes, sino contratando personas con poca o ninguna responsabilidad. Incluso el Doctor Bouzas señala que se trata de una figura que llegó a México para quedarse, puesto que es una enorme presencia en el mundo occidental y cada vez se va haciendo más fuerte y más presente. Siendo aplicada por la mayoría de las empresas, lo que sitúa a los trabajadores y a sus derechos en una situación de gran vulneración y que "...la beneficiaria final debe responder por la higiene laboral y establecer límites para que trabajadores cambien de una a otra, y prohibir la rotación de elementos...".¹⁴

La atracción, retención, adaptabilidad y flexibilidad de capital humano en el proceso de gestión son características necesarias para la competitividad de cualquier empresa. Las empresas suelen utilizar tres modelos de gestión de capital humano para dedicarse al negocio: tercerización, subcontratación y outsourcing. La elección de la mejor opción depende de los objetivos de la empresa, sus actividades y la calidad del servicio en el que está dispuesto a invertir.

En la tercerización, se incluye la contratación y selección de profesionales con la adecuada solvencia técnica, económica y jurídica a través de empresas externas, con el fin de proporcionar trabajadores calificados para determinadas actividades temporales o permanentes. Por tanto, el personal contratado de acuerdo con esta fórmula debe ser experto en el campo en el que se le requiera trabajar e incorporarse a la empresa mediante un contrato con mínimas prestaciones de ley, es decir, que "...al hablar de tercerización se quiere poner de manifiesto la participación de un 'tercero', como sería una empresa que ofrece servicios, en una relación que

¹⁴ Bouzas, Alfonso, *Se deben establecer límites para el outsourcing*, en Boletín UNAM-DGCS-367, México, junio de 2012.

tradicionalmente era bilateral (la relación laboral); sin embargo, el término muestra sus limitaciones cuando hablamos de casos en donde la participación de ese tercero no es homogénea ni única, sino que puede asumir variantes”.¹⁵ Ahora bien, para la subcontratación deben intervenir tres partes, la empresa que solicita el servicio, la empresa de servicios y el trabajador, por lo que la empresa externa funge como intermediario entre el trabajador que brindará sus funciones y la empresa que requiere de sus servicios, además de que la misma se ve beneficiada al reducir costos y al establecer a los trabajadores que es bajo un tiempo determinado, pero con posibilidad de generar otro contrato. Mientras que, en el outsourcing solo intervienen dos partes, la empresa contratante y la compañía que busca brindar un servicio, con la finalidad de que el negocio se pueda ver beneficiado en la elaboración de bienes y servicios, que será atendida de una manera indefinida. Es decir, la principal diferencia entre los dos es que el outsourcing realiza tareas asignadas fuera de la organización que los contrata, mientras que la subcontratación proporciona especialistas en campos específicos para trabajar dentro de la empresa. Otro aspecto relevante, es el lapso de tiempo para el servicio, ya que en el outsourcing se utiliza para realizar los procesos diarios de la organización, mientras que la subcontratación se centra en tareas específicas y temporales, fuera del dominio de conocimiento del cliente. La elección de cualquiera de estos dos métodos dependerá de las necesidades y actividades de la empresa solicitante. Si el cliente quiere supervisar directamente el proceso o quiere retener una cierta cantidad de empleados, lo llamamos subcontratación. Al mismo tiempo, si el proveedor puede brindarle soluciones más allá de los humanos (tecnología, máquinas, robots, etc.), entonces se trata de outsourcing. Pero debemos dejar bien explícito, que ambas figuras buscan brindar ventajas como reducción

¹⁵ Sánchez, Alfredo, *La subcontratación en México*, México, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, No. 185, 2007, p. 126.

de costos, la prontitud de los procesos, mayor productividad y mejora de la gestión del equipo de trabajo para lograr los objetivos de los centros de trabajo.

II. IMPORTANCIA DE LA FLEXIBILIDAD Y PRECARIZACIÓN LABORAL PARA LA SUBCONTRATACIÓN

Es importante la subcontratación y la flexibilización en las relaciones laborales, puede verse, desde múltiples puntos analíticos, pero esencialmente la flexibilidad es la organización de los distintos procesos de producción y/o las relaciones laborales entre los sujetos involucrados, es decir, la empresa y sus trabajadores, "...algunas variantes señaladas implican la subcontratación; describen algunas vías de flexibilización laboral como:

- Polifuncionalidad.
- Redistribución de la jornada de trabajo, incluyendo reducción del tiempo de trabajo mediante la modalidad de trabajo discontinuo.
- Contratos por obra o de duración determinada, a tiempo parcial.
- Incorporación a la remuneración de un componente variable.
- Tercerización (subcontratación, intermediación, suministro de mano de obra).
- Calificación de la relación empleador-trabajador como no laboral...".¹⁶

Cada una de estas técnicas tiene, obviamente, sugerencias claras y a menudo adversas para cualquiera de los elementos de la creación. Así, por ejemplo, la flexibilidad numérica permite a los jefes programar sus costes de trabajo según las variaciones del mercado, y sin embargo es una fuente de vulnerabilidad para los trabajadores sobre su futuro. La fuerza laboral se convierte en una variable de cambio para mejorar la utilización del capital especializado, una labor que recientemente ha desempeñado la administración de las acciones.

¹⁶ Rojo, Flavio, "Flexibilidad, subcontratación y precarización del trabajo", en *Universidad Iberoamericana León*, México, mayo 2010.

Los modelos en el empleo individual últimamente dependen del esquema legal convencional de contratación, que ha estado cambiando, y con ello, debilitando al deterioro de los trabajadores. De ahí que las denominaciones que se han utilizado para intentar representar este fenómeno hayan sido muy cambiadas, por ejemplo “la contratación precaria”, esperando desde el principio que el plan de contratación pasado fuera fuerte y vigoroso; además, se ha hablado de “contratación flexible”, para intentar reconocer aquellos casos de promulgación en los que se han ajustado las exenciones de la norma de contratación por tiempo indefinido; en otros casos, se ha utilizado la expresión “trabajos atípicos” para distinguir aquellos puestos que quedan fuera de la generalidad; eventualmente, para aludir erróneamente, a aquellas agrupaciones y clases de trabajadores que tienen normas especiales o excepcionales. Algunas veces se ha utilizado la manifestación “nuevos tipos de contratación individual” y otras veces se ha utilizado la expresión “nuevas modalidades de contratación individual”, para establecer los distintos tipos de contratos individuales que no existían en la legislación expresamente reconocidos.

III. SUBCONTRATACIÓN EN FRANCIA

En el régimen francés, la subcontratación puede definirse como la cual, un contratista confía mediante un subcontratado, bajo su cargo, a otra persona que se denominada como subcontratante, es decir, que existe una relación jurídica donde se involucran tres partes, el cliente que es el beneficiado de los servicios, el contratista principal que recibe el nombre de principal porque asume ese papel frente al subcontratante; por último, el subcontratante, cuyo cliente es el contratista principal.

Por lo que entre el cliente y el subcontratante no hay un contrato de por medio, ya que el contrato se celebra entre el contratista principal y el subcontratante, sin embargo, entre estos no hay un

vínculo de subordinación, pero sí, de compromiso por parte del subcontratante a fin de realizar los servicios y plazos convenidos. En lo que respecta al contratista principal debe “...en el momento de la celebración del contrato de subcontratación y durante la duración del mismo, hacer que el cliente principal acepte la intervención de cada uno de los subcontratantes y las condiciones de pago de cada uno de estos contratos por el cliente. Asimismo, tiene que indicar al cliente la naturaleza y el coste de las prestaciones que desea subcontratar, así como los datos de los subcontratantes que van a intervenir... Además, el contratista principal se compromete a pagar al subcontratante y a respetar las condiciones de dicho pago, según lo establecido en el contrato...”¹⁷

En 2017, el volumen de negocio de la subcontratación moderna de las empresas francesas fue de 73,670 millones de euros, lo que supone un aumento del 4.76 % en comparación con el año anterior. Asimismo, el mercado de la subcontratación cuenta con más de 31,000 negocios que utilizan 507,000 especialistas. Por lo que, en ese mismo año, la acción de las empresas francesas con al menos 20 representantes aumentó.

De acuerdo con los países europeos, Francia se consolida como el segundo país con mayor volumen de negocios de la subcontratación, solo por detrás de Alemania y seguido de España, mismos que también se analizarán en esta investigación. En cuanto al sector industrial de la subcontratación francesa, las principales áreas en cuanto a facturación son, la preparación de plásticos, mecánica moderna, industria del caucho, consumibles mecánicos, calderería o fundición. Y de acuerdo con la evolución de dichos sectores 2017/2016, se puede encontrar una mejora en términos cotidianos en cada una de ellas. Las exportaciones de subcontratación en Francia se han expandido menos significativamente que sus importacio-

¹⁷ Disponible en: <https://www.agmabogados.com/subcontratacion-francia-derechos-obligaciones-partes/#:~:text=En%20r%C3%A9gimen%20franc%C3%A9s%20la%20subcontrataci%C3%B3n,con%20el%20cliente%5B1%5D>.

nes, haciendo que la tasa de inclusión disminuya marginalmente hasta el 89.2 % en 2017. En una guía de construcción en Francia se localizó esta información, la cual es bastante conveniente para este artículo, añadiendo que también se plantean temas como los trabajadores extranjeros e incluso trabajadores que pueden llegar a ser ilegales “...En la Ley 75-1334 de 31 de diciembre de 1.975 se fijan dos condiciones para los contratistas principales, con el fin de luchar contra la subcontratación oculta y prevenir los conflictos que pudieran concurrir entre ambas partes. Por ello, se establece la obligación del contratista principal, bajo pena de sanción, de informar a la dirección de obra sobre los subcontratistas que participarán en la obra y acordar el modo de pago de los mismos. Además, establece la obligación para el contratista de entregar una garantía personal y solidaria, avalada por una entidad aceptada. Esta entidad se obliga a pagar al subcontratista todas las sumas debidas a tenor del contrato de subcontrata firmado...”¹⁸

IV. SUBCONTRATACIÓN EN ESPAÑA

En España de igual manera se cataloga como un fenómeno que sin duda va siendo más común y una forma de trabajo en donde las empresas pueden afrontar con gran magnitud sus proyectos.

La subcontratación consiste en la contratación, por parte de la empresa principal, de diferentes organizaciones o consultores, para la ejecución de trabajos específicos. También llamada outsourcing, cuya metodología es la descentralización útil por la que la empresa obtiene recursos para poder desarrollar alguna comisión determinada. Por lo que la empresa que se denomina como subcontratada, completará su acción en las oficinas o en la obra donde se desarrolla la tarea de la empresa principal, aunque lo hará aportando sus propios recursos. Siendo el contratista el responsable del pago de los

¹⁸ Hernández, Asesores, *Guía AREX: cómo operar en el sector de construcción en Francia*, Francia, Delegación de Aragón Exterior en Francia, octubre 2014, p. 17.

salarios de los trabajadores y no la empresa principal.

Su regulación se encuentra en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, siendo importante señalar que también existen disposiciones específicas para los trabajos especiales o sectores distintos. Es decir, que una empresa puede subcontratar la realización de cualquier obra o servicio, siendo lo más común, la realización de tareas, cuando las empresas no cuentan con suficiente personal o suficiente capacidad porque son tareas muy específicas que suelen ser muy distintas a las realizadas en su actividad primordial, como por ejemplo, la limpieza, asesoría fiscal, jurídica o contable, mantenimiento de computadoras y sistemas informáticos, logística, mensajería, seguridad, transporte, maquinaria, entre otras; pero esas suelen ser las más comunes.

Es necesario que la subcontratación cumpla con todos los requisitos y condiciones establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, de no ser así, se estaría ante una cesión ilegal de trabajadores "...El Estatuto de los Trabajadores (ET) señala que una contrata es lícita siempre y cuando el contratista aporte los recursos humanos, técnicos y organizativos necesario para el desarrollo de la obra o servicio para el que ha sido contratada.

En caso de que la relación entre contratista y empresa principal consista en una simple cesión de mano de obra, se trataría de una cesión ilegal de trabajadores. Este supuesto se puede dar de diferentes maneras:

- La subcontratación laboral se realiza con un empresario aparente, el cual carece de instalaciones propias, así como de patrimonio o recursos materiales y humanos para desarrollar la actividad.
- La subcontratación laboral se realiza entre dos empresas diferenciadas, con instalaciones y recursos propios. Sin embargo, a pesar de ello la aportación de la empresa subcontratada se limita a aportar mano de obra a la principal...".¹⁹

¹⁹ Disponible en: <https://asesorias.com/empresas/normativas/laboral/subcontratacion/>

Actualmente, en España también se está buscando una reforma en materia laboral, donde se proponen puntos claves como la duración del contrato de trabajo, para establecerse en fijos, temporales y vacantes; las causas de despido; despido nulo de temporales; eliminación de la prevalencia del convenio de empresa; recuperación de la ultraactividad y lo más importante para la presente investigación, modificaciones en la figura de la subcontratación y que también es uno de los puntos más controvertidos. Lo que ahora busca el Gobierno, es que las empresas que contraten o subcontraten, deben de comprobar que los contratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social.

Asimismo, la empresa principal, al margen del transcurso del plazo referido a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la finalización de su tarea, será solidariamente responsable de las obligaciones aludidas a la Seguridad Social, contraídas por las contratistas y subcontratistas durante la vigencia del convenio. Por los compromisos de carácter retributivo contraídos por las contratistas y subcontratistas con sus trabajadores, serán responsables solidariamente durante el año siguiente a la finalización de la tarea. Los trabajadores de la contratista o subcontratista deben ser informados por escrito por su empresa respecto a los servicios que se van a prestar en todo momento, así como de la identidad de la empresa principal. En caso de que la actividad contratada refiera exclusivamente a la construcción, no habrá responsabilidad por los actos de la contratista. Hasta el momento también se señala que los sindicatos y empresarios ya tienen en sus manos un borrador del documento que se busca reformar, de manera que puedan ir observando los cambios que se aproximan.

V. SUBCONTRATACIÓN EN ALEMANIA

La subcontratación en las cárnicas en Alemania es muy importante y relevante, siendo últimamente un foco de atención por la pandemia, ya que ahora se obligará a las empresas cárnicas a la contrata-

ción de manera directa del personal que trabaja en esta industria, en lugar de subcontratarlo.

Los mataderos alemanes han sido criticados por el uso generalizado de trabajadores de otro país subcontratados de Europa del Este, que están hacinados en dormitorios estrechos con sistemas de monitoreo imperfectos, por lo que se sospecha que estas fábricas acelerarán el brote local de coronavirus. El ministro de Trabajo alemán, Hubertus Heil, condenó el sistema de “subcontratación” de estos mataderos, ya que los subcontratistas dependen de otros subcontratistas para tener un empleo.

El proyecto de ley fue presentado por Heil y visto por Reuters, que prohíbe la subcontratación en las principales áreas comerciales de la industria, a saber, el sacrificio de animales y el procesamiento de carne. La empresa solo permite la subcontratación de trabajadores en áreas comerciales no especializadas, como la limpieza. También se ha formulado regulaciones más estrictas sobre el alojamiento de empleados compartidos y ha estipulado la cantidad mínima de inspecciones anuales *in situ* de la empresa.

Dejando un ejemplo claro de la situación, la planta llamada Tönnies en Rheda-Wiedenbrueck que, al continuar con sus funciones a pesar del coronavirus, y buscando un escudo, en que son alimentos perecederos, se reportaron 1,500 trabajadores positivos a COVID-19, provocando en la región circundante un total de 60,000 personas que tuvieron que ser puestas en confinamiento.

En Alemania, se ha buscado utilizar tanto el “*outsourcing*” como el denominado *offshoring*, su diferencia radica en que la primera es un acto que busca trasladar actividades que no son propiamente del negocio, a una empresa externa que tiene un grado mayor de especialización; mientras, el *offshoring*, refiere a una empresa de subcontratación a nivel internacional, con el objetivo de reducir costos.

Las empresas alemanas en su mayoría que implementan la subcontratación tienen más de 250 empleados e incluso oficinas fuera del país. Por lo que se señalan 3 empresas como una pauta para co-

nocer sus funciones. “...Henkel se centra en tres áreas de negocio: detergentes y cuidado del hogar, cosmética y cuidado corporal y tecnologías de adhesivos. La empresa alemana tiene más de 52.000 empleados en 125 países. En agosto de 2009 firmó un contrato de 5 años para contar con los servicios de la empresa americana Unisys por medio de outsourcing. Las tareas que Unisys lleva a cabo para Henkel están principalmente relacionadas con el sector de TI. Por otra parte, desde septiembre de 2009, Accenture también presta servicios a Henkel bajo un contrato de outsourcing, en este caso de 7 años. Estos acuerdos de subcontratación permiten a la empresa alemana ‘reducir los costes de tecnología de la compañía, mejorar los niveles de servicio al cliente y anticipar mejor y satisfacer las demandas futuras de negocio’.

DB Systel es una compañía subsidiaria de Deutsche Bahn AG, una de las empresas de transporte más grande del mundo, desde enero de 2007 y cuenta con más de 5.000 empleados. En este caso, se produce un caso de outsourcing interno ya que DB Systel se encarga de algunas tareas de DB AG. A su vez, DB Systel cuenta con los servicios de Accenture para el desarrollo de algunas aplicaciones Web, que se realizan en las oficinas de la empresa en Filipinas.

La Asociación de Médicos de Baviera (Kassenärztliche Vereinigung Bayerns), que cuenta con más de 22.000 miembros y proporciona atención médica a unos 12 millones de personas, también decidió en enero de 2009 subcontratar a otra empresa para el funcionamiento de las aplicaciones de SAP. Para ello eligieron a ORGA GmbH, una empresa de Karlsruhe (Alemania) especializada en servicios de TI y consultoría con más de 35 años de experiencia en el entorno SAP...”²⁰

²⁰ Disponible en: <https://www.twago.es/blog/outsourcing-y-offshoring-en-alemania/>

Es importante analizar el reporte de los indicadores de productividad de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, ya que la productividad es un recurso clave para el crecimiento económico, por lo que debe haber indicadores de productividad comparables entre los diferentes estados miembros.

La productividad se define generalmente como la relación entre el volumen de producción y el volumen de insumos. En otras palabras, ¿cómo se pueden utilizar los insumos de producción de manera eficaz, o no, para producir un nivel determinado de producción? El informe nos dice que hay muchas formas de medir la productividad. En particular, la productividad laboral se mide como el producto interno bruto o el valor agregado total por hora de trabajo de cada trabajador. En comparación con otros indicadores, como el número de empleados, la productividad laboral basada en las horas de trabajo refleja mejor el uso de este componente, porque los países difieren en cómo trabajan las personas, como pueden ser los de subcontratación y también depende de la legislación laboral de cada país.

Generalmente, la medición del producto interno bruto se utiliza como una medición precisa de un producto, porque se considera una medición estándar del valor agregado en la economía. Ahora, por supuesto, cada país lo mide en su propia moneda, por lo que debe convertirse a una moneda común para fines de comparación. Esto se logra utilizando el tipo de cambio nominal, pero el informe también propone un mejor estándar de medición, a saber, el uso de la paridad de poder de compra (PPA), porque toma en cuenta la diferencia en los niveles de precios en diferentes países. Para dar a conocer los resultados del informe nos apoyamos de una noticia del financiero "...Para 2019, Estados Unidos se lleva una tercera parte del Producto Interno Bruto de los países de la OECD (33.9%). Le sigue, sin sorpresas, Japón (8.6%), después Alemania (7.3%), Francia (5.3%), Reino Unido (5.1%), Italia (4.2%) pero aquí es donde vienen las sorpresas: sigue México (4.1%) y luego, Turquía (3.6%). El resto de los países de la OECD suman un 27.9%...Si se midiera

el Producto Interno Bruto en dólares a los tipos de cambio corrientes, la distribución sería diferente: Estados Unidos (39.8%), Japón (9.6%), Alemania (7.2%), Reino Unido 5.3%, Francia (5.1%), Italia (3.7%), Canadá (3.2%) y el resto de los países de la OECD, el 26.2%...”,²¹ Por lo que Estados Unidos representa la mayor parte del total de horas de trabajo y empleo total de la OECD. Sin embargo, la clasificación de países difiere según la métrica utilizada: horas de trabajo o de empleo, y la estimación de horas de trabajo promedio por trabajador varía de un país a otro, incluso si se trata de economías del primer mundo.

VI. IMPACTO DE LA REFORMA A LA SUBCONTRATACIÓN

Como bien se dio a conocer, el principal objetivo en subcontratación, es que los trabajadores que se encuentran contratados por tercerizadoras, formen parte de la plantilla principal de la empresa, este es el espíritu de la reforma; ya que, a través de dicho régimen, los trabajadores mayormente sufren daños en sus derechos laborales, como pueden ser, las nulas oportunidades de un ascenso laboral. Pero, también ahora en esta nueva etapa se tiene una mayor regularización de impuestos, por lo que, dentro de los cambios, se permite el empleo de la subcontratación de servicios u obras especializadas, siempre que no formen parte del objeto social ni de la actividad predominante de la empresa, pero se tiene la obligación de inscribirse en el Registro de Prestadoras de Servicios Especializados u obras Especializadas (REPSE).²²

De acuerdo con lo anterior, esto no significa que las empresas que se dedican a reclutar personal van a desaparecer, porque ciertamente logran que la gestión de recursos humanos sea más fácil, ahorrando tiempo y dinero para el contratista; sin embargo, su fun-

²¹ Moreno, Miguel, “La productividad laboral”, en *El financiero*, México, agosto de 2021.

²² Disponible en: <https://repse.stps.gob.mx/>

ción sólo se limita a participar en la selección del personal para el perfil que busca la empresa, es decir, colocarlo en la empresa para que pueda desarrollar sus funciones, pero en ningún momento puede fungir como patrón. De modo que, sus funciones son las de los llamados “cazatalentos” o “*Headhunter*”,²³ esto es, un experto que tiene como objetivo encontrar profesionales para reclutarlos a las empresas, aunque, esto no significa que el profesional se encuentre buscando trabajo, pero el cazatalentos ya lo tiene identificado y si el centro de trabajo requiere un líder, tiene localizado el candidato idóneo, y se pondrá en contacto con él.

Sin duda, esta reforma es una gran revolución para las relaciones laborales en México, ya que la subcontratación se implementa día a día, “El titular de la Unidad de Trabajo Digno refirió que luego de 8 mil inspecciones para tomarle el pulso al fenómeno de la subcontratación, se determinó que 4 millones de trabajadores de México pudieran estar en esquemas de subcontratación abusiva, en un mercado formal de 21 millones de trabajadores”.²⁴ De igual manera, se señala que su práctica es tan considerable, que no era suficiente inspeccionar y multar a las empresas para reducir este fenómeno.

Otro propósito es que los trabajadores ahora ya forman parte de un esquema de empleo formal, y tienen derecho al reparto de la PTU, que como se sabe es un derecho constitucional. Existen dos esquemas para hacer efectivo este pago de utilidades: una consiste en el equivalente a 90 días y la otra, el promedio de los últimos tres años, según sea más favorable para el trabajador. Durante el estudio de esta reforma se determinó que, “en la situación actual se repar-

²³ Human Leaders Group, “¿Quién es quién: Outsourcing o Headhunting?”, Hunters Americas, <http://www.hlghunters.com/blog/148-quien-es-quien-headhunting-o-outsourcing>

²⁴ Secretaría del Trabajo y Previsión Social, “Empresas de subcontratación especializada tendrán 90 días para obtener registro ante STPS”, en *Boletín* Número 051/2021, México, mayo 2021, <https://www.gob.mx/stps/prensa/empresas-de-subcontratacion-especializada-tendran-90-dias-para-obtener-registro-ante-stps?idiom=es>

ten 56 mil millones de pesos, lo que equivale al 2.8% de las utilidades totales; con la reforma y la incorporación de nuevos trabajadores, se estima que se pagarán para el próximo año, 157 mil millones de pesos, equivalentes al 7.7 por ciento”,²⁵ esta mejora en el reparto de utilidades se debe a que con la figura de la subcontratación irregular, las empresas pueden eludir este derecho, argumentando que dichos trabajadores no forman parte de la misma.

Por tanto, también es conveniente que los centros de trabajo, definan y delimiten bien sus objetivos y propósitos, debido a que la reforma genera una gran ventana de oportunidad para lograrlo, ya que la incorporación del trabajador dentro de la empresa, le producirá al mismo un sentido de pertenencia, seguridad y responsabilidad, que podrá ser utilizado a corto plazo en favor de la empresa; para que a un mediano plazo se establezca una estructura de gestión del desempeño, es decir, un mecanismo que pueda determinar la productividad y efectividad, misma que funcionará para que todos los elementos de la empresa se favorezcan, y para que dicha labor permanezca a largo plazo, será preciso contar con la promoción del trabajador a un cargo más relevante, esto es, el manejo adecuado de los ascensos laborales, y que con las modificaciones de la reforma que entró en vigor en el 2021 es algo viable.

Ahora bien, desde la publicación de la reforma en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de abril de 2021, resulta conveniente observar los cambios producidos, ya que principios de julio del 2021 se informó que “...a dos meses y medio de la entrada en vigor de la reforma en subcontratación 830,000 trabajadores han salido de este esquema de subcontratación y han sido reconocidos y registrados por sus patrones reales, lo que implica que tendrán por primera vez

²⁵ Disponible en: <https://www.gob.mx/stps/prensa/con-la-reforma-en-materia-de-subcontratacion-el-reparto-de-utilidades-crece-de-2-8-a-7-7-en-el-pago-a-los-trabajadores#:~:text=y%20Previsi%C3%B3n%20Social,Con%20la%20reforma%20en%20materia%20de%20subcontrataci%C3%B3n%2C%20el%20reparto%20de,el%20pago%20a%20los%20trabajadores>

acceso a este derecho de reparto de utilidades...”,²⁶ pero ahora estás cifras aumentan a 1´600,000 trabajadores, por lo que irán acrecentando los números. Además, con esta incorporación de trabajadores también se ha podido incrementar el salario de cotización ante el organismo público del Instituto Mexicano del Seguro Social en casi un 11 por ciento. Sin embargo, y a pesar de que los beneficios son muchos existen diversos aspectos no contemplados en esta reforma, los cuales se tratan en el siguiente apartado.

VII. ASPECTOS NO PREVISTOS EN LA REFORMA DE 2021 Y LA SUBCONTRATACIÓN

Los plazos establecidos para la implementación de la reforma son que, a 1 mes a partir de su publicación, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social emitiera los lineamientos para el registro de las empresas de subcontratación que prestan servicios especializados u obras especializadas; ya con estos lineamientos publicados, las empresas cuentan con 3 meses para instalar a sus trabajadores dentro de su estructura, y por último, se indicó, que cada 3 años las empresas tendrán que actualizar su registro ante la Secretaría de Estado, ya mencionada. Los sectores públicos y privados ya están en la disposición de adaptación de la nueva legislación, aunque claro, también se encuentran sabedores de las multas en caso de incumplimiento.

A pesar de los esfuerzos, los cambios de la reforma son grandes y el término para su accionamiento ha sido breve, puesto que cambiar toda una conformación de años en meses, ha sido complejo. Ahora, los sectores deben de considerar reestructurar su modelo de negocio, lo cual será forzoso para incorporar a su plantilla los nuevos trabajadores, y una reestructuración empresarial no es algo tan sencillo, porque es un “...proceso mediante el que una empresa

²⁶ Arista, Lidia, “Reforma de subcontratación saca a 830,000 trabajadores del outsourcing”, en *Expansión Política*, México, julio 2021.

se transforma, adaptándose a un nuevo modelo empresarial, antes desconocido para ella. El objetivo de la reestructuración es el generar mayor competitividad, así como garantizar el funcionamiento futuro”²⁷. Como el reto de la banca comercial, visto que, en el mes de mayo del año 2021, el 46.5% de los empleados se encontraban contratados por tercerización e incluso la Comisión Nacional Bancaria y de Valores publicó que 120,430 trabajadores se encontraban bajo el fenómeno de la subcontratación, claro que esta práctica llega muchos años; y ahora los bancos con mayor número de subcontratados, son: Banco Azteca con un total de 44,751, BBVA Bancomer con 33,603 y Compartamos Banco con un total de 14,753.²⁸ Aunque en cierto momento, los banqueros mexicanos expresaron su inquietud ante la reforma, y si era posible que se vieran afectados, la Asociación de Bancos de México tendrá la estricta voluntad de cumplir con las obligaciones de seguridad social, laborales y fiscales. Y hasta el momento han presentado cambios relevantes, “...en la forma de contratación de personal por parte de la banca, destacan los casos de BBVA y Scotiabank donde, de acuerdo con la información de la CNBV²⁹, en septiembre del año pasado prácticamente todos los colaboradores de ambas instituciones estaban subcontratados.

De acuerdo con los datos del órgano regulador, en septiembre del 2020 el número de personal contratado por BBVA en México era sólo uno, mientras que por terceros la cifra ascendía a 33,346.

Para septiembre del 2021, esta tendencia ya se había revertido, pues un total de 37,889 empleados de BBVA México, ya estaban contratados directamente por la institución.

²⁷ Coll, Francisco, “Reestructuración empresarial”, en *Economipedia*, España, marzo 2020.

²⁸ Hernández, Marlen, “Reta a banca reforma de subcontratación”, en *Reforma*, México, julio 2021.

²⁹ Comisión Nacional Bancaria y de Valores

En Scotiabank se registró una situación similar, pues mientras en septiembre del 2020 sólo una persona estaba contratada directamente por la institución, 10,525 lo estaban a través de terceros, según los datos de la CNBV.

Un año después, en septiembre del 2021, apenas 93 personas estaban contratados por terceros, y 9,771 directamente por el banco de origen canadiense.

En el caso de Santander, en septiembre del 2020 un total de 18,128 colaboradores estaban contratados directamente por la institución y 5,056 por terceros; y un año después esta situación cambió a 26,965 y 89 respectivamente.”³⁰

Para seguir con el proceso de transición, varias empresas se ven obligadas a realizar la sustitución patronal ante el Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores, puesto que, al no realizarlo el trabajador se ve afectado porque ciertamente dicho instrumento legal se encuentra ligado con el Instituto Mexicano del Seguro Social, además de que dicha plataforma se encuentra saturada por la demanda que esto implica. A su vez, también es necesario que el trabajador cuente con su e.firma, pero el Servicio de Administración Tributaria no puede contar con tantas citas disponibles, además de que el proceso necesariamente involucra que sea presencial. Lo que también nos lleva a analizar otro factor que entorpece la implementación, esto es, la falta de coordinación y comunicación “...entre las autoridades administrativas (STPS, IMSS, Infonavit y SAT) en cuanto a la emisión de las opiniones de cumplimiento que requiere el sistema, esto es debido a que la información compartida entre las dependencias en ocasiones está desactualizada”.³¹

Todo lo mencionado anteriormente, no fue contemplado en las disposiciones para regular la subcontratación, ya que, al llevar los

³⁰ Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/sectorfinanciero/La-banca-ya-contrato-directamente-a-85-de-su-personal-20211227-0093.html>

³¹ Hernández, Gerardo, “10 problemas que motivaron la extensión de plazos de la reforma de outsourcing”, en *El Economista*, México, julio 2021.

cambios del papel a la práctica, surgen y surgirán estos inconvenientes que retrasan el proceso, por lo que, con los plazos establecidos se genera una especie de etapa contrarreloj. Por lo que se creó un debate sobre el tiempo de esta transición, la cual, se contemplaba para el 1 de agosto de 2021, pero como muchos ya lo esperaban, se propusieron dos iniciativas para la prórroga de los plazos y que las empresas tuvieran tiempo suficiente y razonable para aplicar las disposiciones.

La iniciativa del senador de Morena, Ricardo Monreal Ávila contempló la modificación del artículo 1 transitorio del Decreto en materia de subcontratación, en el cual, se dispone que los artículos cuarto, quinto y sexto del mismo Decreto entraron en vigor el 1 de agosto de 2021, por lo que, se buscó su ampliación hasta el 1 de septiembre del año antes mencionado, a cuyo efecto indicó el senador que es conveniente “...proponer una iniciativa que amplíe el plazo del 1 de agosto a septiembre y con ello permitir una mejor ejecución de las medidas que contiene la reforma aprobada...”,³² adicionando que con 30 días más de plazo, no se pierde el propósito de la reforma planteada. El Instituto Mexicano del Seguro Social consideró adecuado este periodo extraordinario para poder dar certidumbre jurídica en la aplicación de la ley. Igualmente, de esta noción el presidente Andrés Manuel López Obrador se pronunció a favor, manifestando que los empresarios solicitaron una prórroga de un mes para poder adaptarse a las circunstancias, por lo que, considera que el Congreso avalará la ampliación.³³

Mientras que la iniciativa de la senadora del PAN, Kenia López Rabadán, propuso postergar 6 meses el plazo de la reforma, es decir, hasta el 1 de enero de 2022, ya que el sector empresarial, además de los obstáculos aludidos, también se encuentran confundidos con el

³² Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2021/07/20/presentara-monreal-iniciativa-sobre-subcontratacion-laboral/>

³³ Arista, Lidia, “López Obrador avala prórroga para que empresas apliquen reforma al outsourcing”, en *Expansión Política*, México, julio de 2021.

proceso y a su vez, comunicarlo a sus trabajadores es un proceso enredoso, ya que ni ellos mismos asimilan los cambios a realizar. Por lo que la senadora según la revista Forbes, expresó “Un mes más es solo un curita para el problema grande. Hay que resolverlo bien. No es un tema menor que no se puede estar generando un periodo extraordinario para modificar una ley absolutamente irresponsable solamente dando un mes más”.³⁴ Incluso, la Confederación Patronal de la República Mexicana solicitó la extensión de tiempo hasta el 1 de enero de 2022, y poder cumplir con todos los trámites, evitando que los trabajadores se encuentren en una incertidumbre, que podría ocasionar una situación tensa.

Por lo que, el 31 de julio de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto para ampliar el plazo de cumplimiento hasta el 1 de septiembre de 2021.

Otra gran realidad, es que nuestro país tiene más de 30 millones de personas que se encuentran en un perfil de informalidad, mismos que no pagan impuestos y tampoco cuentan con seguridad social; por lo que otro probable escenario que se prevé es el aumento del trabajo informal, es decir, darlos de baja, pero mantenerlo en las actividades que ya desarrollaban, negociando así con los trabajadores que obviamente temen por su puesto de trabajo. En consecuencia, si pueden seguir conservando su puesto, es posible que ahora sean contratados por honorarios como una persona física con actividad empresarial o bajo una categoría de sueldos asimilados a salarios, es decir, que se trata de un régimen fiscal donde la persona física presta sus servicios profesionales a una empresa en particular o a otra persona física, sin contar con una exclusividad, por lo que, las prestaciones de ley no son obligatorias en este esquema. Incluso, el presidente de la Comisión Nacional Laboral de Coparmex, Ricardo Barbosa Ascencio, argumentó que “...el aumento en los costos

³⁴ “El PAN propone aplazar la reforma de outsourcing hasta 2022”, en *Forbes Staff*, México, julio de 2021.

para integrar personal a una empresa, tras la reforma laboral que limita la subcontratación sólo a servicios especializados, provoca un aumento en la informalidad, que el Gobierno pierda recaudación y las empresas pierden flexibilidad”.³⁵

VIII. CONCLUSIONES

Algunos especialistas en derecho argumentan que para algunas empresas es tan fundamental la subcontratación que realmente se verían afectados a largo plazo y resultar fatídico, ya que, las organizaciones tienen más beneficios cuando cuentan con una firma externa y ahora, les resulta más complejo realizar modificaciones en su inversión económica, en la modificación de su infraestructura, en el tiempo y su administración. Incluso, pueden argumentar las empresas que al no contar con un personal más especializado se encuentran vulnerables, ya que no podrán tener un contacto directo de aquellos expertos con las tecnologías o metodologías necesarias para poder ser más competitivos, perdiendo así también su capacidad de aprendizaje. Sin embargo, lo más preocupante de esta reforma es que el trabajo informal está en aumento, por lo que será necesario tener un diálogo abierto con las autoridades y permitir el desarrollo de negocios y generar más empleos formales.

Concluyendo, aumentar la simulación recurriendo al último esquema referido será una opción poco afortunada y de corta vida. La esencia de la solución es una clara y adecuada definición del objeto social, de la razón de existir de la empresa, lo que le permitirá, con mayores argumentos definir aquellas actividades que no le son propias y optar por subcontratarlas. La subcontratación de actividades si está permitida, la subcontratación de personal no.

³⁵ Disponible en: <https://centralfmequilibrio.com/index.php/home-2/nacional/con-reforma-de-subcontratacion-mexico-pierde-productividad-e-incrementa-informalidad>

IX. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

RIVO, Elena, *Externalización: más allá de la subcontratación*, España, Universidad de Vigo, 1999.

2. HEMEROGRAFÍA

El Pan propone aplazar la reforma de outsourcing hasta 2022, en *Forbes Staff*, México, julio de 2021.

ARISTA, Lidia, “López Obrador avala prórroga para que empresas apliquen reforma al outsourcing”, en *Expansión Política*, México, julio de 2021.

_____, “Reforma de subcontratación saca a 830,000 trabajadores del outsourcing”, en *Expansión Política*, México, julio 2021.

BOUZAS, Alfonso, “Se deben establecer límites para el outsourcing”, en *Boletín UNAM- DGCS-367*, México, junio de 2012.

COLL, Francisco, “Reestructuración empresarial”, en *Economipedia*, España, marzo 2020.

ECHAIZ, Daniel, “El contrato de outsourcing”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, No. 112, UNAM, México, 2007.

HERNÁNDEZ, Gerardo, “10 problemas que motivaron la extensión de plazos de la reforma de outsourcing”, en *El Economista*, México, julio 2021.

HERNÁNDEZ, Marlen, “Reta a banca reforma de subcontratación”, en *Reforma*, México, julio 2021.

MORENO, Miguel, “La productividad laboral”, en *El financiero*, México, agosto de 2021.

ROJO, Flavio, “Flexibilidad, subcontratación y precarización del trabajo”, en *Universidad Iberoamericana León*, México, mayo 2010.

Secretaría del trabajo y previsión social, “Empresas de subcontratación especializada tendrán 90 días para obtener registro ante STPS”, en *Boletín Número 051/2021*, México, mayo 2021.

3. ELECTRÓNICAS

HUMAN LEADERS GROUP, “¿Quién es quién: Outsourcing o Headhunting?”, Hunters Americas. Disponible en: <http://www.hlhunters.com/blog/148-quien-es-quien-headhunting-o-outsourcing>.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Comisión del Trabajo en Subcontratación*, Conferencia Internacional del Trabajo, Informe V (2B) *Addendum*, Ginebra, junio de 1998. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-vadd.htm>.

REFLEXIONES SOBRE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MÉXICO. (COMPLIANCE EN MÉXICO)

REFLECTIONS ON REGULATORY COMPLIANCE IN MEXICO. (COMPLIANCE IN MEXICO)

YOLANDA CRISTINA RAMÍREZ SOLTERO¹

GABRIEL ABRAHAM CHAPA ABREGO²

RESUMEN: Se plantean reflexiones acerca de las formas en que el compliance o cumplimiento normativo, se ha ido introduciendo y acoplando recientemente en la legislación y en el mundo de los negocios en México, resaltando los pros y contras de la marcada inclinación y tendencia de tratar de resolver todo aspecto y problemática relativa de éste, con derecho y ciencia penal (criminal compliance) sin explorar otras opciones teóricas y hasta científicamente igual o incluso más viables.

PALABRAS CLAVE: *Compliance, Criminal Compliance, persona jurídica, cumplimiento normativo, Derecho Penal, debida diligencia, ética, moral.*

ABSTRACT: Reflections are raised about the ways in which compliance or regulatory compliance has been recently in-

¹ Doctora, Maestra y Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México en Derecho (UNAM), Especialista en Contribuciones (UNAM); Licenciada en Contaduría Pública por la Universidad Iberoamericana; Desde hace más de veinte años y a la fecha, funge como Directora General del despacho de Asesoría Corporativa. Contacto: <rasy00@hotmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3872-1367>>.

² Maestro en Derecho Constitucional y Especialista en derecho Fiscal por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Integrante del Claustro de Maestros de Internacionalización de la Universidad Cooperativa de Colombia, Conferencista Nacional e internacional. Abogado Postulante. Contacto: <gchapafiscales@gmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-0810-2672>>.

Fecha de recepción: 04 de agosto de 2021. Fecha de aprobación: 20 de enero de 2022.

roduced and incorporated into the legislation and in the business world in Mexico, highlighting the benefits or not of the marked inclination and tendency to try to solve all aspects and problems related to this with criminal law and science (criminal compliance) without exploring other theoretical options and even scientifically equal or even more viable.

KEYWORDS: *Compliance, Criminal Compliance, legal entity, regulatory compliance, Criminal Law, due diligence, ethics, morals.*

SUMARIO: I. Primera Reflexión. Criminal Compliance, solo una arista del compliance; II. Segunda Reflexión. La errónea homologación del Compliance y las formas de prevención en el sector bancario y bursátil; III. Tercera Reflexión. El compliance en México, solo como atenuante de responsabilidad penal; IV. Conclusión; V. Fuentes de consulta.

I. PRIMERA REFLEXIÓN. CRIMINAL COMPLIANCE, SOLO UNA ARISTA DEL COMPLIANCE

Básicamente la concepción generalizada de lo que se entiende por el ámbito de acción, aplicación y/o de competencia del “*compliance*”³ término que según Dennis Bock... “*guarda relación con la expresión inglesa to comply with (the law), lo cual podría traducirse del siguiente modo: cumplir con (el Derecho)*”⁴... o *cumplimiento normativo*,

³ “El compliance tiene su origen en la medicina, donde significa asumir debidamente una terapia”... Si bien tiene una larga tradición en países anglosajones, recientemente ha adquirido fuerte presencia en sociedades de nuestro entorno, especialmente en el mundo del Derecho. Es en su dimensión jurídica donde este fenómeno ha generado una revolución gracias a los compliance programs. Éstos son esquemas de organización, autorregulación y gestión empresarial encaminados a configurar una persona jurídica sólida y sustentada en la legalidad”... visible en: Ontiveros Alonso Miguel, “Que es el compliance”, en el Economista web, México, 01 de agosto de 2018. Visible en: <https://www.economista.com.mx/gestion/Que-es-compliance-20180801-0062.html>. Consultado [13 de julio del 2021].

⁴ Dennis Bock, “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en Montiel,

es que este busca la prevención de delitos, y evita la responsabilidad penal en las personas jurídicas “*criminal compliance*”⁵, Cuestión que como veremos, resulta bastante limitada, y se podría considerar que es una de las razones principales, o una de ellas, por la que se ha dificultado la concepción del concepto “*compliance latu sensu*”⁶) en su traducción al español “*cumplimiento normativo latu sensu*”, y de la adopción de este como un elemento natural de importancia primordial dentro del mundo empresarial, la economía, la sociedad y por ende del derecho mexicano, puesto que lo ha desnaturalizado y convertido de manera equivocada, en un tema complejo, de acceso

Juan Pablo, Lothar Kuhlen, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Edits.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 107.

⁵ “El criminal compliance: Surge a partir de la expansión del Derecho Penal al ámbito de la Economía, emergiendo el Derecho Penal Económico. En ese sentido, se ha afirmado que el Derecho Penal Económico se fija objetivos que sean capaces de garantizar el buen funcionamiento del sistema u orden económico global o de sectores parciales de la economía. El carácter general de estos objetos de protección ha llevado que la fundamentación de los tipos penales se traduzca dogmáticamente en los llamados bienes jurídicos supraindividuales, colectivos o difusos. Sin embargo, esta formulación ha sido criticada por un sector importante de la doctrina penal no sólo porque lleva consigo una indeterminación poco garantista del objeto de protección, sino porque finalmente se pasa con facilidad a una protección de funciones del sistema identificables con la propia razón de la norma penal. Sobre el tema Hesbert Benavente Chorres afirma que para resolver estos conflictos debe reformularse el concepto de bien jurídico en el Derecho Penal Económico, en ese sentido, señala que la “lesión del sistema económico no es lo que se sanciona, sino la defraudación de expectativa normativa de conducta de actuar en el modelo de orientación vigente en el sistema económico”. Visible en: Benavente Chorres, Hesbert, *Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado*, México, Flores Editores, 2019. 7 *Ibidem*, p. 1308. Consultado [13 de julio del 2021].

⁶ “El término de compliance., en el derecho anglosajón, se refiere a que una determinada actividad se desarrolla o se ha desarrollado dentro del marco de las normas jurídicas que regulan esa actividad”. Visible en: Hormazábal Malarée Hernán, “¿Que es el Compliance?”, en Blog personal, España, 2017, <https://hernanhormazabalmararee.com/2017/03/10/que-es-el-compliance/>. Consultado [13 de julio de 2021].

⁷ Fuente: <https://www.linguee.es/ingles-espanol/traduccion/compliance+management+system.html>. Consultado [16 de julio de 2021].

selecto y hasta clasista, puesto que estas etiquetas de conveniente sobrevaloración para algunos, como sabemos son las que generar ese deseo en la sociedad de obtener objetos o servicios a cualquier costo⁸, generando un nicho de mercado de un injustificado alto valor agregado y con ello aparentemente inalcanzable para las masas, cuestión que no debería ser ni por equivocación el objetivo o fin del *compliance*, ya que debería ser idealmente inclusivo al mayor número de áreas y sectores empresariales y de negocios para alcanzar un nivel de sociedad preocupada y responsable de sí misma.

Por lo que concebir que el cumplimiento normativo únicamente es, se considera y consiste estrictamente, en lo que se ha puntualizado líneas arriba como “*criminal compliance*”, no es lo más apropiado, ya que es de explorado derecho, que desde ya hace bastante tiempo en Europa, Estados Unidos entre otros países económicamente relevantes alrededor del orbe, que el “*compliance*”, no puede subsistir o regirse exclusivamente de lo que la rama del derecho penal le aporte, o el que el derecho penal no resulta suficiente materia para ser lo único de lo que se vale el *compliance* para ser eficiente en nuestro actual mundo globalizado.

Un sistema de gestión de compliance (CMS)⁹ y/o “*compliance program*”¹⁰ que sea realmente profesional, nos señala el propio doctor Miguel Ontiveros, que necesariamente requiere de un gran número

⁸ “De la ley de oferta y demanda surgen dos leyes: Ley de la oferta: La oferta tiene una relación directa con el precio, es decir, a mayor precio de un bien, será mayor la cantidad ofrecida de dicho bien. Ley de la demanda: Cuando el precio de un bien aumenta su demanda disminuye.”... ¿Qué es la Ley de oferta y demanda? - Rankia. Visible en: <https://www.rankia.mx/blog/indicadores-economicos-mexico/3774765-que-ley-oferta-demanda>. De la ley de oferta y demanda surgen, precio de un bien aumenta su demanda disminuye. Consultado [13 de julio del 2021].

⁹ “Compliance Management System (CMS), Traducido del inglés: Sistema de Gestión de Complimiento. Éstos son esquemas de organización, autorregulación y gestión empresarial encaminados a configurar una persona jurídica sólida y sustentada en la legalidad”... Visible en: Ontiveros Alonso, Miguel, “Que es el compliance”, en El Economista web, México, 01 de agosto del 2018. Visible en: <https://www.economista.com.mx/gestion/Que-es-compliance-20180801-0062.html>. Consultado [13 de julio del 2021], op. cit.

¹⁰ *Ibidem*.

de materias, etapas de estudio en una aplicación conjunta, y que inclusive muchas salen del mundo del derecho¹¹, además de que no es un secreto que ni siquiera dentro del sistema jurídico, la mayoría de los tipos penales se han homologado para todo el país, ni en el aspecto procesal necesariamente es el mismo en los tribunales superiores de Justicia de toda la República, y por ello resulta en extremo arriesgado y hasta poco responsable, el asegurar que el derecho penal es la actual respuesta para todo aspecto dentro del mundo del compliance. De hecho ya la Maestra Sidney Ernestina Marcos¹², siguiendo a *Hormazábal Malareé*, refiere que “*el compliance en el derecho anglosajón, se refiere a que una determinada actividad se desarrolla o se ha desarrollado dentro del marco de las normas jurídicas que regulan esa actividad*”¹³. Por lo que la misma Maestra Ernestina Marcos de manera muy congruente con este punto, concluye, que debe considerarse que hablar de

¹¹ ...“Para que un compliance program sea eficaz y evidencie el apego a la cultura de la legalidad de la organización, debe cumplir, como mínimo, con once requisitos: 1) examen de la organización, 2) diagnóstico de riesgos organizacional 3) eliminación temprana de riesgos, 4) protocolización, 5) capacitación, 6) evaluación, 7) supervisión, 8) canal de denuncias, 9) esquemas de sanción y premiación, 10) actualización, y 11) compliance officer. Estas dimensiones , que deben constar por escrito y ser materialmente verificables, generan las condiciones para que una organización se considere leal al Derecho y obtenga múltiples beneficios, que van desde el mayor rendimiento en sus procesos internos, incremento de clientes e ingresos, ampliación del esquema de alianzas empresariales nacionales e internacionales, hasta el prestigio de la firma.”... Visible en: Ontiveros Alonso Miguel, “Que es el compliance”, en *El Economista web*, México, 01 de agosto del 2018. Visible en: <https://www.economista.com.mx/gestion/Que-es-compliance-20180801-0062.html>. Consultado [13 de julio del 2021], op. cit.

¹² Marcos Escobar, Sidney Ernestina, “Criminal Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana*, México, abril 2020. Visible en: <https://www.uv.mx/derecho/files/2019/04/Revista-de-la-Facultad-de-Derecho-No-3-CRIMINAL-COMPLIANCE-Y-RESPONSABILIDAD-PENAL-DE-LAS-PERSONAS-JURIDICAS.pdf>. pág. 7. Consultado [20 de julio del 2021].

¹³ Hormazábal, H., “¿Qué es el compliance?”, en *Hernán Hormazábal Malareé*, 2017, (blog personal de internet). Visible en: <https://hernanhormazabalmalaree.com/2017/03/10/que-es-el-compliance>.

compliance, no se trata del cumplimiento de una sola norma jurídica, y asegura -consideramos que con gran razón- que en los órdenes jurídicos - creemos que incluso a nivel mundial-, “no existe como tal esa norma genérica que regulase o lograre regular todas las actividades de la persona jurídica”¹⁴, sino que hay una pluralidad de normas incluso de carácter sectorial, a las que tiene que someterse la actividad empresarial, sea cual sea el sector comercial o de servicios de que se trate, normas que asegura la doctora, “se encuentran preponderantemente dentro del Derecho Administrativo y que imponen cargas de cumplimiento en diversos rubros para la empresa”¹⁵.

De igual forma, dentro del mismo contexto, retomo el hecho de que para la Asociación de profesionales de Cumplimiento Normativo Española, el Compliance consiste, en “...un modelo amplio de gestión de cumplimiento que abarca no solo los riesgos penales, sino también otras normativas, políticas internas, códigos éticos, y compromisos contractuales.”¹⁶”.

De hecho este tema o tendencia de priorizar sin base legal la relevancia del derecho penal sobre otras materias del derecho en nuestro país, ya ha sido tratada por diversos reconocidos autores, quienes han destacado y señalado la existencia de marcadas problemáticas propias de nuestro sistema normativo, del modelo de control constitucional adoptado y en la estructura orgánica del poder judicial de la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre varios más.

Claro ejemplo de ello, lo es la problemática que el ex ministro de la Suprema Corte José Ramón Cossío puntualmente señala, respecto de lo que refiere, como el abandono que ha sufrido en temas que deberían ser por demás esenciales en la agenda jurídica en México, como lo son el derecho procesal en general y lo relativo a la reflexión de la esencia de la justicia en sentido amplio, abandono que a su juicio: ... “ha derivado de la enorme importancia que se le ha

¹⁴ Marcos Escobar, Sídney Ernestina, “Criminal Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. Consultado [13 de julio del 2021], op. cit.

¹⁵ *Ibidem*. Pág.8.

¹⁶ Asociación de profesionales de cumplimiento normativo. Visible en: <http://www.cumplen.com>. Consultado [20 de julio del 2021].

venido dando al tema de la justicia penal (lato sensu), con el consiguiente desplazamiento del resto de los temas de la justicia en general. Con independencia de si los temas son orgánicos, procesales, competenciales o funcionales, en los discursos políticos, jurídicos o académicos, poco a poco se ha dejado de tratar el tema de la justicia en su sentido amplio para irse concentrando en los temas relacionados con la procuración y la administración de justicia”¹⁷.

En temas de cumplimiento normativo, esto no ha sido la excepción. Y es que la inclinación de la mayoría de los abogados o profesionales respecto del cumplimiento normativo solo lo han identificado o homologado en su campo de acción o arista jurídico penal, y relacionado a la culpabilidad o eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en su defecto generalmente como única otra arista posible, la relativa a su relación a aspectos bursátiles y bancarios y la prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita y financiamiento al terrorismo (lavado de dinero) donde todo se centra en las funciones del denominado Comité de Comunicación y Control (CCC)¹⁸ y del denominado oficial de cumplimiento¹⁹ (OC)

¹⁷ Cossío Díaz, José Ramón, Los problemas del actual sistema/modelo nacional de control de constitucionalidad, Capítulo Séptimo, Editado, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2017, pp. 22, 23. Visible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3012/1.pdf>. Consultado [13 de julio del 2021].

¹⁸ ...“El Comité de Comunicación y Control (CCC), es el órgano colegiado constituido por el Consejo de Administración de las Entidades Financieras, cuyo objeto será dictar y vigilar el cumplimiento de las medidas y procedimientos mínimos que dichas Entidades deberán establecer para prevenir detectar y reportar actos, omisiones u operaciones que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie a la comisión de los delitos previstos en los artículos 139 Quáter, 400 Bis del Código Penal Federal, en los términos de las disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, 212 de la Ley del Mercado de Valores y 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.”... Visible en: <http://MandatoComiteDeComunicacionyControl.pdf> (azureedge.net). Consultado [13 de julio del 2021].

¹⁹ ...“El Oficial de Cumplimiento (OC) es designado por el Consejo de Administración; o bien, por el Administrador Único o por el Comité de Comunicación y Con-

en quienes se centra la total atención tanto de la academia, de los profesionales en compliance, de la Iniciativa Privada y hasta de capacitadoras e instituciones educativas *-generalmente de posgrado, en el caso de las más serias-* ofreciendo solo oferta académica o capacitación orientada a fortalecer las funciones de detección que estos desempeñan, pero que enfatizamos, esto solo es dentro de este campo de acción preventivo tan, pero tan específico, dejando un mundo de problemáticas que el complace debería y podría prevenir e inclusive resolver definitivamente en otras de sus muchas aristas.

Es decir la adopción y homologación de modelos europeos y Norte Americanos de compliance, en México se ha centrado principalmente en su aspecto jurídico penal y la responsabilidad penal de las personas jurídicas *-criminal compliance-* dejando a un lado y sin la implementación que merecen temas de cumplimiento normativo en otros muchos campos que este realmente requiere para su real efectividad.

La realidad es que si analizamos más detalladamente, el hablar, o el tener que llegar a hablar de compliance y derecho penal o del criminal compliance en la persona jurídica, es solo la consecuencia de un ineficiente o mal empleado control de cumplimiento normativo.

La falta de prevención en una serie de temas, etapas o aspectos elementales de la organización, y el que un especialista en materia

trol (CCC). El Oficial de Cumplimiento es elegido entre los miembros de la propia organización, pero en todo caso deberá ser un funcionario que ocupe un cargo de alto nivel de autoridad (dentro de las tres jerarquías inmediatas inferiores a la del Director General) y debe ser un funcionario independiente de las unidades encargadas de promover o gestionar los productos financieros, sin funciones de auditoría interna. Para los Grupos Financieros puede existir un único Oficial de Cumplimiento encargado de vigilar las acciones anti LD/FT en todas las entidades del mismo grupo; siempre y cuando se cumplan con las condiciones descritas previamente.

Todos los sujetos obligados deben contar con un Oficial de Cumplimiento” ... por: Villeda José Luis, “Gobierno Corporativo contra Lavado de Dinero”, México. 2020. Visible en: [https://www.linkedin.com/in/jlvilledaglez/detail/recent-activity/posts/en\(50\)ElComitédeComunicaciónyControlyelOficialdeCumplimiento|LinkedIn.Consultado\[21dejuliodel2021\].](https://www.linkedin.com/in/jlvilledaglez/detail/recent-activity/posts/en(50)ElComitédeComunicaciónyControlyelOficialdeCumplimiento|LinkedIn.Consultado[21dejuliodel2021].)

de compliance o el gobierno corporativo sepan que existen penas que pueden disolver la persona moral, en nada abona a el cumplimiento normativo integral de esta en las diversas áreas.

Es decir, y siguiendo nuevamente a el ex ministro Cossío²⁰, en México, es dable el asegurar, que muy probablemente se ha sufrido un severo abandono en temas de compliance en la gran mayoría de sus materias o campos a desarrollar, *“Derivado de la enorme importancia que se le ha venido dando al tema de la justicia penal (lato sensu), con el consiguiente desplazamiento del resto de los temas de la justicia en general”*, ya que pareciere que la doctrina y los colegios de abogados dentro del foro jurídico, nos hemos dedicado a alarmarnos respecto de las reformas *-aun recientes-* del Código Federal Penal.²¹

La persona jurídica puede ser sujeta a responsabilidad penal y puede incurrir en delitos, independientemente y/o al mismo tiempo que las personas físicas que la integran, que la pueden llevar a hacer disolución societaria. Por lo que algunas firmas y especialistas de en materia penal, aseguran y garantizan tener la entera y total solución para prevenir el incurrir en este problema, sin contemplar ni medianamente, que los delitos en los que pudiese incurrir una persona jurídica de acuerdo a los mismos tipos penales contempla-

²⁰ Carbonell Sánchez, Miguel, “Modelo de imputación por falta organizacional”, en Centro de Estudios Carbonell, México, 2020. <https://miguelcarbonell.me/2020/01/21/compliance-para-empresas/>. Consultado [21 de julio del 2021].

²¹ “La reforma constitucional en materia penal publicada el 18 de junio de 2008 nos suministra la base para realizar una profunda transformación del sistema penal mexicano. Sus disposiciones tocan varios de los ámbitos sustantivos de dicho sistema, dado que abarcan temas como la seguridad pública (cuerpos policiacos y prevención del delito), la procuración de justicia (el trabajo del Ministerio Público, el monopolio de la acción penal que desaparece al menos en parte), la administración de justicia (a través de la incorporación de elementos del debido proceso legal y de los llamados juicios orales) y la ejecución de las penas privativas de la libertad”. Visible en: Carbonell Sánchez Miguel “La Reforma Constitucional en Materia Penal: Luces y Sombras”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/8.pdf>. Consultado [21 de julio del 2021].

dos para ella dentro de la legislación Penal Federal²², son en mayor medida de orden y a consecuencia de irregularidades administrativas, financieras, contables y hasta fiscales, que actualmente pudiesen incurrir simultáneamente en temas de blanqueo de capitales²³, campos del conocimiento que por mucho distan del campo de conocimiento del abogado de estricto corte penal y/o procesal penal, y no se diga en temas de impacto ambiental o responsabilidad social como también puede ser el caso.

²² Artículo 11.- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Artículo 11 Bis.- Para los efectos de lo previsto en el Título X, Capítulo II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los siguientes delitos: A. De los previstos en el presente Código: I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; II. Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis; III. Contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; IV. Corrupción de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; V. Tráfico de influencia previsto en el artículo 221; VI. Cohecho, previsto en los artículos 222, fracción II, y 222 bis; VII. Falsificación y alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; VIII. Contra el consumo y riqueza nacionales, prevista en el artículo 254; IX. Tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter; X. Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter; XI. Robo de vehículos, previsto en el artículo 376 Bis y posesión, comercio, tráfico de vehículos robados y demás comportamientos previstos en el artículo 377; XII. Fraude, previsto en el artículo 388; XIII. Encubrimiento, previsto en el artículo 400; XIV. Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; XV. Contra el ambiente, previsto en los artículos 414, 415, 416, 418, 419 y 420;... Código Penal Federal vigente en 2021. Consultado [24 de julio de 2021].

²³ *Ibidem*.

Y es que ningún plan de compliance y cumplimiento normativo de un abogado o despacho de inclinación en derecho penal, realmente es capaz de garantizar el cumplimiento de la normatividad a la que un ente económico o empresa está obligado formalmente y hasta moralmente a cumplir a lo largo de su vida económicamente activa y en todas y cada una de sus relaciones contractuales y comerciales.

Ya que si así fuera, y si lo que se conoce como el *criminal compliance*, por sí solo en manos del abogado penalista, fuera capaz de prevenir delitos, también pudiera prestar el servicio de *criminal compliance* exitosa y eficientemente en la prevención de delitos por hechos de tránsito, o de violencia intrafamiliar, sin embargo esto no es, ni ha sido posible a lo largo de la historia del derecho y en específico de la ciencia y derecho penal. Y aunque sea casi natural en nuestra latitud, hablar de cumplimiento normativo y delitos corporativos de manera siempre conjunta, innegablemente esto solo es un aspecto, y es el último dentro del crisol de temas y elementos que el compliance debe contemplar y considerar para estar en condiciones de hablar de prevención de incumplimiento normativo, máxime en un ente económico complejo como lo es la persona jurídica y el actual despliegue de la compleja delincuencia corporativa²⁴. Y resulta innegable que generalmente, el delito cometido por la persona jurídica es la consecuencia de la falta de debida diligencia (*due diligence*)²⁵ y cuidado en el cumplimiento normativo en una y/o cien

²⁴ “La prevención y la reacción ante la delincuencia económica han sido deficientes. Ello se debe en buena medida a las dificultades que ha tenido el Derecho penal tradicional para abordar situaciones complejas y profesionales producidas en entornos organizativos complejos”. Fuente: Zúñiga Rodríguez Laura. Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, 3.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2009, p. 204.

²⁵ “Due diligence o ‘La diligencia debida’ por su traducción del inglés, es la investigación o el ejercicio del cuidado que normalmente se espera que una empresa o persona razonable tome antes de celebrar un acuerdo o contrato con otra parte o un acto con un cierto estándar de cuidado.

Puede ser una obligación legal, pero el término se aplicará más comúnmente a las

áreas diversas²⁶ o por lo menos anteriores al requerir entrar en áreas de estudio del derecho penal en lato sensu, y no se diga en temas de tipología específica de las personas jurídicas, sin por ello demeritar lo importante que resulta conocer un tipo penal para evitar el adecuar una conducta a este, pero que aun así resulta que las conductas previstas por el legislador dentro de los tipos penales, son conductas humanas que en ocasiones eran hasta comunes antes de convertirse en acciones u omisiones socialmente reprochables, y que aunque muchas infringen las normas, no todas son o pueden ser consideradas delictivas. Ante esto Margarita Martínez Escamilla, catedrática de derecho penal, de la Universidad Complutense de Madrid, precisa lo siguiente:

...“El Derecho penal no es el único instrumento normativo de protección de la sociedad que utiliza el mecanismo de vincular a determinadas conductas (infracciones) consecuencias nocivas o indeseables (sanciones). Esa posibilidad está presente, por ejemplo, en Derecho civil, laboral, mercantil y, sobre todo, administrativo. Debido a que los contenidos (e incluso las denominaciones) son muy

investigaciones voluntarias. Un ejemplo común de diligencia debida en varias industrias es el proceso a través del cual un adquirente potencial evalúa una empresa objetivo o sus activos para una adquisición.” Fuente: Hoskisson, Robert E.; Hitt, Michael A.; Ireland, R. Duane (2004). *Competing for Advantage*. Mason, OH: South-Western/Thomson Learning. p. 251. ISBN 0-324-27158-1.

²⁶ “El proceso de diligencia debida (marco) se puede dividir en nueve áreas distintas:

1. Auditoría de compatibilidad.
2. Auditoría financiera.
3. Auditoría de macro-entorno.
4. Auditoría legal/ambiental.
5. Auditoría de marketing.
6. Auditoría de producción.
7. Auditoría de gestión.
8. Auditoría de sistemas de información.
9. Auditoría de conciliación.”...

Fuente: Gillman, Luis (2010). “Due Diligence, a Strategic and Financial Approach” (2nd ed.). Durban: LexisNexis. ISBN 978-0-409-04699-1.

similares, en muchas ocasiones, se confunde el Derecho penal con otras ramas del ordenamiento jurídico, singularmente con el Derecho administrativo sancionador. La definición de las diferencias no es una cuestión pacífica en la doctrina, apelándose a consideraciones cuantitativas y formales (gravedad de las conductas y de las consecuencias jurídicas, naturaleza del órgano sancionado) o cualitativas (cualidad de las conductas penales de afectar a la subsistencia de la vida social y no la simple idoneidad para conseguir objetivos de política sectorial administrativa, financiera, etc.)²⁷

Argumento notoriamente sólido el anterior, y que además evidencia de manera contundente que ni la ciencia penal en estricto, ni aun tratándose de la rama del derecho penal especializada a la prevención del delito (*política criminal*), puede abarcar todo aspecto o acontecer de relevancia dentro de la implementación del compliance en el ente económico o plan de negocios, Ya que el cumplimiento normativo más bien tiene que ver con todo aspecto tangible o intangible en el que el ente económico pueda generar, estar, ser objeto o sujeto obligado de derecho en el mundo de facto, es decir, que cualquier acto o hecho en que la persona física o el ente jurídico, pudiese estar obligado a hacer o no hacer, tanto internamente (*políticas internas*) como coercitivamente por algún cuerpo normativo gubernamental, que por más elemental que este pareciere o sea, ya estamos hablando de compliance, debido a que es innegable que el marco normativo tanto local como Federal en México, a la fecha implica el que inatender, o mal atender un cuerpo normativo en materia de derecho familiar – *al negarse a retener el porcentaje fijado por un juez familiar para cubrir la pensión alimenticia del hijo de un trabajador, o por mencionar otro caso, en* – materia de derecho administrativo en

²⁷ Martínez Escamilla Margarita, CONCEPTO Y FINES DEL DERECHO PENAL, Teo Cardalda-Academia.edu, DERECHO PENAL, por: Margarita Martínez Escamilla, María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante, 2012 universidad complutense de Madrid visible en: https://www.academia.edu/15850271/Lecci%C3%B3n_1a_CONCEPTO_Y_FINES_DEL_DERECHO_PENAL. Consultado el 23 de Julio del 2021.

seguridad social o fiscal -*Al no inscribir a un trabajador adecuadamente en el Seguro Social, ó -al incumplir el pago o entero de cualquier impuesto en el que se coloque como sujeto obligado dentro del Código Fiscal de la Federación, Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social,* entre muchas otras, puede hasta en ciertos casos desencadenar la comisión de un delito de orden Federal, y hasta traspolarse a delitos de mayor gravedad e impacto social, como lo son la defraudación fiscal, el contrabando y hasta incluso de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (ORPI) con las amplias consecuencias y resultados negativas que puede conllevar esto para el posible infractor, como lo son la imputación de delincuencia organizada, la aplicación de prisión preventiva oficiosa, el desmantelamiento y liquidación de la persona jurídica, tal cual se prevé en las normas relativas vigentes aplicables actualmente, impactando con ello de forma gravemente negativa y muchas de las veces de manera irreparable en la reputación de la persona jurídica y de las personas físicas que la conforman así como los demás implicados y relacionados comercialmente con ellos por el resto de sus vidas. Cuestión que en muchas ocasiones llega a representar mayor pena que la que las autoridades lograsen imponer.

II. SEGUNDA REFLEXIÓN. LA ERRÓNEA HOMOLOGACIÓN DEL COMPLIANCE Y LAS FORMAS DE PREVENCIÓN EN EL SECTOR BANCARIO Y BURSÁTIL

De igual forma hablar u homologar todo aspecto elemental del cumplimiento normativo de un ente económico -*sociedad*- con el de la labor y las formas de la figura del Oficial de Cumplimiento (OC) de entes financieros y bursátiles²⁸ (*como notoriamente se ha hecho en México*), es en algunas cuestiones muy simplista y en otras realmente resulta imposible de homologar con eficacia. Ya que las directrices

²⁸ Visible en: https://www.cnbv.gob.mx/PrevenccionDeLavadoDeDinero/Documents/2-1_Conocimientos_tecnicos_en_PLD-FT_Leyes_y_disposiciones.pdf. Consultado el: 24/07/2021.

del oficial de cumplimiento en este campo están muy delimitadas, y se puede decir que solo atiende a variantes cuantitativas en el comportamiento regular del cliente (*cuentahabiente generalmente*) en relación a su perfil transaccional²⁹, las cuales generan alertas de riesgo muy específicas, generando duda de la verdadera legalidad y regularidad de los recursos que presentan dicha variación injustificada, y por tanto la sospecha de ser recursos provenientes de Operaciones de procedencia ilícita.

Por lo que resulta poco responsable hablar de compliance y solo referirse a homologaciones a la normatividad vigente y a los cuerpos normativos internos (*manuales y protocolos de actuación*) de instituciones bancarias y/o bursátiles. Cuando a todas luces no resultan compatibles con todos los modelos de negocios que existen en el mundo comercial y de servicios.

El compliance innegablemente conforma un conjunto de buenas prácticas y procedimientos tan basta como el comercio mismo, que ni si quiera los organismos internacionales encargados de su estudio, han logrado obtener una formula exacta y común que englobe todos y cada una de los modelos y sectores de negocios, las actividades comerciales y de servicios existentes, y en desarrollo en el orbe, por lo diversas que resultan estas, y solo se han logrado erigir o propuesto estándares y recomendaciones sobre vigilancia auditorías y control muy generales (*ISO 37001:2016, ISO 19600:2015 hoy sustituida por la ISO 37301:2021*)³⁰ que por su misma naturaleza de

²⁹ De acuerdo a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores mexicana, “El perfil transaccional es la Información que proporcione el cliente y usuario al sujeto obligado. Información con la que cuente el sujeto obligado, respecto del monto, número, tipo, naturaleza y frecuencia de las operaciones que comúnmente realizan los clientes y usuarios. Origen y destino de los recursos involucrados. Conocimiento que tenga el empleado o funcionario del sujeto obligado, respecto de sus clientes y usuarios”. Visible en :https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/2-1_Conocimientos_tecnicos_en_PLD-FT_Leyes_y_disposiciones.pdf. Consultado el: 24 de julio del 2021.

³⁰ -La Norma ISO 19600: Se publicó en 2014, estaba dirigida a aquellas organiza-

constituirse en una implementación de pautas y directrices, que no son obligatorias, pero es muy cierto que, tanto el país y/o persona jurídica o física que no las adopte, promueva y se conduzca comercial y profesionalmente conforme a ellas, puede ser comercialmente mal visto o simplemente excluido del mundo de los negocios.

Pautas y directrices que citando a él mismo Hugo Alberto Ángel, que a grandes rasgos están destinados a garantizar que una corporación cumpla con:

- *El marco normativo y reglamentario.*
- *Las políticas internas.*
- *Los códigos éticos y de buenas prácticas.*
- *Los compromisos con terceros (clientes y proveedores).*

De esta manera, identifica y alerta sobre los riesgos legales y de funcionamiento en tres direcciones esenciales:

ciones que querían implementar políticas serias de Compliance. En concreto, establece los requisitos para poner en marcha un Sistema de Gestión de Compliance.

-La Norma ISO 37301: Se publicó en 2021. En sustitución de la Norma ISO 19600, Este documento especifica los requisitos y proporciona directrices para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento eficaz dentro de una organización.

Este documento es aplicable a todo tipo de organizaciones independientemente del tipo, tamaño y naturaleza de la actividad, así como si la organización es del sector público, privado o sin fines de lucro.

Todos los requisitos especificados en este documento que se refieren a un órgano rector se aplican a la alta dirección en los casos en que una organización no tiene un órgano rector como una función separada.

-La Norma ISO 37001: se publicó en 2016 y es la norma internacional para los sistemas de gestión anti soborno. Es el estándar internacional que permite a las organizaciones de todo tipo prevenir, detectar y abordar el soborno mediante la adopción de una política anti soborno, el nombramiento de una persona para supervisar el cumplimiento anti soborno, la capacitación, las evaluaciones de riesgos y la debida diligencia en proyectos y socios comerciales, la implementación de controles financieros y comerciales, y el establecimiento de procedimientos de informes e investigación.

Fuente: <https://www.iso.org/iso-37001-anti-bribery-management.html> y <https://www.iso.org/standard/75080.html>. Ambas consultadas el 24 de Julio de 2021.

- Sanciones y multas.
- Pérdidas de reputación por incumplimientos.
- Costes financieros y de negocio.

*Identificados los posibles problemas, el gran objetivo del cumplimiento normativo consiste en poner en marcha los mecanismos preventivos de gestión positiva de esos riesgos, y evitar que ocurran*³¹

Por lo que aunque tenemos una muy reciente inclusión de la figura del oficial de cumplimiento, del Comité de Comunicación y Control y hasta de un denominado compliance officer dentro del organigrama de personas jurídicas y asesorando a personas físicas que comercian o prestan servicios, y que se consideran el elemento de capital humano idóneo para atender eficazmente las exigencias del compliance, lo cierto es que es por demás complicado que éste, realmente sea capaz de abarcar por sí solo toda función y exigencias de lo que los marcos normativos nacionales e internacionales le exigen a un ente económico o de prestación de servicios para operar su razón de negocios, y lo más importante, que es el operar sin dañar a su entorno y finalmente a su propia reputación. Por lo que el cumplimiento normativo debe imperar en todas las áreas y departamentos y actividades del negocio o servicio que se preste.

III. TERCERA REFLEXIÓN. EL COMPLIANCE EN MÉXICO, SOLO COMO UNA ATENUANTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

Si bien es cierto el modelo preventivo ofrecido por el compliance que hoy se oferta de manera generalizada por despachos de abogados penalistas de consultoría y/o asesoría en materia de *criminal compliance* en México, en aras de proteger bienes *jurídico-penales*,

³¹ Alberto Ángel Hugo, Cumplimiento Normativo: Riesgos y beneficios de su implementación, publicado el 14 de octubre, 2020, Bogotá, visible en: <https://www.piranirisk.com/es/blog/cumplimiento-normativo-que-es-como-evita-riesgos>. Consultado el: 24/07/2021.

puede ser útil para contener otros riesgos que causan inseguridad en las sociedades actuales. La verdad es que no resulta suficiente ni adecuado, ya que ni protege lo suficiente, ni previenen a tiempo todos los riesgos en los que incurre un ente económico tan complejo como lo es la empresa.

La verdad es que el *criminal compliance* en México, sólo se explica como una atenuante de responsabilidad penal en aquel o aquellos actos u omisiones (*hecho ilícito*) que se actualizaron en el mundo de facto, y por tanto evidencian la falta de previsión y/o debida diligencia en uno o varios aspectos o campos de la empresa, y el que esta omisión ya tuvo repercusiones a tal grado de que la pena ya debe ser severa, y no como una herramienta de concientización e interiorización del normal desarrollo empresarial y de la forma de hacer negocios, donde la practica ética y diligente debería ser el ideal principal a seguir, y esto aún más se evidencio, con la reciente modificación del último párrafo del artículo 11bis del Código Penal Nacional³² (CPN) en relación con el Artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales Federal, el cual prácticamente deja insubsistente la responsabilidad penal de la persona jurídica atenuándola hasta en un cuarto de su punibilidad, si se acredita que esta posee, lo que denomina un “órgano de control permanente”³³ dentro de su gobierno corporativo. Aunque como se ha reiterado,

³² Último párrafo del artículo 11bis del Código Penal Nacional vigente en 2021... “En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico”... consultado el: 24/07/2021.

³³ ...”Estructuras internas de prevención de riesgos de lavado de dinero:

-Oficial de Cumplimiento (OC): El Oficial de Cumplimiento es designado por el Consejo de Administración; o bien, por el Administrador Único o por el Comité de Comunicación y Control (CCC). El Oficial de Cumplimiento es elegido entre los miem-

realmente no se sabe o se explica que es a ciencia cierta, o que implica esto fuera de entidades financieras y de la prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo, ya que las reglas del juego no están planteadas con claridad, o ni si quiera están planteadas por nuestro marco Normativo cuando la razón de negocios o actividad económica, no está estrictamente orientada al sector bancario y/o bursátil ni a la prevención de lavado de dinero y Financiamiento al terrorismo.

Cuestión la anterior que nos adentra a nuestro tercer punto de relevancia, a ser reflexionado acerca del compliance y como se ha concebido en México, ya que dicho marco normativo es de considerarse inequitativo y hasta lo tildaría de discriminatorio, debido a que claramente, el referido último párrafo del artículo 11bis del Código Penal Nacional (CPN), establece la en líneas arriba referida

bros de la propia organización, pero en todo caso deberá ser un funcionario que ocupe un cargo de alto nivel de autoridad (dentro de las tres jerarquías inmediatas inferiores a la del Director General) y debe ser un funcionario independiente de las unidades encargadas de promover o gestionar los productos financieros, sin funciones de auditoría interna. Para los Grupos Financieros puede existir un único Oficial de Cumplimiento encargado de vigilar las acciones anti LD/FT en todas las entidades del mismo grupo; siempre y cuando se cumplan con las condiciones descritas previamente.

-Comité de Comunicación y Control (CCC): El CCC es la máxima autoridad dentro del sujeto obligado en materia de PLD y FT; por lo tanto, los funcionarios que la integran deben tener la capacidad para la toma de decisiones.

El CCC estará integrado con al menos 3 miembros, que deben ocupar la titularidad de las áreas que al efecto designe el Consejo de Administración o su administrador único. Deberán participar miembros del Consejo, el Director General o Funcionarios de las tres jerarquías inmediatas inferiores a la del Director General.

La asistencia al CCC es de suma importancia y por ello, de acuerdo con la regulación los miembros propietarios pueden designar a sus respectivos suplentes, quienes únicamente podrán representarlos en dos sesiones no continuas por semestre. Para que sus sesiones puedan celebrarse válidamente se requiere que este la mayoría y se sessionará con una periodicidad de al menos una vez cada mes del año.”...

Fuente consultable en: Villeda José Luis, El Comité de Comunicación y Control y el Oficial de Cumplimiento publicada el 3 de septiembre de 2020. <https://www.linkedin.com/pulse/el-comit%C3%A9-de-comunicaci%C3%B3n-y-control-oficial-jose-luis-villeda->. consultado el: 24 de julio del 2021.

atenuante de responsabilidad penal de personas jurídicas, si con anterioridad al delito que se le impute a la persona jurídica, se tiene integrado un “*compliance program control*” o programa de cumplimiento normativo, el cual requiere e implica necesariamente mayor capital humano capacitado (especialistas) y por lo tanto, representa gasto, gasto que resulta bastante elevado en relación a el beneficio que aparentemente brinda, ya que si de por sí, México carece de una cultura del seguro³⁴, aún más del seguro que es aparentemente costoso.

Por lo que los beneficios que procesalmente brinda el Código Penal Federal en relación al Código Federal de Procedimientos penales, no resultan ni viables ni costeables para la gran mayoría de las empresas Mexicanas, considerando que estas son en su gran mayoría, véase (cuadro 1) Micros, Pequeñas y Medianas³⁵ (MIPY-MES), y dentro de ellas en su mayoría empresas familiares³⁶. Por lo

³⁴ “A pesar de que, al cierre del cuarto trimestre de 2016, y de acuerdo con la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, el sector asegurador creció 9.3% en términos reales, con un monto total de 447 mil 637 millones de pesos en primas emitidas, México no cuenta con una sólida cultura del seguro.

La noción y el entendimiento que la población mexicana tiene sobre los seguros es aún muy pobre, sobre todo si nos comparamos con otros países, en donde, existen los seguros obligatorios”. Fuente visible en: <https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/dnoticias/articulos/cultura-de-seguros.html>. Consultado el: 13 de julio del 2021.

³⁵ Mediante el comunicado de prensa Núm. 448/19 de fecha 2 de septiembre de 2019, “ El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) y la Secretaría de Economía, en colaboración con la Asociación Mexicana de Secretarios de Desarrollo Económico (AMSDE), presenta resultados de la Encuesta Nacional sobre Productividad y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (ENAPROCE) 2018”. El cual arroja que: ...”Durante 2018 se registraron poco más de 4.1 millones de micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyMES) en México, clasificadas en los sectores de manufacturas, comercio y servicios privados no financieros.”... Visible en: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/especiales/ENAPROCE2018.pdf>. Consultado el 24/07/2021.

³⁶ El departamento de Práctica de Sostenibilidad, Gestión de Riesgos y Gobierno Corporativo de KPMG en México (KPMG Cárdenas Dosal, S.C. la firma mexicana miembro de la red de firmas miembro de KPMG afiliadas a KPMG International Cooperative (“KPMG International”), una entidad suiza)), publico en el año 2013, el

que resulta poco probable el que no solo es en atención a la limitada economía de las MIPYMES puedan acceder a ella pues es incosteable, si no que este representa un perdón o indulto adelantado para quien pueda pagar un área dentro de su empresa con un determinado número de personas expertas en compliance, y un programa de cumplimiento normativo bien estructurado³⁷ y que por ende generalmente es muy costoso y para la mayoría de las micro y pequeñas empresas de corte familiar -*La gran mayoría en México*- simplemente incosteables.

estudio denominado: “Empresas Familiares en México: El desafío de crecer, madurar y permanecer”, en el que advirtió que: ...“Los censos económicos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), que se realizan cada cinco años (el último es de 2009 y la información fue publicada en 2010-12), indican que en el país existen 5.1 millones de unidades económicas que dan empleo a más de 27 millones de personas. Cada año se incorporan otras 400,000, la mayoría micro (menos de 10 empleados) y pequeñas empresas (hasta 50 empleados). De este universo, las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Mipymes), que básicamente corresponden al modelo familiar, suman 99% del total, con un promedio de 5.4 empleados.”... Visible en: [http://:Empresas Familiares en México el desafío de crecer madurar y permanecer.pdf](http://Empresas_Familiares_en_México_el_desafío_de_crecer_madurar_y_permanecer.pdf) (assets.kpmg) consultado: el 24 de julio del 2021.

³⁷ “Los programas de cumplimiento se conforman a través de una serie de exigencias de diversa naturaleza que han sido señalados por la doctrina. En este sentido, serán elementos indispensables del sistema de cumplimiento aquellos que permiten: identificar mediante un mapa de riesgos aquellas actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos que son objeto de persecución contra las personas jurídicas; establecer protocolos que concreten el proceso de formación”. Citado por: Julio Ballesteros Sánchez, “compliance” empresarial: La labor de empresa más allá de los bienes jurídico-penales. perspectiva española, publicación en la Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 41, n.º 111, julio-diciembre de 2020, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-60. doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v41n111.02>. Consultada: el 24 de julio de 2021.

Número de empresas por tamaño, 2018

Tamaño	Número	Participación (%)
Microempresas	4 057 719	97.3
Pequeñas y medianas empresas (PyMES)	111 958	2.7
Total	4 169 677	100.0

Fuente: <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/especiales/ENAPROCE2018.pdf>.

La antes referida reforma del Código Penal Federal, desnaturaliza el ideal primario del origen del compliance incluso a nivel mundial, puesto que resulta una autorización casi expresa dentro del marco Normativo, para actuar sin diligencia alguna, y delinquir corporativamente o por lo menos actuar corporativamente de una forma poco ética y hasta arbitraria, sin temer por las repercusiones de su actuar, puesto que como se evidenció, pueden acceder fácilmente a los beneficios procesales en materia de culpabilidad penal de la persona jurídica que brinda nuestro marco legal, porque poseen capital económico suficiente para gozar de ello, cuestión diferente de aquellos que no lo tienen.

Luego entonces la combinación de mecanismos preventivos de gestión positiva de riesgos, y una cultura de cumplimiento normativo generalizada, consiente y propositiva resulta elemental para que la ética corporativa, resulte un factor determinante y de fuerte influencia para contrarrestar la perversión de los fines primordiales del compliance y con ello lograr una actividad empresarial ética, que atenué y hasta nulifique, los riesgos en los que expone a la sociedad en la que esta necesariamente inmersa, en vez de solo tratar de atenuar las consecuencias reputacionales y penales de sus actos ilícitos, que como se señala, estos muchas veces son desplegados de manera consiente.

IV. CONCLUSIÓN

Es natural que debido a estos puntos de reflexión expresadas, entre otras más, el compliance en México en la forma que se ha adoptado, Además de que impide la inclusión de la mayor parte del empresariado económicamente productivo, desafortunadamente a la fecha solo sea visto como un elemento o herramienta de atenuante y/o eximente de responsabilidad penal, y no como todo un proceso de transformación empresarial, mejora continua y de gestión positiva y proactiva. De interiorización y de reflexión para el efecto de que la conducción empresarial y del mundo de los negocios sea ante todo ética y moral.

El ente económico empresarial o el profesional, invariablemente debería procurar que en todo momento tanto el propio profesional por sí mismo, así como dentro de las cúpulas directivas de las empresas, y así como de todos aquellos que de forma directa o indirecta estén a su cargo, procuren conducirse con el mayor cuidado posible (debida diligencia y responsabilidad social) hacia con el entorno y sociedad que le permite su desarrollo empresarial y/o profesional. Ya que después de todo, es que por conducto de esta sociedad en la que se encuentra innegablemente inmerso, por la que puede obtener recursos, por lo que su retribución social, debe ser por lo menos, con un cabal ceñimiento a los parámetros y exigencias mínimas de la norma vigente y aplicable, y cumpliendo en tiempo y forma con los supuestos en los que se vea obligado por ella. Pero de igual forma de manera puntual dentro de un actuar ético y moral, dentro de estos parámetros de la norma legal y de la norma ética de la producción de la riqueza.

Por todo lo anterior, si todo ente económico o profesional se solidarizará en medida de lo posible en establecer su operación económica con definidas y robustas prácticas de debida diligencia y cumplimiento normativo, con un verdadero despliegue consiente de buenas y éticas prácticas de prevención y autorregulación, se

podría disminuir o atenuar el riesgo de incurrir en faltas o incluso delitos, independientemente de que se expresen beneficios procesales que consienten o eximen de responsabilidad a la empresa, pese a su actuar negligente y descuidado, poco ético y hasta delictivo de la empresa.

Actualmente no podemos dejar de tomar en cuenta que las empresas, ya sean grandes corporaciones o MIPYMES o bien simples profesionistas, no desarrollan su actividad ni es posible que trabajen de forma totalmente aislada, ya que cualquier actividad empresarial que se desarrolle, necesariamente estará en contacto con numerosos grupos productivos (*proveedores, acreedores entre otros*). Por lo que, todas aquellas intervinientes entre sí, deberán establecer internamente y respetar una política de (*debida diligencia y Cumplimiento Normativo*) de manera natural e incluyente.

V. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado*, Flores Editores, México, 2019.

Código Nacional de Procedimientos Penales vigente en 2021.

Código Penal Federal vigente en 2021.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Los problemas del actual sistema/modelo nacional de control de constitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2017.

DENNIS BOCK, “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en *aa. vv. Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

GILLMAN, Luis, “Due Diligence, a Strategic and Financial Approach” (2nd ed.), South Africa, Butterworths, 2001.

HOSKISSON, Robert E.; Hitt, Michael A.; Ireland, R. Duane, *Competing for Advantage*, Mason, OH: South-Western/Thomson Learning, 2004.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 3.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2009.

2. HEMEROGRAFÍA

ALBERTO, Ángel Hugo, “Cumplimiento Normativo: Riesgos y beneficios de su implementación”, Bogotá, 2020. Disponible en <https://www.piranirisk.com/es/blog/cumplimiento-normativo-que-es-como-evita-riesgos>.

ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO, Madrid, 2021. Disponible en <https://www.cumplen.com>.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio, “compliance” empresarial: La labor de empresa más allá de los bienes jurídico-penales. Perspectiva española”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 41, n.º 111, julio-diciembre de 2020, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel “La Reforma Constitucional en Materia Penal: Luces y Sombras, México, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2008, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3069/8.pdf>.

_____, Miguel, “Modelo de imputación por falta organizacional”, México, 2020. Publicación Electrónica, del Centro de Estudios Carbonell. En. <https://miguelcarbonell.me/2020/01/21/compliance-para-empresas/>.

COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES, Conocimientos técnicos en materia de PLD/FT, Leyes relativas al sistema financiero mexicano, 2020, México, https://www.cnbv.gob.mx/PrevencionDeLavadoDeDinero/Documents/2-1_Conocimientos_tecnicos_en_PLD-FT_Leyes_y_disposiciones.pdf.

COSÍO DÍAZ, José Ramón, *Los problemas del actual sistema/modelo nacional de control de constitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2017. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3012/1.pdf>.

EL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI) y la Secretaría de Economía, en colaboración con la Asociación Mexicana de Secretarios de Desarrollo Económico (AMSDE), *presenta resultados de la Encuesta Nacional sobre Productividad y Competitividad de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (ENAPROCE) México, 2018* en <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/especiales/ENAPROCE2018.pdf>.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *¿Que es el Compliance?*, Blog personal, Madrid, 2017. Disponible en <https://hernanhormazabalmalaree.com/2017/03/10/que-es-el-compliance/>.

JIMÉNEZ, Jorge, Galaz, Yamazaki, Ruiz Urquiza, S.C., México, 2021. Disponible en: <https://www2.deloitte.com/mx/es/paginas/dnoticias/articulos/cultura-de-seguros.html>.

Khan Academy, *La ley de demanda*, Nueva Deli, 2020. Disponible en: [https://www.rankia.mx/blog/indicadores-economicos-mexico/3774765-que-ley-oferta-demanda:text=De la ley de oferta y demanda surgen, precio de un bien aumenta su demanda disminuye.](https://www.rankia.mx/blog/indicadores-economicos-mexico/3774765-que-ley-oferta-demanda:text=De%20la%20ley%20de%20oferta%20y%20demanda%20surgen,%20precio%20de%20un%20bien%20aumenta%20su%20demanda%20disminuye.)

KPMG en México, Empresas Familiares en México, México, 2020, en <http://:Empresas Familiares en México el desafío de crecer madurar y permanecer.pdf> (assets.kpmg).

La Norma ISO 37001: se publicó en 2016 y es la norma internacional para los sistemas de gestión anti soborno en <https://www.iso.org/standard/75080.html>.

La Norma ISO 37301: Se publicó en 2021. En sustitución de la Norma ISO 19600, en <https://www.iso.org/standard/37301.html>.

La Norma ISO 19600: Se publicó en 2014, <https://www.iso.org/iso-37001-anti-bribery-management.html>.

Linguee Traductor del inglés-español / traducción/compliance+management+system.html. Fuente:<https://www.linguee.es/ingles.espanol/traduccion/compliance+management+system.html>.

MARCOS ESCOBAR, Sídney Ernestina, “Criminal Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, en Publicación semestral de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana*, México, Abril 2020. Disponible en: <https://www.uv.mx/derecho/files/2019/04/Revista-de-la-Facultad-de-Derecho-No-3-CRIMINAL-COMPLIANCE-Y-RESPONSABILIDAD-PENAL-DE-LAS-PERSONAS-JURIDICAS.pdf>.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Concepto y fines del derecho penal*, teo cardalda-academia.edu, DERECHO PENAL, por: Margarita Martínez Escamilla, María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante, 2012 universidad complutense de Madrid en https://www.academia.edu/15850271/Lecci%C3%B3n_1a_concepto_y_fines_del_derecho_penal.

- ONTIVEROS ALONSO, Miguel: “Que es el compliance”, en publicación virtual *el Economista web*, México, publicación de fecha 01 de agosto de 2018. <https://www.eleconomista.com.mx/gestion/Que-es-compliance-20180801-0062.html>.
- SCOTIABANK INVERLAT, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Scotiabank Inverlat, Mandato del Comité de Comunicación y Control del Consejo de Administración (Prevención de Lavado de Dinero, México, 2018. Disponible en: <http://MandatoComiteDeComunicacionyControl.pdf> (azuredge.net)
- VILLEDA, José Luis, “Gobierno Corporativo contra Lavado de Dinero”, México, 2020. Disponible en: <https://www.linkedin.com/in/jlvilledaglez/detail/recent-activity/posts/> en (50) El Comité de Comunicación y Control y el Oficial de Cumplimiento | LinkedIn.

TRANSPARENCIA Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN

TRANSPARENCY AND FIGHT AGAINST CORRUPTION

SONIA VENEGAS ÁLVAREZ¹

JULIO CÉSAR BONILLA GUTIÉRREZ²

RESUMEN: Este trabajo presenta, con base en el ejemplo mexicano y los marcos normativos e institucionales creados a partir de las reformas constitucionales 2014-2015, una serie de reflexiones en torno a la convergencia de la transparencia y el combate a la corrupción en la rendición de cuentas como principio, concepto y conjunto de prácticas aplicables a lo público que tienen la posibilidad de abonar a las condiciones de continuidad del desarrollo democrático, porque esa convergencia y vinculación lo es también, a través de los derechos humanos. En ese sentido, se analizan las relaciones entre los Sistemas Nacionales de Transparencia y Anticorrupción mexicanos, en tanto instancias de coordinación nacional para atender estos dos temas, pero sobre todo, para dar cauce a la incidencia y agencia de las personas.

PALABRAS CLAVE: *Transparencia, Combate a la corrupción, Rendición de cuentas, Derechos Humanos, Democracia.*

¹ Licenciada en Derecho y Doctora en Derecho Fiscal por la UNAM, en ambos con mención honorífica. Profesora titular C, de tiempo completo y Secretaria Académica de la Facultad de Derecho UNAM. Miembro del SNI del CONACYT. Recipientaria de las medallas: Ignacio L. Vallarta y Sor Juana Inés de la Cruz. Contacto <svenegasa@derecho.unam.mx>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8686-2263>>.

² Comisionado Presidente del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México; y Coordinador de los Organismos Garantes de las Entidades Federativas del Sistema Nacional de Transparencia. Contacto <juliocesarbonilla@derecho.unam.mx>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-0421-2989>>.

Fecha de recepción: 06 de agosto de 2021. Fecha de aprobación: 20 de enero de 2022.

ABSTRACT: This paper presents, based on the Mexican experience, as well as the normative and institutional frameworks created by virtue of the 2014-2015 constitutional reforms, a series of reflections on the convergence of transparency and the fight against corruption in accountability perceived as a principle, a concept and a set of practices applicable to the realm of the public that have the possibility of improving the conditions of continuity of democratic development, because said convergence and linkage is also, through human rights. In this sense, the relationships between the Mexican National Transparency and Anticorruption Systems are analyzed, as instances of national coordination to address these two issues, but above all, to give way to the incidence and agency of the people.

KEYWORDS: *Transparency, Anticorruption, Accountability, Human Rights, Democracy.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Rendición de cuentas y derechos humanos. La lógica de la transparencia y el combate a la corrupción; III. Transparencia y combate a la corrupción en México; IV. La integralidad de los Sistemas Nacionales de Transparencia y Anticorrupción; V. Reflexiones finales; VI. Fuentes de consulta.

1. INTRODUCCIÓN

La rendición de cuentas y la transparencia, en tanto prácticas y conceptos aplicables al terreno de lo público, se implican mutuamente en la actualidad al grado de que a ambos los consideramos como elementos necesarios, pero generalmente dados dentro de los estados democráticos constitucionales.

En la última década, profundas transformaciones han ocurrido en México en tres materias de la mayor importancia: transparencia, combate a la corrupción y electoral. El punto es que estas reformas,

sobre todo las primeras dos que ocuparán mayormente nuestras reflexiones en este trabajo, se encuentran cruzadas por una misma lógica que les inspira y conecta: la rendición de cuentas.

A raíz de las primeras reformas realizadas en México a finales de los años 70 del siglo XX, y sobre todo con las reformas específicas en la materia que resultaron en las primeras leyes de transparencia a inicios de este siglo, los paradigmas de secretismo, opacidad y discrecionalidad que eran las condiciones ideales para la prevalencia de la corrupción en el México de partido hegemónico, no solo se han proscrito en lo normativo, sino que gradualmente van siendo efectivamente eliminados.

La transparencia, concebida como una serie de herramientas al servicio del ejercicio y potenciación de otras libertades y derechos individuales y colectivos, es hoy un elemento del paisaje democrático con probada capacidad de incidencia en la sustancial rendición de cuentas, entendida como proceso, práctica, obligación y actitud que da pie (i) a la confianza pública, (ii) a la legitimidad de las instituciones a partir de procesos dialógicos abiertos e incluyentes en los que las personas tienen la posibilidad y el derecho de participar, y (iii) al escrutinio, control y vigilancia ciudadana de la gestión pública. La rendición de cuentas, así concebida, presupone la vigencia y efectiva garantía del acceso a la información como derecho humano y claramente la centralidad de las personas.

Las reformas referidas, no solo dieron lugar a la creación de los Sistemas Nacionales de Transparencia y Anticorrupción, sino que los mismos se encuentran entrelazados e indisolublemente vinculados por la lógica de rendición de cuentas ya apuntada, a través de los marcos normativo institucionales creados a partir de las modificaciones constitucionales realizadas y desarrolladas en legislación general con el objeto de homologar en todo el país el tratamiento de ambas materias y posibilitar, para tales efectos, la efectiva coordinación entre todas las instancias competentes, con independencia de órdenes y ámbitos de gobierno.

La convergencia racional, operativa, funcional, ético-política, normativa e institucional de los dos sistemas nacionales objeto de nuestras reflexiones en el principio de *rendición de cuentas*, es sin lugar a dudas, su más profunda vinculación e interconexión al implicar en el fondo, la asunción de la justa relevancia que tienen las personas por propio derecho, para participar en el diálogo en torno a lo público, construirlo y darle forma a través de decisiones debidamente tomadas con base en certezas. Además, por los fines a los que sirve tal principio y el potencial que tiene para incidir en la legitimidad, la confianza ciudadana, la responsabilidad pública, así como en el ejercicio y goce de los derechos humanos, se constituye en las posibilidades de desarrollo democrático.

Este trabajo presenta así, con base en el ejemplo mexicano, una serie de reflexiones en torno a la convergencia aludida entre la transparencia y el combate a la corrupción en la rendición de cuentas como principio, concepto y conjunto de prácticas aplicables a lo público que tienen la posibilidad de abonar a las condiciones de continuidad del desarrollo democrático, porque esa vinculación lo es también, a través de los derechos humanos.

II. RENDICIÓN DE CUENTAS Y DERECHOS HUMANOS. LA LÓGICA DE LA TRANSPARENCIA Y EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Para analizar la vinculación entre la transparencia y el combate a la corrupción a través de la rendición de cuentas y los derechos humanos, es preciso, de inicio, realizar una descripción de cómo se entiende en la actualidad este principio en un estado constitucional democrático.

La rendición de cuentas es un concepto generalmente aplicable a lo público que debe entenderse tanto en un sentido formal como en un sentido sustancial o material.

Desde un punto de vista formal, la rendición de cuentas puede ser descrita como un conjunto de procesos normativos, mecanismos, así como las instituciones a cargo de ellos; por los que las personas tienen

la posibilidad de acceder, conocer, vigilar, controlar, incidir y evaluar la gestión pública a través de las herramientas de la transparencia y la fiscalización. Se trata de un complejo sistema institucional de control al poder integrado por diversas agencias y mecanismos especializados de fiscalización por los que se evalúa el comportamiento de otros agentes públicos y en su caso se aplican sanciones.

La responsabilidad que posibilita así la rendición de cuentas, podemos percibirla, por un lado, bajo la connotación de obligación a cargo de los políticos y servidores públicos de un Estado en el sentido de *responder* en público e informar acerca de sus decisiones y justificarlas frente a la gente; y, por otro, en relación con la posibilidad y capacidad de sancionarles, a través de imputaciones y procedimientos derivados de las *responsabilidades* en que incurran en el ejercicio de sus funciones.³

La rendición de cuentas, desde un punto de vista cultural e idealmente, debe traducirse también, en la aprehensión y apropiación de la convicción, por parte de las y los representantes y las instituciones, en el sentido de que son responsables frente a la sociedad por sus acciones y que, en consecuencia, deben rendir cuentas a las personas cuyos intereses representan mismos que deben anteponer a los propios o de grupo.⁴

Para la efectiva rendición de cuentas, la transparencia es una precondición. Lo anterior, porque el uso de las herramientas de esta última implica el ejercicio de un derecho humano cuyo respeto y efectiva garantía figuran entre las condiciones impuestas en la actualidad a cualquier regimen para ser susceptible de ser admitido como

³ Vid. Schedler, Andreas, “¿Qué es la rendición de cuentas?” en *Cuadernos de Transparencia*, (03), México, IFAI, 2004, pp. 12-19 Disponible en: <http://www.infodf.org.mx/capacitacion/documentos/JURIDICO08/LECTURAS/MODULO%202/RENDICIONDECUENTAS.pdf>

⁴ Vid. Fukuyama, Francis, *The Origins of Political Order. From Prehuman Times to the French Revolution*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, pp. 321-322.

miembro en una sociedad políticamente justa de pueblos.⁵ Nos referimos, claramente, al derecho humano de acceso a la información.

Desde un punto de vista sustancial o material, definir o describir precisa y exhaustivamente lo que es la rendición de cuentas, es una empresa de difícil realización si consideramos que nos encontramos ante un *concepto esencialmente controvertible*⁶ que se conforma, a su vez, con diversos conceptos que comparten la misma naturaleza y que, a pesar de ello, se atribuyen como un todo, es decir integral o conjuntamente. Conceptos contenidos en el mismo describen normativamente e importan valores, principios e incluso finalidades y aspiraciones en el terreno de lo político en específico y de lo público en general.

Este tipo de conceptos tienen elementos, características y contenidos estructurales complejos o plurales (en oposición a simples), por los que se relacionan, interactúan y los propios conceptos se desenvuelven, contraen o despliegan en sus alcances conceptuales, a través de su uso y la indefinibilidad del mismo a cuya constante construcción abonan por medio de la disputa que se da entre los actores sociales o usuarios de tales conceptos, en torno a su uso adecuado.

Asimismo, este tipo de conceptos entraña una fuerte carga normativa y valorativa y, al tener como hemos dicho una estructura compleja, son descriptibles a través de muy diversos acercamientos. Se trata de conceptos abiertos en el sentido de que eventualmente, son susceptibles de incorporar nuevos elementos en su estructura conceptual y cuyo carácter controvertido, reconocen los usuarios de tales conceptos.

Las características descritas de este tipo de conceptos esencialmente disputables, idealmente deberían abonar a una competencia progresiva que, en la medida en que se delinean y confrontan mejores argumentos para su construcción y conformación conceptual

⁵ Vid. Rawls, John, *Collected Papers*, Estados Unidos de Norteamérica, Harvard University Press, 1999, p.560-1.

⁶ Vid. Gallie, W.B, "Essentially Contested Concepts", en *Proceedings of the Aristotelian Society New Series*, Vol. 56 (1955 - 1956), Reino Unido, Oxford University Press, 1956, pp. 167-198.

pueden elevar el nivel de debate y abonar al desarrollo del que se trate, y al del lenguaje asociado a su uso y el de sus conceptos correlativos en lo tocante a sus alcances, relaciones recíprocas y horizontes de evolución y aplicación futura.

Si consideramos lo anterior, tenemos que la transparencia y la rendición de cuentas como principios aplicables a lo público, se relacionan con un concepto de *responsabilidad* permanente que por tanto, se extiende por encima de los mecanismos formales de prevención, control, investigación, fiscalización, auditoría, procesamiento y debida sanción de conductas desviadas de la legalidad, conforme a un conjunto de normas. Esta responsabilidad, se vincula con la convicción que apuntábamos previamente y que se requiere por parte de las y los servidores públicos de cualquier nivel, en el sentido de que son responsables por sus actos ante las personas, cuyos intereses deben privilegiar y anteponer en todo lo concerniente al ejercicio de su gestión.⁷

Esa anteposición de intereses, relacionada con la sustancial rendición de cuentas, se realiza por medio de la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con el principio *pro persona*, es decir favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; y a través del cumplimiento de la obligación a cargo de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y *progresividad*.

En esa línea, la rendición de cuentas representa un sistema relacionado con la asunción de responsabilidad pública que (i) obliga a los servidores públicos a registrar, reportar con detalle y hacer público o responder y justificar, todo lo relativo al ejercicio de sus funciones, y que a través de la transparencia (ii) proporciona a las personas, información y elementos para conocer, controlar, evaluar y monito-

⁷ Vid. Fukuyama, Francis, *Op. Cit.*, pp. 321-322.

rear el desempeño de sus instituciones y de quienes las integran. Por tanto, la rendición de cuentas permite, actual y potencialmente, el ejercicio de otras libertades y derechos fundamentales muy diversos en la idea de que la misma, cobra verdadera sustancia cuando trasciende la mera transmisión de información por parte de un agente público y toma la forma de procesos de comunicación en los que se *justifican* y *juzgan* las decisiones o políticas públicas adoptadas.⁸

Tal justificación y juicio sobre lo que a todas y a todos nos importa, se vinculan evidentemente con la rendición de cuentas en su vertiente de transparente responsividad frente a las personas, por medio de la exposición de razones y argumentos públicos, accesibles y disponibles. Asimismo, se relacionan con la debida consideración de las personas como participantes con voz y voto en el diálogo público.

La responsabilidad pública que se asume a través de la rendición de cuentas, es tanto en un sentido vertical como horizontal.⁹ La vertical, por un lado, entendida como la responsabilidad política que asume un gobierno de cara al electorado y que se verifica de manera periódica mediante la celebración de procesos electorales. Y, por otro, la responsabilidad horizontal que se materializa a través de controles democráticos ajenos a la esfera electoral en sentido estricto, ejercidos u operados por agencias estatales sobre agencias estatales.

Esta segunda vertiente de la responsabilidad pública, relacionada íntimamente con la rendición de cuentas, se verifica cotidianamente entre órganos de gobierno a través de mecanismos de control

⁸ Vid. Peruzzotti, Enrique, “Marco Conceptual de la Rendición de Cuentas” [Ponencia], en la *Reunión Técnica de la Comisión de Rendición de Cuentas de la Organización Centroamericana y del Caribe de Entidades de Fiscalización Superior (OLACEFS)*, Auditoría General de la Nación, Buenos Aires, Argentina, 28 y 29 de agosto de 2008. Disponible en: <https://iniciativatpa.files.wordpress.com/2010/06/peruzzotti-marco-conceptual-de-la-rendicion-3b3n-de-cuentas.pdf>.

⁹ Vid. Emmerich, Gustavo Ernesto, “Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana”, en *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, vol. 2, núm. 4, segundo semestre, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, 2004, pp. 69 y ss.

al poder en forma de sistemas de pesos y contrapesos que se encuentran incorporados en muy diversos diseños normativos y que en el caso mexicano, por lo que hace a las materias de transparencia y combate a la corrupción (así como electoral también) que ocupan nuestras reflexiones, son operados por instituciones especializadas como los órganos constitucionales autónomos u órganos constitucionales complejos coordinados a través de sistemas nacionales y legislación general.

Vale la pena, a guía de antecedente, recordar que por lo que hace a los órganos constitucionales autónomos y por el lado de la materia electoral, estas instituciones hicieron su aparición en el orden jurídico mexicano desde 1993, marcados por su distancia política, administrativa y financiera de la esfera de influencia de los tres poderes tradicionales. Lo cual, representó como lo mencionan Astudillo y Córdova, un punto de inflexión en el modo de ejercer el poder público en nuestro país.¹⁰

En relación con lo anterior, es preciso visibilizar que en una democracia constitucional, el gobierno representativo combina dos marcos institucionales distinguibles entre sí. Por un lado, uno que se encarga de la autorización del poder; y por otro lado, otro marco que es en el que se ubican la transparencia, la rendición de cuentas como principio y el conjunto de instituciones y mecanismos para realizarla. Este segundo marco se encuentra orientado a asegurar tanto la responsabilidad, como la apertura y receptividad de los agentes públicos autorizados para que se ajusten a la legalidad, al debido proceso y para que sus decisiones sean un reflejo de las demandas de las personas.¹¹

Sin embargo, es necesario que existan condiciones democráticas mínimas para que el aludido reflejo y ajuste, así como la exigibilidad de esa responsabilidad en forma de apertura y receptividad,

¹⁰ Vid. Astudillo, César y Córdova, Lorenzo, *Los árbitros de las elecciones estatales. Una radiografía de su arquitectura institucional*, México, UNAM, 2010, p.38

¹¹ Vid. Peruzzotti, Enrique, *op. cit.*

puedan cobrar sustancia y eficacia. Básicamente, nos referimos a la vigencia, al respeto y a la eficaz garantía de las libertades y derechos humanos individuales y sociales como son la igualdad, las libertades de conciencia, expresión, petición, asociación y participación política, así como los derechos de acceso a la información, el derecho a saber, el derecho a la verdad, el derecho a una buena administración, la transparencia y así, una rendición de cuentas sustancial y permanente, entre otros elementos. La rendición de cuentas y la exigibilidad de responsabilidad, guardan en la actualidad, una indisoluble relación con la dignidad de la persona humana y su centralidad como fuente de legitimidad y validez de un sistema jurídico y político.

La maquinaria institucional representativa requiere de los mecanismos de rendición de cuentas cuya ausencia, debilidad o falta de eficacia, afecta la dinámica de aquellos y consecuentemente, los derechos de las personas. De modo que el papel que desempeñan las instituciones con facultades de fiscalización o especializadas en la rendición de cuentas, es de la mayor relevancia para cualquier régimen representativo pues estas se aseguran de que los gobiernos se muestren atentos y responsivos a los intereses y demandas de las personas.

En el caso mexicano, las materias de transparencia y combate a la corrupción como modos de dar forma a la rendición de cuentas y a la responsabilidad pública en su modalidad horizontal, fueron vinculadas a través de las reformas constitucionales 2014-2015, en marcos normativos e institucionales diseñados, construidos y positivizados en legislación general y a los que subyace, como lo hemos mencionado ya, una lógica transversal o confluencia, en la rendición de cuentas como principio aplicable en todos los tramos y niveles de lo público y su gestión. Esto es, desde la autorización para el ejercicio del poder dada en términos de procesos públicos de selección y designación de las y los integrantes de las instituciones

públicas u órganos del Estado,¹² y también durante el ejercicio de la gestión pública. Marcos legales que de igual modo, contemplan diversos incentivos y desincentivos como medidas de acompañamiento, procedimientos de mejora de la gestión y preventivos de investigación, diagnóstico y auditoría, al igual que mecanismos de fiscalización y debida sanción de conductas apartadas de justamente, dichos marcos normativos reformados por el Estado mexicano.

Para que la referida confluencia fructifique en la efectiva rendición de cuentas a la que aspiramos las y los mexicanos, se requiere potenciar la progresiva e interdependiente evolución de las libertades y derechos humanos de las personas; lo que implica y demanda, de igual modo y por las vinculaciones teóricas ya revisadas, la paulatina extensión de los alcances de tales condiciones democráticas en beneficio de todas y todos, pero también, de la transparencia y de un combate a la corrupción eficaz.

Con base en lo expuesto hasta este punto, podemos considerar a la rendición de cuentas como (i) una compleja herramienta que se ubica tanto en los controles democráticos propiamente electorales por los que se suele materializar la responsabilidad vertical, como en los controles democráticos no electorales relacionados con la variante horizontal de materialización de la responsabilidad pública; y (ii) que precisa de la transparencia y de hacer frente a la corrupción para cimentar y construir, respectivamente, las posibilidades de avance democrático, la legitimidad y la confianza pública de las personas en sus instituciones.

¹² Lo relativo a la materia electoral en sentido estricto y por competencia, corresponde al Instituto Nacional Electoral como órgano constitucional autónomo que no solo administra las elecciones en los tiempos constitucionales y legales al efecto aplicables, sino que también, entre los procesos electorales opera diversos controles en forma de fiscalización de recursos, monitoreo de medios, etc.

III. TRANSPARENCIA Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO

Habiendo (i) delineado de manera sucinta en el apartado previo, el marco conceptual que describe a la rendición de cuentas en sus complejas y diversas relaciones con la transparencia, el combate a la corrupción y así, con las posibilidades de desarrollo democrático y de los derechos humanos, y (ii) tras haber mencionado que tales relaciones derivaron en las reformas que dieron lugar a los Sistemas Nacionales mexicanos en materia de transparencia y combate a la corrupción; es preciso dar breve cuenta del modo en el que en México arribamos a los andamiajes normativos e institucionales aludidos.

Por lo que toca al combate a la corrupción, y como hemos dicho ya, tanto el derecho a la información como la transparencia y la rendición de cuentas han probado ser herramientas fundamentales al interior de las democracias representativas en las que tienen la función de controlar el abuso de poder¹³ por parte de las personas servidoras públicas y garantizar que se conduzcan con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia.

La región latinoamericana es una de las regiones del mundo con más altos índices de corrupción pública, entendida como la utilización del poder y los recursos públicos para beneficio personal o de grupo. La nación mexicana forma parte de los países que se han visto inmersos en escándalos de corrupción en las más altas esferas, en los que los intereses políticos y económicos se han confundido.

Nos parece que el tema es que, en adición a que la corrupción implica la violación a una normativa específica y la necesidad de su eventual procesamiento debido a través de los mecanismos normativos e institucionales aplicables, la corrupción implica costos políticos y sociales graves e incuantificables dados en términos i) del daño que provoca en la legitimidad institucional y a la confianza pública,

¹³ Vid. Martínez Robledo, Marybel, “Acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas en México. 37 años de evolución”, en *El Cotidiano*, núm. 187, septiembre-octubre, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2014, p. 211.

y de ii) la inequidad que conlleva toda práctica de corrupción, con el potencial socavamiento de las libertades y derechos fundamentales. La corrupción, de este modo, afecta la relación de representación que se da entre las personas y sus instituciones, lo que, cuando menos, hace vulnerable o expone a la democracia y debilita sus posibilidades de desarrollo, al afectar la confianza de las personas.

Si revisamos algunos datos, tenemos que hace no más de tres años, el 9% de la población latinoamericana percibía a la corrupción como el problema más grave en su país,¹⁴ lo cual, claramente no es un deterioro que haya ocurrido de la noche a la mañana. Por lo que hace a la percepción de aumento de la corrupción en la región, la misma ha ido en ascenso también. Mientras en 2017 un 62% de los latinoamericanos percibían que la corrupción había aumentado, en 2018 el porcentaje respectivo de población que afirmaba lo mismo, era de un 65%; pero en México, el porcentaje respectivo, en ese mismo año ascendió a un 74%¹⁵ aunado a índices de percepción de la corrupción que en la región y hasta este 2021, llevan cinco años promediando 43 puntos sobre 100.¹⁶ Por si fuese poco, “las actitudes y comportamientos de la población de América Latina en general no son propicios para el combate contra la corrupción (...). Hay mucha tolerancia y aceptación de la corrupción como instrumento para lograr objetivos.”¹⁷

Aunque estamos perfectamente conscientes de que los datos brevemente revisados son posteriores a las reformas 2014-2015 que resultaron en los Sistemas Nacionales de Transparencia y Anticorrupción, nos parece que los mismos reflejan que el problema re-

¹⁴ Corporación Latinobarómetro, *Latinobarómetro 2018*, Santiago de Chile, 2018, p. 6. Disponible en: <https://www.latinobarometro.org/latNews.ShowMore.jsp?evYEAR=2018&evMONTH=-1>

¹⁵ *Ibidem.*, p. 62.

¹⁶ Transparencia Internacional, *Índice de Percepción de la Corrupción 2020*, p. 12. Disponible en <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2020-global-highlights#>

¹⁷ *Vid.* Corporación Latinobarómetro, *op. cit.*, p. 65.

gional y nacional que representa la corrupción, está muy lejos de resolverse y que precisa, mucho más que discursos. Se requiere que las diversas instituciones que conforman a dichos Sistemas Nacionales y que, como hemos dicho, se vinculan en lo profundo también con la materia electoral; cobren mayor eficacia en la aplicación de la normativa aplicable y de su competencia. Del mismo modo, es necesario no perder de vista que una de las funciones centrales de las normas jurídicas relativas a la transparencia y su discurso, tiene que ver precisamente con la legitimidad con la que dotan al entramado institucional al que le aplican.¹⁸

Además, lo anterior es necesario para dar lugar al desarrollo paulatino de una cultura de transparencia en el manejo de los recursos públicos y de las responsabilidades políticas, así como para mejorar la rendición de cuentas en su conjunto y de cara a la ciudadanía.¹⁹ En ese orden de ideas, los Sistemas Nacionales son en sus materias respectivas, pero también percibidos de un modo integral, un conjunto de mecanismos institucionales de realización y atribución de responsabilidad y ejercicio de control que fortalecen la participación ciudadana, el gobierno responsable, la transparencia y la oportuna rendición de cuentas.

La descripción del tránsito mexicano desde la opacidad y la discrecionalidad hacia la transparencia garantizada por la constitución, institucionalizada y desarrollada por legislación general en la materia, hace necesaria la breve revisión de algunos antecedentes.

El orden jurídico mexicano del siglo XX, diseñado por el régimen posrevolucionario de partido hegemónico, contenía amplios espacios para la opacidad, la discrecionalidad, el abuso de poder y así, para la corrupción.

Aunque la materia electoral, no es propiamente parte de nuestro trabajo, la democracia comprendida en un sentido amplio y en

¹⁸ Vid. Adams, Rachel, *Transparency (New Trajectories in Law)*, Reino Unido, Taylor and Francis, Routledge, Edición de Kindle, 2020, p. 72.

¹⁹ Vid. Emmerich, Gustavo Ernesto, *op. cit.*, p.69.

consonancia con lo expuesto hasta este punto, sí lo es. Por tanto, es ineludible señalar en nuestro breve recuento de antecedentes que, en México, el desarrollo democrático y el de la transparencia se dieron de un modo paralelo e íntimamente vinculado a partir de la reforma política de 1977 por la que se dio inicio a la apertura de espacios políticos que fueron articulándose poco a poco, dando cauce a la pluralidad y que, por medio de cambios y reformas incrementales, resultaron en la alternancia política en el año 2000 y, mucho más recientemente, en el pluralismo político que vimos reflejado en las últimas elecciones federales del año 2018.

En dicha reforma de 1977, se agregó al artículo 6° de la constitución mexicana el siguiente fraseo: “el derecho a la información será garantizado por el Estado.” Lo anterior, en su momento, claramente no implicó la vigencia y garantía del derecho de acceso a la información como lo comprendemos en la actualidad, pues de hecho, no fue sino hasta 2002 con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que se precisaron y delinearon los alcances y rasgos de este derecho fundamental que habría de seguir desarrollándose en beneficio de las personas, hasta concretarse en la legislación general actualmente vigente.

No podemos dejar de mencionar, por su relevancia, que el contenido constitucional referido, en las primeras interpretaciones que del mismo se hizo por parte de los órganos jurisdiccionales mexicanas fue identificado con una garantía social aplicable, en exclusiva, en el ámbito de los partidos políticos y con el objeto de que estos tuviesen la posibilidad de difundir sus plataformas y propuestas en los medios de comunicación masiva.²⁰ Lo anterior, si bien formal-

²⁰ *Vid.* Sentencia Amparo en revision 10556/83, Actor: Ignacio Burgoa Orihuela, Autoridad responsable: C. Secretario de Hacienda y Crédito Público, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, Tomo X, octubre de 1992. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, p. 71. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=291&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=206435> (consultada el 09 de noviembre de 2020).

mente reafirmó la relación entre democracia y transparencia, en modo alguna implica que podamos decir que en aquel entonces existía en México una cultura de transparencia. Sin embargo, y esto sí debe subrayarse, la base o cimiento para su construcción se tenía ya desde argumentaciones incorporadas en resoluciones emitidas por órganos del Estado.

Con la reforma constitucional de 1994 se otorgaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación facultades de Tribunal Constitucional, mismo que en ejercicio de facultades de investigación en relación con el caso Aguas Blancas, hizo una ampliación jurídico-conceptual sobre el derecho de acceso a la información e interpretó su estrecha relación con el derecho a saber la verdad, planteando su “carácter básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana más enterada, esencial para el progreso de nuestra sociedad” (Jurisprudencia LXXXIX/96).²¹

A través de posteriores resoluciones, en los años 1997 y 1999 el Tribunal Constitucional mexicano amplió nuevamente la comprensión de tan relevante derecho fundamental entendiéndolo como una garantía de tipo individual, limitada por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero (Jurisprudencia P XLV/2000).²²

²¹ Jurisprudencia LXXXIX/96. GARANTIAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACION). VIOLACION GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTUAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACION Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTICULO 6o. TAMBIEN CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, junio de 1996, p. 153.

²² *Vid.* Jurisprudencia P. XLV/2000. DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 6o. CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p.72.

Los tribunales así, abonaron a la construcción conceptual del texto constitucional en la materia por medio de sus interpretaciones y la determinación de sus alcances y contenidos, con base en la interacción de elementos jurídico-políticos y elementos derivados de la incidencia o agencia de este tipo de órganos en ejercicio de sus facultades de interpretación constitucional,²³ lo cual en el agregado, sirvió de base para las primeras leyes de transparencia a inicios de este siglo.

El marco normativo mexicano vigente en materia de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas, desarrollado a lo largo de estas dos últimas décadas en nuestro país, tras la emisión de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el año 2002, las diversas reformas constitucionales realizadas en la materia y la emisión en el año 2015 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública que hoy nos rige, debe ser visto como un andamiaje cuya finalidad es la de transformar a la mexicana, en una sociedad sustancialmente más democrática, involucrada y participativa, con base en el impulso del derecho de acceso a la información y el empoderamiento que el mismo permite a favor de las personas al posibilitar y potenciar la capacidad de ejercer otras libertades y derechos.

Los andamiajes institucionales y normativos que constituyen los sistemas nacionales materia de nuestras reflexiones, convergen como mecanismos o instancias de coordinación institucional entre diversos niveles y órdenes de gobierno en la rendición de cuentas y, así, guardan una relación directa también con otros elementos del paisaje institucional democrático y su sostenimiento como lo son la centralidad de la persona y el respeto a los derechos humanos como fuente legitimadora de toda actividad del Estado.

²³ Bonilla, Julio César y Perea, Marcos J., *Jueces y política. El derecho de réplica y su desarrollo en México*, México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 206.

IV. LA INTEGRALIDAD DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE TRANSPARENCIA Y ANTICORRUPCIÓN

Ante la convergencia de los Sistemas Nacionales de Transparencia y Anticorrupción en la rendición de cuentas y por ende, en los derechos humanos; los mismos fueron diseñados sobre una base nacional definida en términos constitucionales y desarrollados en legislación general considerada, en términos del artículo 133 de la constitución mexicana, como Ley Suprema de toda la Unión en el sentido de que incide válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano, corresponden a leyes respecto de las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, y que no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a este a dictarlas, de modo que una vez promulgadas y publicadas deben aplicarse por las autoridades de todos los órganos y niveles de gobierno.²⁴

En las materias de transparencia y combate a la corrupción, México optó por una visión integral y transversal de la rendición de cuentas, así como por una coordinación nacional que por en esa misma medida, escapa a discusiones en materia de centralización o descentralización de funciones para enfocar las cosas en cómo hacer realidad entre todas y todos, los beneficios de los diseños institucionales referidos. Igualmente, esto implica que lo relativo a las referidas materias, por su fundamental importancia reflejada en cláusulas constitucionales, debe ser tratado en congruencia con las bases de tales diseños y acordado en instancias plurales como los Sistemas Nacionales de Transparencia y Anticorrupción mexicanos.

Por lo que hace al Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la

²⁴ *Vid.* Tesis P. VII/2007, LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

Información Pública y Protección de Datos Personales (SNT), el mismo es una instancia de coordinación y deliberación cuyo objeto es organizar los esfuerzos de cooperación, colaboración, promoción, difusión y articulación permanente en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, de conformidad con lo señalado en la propia LGTAIP y demás normatividad aplicable.

El SNT, con su composición plural, constituye el espacio en el que se posibilita la construcción de una política pública integral, ordenada y articulada, con una visión *nacional*, para garantizar el efectivo ejercicio y respeto de los derechos de acceso a la información y de protección de datos personales, promoviendo y fomentando una educación y cultura cívica en relación con los mismos en todo el territorio nacional, así como la efectiva rendición de cuentas de todos y cada uno de los sujetos obligados.²⁵ El SNT se integra por el conjunto orgánico y articulado de sus miembros, procedimientos, instrumentos y políticas, con el objeto de fortalecer la rendición de cuentas del Estado Mexicano mientras que la coordinación al interior del mismo ocurre entre las distintas instancias que, en razón de sus ámbitos de competencia, contribuyen a la vigencia de la transparencia a nivel nacional, en los tres órdenes de gobierno.

Este marco normativo-institucional que es el SNT, se orienta expresamente a la construcción de un Estado más eficiente y comprometido con la transparencia, la rendición de cuentas, la generación de información de calidad y con la gestión y el procesamiento de la misma, como mecanismos para facilitar el conocimiento, la revisión y la evaluación de la gestión pública. Asimismo, busca dar forma a un Estado que tome en serio el derecho de acceso a la información y que promueva una cultura de transparencia y accesibilidad que coadyuven a la fiscalización y rendición de cuentas efectivas.

En cuanto a su diseño interno, el Consejo Nacional de Transparencia como máxima autoridad del SNT se encuentra integrado por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y

²⁵ *Vid.* LGTAIP, artículos 27 a 36, entre otros.

Protección de Datos Personales (INAI), los Organismos Garantes de las Entidades Federativas, la Auditoría Superior de la Federación (ASF), el Archivo General de la Nación (AGN) y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). La ASF, por supuesto, en razón de su naturaleza de instancia fiscalizadora y de rendición de cuentas; el AGN por virtud de la gestión de la información y los aspectos archivísticos aplicables, y el INEGI en razón de temas de información, evaluaciones y bases de datos conducentes a la labor del SNT.

Es por medio del SNT y del cumplimiento de sus funciones que se posibilita el ejercicio permanente de controles democráticos no electorales sobre las instituciones por la vía de la transparencia, la rendición de cuentas, el acceso a la información y así, por medio de la exigencia de responsabilidad horizontal.

En lo tocante al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), me parece que podemos percibir al mismo como el último eslabón de una cadena que cierra el círculo de la *responsabilidad* en el ejercicio de la función pública. Lo anterior, en razón de que este sistema es también, una instancia de coordinación, entre distintas autoridades federales y locales, encargadas de la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como de la fiscalización y control de recursos públicos. Esta instancia nacional, cuenta con la participación de la ciudadanía a través de un Comité Ciudadano (CPEUM, art. 113) y su finalidad propiamente como sistema, es establecer, articular y evaluar la política pública aplicable en la materia.

El SNA cuenta a su vez, con un Comité Coordinador de integración plural y conformado por los titulares de la ASF; de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; de la Secretaría de la Función Pública, como secretaria del Ejecutivo Federal responsable del control interno; por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el presidente del INAI; así como por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana.

Son dignos de resaltarse dos elementos del diseño brevemente descrito en el párrafo precedente. Primeramente, la participación del INAI en el Comité Coordinador del SNA y en segundo lugar, las funciones técnico jurídicas de control y fiscalización que tienen a su cargo todas y cada una de las instituciones integrantes de dicha instancia colegiada de coordinación, en su calidad de garantes de diversos tramos de la rendición de cuentas que en el agregado, cubren toda la gestión pública.

Asimismo, hay que decir que aunque la coordinación de este sistema, a diferencia del SNT no recae directamente en un órgano constitucional autónomo, en la conformación del órgano máximo del SNA sí participa el INAI, amén de que es un representante del Comité de Participación Ciudadana del Sistema, quien preside el Comité Coordinador del SNT.

A su vez, el Comité de Participación Ciudadana, se integra por cinco personas ciudadanas destacados por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción y tiene como objeto, coadyuvar en términos de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción²⁶ (LGSNA) al cumplimiento de los objetivos del Comité Coordinador del mismo, así como ser la instancia de vinculación con las organizaciones sociales y académicas relacionadas con las materias del SNA. En relación con lo anterior, no debe pasarse por alto la existencia de un relevante espacio de incidencia y participación ciudadana al recaer la coordinación del Sistema Nacional en comento, en este Comité conformado por ciudadanos.

Como puede apreciarse, el diseño del SNA reconoce desde su origen, la importancia de la gobernanza como ejercicio compartido en torno a la experiencia pública por un lado; y en consecuencia, refleja la centralidad de las personas en todo el proceso de crea-

²⁶ Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA.pdf>

ción normativa, coordinación del sistema, así como en el proceso de toma de decisiones respecto de políticas públicas. Todo ello, en el entendido de que la corrupción lesiona a la sociedad en su conjunto de muy diversos modos y sin la amplia participación de todas y todos, no será posible combatirla.

De la revisión que se haga al artículo 9 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción²⁷ (LGSNA) relativo a las facultades del Comité Coordinador del Sistema y en lo que concierne a nuestras reflexiones, tenemos que en dicho órgano recaen facultades con las que se acredita la directa relación sustancial entre el SNA y sus objetivos con la rendición de cuentas y, así, con la transparencia como principios ambos que dieron pie y sentido a su conformación.

Entre las facultades a que hacemos referencia, podemos resaltar las relativas a i) la aprobación, diseño y promoción de la política nacional en materia de combate a la corrupción, así como su evaluación periódica, ajuste y modificación; ii) probar la metodología de los indicadores para la evaluación mencionada; iii) conocer el resultado de las evaluaciones y acordar las medidas a tomar o la modificación que corresponda a las políticas integrales; iv) requerir información a los Entes públicos²⁸ respecto del cumplimiento de la política nacional y las demás políticas integrales implementadas; así como recabar datos, observaciones y propuestas requeridas para su evaluación, revisión o modificación de conformidad con los indicadores generados para tales efectos; v) la determinación e instrumentación de los mecanismos, bases y principios para la coordina-

²⁷ *Vid.* LGSNA, art. 9.

²⁸ Conforme al art. 3, fracción VI de la LGSNA: Los Poderes Legislativo y Judicial, los organismos constitucionales autónomos, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y sus homólogos de las entidades federativas; los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México y sus dependencias y entidades; la Fiscalía General de la República y las fiscalías o procuradurías locales; los órganos jurisdiccionales que no formen parte de los poderes judiciales; las empresas productivas del Estado, así como cualquier otro ente sobre el que tenga control cualquiera de los poderes y órganos públicos antes citados de los tres órdenes de gobierno.

ción con las autoridades de fiscalización, control y de prevención y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan; vi) la emisión de un informe anual que contenga los avances y resultados del ejercicio de sus funciones y de la aplicación de políticas y programas en la materia; vii) la determinación de los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que sobre estas materias generen las instituciones competentes de los órdenes de gobierno; viii) el establecimiento de una Plataforma Digital que integre y conecte los diversos sistemas electrónicos que posean datos e información necesaria para que el Comité Coordinador pueda establecer políticas integrales, metodologías de medición y aprobar los indicadores necesarios para que se puedan evaluar las mismas; entre muchas otras.

En este mismo sentido, si revisamos el artículo 49 de la LGS-NA, veremos que se prevé la existencia de una Plataforma Digital Nacional compuesta por la información que a ella incorporen las autoridades integrantes del SNA y que cuando menos debe contar con los siguientes sistemas:

- I. Sistema de evolución patrimonial, de declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal;
- II. Sistema de los Servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas;
- III. Sistema nacional de Servidores públicos y particulares sancionados;
- IV. Sistema de información y comunicación del Sistema Nacional y del Sistema Nacional de Fiscalización;
- V. Sistema de denuncias públicas de faltas administrativas y hechos de corrupción, y
- VI. Sistema de Información Pública de Contrataciones.

Todos y cada uno de los sistemas enunciados y que integran la Plataforma Digital Nacional en comento, se relacionan con mecanismos de control y rendición de cuentas. Ello, aunado al hecho de que el artículo 50 de la propia LGSNA establece que los integrantes

del SNA y de los Sistemas Locales deben promover la publicación de la información contenida en la plataforma aludida en formato de datos abiertos, de conformidad con lo dispuesto por la LGTAIP y el resto de la normatividad aplicable.

Otra de estas vinculaciones, la encontramos en la Ley General de Responsabilidades Administrativas²⁹ (LGRA) creada de igual modo, con la reforma constitucional que dio lugar al SNA. Este cuerpo normativo, en su Título Segundo, trata lo relativo a los mecanismos de prevención y a los instrumentos de rendición de cuentas. Por lo que hace a estos últimos, la legislación general de referencia prevé los sistemas de evolución patrimonial, de declaración de intereses y de constancia de presentación de declaración fiscal que lleva la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción y que, como ya vimos, se concentran en la Plataforma Digital Nacional (vid. LGRA, arts. 26 al 31).

En relación con la publicidad de la información que contiene la Plataforma Digital Nacional, el artículo 51 de la LGSNA, establece que los sistemas de evolución patrimonial y de declaración de intereses, así como de las personas servidoras públicas que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas, deben operar en los términos de la LGRA y, asimismo, que el Sistema de Información Pública de Contrataciones contará con la información pública que remitan las autoridades competentes a solicitud del Comité Coordinador del SNA, para el ejercicio de sus funciones y los objetivos de la propia LGSNA.

Así, la consideración de la integralidad del SNT y el SNA mexicanos, al igual que la de las materias de su competencia, pasa por una lógica transversal de rendición de cuentas que les conecta y que implica a su vez, en lo profundo, una conexión entre las mismas a través de los derechos humanos correlativos.

Todo lo anterior, evidencia la adopción del rumbo adecuado por parte de la nación mexicana hacia la centralidad de las personas

²⁹ Ley General de Responsabilidades Administrativas, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA_130420.pdf

como creadoras y destinatarias de toda gestión pública, como partícipes en el diálogo público y como agentes del cambio social en el que pueden incidir libremente, a partir de las certezas con las que les dota la información.

V. REFLEXIONES FINALES

Tras reflexionar en torno a la confluencia sustancial del Sistema Nacional de Transparencia y el Sistema Nacional Anticorrupción en el principio de rendición de cuentas percibido de un modo amplio, y así también en la dogmática en materia de derechos humanos como una lógica transversal aplicable al terreno de lo público, es preciso esbozar algunas cuestiones que valdría la pena estudiar por separado.

Por ejemplo, sería valioso estudiar con mayor detalle el momento de conjunción de las diversas fuerzas políticas mexicanas que, ante la ocurrencia de una escandalosa corrupción, la presión ciudadana y la exigencia social por una mayor transparencia buscaron, a través de las reformas constitucionales 2014-2015 que derivaron en los Sistemas Nacionales revisados, responder a las demandas ciudadanas en estas fundamentales materias y generar esquemas coordinados para su atención en todos los niveles y ámbitos de la vida pública del país y para detener el deterioro de la legitimidad institucional, fomentar la rendición de cuentas y asimismo, una cultura de la transparencia; elementos todos que a las personas nos permiten evaluar y, por ende, mejorar, aspectos sustanciales de la democracia que practicamos.

Por otro lado, es preciso visibilizar a los Sistemas Nacionales en comento, como vías para el efectivo ejercicio de controles democráticos no electorales en un sentido estricto, desde el punto de vista de que permiten a las personas incidir y participar en los procesos de toma de decisiones públicas y dejando de lado a las elecciones como proceso vertebral de la democracia al canalizar la acción ciudadana, individual o colectiva, a través de diversos mecanismos o instan-

cias.³⁰ Así, estos Sistemas Nacionales, se relacionan con la rendición de cuentas como principio, concepto y cúmulo de herramientas normativo-institucionales aplicables a la gestión pública y también con sus posibilidades de perfeccionamiento y progresiva ampliación mediante la prevención, la detección y la debida sanción de los actos constitutivos de corrupción porque esta ineludible e irremediablemente trastoca la equidad básica, debida y formalmente garantizada por la constitución. Equidad sin la cual se afectan los derechos humanos y las libertades de las personas.

Igualmente, es preciso comprender que tanto el SNT como el SNA tienen, a partir de su integración plural y de los espacios de participación ciudadana y académica que contemplan desde su diseño, la oportunidad de abonar a la creación, generación, conservación y potencialización de las condiciones que puedan resultar en una versión ampliada y sustancial de democracia, con base en un diálogo transparente y la debida rendición de cuentas.

En esta versión de democracia constitucional, permanente, deliberativa y dialógica, el SNT y el SNA son piezas o engranes complementarios entre sí, conectados también en un plano ético-político en el que, por un lado, las instituciones deben cumplir y aplicar los extremos constitucionales y legales, mientras que por otro, las personas pueden y deben participar para que los Sistemas Nacionales revisados, cobren paulatinamente mayor eficacia y permitan ampliar, en congruencia con los principios aplicables en materia de derechos humanos, las interpretaciones que en torno a estos temas nos hace falta discutir.

A la luz de todo lo anterior, el SNT y el SNA abandonan su carácter meramente conceptual, normativo e institucional formal, pues son elementos relacionados con las libertades y los derechos de las personas, y sin los cuales una democracia sustancial y útil a las personas es inalcanzable.

³⁰ Vid. Isunza Vera, Ernesto y Gurza Lavalle, Adrián (eds.), *Controles Democráticos no electorales y Regímenes de rendición de cuentas en el Sur Global. México, Colombia, Brasil, China y Sudáfrica*, Reino Unido, Peter Lang AG, 2018, pp. 2-4.

VI. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA

ASTUDILLO, César y Córdova, Lorenzo, *Los árbitros de las elecciones estatales. Una radiografía de su arquitectura institucional*, México, UNAM, 2010.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, *Latinobarómetro 2018*, Santiago de Chile, 2018. Disponible en: <https://www.latinobarometro.org/latNewsShowMore.jsp?evYEAR=2018&evMONTH=-1>

EMMERICH, Gustavo Ernesto, “Transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana”, en *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, vol. 2, núm. 4, segundo semestre, Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, 2004. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/726/72620404.pdf>.

FUKUYAMA, Francis, *The Origins of Political Order. From Prehuman Times to the French Revolution*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

ISUNZA VERA, Ernesto y Gurza Lavalle, Adrián (eds.), *Controles Democráticos no electorales y Regímenes de rendición de cuentas en el Sur Global. México, Colombia, Brasil, China y Sudáfrica*, Reino Unido, Peter Lang AG, 2018.

MARTÍNEZ ROBLEDO, Marybel, “Acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas en México. 37 años de evolución”, en *El Cotidiano*, núm. 187, septiembre-octubre, México, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, 2014, pp. 203-215 / Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/325/32531885013.pdf>

PERUZZOTTI, Enrique, “Marco Conceptual de la Rendición de Cuentas” [Ponencia], en la *Reunión Técnica de la Comisión de Rendición de Cuentas de la Organización Centroamericana y del Caribe de Entida-*

des de Fiscalización Superior (OLACEFS), Auditoría General de la Nación, Buenos Aires, Argentina, 28 y 29 de agosto de 2008. Disponible en: <https://iniciativatpa.files.wordpress.com/2010/06/peruzzotti-marco-conceptual-de-la-rendicic3b3n-de-cuentas.pdf>

RAWLS, John, *Collected Papers*, Estados Unidos de Norteamérica, Harvard University Press, 1999.

SCHEDLER, Andreas, “¿Qué es la rendición de cuentas?” en *Cuadernos de Transparencia*, (03), México, IFAI, 2004. Disponible en: <http://www.infodf.org.mx/capacitacion/documentos/JURIDICO08/LECTURAS/MODULO%202/RENDICIONDECUENTAS.pdf>

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Índice de Percepción de la Corrupción 2020*, 2020. Disponible en <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2020-global-highlights#>

2. NORMATIVIDAD

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020 Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA_130420.pdf

LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP_130820.pdf

LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2020. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA.pdf>

3. RESOLUCIONES

JURISPRUDENCIA LXXXIX/96. GARANTIAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACION). VIOLACION GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTUAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACION Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTICULO 60. TAMBIEN CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, junio de 1996. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno.

JURISPRUDENCIA P. XLV/2000. DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 60. CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno.

SENTENCIA, Amparo en revision 10556/83, Actor: Ignacio Burgoa Orihuela, Autoridad responsable: C. Secretario de Hacienda y Crédito Público, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. X, octubre de 1992. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, p. 71. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=291&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=206435>

TESIS AISLADA. DATOS PERSONALES. EN LA SENTENCIA QUE NIEGA EL AMPARO CONTRA LA RESOLUCION QUE SANCIONA AL QUEJOSO Y A OTRAS PERSONAS POR LA COMISION DE UNA PRACTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA, NO SE ACTUALIZAN LAS CONDICIONES PARA SU PROTECCIÓN. 10a. Época; T.C.C.; *Gaceta S.Ĵ.F.*; Libro 31, Junio de 2016; Tomo IV; Pág. 2872, Tesis I.1o.A.E.159 A (10a.)

TESIS P. VII/2007, LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno.

OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. LA MODIFICATIVA ATENUANTE DE LIBERACIÓN ESPONTÁNEA EN EL DELITO DE SECUESTRO, NO ES LEGAL OTORGARLA

LEGISLATIVE OMISSION IN THE PENAL LAW FOR THE FEDERAL DISTRICT. THE LESSENING MODIFICATION OF SPONTANEOUS RELEASE IN THE CRIME OF KIDNAPPING, IT IS NOT LEGAL TO GRANT IT

GERARDO GARCÍA SILVA¹

HERIBERTO CAMPOS GÓMEZ²

RESUMEN: El 15 de Septiembre del 2004, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, entre las cuales, se adicionó el artículo 163 Bis del citado ordenamiento sustantivo, dando así vida jurídica a lo que actualmente conocemos como el delito de “Secuestro Exprés”; dicha adición además de generar diversos problemas de interpretación para tener por acredita-

¹ Doctor, Maestro y Licenciado en Derecho por la UNAM, Maestro en Ciencias Penales con especialización en Ciencia Jurídico Penal por el INACIPE, Miembro del Padrón de Tutores de Posgrado de la UNAM, ha sido miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), nivel I, Capacitador certificado en razón de sus méritos por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), Profesor de cátedra en el Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey Campus Ciudad de México y Santa Fe, de la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán (FES Acatlán) y Profesor Investigador invitado del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) entre otras instituciones de educación superior y posgrado. Contacto: <gerardo.garcia@inacipe.gob.mx>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8323-3701>>.

² Maestro y Licenciado en Derecho por la UNAM. Funcionario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contacto: <heribertocampos@hotmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-7120-3823>>.

Fecha de recepción: 02 de agosto de 2021. Fecha de aprobación: 03 de marzo de 2022.

da la mencionada figura delictiva, propició que la modificativa atenuante de liberación espontánea que se prevé para el delito de secuestro, no sea legal otorgarla dada la redacción del artículo donde se contempla, pues el numeral en el que se adicionó la descripción del secuestro exprés, irrumpe e impide el otorgamiento de la modificativa señalada cuando se tenga derecho a la misma.

PALABRAS CLAVE: *Omisión legislativa, secuestro, liberación espontánea, principio de taxatividad.*

ABSTRACT: On September 15, 2004, the decree that amended and added various provisions of the New Penal law for the Federal District was published in the Official Gazette of the Federal District, among which article 163 Bis of the aforementioned ordinance was added. substantive, thus giving legal life to what we currently know as the crime of “Express Kidnapping”; This addition, what’s more to generating various problems of interpretation to have the aforementioned criminal figure as proven, led to the mitigating amendment of spontaneous release that is envisaged for the crime of kidnapping, not legal to grant it given the wording of the article where it is contemplated, since the numeral in which the description of the express kidnapping was added, breaks in and prevents the granting of the modification indicated when it is entitled to it.

KEYWORDS: *Legislative omission, kidnapping, spontaneous release, principle of strictness.*

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. Omisión legislativa en el Código Penal para el Distrito Federal. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El presente artículo nos permite conocer una omisión legislativa en el Código Penal para el Distrito Federal -Ahora Ciudad de México-, originada por una legislación llevada a cabo de manera vertiginosa que, si bien tenía la intención de dar respuesta a un reclamo social justificado, nos permite reafirmar que un proceso legislativo debe alejarse de fines políticos y apegarse a los principios del derecho parlamentario en beneficio de la sociedad.

Dicha situación se produjo al insertar en el catálogo de las figuras delictivas para esta entidad el delito de secuestro exprés que, a nuestro criterio, solo generó mayor problemática debido a lo complejo e impreciso que resulta la acreditación de esta figura, misma que si bien se consideraba novedosa, no resultó eficaz para los fines que fue creada.

Dicha inserción ocasionó que la modificativa atenuante que se prevé en el delito de secuestro, cuando el agente activo decide espontáneamente liberar a su víctima, a través de una serie de requisitos normativos y que le permite obtener una disminución importante de la pena impuesta, no resulte apegado a la legalidad otorgarla, aún y cuando se hayan colmado los requisitos que señala el código punitivo; lo que sin duda alguna genera inseguridad jurídica y deja en estado de indefensión a los sentenciados por este delito que cumplan con las exigencias del mencionado precepto, como resultado de malas y apresuradas decisiones legislativas.

II. OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1. CREACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO EXPRÉS

A principios del siglo XXI la Ciudad de México sufría una delincuencia desmedida derivada de diversos aspectos importantes, tales como pobreza, marginación, condiciones de vida estresante,

carencias de valores en los hogares, desorganización social, falta de empleo, pero sobre todo por los altos índices de corrupción de las autoridades que sin duda alguna generaban impunidad.³

Uno de los delitos que se cometían con mayor frecuencia era el de privación de la libertad personal con la finalidad de cometer robos, extorsiones u obtener algún beneficio económico, toda vez que el perpetrar un delito de esta naturaleza resultaba sumamente redituable para los sujetos activos, además de que no requería de mayor preparación y su tiempo de ejecución era mínimo, pues en pocos minutos la víctima privada de su libertad podría proporcionar el número personal de sus tarjetas bancarias para que los agentes del evento retiraran una cantidad de dinero de algún cajero automático o bien le exigían dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo obteniendo un lucro a cambio de la liberación de la víctima. Otro de los *modus operandi* que comenzaron a tener mayor auge en este tipo de ilícitos, era el de los conductores de taxis u otros servicios de transporte concesionado, los cuales aprovechaban que las víctimas se encontraban a bordo del vehículo para impedirles descender y aprovechar esa especie de cautiverio para lograr su ilícito fin, es decir, para robarlas o extorsionarlas, aunado al hecho de que resultaba muy difícil solicitar auxilio estando a bordo de un vehículo y más si éste se encontraba en una zona poco poblada.

Ante tal situación, un sector de la sociedad capitalina cansada de sufrir esta modalidad de delitos entre otros y desilusionada de las autoridades ante la gran impunidad generada por la corrupción, decidió realizar una marcha contra la inseguridad en la que participaron más de un cuarto de millón de personas en la Ciudad de México,⁴ misma que tuvo verificativo el día 27 de junio del 2004 y a través de

³ Jiménez Ornelas, René A. *La cifra negra de la delincuencia en México: Sistemas de encuestas sobre victimización*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003. p. 168.

⁴ El Universo. Artículo sobre la megamarcha contra la inseguridad en México. www.eluniverso.com (fecha de consulta 7 de septiembre de 2021).

la cual clamaron un “Ya Basta”, ante los altos índices de secuestros y la poca respuesta de las autoridades ante este fenómeno.⁵

La sociedad civil convocó a esa gran manifestación pacífica y silenciosa en la que la mayoría de las personas vistieron de blanco con la intención de hacer algo para poner un alto a la delincuencia; asimismo la intención era mostrar solidaridad con todas aquellas personas que habían sido víctimas de la inseguridad y el miedo, señalando también que la falta de denuncia sería representada por un cubre bocas que ese día fue agitado en señal de protesta. Algunas personas se presentaron con pancartas en las que exponían sus casos o experiencias a manera de denuncias ciudadanas y clamando justicia; con esta marcha se consideraba que era una buena oportunidad de frenar la ola delictiva, parar la violencia y manifestarse para demostrar la fuerza que puede tener la sociedad civil unida por una causa, para lo que utilizaron la frase “Los buenos somos más”.

Ante tal presión social, las autoridades de la Ciudad de México decidieron implementar una serie de medidas para dar respuesta al clamor manifestado, por ello en fecha 15 de Septiembre del 2004, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, entre las cuales, se adicionó el artículo 163 Bis del citado ordenamiento sustantivo, dando así vida jurídica a lo que actualmente conocemos como el delito de “Secuestro Exprés”; decreto que en fecha 20 de julio de 2004 fue presentado a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para que se elaborara y presentara el dictamen correspondiente en el próximo periodo de sesiones extraordinarias a celebrarse el día 27 del mismo mes y año, destacándose en la propia iniciativa que se trataba de reformas “urgentes” en materia de Secuestro a fin de erradicar este tipo de conductas ilícitas que tanto dañan la estructura social de la Ciudad.

⁵ Aguirre Quezada, Juan Pablo. *El Secuestro en México. Situación en la última década*. Cuaderno de Investigación. Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, LXII Legislatura, Cuaderno no. 9, México 2014. p. 22.

Esta reforma se realizó de manera vertiginosa, lo que generó diversos problemas de interpretación en la figura delictiva del secuestro exprés, sin embargo, los legisladores afirmaban en su exposición de motivos, entre otros, los siguientes aspectos referentes a este delito:

“NUEVE: Derivado de lo anterior, y atendiendo a que en los últimos años ha crecido de manera dramática el secuestro exprés como consecuencia de que los secuestradores lo consideran muy redituable es que estas Comisiones Unidas consideran que las reformas que se plantean en las Iniciativas en dictamen son adecuadas toda vez que pretenden dotar de mejores herramientas jurídicas a los órganos encargados de impartir y administrar justicia, y con ello evitar que le sean vulnerados sus derechos o garantías a los habitantes de la Ciudad de México.

DOCE: Que los legisladores integrantes de estas Comisiones Dictaminadoras consideramos adecuado incorporar un tipo penal específico relativo al Secuestro Express”.

No obstante lo anterior, si bien en dicha iniciativa se consideraba que el delito de secuestro exprés era muy redituable, no se reflexionó el hecho de que no se necesitaba la creación de esa nueva figura delictiva, puesto que la legislación sustantiva tal como estaba podía ser aplicada correctamente en cuanto a esas conductas se trataba, con el simple hecho de realizar un concurso efectivo de tipos penales, lo cual indudablemente agravaría las sanciones por la comisión de este tipo de ilícitos; es decir, bastaba con aplicar la ley; asimismo, se destaca que en la creación del tal figura, no se tomó en consideración la teoría del delito que es una parte de la ciencia del derecho penal; comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse,⁶ ya que tales elementos ya se podrían advertir en el delito de secuestro extorsivo.

⁶ López Betancourt, Eduardo. *Teoría del delito*. Décimo primera Edición, Editorial Porrúa, México 2015. p. 3.

Sin pasar por desapercibido que el Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, entre las cuales, se encuentra la creación del delito de Secuestro Exprés, fue presentado en la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el día 20 de julio del 2004, es decir, a menos de un mes de la marcha contra la inseguridad ya mencionada.

La iniciativa mencionada concluyó que el Código Penal para el Distrito Federal, debía contener el artículo 163 Bis y quedar como sigue:

“Art. 163 bis. Comete el delito de privación de la libertad en su modalidad de secuestro express, el que priva de la libertad a otro por el tiempo estrictamente indispensable para cometer los delitos de robo o extorsión, previstos en los artículos 220 y 236 de este Código o para obtener algún beneficio económico.

Se le impondrá de siete a veinte años de prisión y de cien a mil días multa, sin perjuicio de las penas que corresponden por los delitos de robo o extorsión y de las reglas de aplicación del concurso para la imposición de sanciones.”

Observándose que esta figura novedosa contenía un elemento normativo relativo a la temporalidad de la privación de la libertad al insertar la frase *por el tiempo estrictamente indispensable para cometer los delitos de robo o extorsión*, circunstancias que llegaron a agravar aún más el problema de interpretación en dicho delito, ya que resultaba complicado poder acreditar en qué tipo de delitos se privaba de la libertad a una persona por un tiempo estrictamente indispensable para cometer delitos de robo o extorsión, toda vez que en casi todos los delitos de robo calificado donde se empleaba la violencia como medio preordenado para perpetrarlos, se daba una privación momentánea de la libertad. De esta manera, se podía caer en el absurdo de que prácticamente todos los delitos de robo con violencia en los que se vulnerara la libertad deambulatoria de una persona, aunque fuera por unos segundos, éste podría acreditarse como secuestro exprés, aunado al hecho de que, en caso de actualizarse así, la punibilidad de este último ilícito era mucho mayor a la de un robo calificado.

Esto ocasionó que las autoridades tanto ministeriales como judiciales tuvieran ahora una herramienta más para poder incurrir en corrupción, es decir, estaban en posibilidad de decidir si en una conducta delictiva en la que se hubiese utilizado la privación de la libertad como medio para realizar un apoderamiento o una extorsión, así fuese por unos cuantos segundos, la consideraran como un robo calificado o bien un secuestro exprés.

2. CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA PRIVILEGIADA ATENUANTE EN EL DELITO DE SECUESTRO

Tanto en el delito de secuestro previsto en el artículo 163 como en el ilícito de secuestro exprés contemplado en el numeral 163 bis, se pueden acreditar diversas circunstancias agravantes tal y como lo señala el artículo 164, todos del Código Penal para esta Ciudad; pero, además este último numeral contiene una circunstancia atenuante referente a cuando el agente del evento espontáneamente libera al secuestrado sin lograr su propósito, cuya redacción se advierte de la siguiente manera:

“Si se libera espontáneamente al secuestrado, dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere el artículo anterior, las penas serán de una quinta parte”.

Ahora bien, el párrafo recién transcrito, se encontraba vigente desde la creación del denominado en esa época “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal” que entró en vigor el día doce de noviembre del dos mil dos, es decir su redacción devenía referente al artículo 163 que prevé el delito de secuestro, sin embargo al insertarse el artículo concerniente al secuestro exprés siendo el 163 bis, evidentemente antecede al artículo 164, por lo cual, en estricta interpretación de la ley, el último párrafo del artículo 164 que contempla la atenuante descrita, ahora debe atender al artículo 163 bis,

ya que el párrafo citado es claro al señalar “los propósitos a que se refiere el artículo anterior”; por lo que si atendemos a la atenuante de la liberación espontánea del secuestrado dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la privación de la libertad, entonces cómo podríamos señalar que en el secuestro exprés la privación se dio por el tiempo estrictamente indispensable para cometer los delitos de robo, extorsión o para obtener algún beneficio económico, si la naturaleza del delito de secuestro exprés es relativa a los actos de privación de la libertad momentáneos o de corta duración, que son cometidos, no para solicitar un rescate, sino para perpetrar los delitos de robo o extorsión, o para obtener algún beneficio económico.

Situación que el legislador no previó al insertar llanamente el artículo 163 bis en nuestra legislación penal local y que a nuestro criterio y en estricta interpretación de la ley, ocasionó que no se pueda aplicar la atenuante de la liberación espontánea a quien perpetre un delito de Secuestro, ya que ésta sólo se aplica en el delito de secuestro exprés, pues como se señaló anteriormente la redacción del párrafo que contempla la referida atenuante es clara al señalar que es referente a los propósitos “a que se refiere el artículo anterior”, es decir el 163 bis.

Como se puede advertir, la inclusión del delito de secuestro exprés, no solo trajo problemas de interpretación para su debida aplicación, sino además impidió el otorgamiento de la atenuante que el propio legislador tenía prevista como beneficio para aquellos sujetos activos que habiendo reflexionado sobre su ilícito actuar, liberaran a su víctima dentro del tiempo que señala la norma y desistir de sus pretensiones iniciales con la franca intención de mejorar su situación jurídica.

Pero en este caudal de observaciones, convergen diversos temas que juntos ocasionaron la inseguridad jurídica mencionada en líneas anteriores; es decir, políticas públicas mal diseñadas, una legislación vertiginosa e innecesaria, inaplicación de la ley y presión social de un sector de la población con la fuerza suficiente para obligar a las autoridades a actuar de la forma en que lo solicitaban.⁷

⁷ Observatorio Nacional Ciudadano, Seguridad, Justicia y Legalidad. Análisis inte-

3. POLÍTICA CRIMINAL Y ANÁLISIS DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

En este contexto, resulta importante analizar la política criminal utilizada por las autoridades del entonces Distrito Federal que desencadenó la omisión legislativa abordada en el presente artículo, para lo cual es menester señalar que la política criminal es parte de la política general o social del Estado y ha sido considerada desde dos diferentes puntos de vista conforme al alcance de su contenido, ya que algunos autores la definen como un arte por considerarla rama de la política general y manifestación de poder, y otros como una ciencia por tratarse de una disciplina de observación de un conjunto de conocimientos o bien de una rama del saber y sector del conocimiento cuyo objeto es el fenómeno criminal y la legislación que lo contempla.

Quienes consideran a la política criminal como una ciencia, afirman que su objeto es el funcionamiento de la norma penal con el fin de realizar propuestas de reforma al derecho penal, sin embargo otros autores piensan que debe ser analizada desde dos puntos de vista, por un lado como la política que el Estado adopta para cumplir su función en materia criminal, y tiene como objetivo primordial la lucha contra el delito para lograr la vida ordenada en la comunidad, previniéndolo y/o reprimiéndolo a través de una serie de medidas o estrategias que por ello son consideradas político criminales.⁸

Por otro lado, se considera como un conjunto de conocimientos en torno a ese grupo de medidas, estrategias, acciones o decisiones que el Estado adopta para enfrentar el problema de la delincuencia.

Se piensa también que la política criminal que impera en el mun-

gral del secuestro en México. Cómo entender esta problemática. México 2014 p. 118.

⁸ Moreno Hernández, Moisés. *Orientaciones de la Política Criminal Legislativa*. Primera Edición, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2007. p. 132.

do necesita un urgente giro en sentido inverso para convertirse en factor que quiebre el alto nivel de conflictividad o, por lo menos, que desde la periferia no podemos plegarnos y copiarla en la forma suicida en que lo hace la criminología mediática.⁹

Sin embargo, de las múltiples perspectivas en las que se puede abordar la política criminal, debemos advertir que los gobiernos siempre han buscado adoptar una postura que sea eficaz para abatir los índices de delincuencia que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, por lo que cabe destacar que la atenuación de la severidad penal en el transcurso de los últimos siglos es un fenómeno muy conocido de los historiadores del derecho, pero durante mucho tiempo, se ha tomado de una manera global como un fenómeno cuantitativo: menos crueldad, menos sufrimiento, más benignidad, más respeto, más “humanidad”. De hecho, estas modificaciones van acompañadas de un desplazamiento en el objeto mismo de la operación punitiva.¹⁰

Lo cierto es que independientemente de cómo se considere a la política criminal, ya sea como un arte o una ciencia, o bien como ciencia y arte a la vez, ésta siempre va a contemplarse desde dos perspectivas diferentes: la primera como la política desarrollada por el Estado referente a las medidas, estrategias y acciones encargadas de la prevención y represión del fenómeno criminal y la segunda como el conjunto de conocimientos respecto de dichas medidas, estrategias y acciones implementadas por el Estado, pero en este último caso ya no se habla de una manifestación de poder (arte de gobernar), sino de una teoría de la política criminal y en consecuencia de una manifestación del saber en base a ese poder.

Pero ¿qué sucedió en realidad respecto a la política criminal apli-

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Segunda Edición, Editorial Planeta, Buenos Aires, Argentina 2013. p. 291.

¹⁰ Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Primera Edición, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, Argentina 2002. p. 18.

cada por las autoridades del entonces Distrito Federal? si su intención era dar respuesta rápida al reclamo social; por lo que todo apunta a que consideraron crear una figura delictiva incluso justo con el nombre que la sociedad requería “secuestro exprés”, pero sin reflexionar que la ley ya contemplaba un castigo para esas conductas y que solo bastaba implementar una serie de medidas eficaces para abatir los altos índices de delincuencia que se vivían en aquella época, como podrían ser el incrementar la vigilancia en las calles, utilización de medios tecnológicos como videocámaras o botones de alarma, implementar operativos, coordinación entre diversas autoridades, protocolos de participación ciudadana, etcétera. Esto tomando en consideración que lo que la sociedad requería era mayor seguridad, sin importar la estrategia utilizada por las autoridades, ya que el mensaje del reclamo era vivir sin miedo, sin inseguridad y en un ambiente de paz y tranquilidad para los capitalinos.

En este contexto, podríamos afirmar que las autoridades del entonces Distrito Federal no tomaron en consideración que el objeto de la política criminal es el fenómeno criminal cuyo estudio es diferente al que realiza la criminología, pues mientras el primero se enfoca a cómo reducir el delito, el segundo se encauza al porqué de éste; sin embargo no podemos negar la relación tan estrecha entre un concepto y otro, pues la criminología aporta a la política criminal los factores que causan las conductas antisociales, proporcionándole elementos suficientes para combatir dicha conducta.

En consecuencia, se puede decir que el objeto de la política criminal también se integra por el funcionamiento de la legislación penal y cada una de las instituciones encargadas de la prevención y erradicación del fenómeno criminal, pues la legislación penal no es la única manera de prevenir el delito; por lo que el fin último de la política criminal es reducir los índices de delincuencia hasta niveles tolerables, procurando así seguridad jurídica.

La política criminal tiene como función primordial la lucha con-

tra el delito para lograr la vida ordenada en comunidad, mediante sus dos pilares, la represión y la prevención; sin embargo, se considera que es más certero servir al hombre antes que reprimirlo, previniendo las causas que produce o pueden producir en él algún daño.

De esta forma si bien corresponde a la política criminal escoger los mejores medios preventivos y represivos para la defensa contra al crimen, pues es característica de un Estado democrático y moderno la interacción entre ambas medidas preventivas y represivas, la postura expuesta en este artículo se inclina a la política criminal preventiva, debido a la restringida eficacia de la pena y también a su nocividad, pues se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de medios de política social, policíacos, legislativos y técnicos¹¹, pero no de una forma excesivamente represiva, pues ha quedado demostrado que no por existir figuras delictivas específicas con penas sumamente altas se detiene la comisión de los delitos.

Por prevención en el contexto más simple de la palabra entendemos “la acción de prevenir” y por prevenir “preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin, así como precaver, evitar, estorbar o impedir algo”.¹²

Establecido lo anterior, podemos afirmar que el haber creado la figura de secuestro exprés como un tipo específico el cual contiene una alta punibilidad, el legislador dejó en claro su pretensión de una medida “represora” para la defensa contra la comisión del citado delito, cuya acción en nada contribuyó para que los índices delictivos en lo que a este delito se refiere hayan disminuido e incluso en menos de dos años incrementó su punibilidad considerablemente, pues al momento de la entrada en vigor del artículo 163 bis relativo al delito de secuestro exprés (15 de septiembre del 2004), su punibilidad era de siete a veinte años de prisión y de cien a mil días multa

¹¹ Roxin, Claus. *Evolución y modernas Tendencias de la teoría del delito*. Primera Edición, Editorial Ubijus, 2008. p. 224.

¹² Real Academia Española. <https://dle.rae.es> (fecha de consulta: 7 de septiembre de 2021).

en tanto que al momento de ser reformado dicho artículo en cuanto a la pena que contempla, en fecha (24 de febrero del 2006), quedó en un rango de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, sin que tal medida haya servido de algo; por lo que se insiste que pese a los esfuerzos de los legisladores al tipificar el denominado secuestro exprés como delito y de ir aumentando su punibilidad, tan solo se evidencia una marcada y errónea tendencia represora para la supuesta erradicación del fenómeno criminal relativo a la comisión de privaciones de la libertad con la finalidad de robar, extorsionar u obtener algún beneficio económico.

Asimismo, y como consecuencia de esta medida represora, en aras de dar respuesta rápida a los reclamos de justicia, no previeron que generarían un daño mayor al incurrir en una omisión legislativa y dejar en franco estado de indefensión a las personas que pudieran estar en posibilidad de obtener la modificativa atenuante de la liberación espontánea ya citada.

Es así que lejos de insistir en la creación de supuestos delictivos específicos o en el aumento de penas en los delitos en la Ciudad de México (como en el caso del secuestro exprés), para erradicarlo sería más certero aplicar medidas de prevención como podrían ser de carácter social, la mayoría de las cuales no tienen necesariamente como objetivo principal la reducción de la delincuencia sino la mejora de las condiciones de ciertas categorías sociales, mediante la instauración de programas de ayuda material y moral.

Para confirmar el razonamiento anterior, basta observar el siguiente ejemplo: 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, en su artículo 9 prevé el tipo básico de secuestro en sus diversas hipótesis, en el cual llama la atención la punibilidad que contempla pues va de cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa, de lo que se puede advertir el endurecimiento de las penas que el Estado realiza a los perpetradores del delito

de secuestro, y más aún al apreciar las agravantes que para el tipo básico prevé el artículo 10 de la citada ley, que en su fracción I las penas van de cincuenta a noventa años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa, mientras que en la fracción II de cincuenta a cien años de prisión y de ocho mil a dieciséis mil días multa.

No obstante lo anterior, en los casos más graves del delito de secuestro, en los que si la víctima es privada de la vida por los autores o partícipes de este delito, se les impone a cada uno de ellos una pena de ochenta a ciento cuarenta años de prisión y de doce mil a veinticuatro mil días multa; llama la atención que esta ley desde su promulgación, se caracterizó por castigar el delito de secuestro con penas sumamente represivas.

Ahora bien, resulta importante reflexionar que si una persona en México es sujeto de derecho penal a los 18 años de edad y de conformidad con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, la esperanza de vida en los Estados Unidos Mexicanos es de 75 años¹³, se considera que el tiempo máximo que podría compurgar una persona en prisión es de poco más de 57 años, esto siempre y cuando tenga una buena calidad de vida en reclusión, lo que sabemos que definitivamente no se puede dar.

De esta manera caben entonces diversas interrogantes de conformidad con lo siguiente:

¿Qué caso tiene que las autoridades trabajen y fomenten tipos penales especiales con penas sumamente altas si los delincuentes saben perfectamente bien que no podrán compurgar una pena de gran magnitud?

¿Las penas altas resultan un claro mensaje para los delincuentes para inhibir sus pretensiones, cuando éstos mismos saben que siempre existirán recursos que les ayudarán a evadir su responsabilidad como lo son la corrupción o la ineficacia instrumental de las normas penales?

¿Han sido eficaces los mensajes de altas penas en los tipos penales para disminuir la delincuencia en nuestro país?

¹³ Fuente: <http://cuentame.inegi.org.mx/> (Fecha de consulta 25 de julio de 2021).

Las respuestas a estos cuestionamientos las podemos obtener con tan solo observar las estadísticas de delincuencia que se han generado no solo en la Ciudad de México, sino en todo el país, las cuales han ido en un aumento constante y significativo.¹⁴

Ahora bien, habiendo analizado la imprecisa legislación del Código Penal para el Distrito Federal que dio vida al delito de secuestro exprés como consecuencia de una política criminal mal aplicada y que trajo como resultado una omisión legislativa en perjuicio de los justiciables, resulta importante precisar la consecuencia jurídica de tal actuar, para lo cual en primer término se debe señalar que se vulneró de manera importante el principio de seguridad jurídica, que significa la estabilidad del ordenamiento jurídico que rige un Estado, la cual debe contener normas que tengan permanencia y que garanticen el equilibrio en las relaciones entre los órganos del Estado y los ciudadanos.

Dicho principio fue transgredido al no haber ajustado el artículo 164 del ordenamiento punitivo para precisar que la atenuante que éste previene debe ser aplicada para el delito de secuestro previsto en el numeral 163, sin embargo, a la fecha no se ha realizado modificación alguna, por lo que resulta importante conocer qué han resuelto los juzgadores en la Ciudad de México, cuando se les ha presentado un caso de esta naturaleza, ya que legal y jurídicamente se encuentran impedidos para aplicar la atenuante materia del presente artículo, siendo esta un derecho que fue consagrado por el legislador de esta entidad desde antes de la inserción del artículo 163 Bis, pero que ahora ha quedado atrapada en un vacío jurídico.

La legislación antes descrita, sin duda alguna incurre en violación de los derechos humanos de los justiciables resguardados por el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo párrafo tercero es claro al disponer que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de

¹⁴ Consejo para la Ley y los Derechos Humanos. http://www.mexicodenuncia.org/?page_id=103 (Fecha de consulta 28 de febrero de 2020).

conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; y la actividad legislativa no escapa a tal mandato, de manera que al redactarse los tipos penales debe cuidarse de no incurrir en imprecisiones excesivas o irracionales, es decir, en un grado de indeterminación tal que provoque en los destinatarios confusión o incertidumbre por no saber cómo actuar ante la norma jurídica.

Una forma que nos guiaría a una posible solución para la omisión legislativa materia del presente artículo, sería conocer y en su caso aplicar los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación, en su función jurisprudencial, la cual es un conjunto de principios, razonamientos y criterios que los juzgadores establecen en sus resoluciones, al interpretar las normas jurídicas, es decir, al desentrañar o esclarecer el sentido y alcance de éstas o al definir los casos no previstos en ellas. La jurisprudencia es considerada una de las llamadas “fuentes formales del derecho”, es decir, uno de los procesos o medios a través de los que se crean las normas jurídicas.

Sin embargo, a la fecha de esta publicación no se cuenta con algún criterio jurisprudencial establecido por el Poder Judicial de la Federación, en el que se haya entrado al estudio precisamente de la omisión legislativa analizada, no obstante lo anterior, encontramos dos tesis aisladas que nos podrían dar luz para esclarecer este problema, en los que se abordan aspectos similares por omisiones legislativas, de conformidad con lo siguiente:

Pena. Su disminución en una mitad, prevista en el artículo 82 bis del Código de Defensa Social del estado de Puebla (actual código penal), en su texto anterior a la reforma de 27 de noviembre de 2014, procede en favor del sentenciado por el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro, tipificado y sancionado por el diverso 302 bis, vigente hasta el 31 de diciembre de 2008, al no estar señalado este ilícito como grave -por omisión legislativa-, en el artículo 69, inciso j, del código de procedimientos en materia de defensa social para dicha entidad. El artículo 82 Bis

mencionado establecía el beneficio de la disminución de la pena en una mitad, cuando el sujeto activo confesara su participación en la comisión de un delito no grave ante el Ministerio Público y la ratificara ante el Juez, al declarar en preparatoria. Ahora bien, como el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro, previsto y sancionado por el artículo 302 Bis del propio código (vigente hasta el 31 de diciembre de 2008) -por omisión legislativa-, no está señalado expresamente como grave en el artículo 69, inciso j, del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para esa entidad, dicho beneficio procede en favor del sentenciado por ese ilícito, si confesó ante el Ministerio Público su participación en su comisión y la ratificó ante el Juez de la causa al declarar en preparatoria. Lo anterior, no obstante advertirse de tal injusto típico una materialización de importante gravedad, al tratarse del plagio o secuestro, entre otros, de incapaces física y mentalmente, menores de dieciséis años, mujeres, mayores de setenta años, incluso, mayor a la que pudiera generar el antijurídico, previsto y penado por el artículo 302 del mismo código, el cual sí está calificado literalmente como grave en el referido precepto 69, inciso j; consecuentemente, al impedirse la eficaz aplicación del texto del citado inciso j, por causa de la omisión en la norma por el Poder Legislativo Local, debe concederse dicho beneficio en favor del reo. Primer tribunal colegiado en materia penal del sexto circuito. Amparo en revisión 45/2016. 21 de abril de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Gazca Cossío. Secretario: Gonzalo de Jesús Morelos Ávila. Esta tesis se publicó el viernes 23 de septiembre de 2016 a las 10:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2012634. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Penal. Tesis: VI.1o.P.34 P (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo IV, página 2827. Tipo: Aislada.¹⁵

¹⁵ Tesis VI.1o.P.34 P (10a.), Gaceta del Semanario judicial de la Federación, Déci-

El criterio transcrito, expone un supuesto en el que el delito de secuestro que por su naturaleza es grave y que no fue contemplado como tal en la legislación del Estado de Puebla por omisión legislativa, pero al momento en el que un justiciable solicite se le otorgue un beneficio de disminución de pena al confesar su participación en dicho ilícito, lo cual sólo aplica para delitos no graves, se debe conceder dicho beneficio en favor del reo.

Veamos ahora la diversa tesis aislada referente a la legislación del Estado de Michoacán:

Violación equiparada, en las hipótesis de realizar cópula con persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, cuya víctima no sea menor de 18 años. Al no estar señalada expresamente la pena para este delito —por omisión legislativa—, debe aplicarse la prevista para el de violación genérica, al ser la más favorable al sentenciado (Legislación del estado de Michoacán). Tratándose del delito de violación equiparada, previsto en el artículo 165, fracción I, del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo, en las hipótesis de realizar cópula con persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, y sancionado por el diverso 164, párrafo primero, de la legislación sustantiva en comento, cuyo parámetro de punibilidad es de cinco a quince años de prisión para el delito de violación genérica y de diez a veinte años de cárcel para la modalidad agravada, es decir, cuando la víctima sea menor de dieciocho años, el juzgador al momento de imponer la sanción que corresponda, en cumplimiento al principio de exacta aplicación de la ley penal previsto en el artículo 14 de la Constitución General de la República, y ante la omisión del legislador de establecer en la norma penal que describe el delito de violación equiparada en las hipótesis en mención, la sanción a

imponer cuando la víctima no sea menor de dieciocho años, debe optar por la pena prevista para el delito de violación genérica, al ser la que le resulta más favorable al reo. Tribunal colegiado en materia penal del décimo primer circuito. Amparo directo 175/2019. 24 de septiembre de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: José Valle Hernández. Secretario: Guadalupe Antonio Velasco Jaramillo. Esta tesis se publicó el viernes 08 de enero de 2021 a las 10:09 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Registro digital: 2022621. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Penal. Tesis: XI.P.45 P (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 82, enero de 2021, Tomo II, página 1375. Tipo: Aislada.¹⁶

De conformidad con lo expuesto en el criterio anterior, podemos advertir un supuesto en el que no se contempla una pena para un tipo penal específico en la legislación del Estado de Michoacán por omisión legislativa, sin embargo, se considera que se debe imponer la pena para el tipo penal genérico al resultar lo más favorable para el reo.

Las tesis aisladas anteriormente citadas, si bien es cierto no revisitan el carácter de obligatoriedad por su propia naturaleza, también lo es que nos orientan sobre cómo deben actuar los juzgadores en casos que se presenten omisiones legislativas, por lo que podemos concluir que los criterios siempre apuntan a resolver conforme a lo que resulta más favorable para los justiciables. Por lo tanto, en el supuesto materia de presente artículo, sería razonable señalar que la modificativa privilegiada atenuante prevista en el segundo párrafo del artículo 164 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, podría aplicarse también al delito 163 referente al secuestro pues fue hecha justo para esos casos antes de la inserción del numeral 163 bis, lo anterior con de conformidad con el principio *in dubio pro reo*.

Sin embargo, no todo puede quedar así, toda vez que de aplicar la multicitada atenuante en los casos de secuestro previsto en el artí-

¹⁶ Tesis XI.P.45 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo II, enero de 2021, p. 1375. Reg. digital 2022621. Detalle - Tesis - 2022621 (scjn.gob.mx)

culo 163, se contravienen ahora los principios de exacta aplicación de la ley, debido proceso y seguridad jurídica, ya que en la sentencia respectiva el juzgador aplicaría incorrectamente un precepto y con ello se actualizaría una infracción a estos principios, con motivo de la imprecisión en la norma seleccionada, pues ello provoca incertidumbre en el destinatario, a razón de que en la resolución, el órgano jurisdiccional citaría incorrectamente un precepto jurídico que no es aplicable para el caso concreto y tendría que hacer una variación sustancial seleccionando una figura típica diversa para aplicar la atenuante, introduciendo un elemento que no se encuentra disponible de conformidad con la redacción del precepto a aplicar, lo cual si bien sería en beneficio del reo, tendría que pasar por encima de diversos principios que rigen el actuar de un juzgador.

Toda esta situación originada por una legislación realizada de manera vertiginosa y mal diseñada que dejó un vacío legislativo, nos lleva ahora a analizar lo referente a una colisión de los principios antes señalados, es decir el *in dubio pro reo* contra los de exacta aplicación de la ley, debido proceso y seguridad jurídica, lo cual se tendría que verificar para tratar de dilucidar el problema generado por la inserción del delito de secuestro exprés en el Código Penal para el Distrito Federal.

Derivado de lo anterior, resulta necesario acudir al principio de proporcionalidad, como estructura argumentativa que nos permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión; de igual manera permite maximizar los derechos fundamentales de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas. Lo anterior para conocer qué principio debe predominar para saber si es posible jurídicamente hacer valer la atenuante que prevé el artículo 164 del Código Penal para el Distrito Federal, en los casos de secuestro descritos en el artículo 163 del citado ordenamiento punitivo.

En este contexto, podemos señalar que toda persona tiene derecho a estar informada de lo que el Estado obliga o prohíbe y, por tanto, una persona no puede ser condenada por un delito cuya definición sea ambigua o vaga pues, de lo contrario, se le colocaría en estado de indefensión. En México, el principio de taxatividad deriva, de manera inmediata y directa, del artículo 14 de la Constitución federal, que en su párrafo tercero establece, sustancialmente, que 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.

No obstante, esta previsión no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensiva al creador de la norma y, en este sentido, resulta evidente que la garantía en comento está conectada, de manera necesaria e indisoluble, con el principio de legalidad. Así, a la luz de la previsión de referencia, es dable exigir al legislador que emita normas claras, precisas y exactas en relación con la conducta reprochable y la consecuencia jurídica derivada de su comisión, es decir, de manera general, se le vincula a que dentro de los textos en los que se recogen los tipos penales exista una interpretación clara, y se presente un significado concreto y unívoco que reduzca en la mayor medida posible el margen de interpretación normativa asociado a este tipo de previsiones.

Conforme a lo anterior, el legislador debe formular las normas de la forma más precisa posible y, en consecuencia, evitar conceptos elásticos, generales o indeterminados, para reducir el margen de discrecionalidad de los jueces y, de esta forma, garantizar los principios de seguridad y certeza jurídicas en torno a las normas penales y, consecuentemente, reducir el riesgo de arbitrariedad en su aplicación. En congruencia con los planteamientos generales previamente desarrollados, la Suprema Corte ha sostenido que al analizar la constitucionalidad de normas penales no es posible realizar una interpretación conforme o integradora, atenta a las particularida-

des que deben observarse en relación con el principio de legalidad en la materia, como la reserva de ley, la prohibición de aplicarla de manera retroactiva en perjuicio de alguna persona, y el principio de taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben estar previstas en la ley de forma clara, limitada e inequívoca y no mediante tipos penales ambiguos¹⁷.

Derivado de lo anterior, podemos señalar con precisión que toda vez que la circunstancia atenuante que refiere el artículo 164 del Código Penal para el Distrito Federal, referente a la liberación espontánea del secuestrado, quedó precisada por el legislador al no haber sido modificada al momento de la inserción del diverso 163 Bis y al establecer que se puede aplicar para el artículo que le precede con los requisitos normativos que la propia descripción indica, es por ello que no podrá aplicarse entonces para el artículo 163 referente al secuestro, independientemente de que en su momento la atenuante analizada haya sido debidamente establecida para éste último precepto.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA. Si bien los reclamos sociales pueden ser justificados con motivo de indebidas actuaciones de las autoridades del Estado, éstos no deben regir la actividad legislativa, pues en el intento de dar respuesta puntual y oportuna a los mismos, se puede incurrir en imprecisiones u omisiones importantes en los textos de las leyes.

SEGUNDA. La creación de tipos penales específicos, no siempre son la solución a la problemática criminal de que se trate, toda vez que en muchas ocasiones no resulta necesario modificar la ley, sino simplemente aplicarla con mayor efectividad.

¹⁷ González Carvallo, Diana Beatriz. Sánchez Gil, Rubén. Coordinadores. El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes. Primera Edición, Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación 2021. p. 270. (Pasaje textual).

TERCERA. El hecho de contemplar penas de gran magnitud en los tipos penales no garantiza la disminución de su comisión ni la inhibición en los criminales como para impedir que los perpetren.

CUARTA. Una omisión legislativa por insignificante que parezca suele presentar diversos problemas para los juzgadores al momento de aplicar los preceptos jurídicos y vulnera directamente derechos humanos de los justiciables, aunado a la demora generada en la impartición de justicia, debido a que en muchas ocasiones sus asuntos deben llegar a diversas instancias para ser resueltos.

QUINTA. En el tema propiamente expuesto en este artículo, la atenuante prevista en el numeral 164 del Código Penal para el Distrito Federal, referente a la liberación espontánea de un secuestrado, no puede ser aplicada al delito de secuestro, derivado de una omisión legislativa y de conformidad con el principio de taxatividad.

IV. FUENTES CONSULTADAS

1. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE QUEZADA, Juan Pablo. El Secuestro en México. Situación en la última década. Cuaderno de Investigación.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.

GONZÁLEZ CARVALLO, DIANA BEATRIZ. SÁNCHEZ GIL, RUBÉN. Coordinadores. El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes)

JIMÉNEZ ORNELAS, René A. La cifra negra de la delincuencia en México: Sistemas de encuestas sobre victimización.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. Orientaciones de la Política Criminal Legislativa.

OBSERVATORIO NACIONAL CIUDADANO. Seguridad, Justicia y Legalidad. Análisis integral del secuestro en México. Cómo entender esta problemática.

ROXIN, Claus. Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito. Primera Edición, Editorial Ubijus, 2008. P. 224.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal. Segunda Edición, Editorial Planeta, Buenos Aires, Argentina 2013. p. 291.

2. OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Consejo para la Ley y los Derechos Humanos. http://www.mexico-denuncia.org/?page_id=103

El Universo. Artículo sobre la megamarcha contra la inseguridad en México. Más de 250.000 personas exigen seguridad con megamarcha contra la inseguridad en México | Internacional | Noticias | El Universo

Instituto Nacional de Estadística y geografía. EAP_POBLAC21.pdf (inegi.org.mx)

Real Academia Española. prevenir | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE

Suprema Corte de Justicia de la Nación. www.scjn.gob.mx

3. TESIS AISLADAS:

Pena. Su disminución en una mitad, prevista en el artículo 82 bis del código de defensa social del estado de Puebla (actual código penal), en su texto anterior a la reforma de 27 de noviembre de 2014, procede en favor del sentenciado por el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro, tipificado y sancionado por el diverso 302 bis, vigente hasta el 31 de diciembre de 2008, al no estar señalado este ilícito como

grave -por omisión legislativa-, en el artículo 69, inciso j, del código de procedimientos en materia de defensa social para dicha entidad. Detalle - Tesis - 2012634 (scjn.gob.mx)

Violación equiparada, en las hipótesis de realizar cópula con persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, cuya víctima no sea menor de 18 años. Al no estar señalada expresamente la pena para este delito -por omisión legislativa-, debe aplicarse la prevista para el de violación genérica, al ser la más favorable al sentenciado (Legislación del estado de Michoacán). Detalle - Tesis - 2022621 (scjn.gob.mx)

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la manera de lo posible deben evitarse los enunciados explica-

tivos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre dígrafos (*v. g.*: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminara con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

Título

Autor

Sinopsis curricular y correspondencia

Dedicatoria

Sumario

Resumen

Palabras clave

Abstract

Keywords

Cuerpo de la obra

I. Partes con números romanos

1. Secciones en números arábigos

a) Incisos

Entradas en cursivas

II. Fuentes

Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Fernando Guadalupe Flores Trejo

(Lugar), a __ de _____ de 202_.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe _____ comunico a usted, bajo protesta de decir verdad que, soy el autor intelectual del (la) _____ (artículo u obra gráfica) intitulada _____ para la obra denominada **REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM**, en sus versiones impresa y electrónica. En este acto acepto ceder los derechos patrimoniales de manera exclusiva a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, por lo que solicito se efectúen los trámites correspondientes al registro legal a favor de la institución, lo anterior, de conformidad con lo que se estipula en los artículos 27, 30 y 42 de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente.

No omito manifestar que, la citada obra no ha sido publicada con anterioridad, ni está siendo considerada para dictamen en alguna otra obra colectiva ni publicación periódica, así mismo que, respondo por su originalidad trabajo, liberando a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO** de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra que pudiera afectar intereses de terceros.

Asimismo, otorgo a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, el derecho de comunicación pública y de reproducción del _____ (artículo u obra gráfica) que formará parte de la obra en comento para los fines que estimen pertinentes, por lo que estará disponible en el archivo electrónico de la obra, que será descargable en formatos digitales bajo la modalidad de Acceso Abierto.

A T E N T A M E N T E

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

CD. UNIVERSITARIA, CD. MX., A __ DE _____ DEL 20__.

(NOMBRE Y FIRMA)



La Revista del Posgrado en
Derecho de la UNAM, número especial de la
Facultad de Derecho, editada por la Coordinación del
Posgrado en Derecho de la UNAM, se terminó de imprimir el mes de diciembre de 2022 en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C. V., calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09220, México, Distrito Federal, teléfonos, 5703-2241 y 5592-2240. La edición estuvo al cuidado de Abril Uscanga Barradas y consta de 300 ejemplares.