

Revista de la Facultad de
DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA



Universidad Veracruzana

Publicación semestral

ISSN en trámite

Octubre de 2020

Número 3

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA

Número 3, julio – octubre 2020

Coordinador:

Dr. Roberto Monroy García

Consejo editorial:

Dr. Alejandro De La Fuente Alonso

Dr. José Lorenzo Álvarez Montero

Dr. José Luis Cuevas Gayosso

Dra. Erika Verónica Maldonado Méndez

Dr. Jorge Martínez Martínez

DR © Universidad Veracruzana

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA, Año 2, Número 3, julio – octubre 2020, Publicación Semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2018-050209552200-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: En trámite.

Publicación arbitrada por pares académicos en doble ciego. Prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin el consentimiento expreso de la Universidad Veracruzana.

De las opiniones sustentadas en cada uno de los trabajos responden exclusivamente sus autores, no es el punto de vista de la revista, entidad académica o la Universidad Veracruzana.

PRESENTACIÓN

La Academia de Derecho Penal y Ciencias Auxiliares de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, con el objetivo de vincular la docencia del Derecho Penal y las Ciencias Forenses con la investigación y la práctica, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, consolida como línea de investigación la ideología de estas ciencias que se entrelazan para prevenir el hecho delictivo, enfrentar el delito y sancionar al responsable; lo cual es considerado como uno de los problemas centrales de las políticas públicas.

A partir de lo anterior, se invitó a los profesores integrantes de esta Academia, profesores del Sistema de Enseñanza Abierta que imparten la EE Medicina Forense y cursantes del Doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, para participar en esta Revista.

Se tiene como respuesta los artículos que se incluyen en este número, en los que se identifican importantes temas relacionados con la Criminología, el Derecho Penal General, el Derecho Penal Especial, la Criminología y la Odontología Forense. Su aportación fortalece la vinculación institucional impulsando la generación y aplicación del conocimiento en instancias oficiales relacionadas con la procuración y la administración de justicia, así como en Centros Penitenciarios, en los cuales se cumple la sanción impuesta por el Estado.

Nuestro Agradecimiento al Doctor Alejandro de la Fuente Alonso, director de la Institución, por la invitación recibida y a todos los profesores que aportan su saber y generación del conocimiento del Derecho Penal.

Dra. Esperanza Sandoval Pérez.

Coord. de la Academia de Derecho Penal y Ciencias Auxiliares.

Otoño, 2020.

RESEÑA

La producción científica es una de las labores que evidencian tanto la formación académica, experiencia, aplicación práctica y el ejercicio reflexivo sobre temas específicos, resultado de la labor de investigación. Así, en este Número 3 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana ha sido posible, con la colaboración de la Academia de Derecho Penal y Ciencias Auxiliares y el apoyo de la Dirección de esta Institución unir las producciones académicas de quienes en la actualidad se han comprometido con la generación del conocimiento en la Criminología, la Dogmática Penal y la Política Criminal.

En ese sentido, esta revista se ha dividido en sendos apartados, destinados cada uno de ellos a las disciplinas antes mencionadas, los cuales están conformados por trabajos de investigación que son el reflejo de estudios y reflexiones constantes de los autores en su ejercicio profesional y académico, los cuales tengo el honor de ahora reseñar.

En el apartado I. *Criminología y Ciencias Forenses* se han integrado tres artículos, el primero de ellos titulado *El populismo punitivo y la Criminología Mediática*, del Maestro Emilio Fernández Pérez, quien ofrece un material de consulta obligado para quienes tengan interés sobre la Criminología Mediática, pues en este artículo plantea los orígenes de ésta, haciendo referencia al neopopulismo presente en las sociedades donde existe la tensión social, política y económica, invitándonos a la reflexión de la situación actual en América Latina y desde luego, en México. Resulta, por lo tanto, que el autor es uno de los pocos estudiosos que actualmente se han decantado por analizar con detenimiento esta nueva vertiente de la Criminología, siendo un referente y pionero en nuestra Institución.

Dentro de este mismo apartado I también encontramos la colaboración de la Doctora Ana Laura Campos Sandoval, quien con su artículo *Odontología Forense* advierte de la importancia de esta ciencia en la investigación científica, en órganos de procuración de justicia, destacando la vinculación ineludible que debe existir entre Ciencia y Derecho. Desde su *expertis* y formación profesional ofrece una propuesta de aplicación de la Odontología Forense para lograr la identificación de personas víctimas de delito. Desde luego, su propuesta nos permite visualizar que recurrir a esta Ciencia Forense ofrecería posibilidades reales para que los órganos de investigación garantizaran el derecho a la verdad a las víctimas, destacando la actividad de los peritos.

Como tercera colaboración en esta primera parte de la Revista de la Facultad de Derecho, el Maestro Armando Valencia Álvarez aborda el tema *Impacto de los delitos informáticos en la sociedad actual*, en el cual analiza cómo la legislación en México ha evolucionado a partir de las conductas criminales por medios informáticos, enfatizando sobre la necesidad de continuar las reflexiones sobre la prueba digital como elemento para probar en los procesos judiciales, las conductas realizadas mediante el uso de las tecnologías.

En el apartado II. Dogmática Penal, se encuentran dos trabajos inéditos: *Teoría del Dominio del hecho*, así como *Criminal compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. El primero, es un trabajo de investigación de la Doctora Esperanza Sandoval Pérez, coordinadora de esta Academia, quien con una amplia trayectoria en el Derecho Penal siempre está a la vanguardia sobre los temas del Derecho Penal Contemporáneo. En esta ocasión, presenta un trabajo cuya finalidad es analizar una de las teorías más debatidas actualmente por el impacto que ha tenido en las teorías tradicionales sobre autoría y participación, me refiero a la Teoría del Dominio del hecho. La Doctora Sandoval Pérez postula un trabajo evolutivo sobre la adopción de esta teoría, que permite vislumbrar su aplicación práctica y la urgencia porque la norma penal mexicana se actualice de igual forma.

Como segundo trabajo integrado al apartado que se comenta, se encuentra la colaboración de quien escribe estas líneas, titulado *Criminal compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En este artículo sostengo que en el mundo globalizado y regido por el poder económico ha surgido el Derecho Penal Económico, en el cual se encuentra el tratamiento del *Compliance* y el surgimiento de la teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la Dogmática Penal. Sin embargo, me he permitido reflexionar desde experiencias del Derecho comparado sobre algunos problemas que se advierten en México a partir de su incomprensión y, en consecuencia, errónea recepción en la legislación nacional. Lo anterior, para advertir en esta ocasión sobre algunos problemas de aplicación práctica de la dogmática penal al momento de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Finalmente, en el apartado III. Política Criminal, se encuentra el artículo del Doctor César Martínez Rámila, titulado *El Sistema Penitenciario en Veracruz después de la vacatio legis de la Reforma Constitucional de 2008*, en el cual plasma su experiencia profesional y académica analizando la implementación en el estado de Veracruz del Sistema Penitenciario,

a partir de las disposiciones constitucionales y legales, que ameritaron interpretación del Poder Judicial de la Federación en vía de Amparo, así como la activación de un mecanismo de control constitucional local como lo es la Duda de Ley, ante el Poder Judicial local, a fin de respetar tanto el espíritu de la reforma y ser acorde a la política criminal que propició el marco jurídico sobre sistema penitenciario en México, instaurado en 2008.

Sin lugar a duda, en este número 3 de la Revista de la Facultad de Derecho, de la Universidad Veracruzana, el lector encontrará un conjunto de artículos sobre temas diversos y actuales, que tienen un objetivo común: reflexionar y propiciar un diálogo abierto sobre tópicos abordados en la producción científica de la Academia de Derecho Penal y Ciencias Auxiliares. Este número representa un hito del trabajo colaborativo del profesorado de nuestra institución, pues ha sido posible en tiempos tan difíciles de Pandemia por el Coronavirus SARS-CoV-2, gracias al ímpetu y decisión del profesorado, que no ha detenido los trabajos de discusión entre pares, la actualización continua y las sesiones de la propia Academia para compartir los avances en la realización de este trabajo de investigación académica, todo ello mediante el uso de las tecnologías, siendo hoy por hoy, lo que nos mantiene unidos y entusiasmados por la publicación de este número de esta revista electrónica, deseando que sea leída por la comunidad jurídica del estado de Veracruz, del país, del mundo y podamos en su momento dialogar y retroalimentarnos con todos los interesados.

Enhorabuena por la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, “Lis de Veracruz: Arte, Ciencia, Luz”.

Dra. Sídney Ernestina Marcos Escobar.
Xalapa, Veracruz, México.
Otoño, 2020.

CONTENIDO

	Págs.
Presentación	2
Reseña	3
I. Criminología y Ciencias Forenses	
El populismo punitivo y la Criminología Mediática <i>Mtro. Emilio Fernández Pérez</i>	7
Odontología Forense <i>Dra. Ana Laura Campos Sandoval</i>	52
Impacto de los delitos informáticos en la sociedad actual <i>Mtro. Armando Valencia Álvarez</i>	65
II. Dogmática penal	
Teoría del dominio del hecho <i>Dra. Esperanza Sandoval Pérez</i>	89
<i>Criminal compliance</i> y responsabilidad penal de las personas jurídicas <i>Dra. Sídney Ernestina Marcos Escobar</i>	125
III. Política Criminal	
El sistema penitenciario en Veracruz, después de la <i>vacatio Legis</i> de la reforma constitucional de 2008 <i>Dr. Cesar Martínez Rámila</i>	166

I. CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES

EL POPULISMO PUNITIVO Y LA CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA

Mtro. Emilio Fernández Pérez*

SUMARIO: *Introducción. I. ¿Qué es el populismo o neopopulismo? II. El Populismo Punitivo o Neopunitivismo. III. La base de la criminología mediática, la fenomenología de la cultura del miedo. IV. Los medios de comunicación masiva clásicos y posmodernos o digitales su influencia en el discurso mediático. V. Reflexión. VI. Referencias.*

Introducción

En la actualidad en casi todos los países, tanto aquellos que se llaman democracias y como aquellos que no lo son tanto, se han constituido en posturas políticas neopopulistas, al grado tal, que se sirven del clamor y delirio de la gente, los políticos principalmente explotan el miedo social “y la histeria de los ciudadanos para obtener utilidades de orden electoral”¹.

Es que en estos tiempos donde las instituciones gubernamentales no tienen credibilidad, es cuando los políticos han utilizado al Derecho Penal como una estructura gubernamental, pues el escenario político ya no causa ningún estupor entre los miembros de una sociedad, es de esta manera que se encuentra en una gran encrucijada entre la legitimidad y los límites del propio Derecho Penal, es decir, en el Derecho Penal que tiene como fin la restauración del orden social existente, existen límites competenciales del mismo, pues al sobrepasarlos se habla de problemas de legitimidad, pero en el populismo punitivo es un arma que sirve para establecer una determinada forma de política criminal de cualquier Estado.

*Artículo recibido el día 1 de agosto de 2020 y aprobado para su publicación el 31 siguiente.

¹ Muñoz Tejada, Julián Andrés, Populismo Punitivo y Una “Verdad” Construida, Revista Nuevo Foro Penal, No. 72, enero-junio, Bogotá, Colombia, 2009, p. 14.

*Doctorando en Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Calidad CONACYT, Maestro en Ciencias de la Educación, Instituto de Estudios Superiores de Puebla; Licenciado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Miembro de la Sociedad Mexicana de Criminología, Filial Veracruz; Encargado de la Coordinación de la Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho de la U.V., autor de varios artículos Indexados y un libro en la rama de Derecho Público y Privado, así como en Educación, Conferencista nacional e internacional.

Este populismo punitivo surge en la época de los 90s, en busca de consensos morales, se utiliza para el establecimiento de esta corriente ideológica a los medios masivos de comunicación los cuales por medio de las imágenes producen en la población insatisfecha del actuar de las autoridades de procuración e impartición de justicia una forma de solicitud de una retribución vindicativa, la cual es aprovechada por los políticos que pretenden sacar ganancias por medio de tesis político criminales, que poco a poco van permeado hasta convertirse en la nueva política criminal de un Estado.

Con el populismo punitivo tiene a su mayor precursor en la Criminología mediática, aquella criminología que utiliza las imágenes como algo preconcebido, en las personas o grupos de personas, se utiliza el viejo paradigma de Labelling Approach o etiquetamiento, es decir vale más una imagen que toda la realidad que se encuentra detrás de la comisión de un delito; dando como una forma de como explotar a las víctimas de los injustos penales, de explotar su dolor, pues es lo que puede atraer e incluso puede ser el sustrato de alguna acciones política legitimada en el clamor popular.

I. ¿Qué es el populismo o neopopulismo?

Es muy cierto que el populismo como ideología política, se ha posicionado dentro de diversos Estados, gracias a la actuación fallida de las democracias representativas, las cuales solo han dejado una gran desigualdad social, como resultado de la mala gestión administrativa, el olvido de los funcionarios de representación popular a la base electoral que los llevó a ese escaño, lo cual, ha carreado un malestar y un resentimiento popular; facto que le ha abierto las puertas a tendencia neo populistas.

Las crisis provocadas por las fallidas democracias representativas, el error no es en realidad por el sistema democrático, sino por los diferentes representantes que las facciones partidistas; creando a los partidos como usinas clientelares y cotos de poder, y la utilización del servicio público, como una forma de crear fortuna y tener poder. Es de este modo que los erros de las democracias participativas dan como resultado la incursión del populismo como respuesta a los clamores de las masas sociales, desilusionadas y llenas de un hartazgo, por el incumplimiento de las necesidades básicas del conglomerado social.

Pues como lo señala Steven Pinker, “todos los seres humanos tienen el deseo innato por la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”², esto es el reconocimiento de una naturaleza universal, es decir, “es la demostración de que todos estamos unidos por un cordón invisible, nuestra condición de seres humanos”³, nos hace frágiles y temerosos de la misma, el temor mercancía valiosa para cualquier político.

Todo este escenario que las democracias representativas pusieron a la puerta desde el siglo XX, dio con el resultado de la incorporación de un neopopulismo de masas; un ejercicio en exceso que también dio génesis a la incredulidad de las diversas instituciones que conforma a la misma forma de gobierno.

El neopopulismo tiene su origen en sociedades donde existe la tensión social, política y económica; esta ideología política es dirigida por un líder carismático, pues como se sabe no es lo que está detrás del candidato si no que popularidad puede tener, es claro, el electorado no ve las capacidades sino la imagen que al sistema sensorial puede hacer atractivo o no a un sujeto que pueda representar los intereses colectivos; líder que arremete con odio contra la oposición como la causante de las diversas problemáticas que el pueblo viven y qué han sido el resultado de gobiernos demócratas, en los cuales se les ha confiado la voluntad social y que han generado que gran parte de la población se encuentre en una precaria situación.

Este líder les promete canalizar todos los recursos para aquellos conglomerados que conforman las clases desprotegidas, producidas por las desigualdades que los regímenes democráticos representativos incrementaron; pero en realidad se habla de una falacia inmersa en el discurso del líder mesiánico, pues la brecha de la desigualdad, en realidad se ahondará al grado de lo que señala Gorán Therborn, el cual señala que “La desigualdad mata. Es una violación de la dignidad humana. Muerte prematura, mala salud, humillación, subyugación, discriminación, exclusión del conocimiento o de la vida social, pobreza, inseguridad (...)”⁴, es un fenómeno que no depende del dinero solamente.

Un líder que dentro de su intencionalidad del discurso establece el rechazo al conservadurismo, al antiimperialismo, hace una crítica recalcitrante a los viejos partidos, al nacionalismo utópico; siempre con una doble intencionalidad en su mensaje, como lo diría

² Pinker, S, Como Funciona la Mente, Destino, Madrid, 2000, p. 40.

³ Markus Gabriel, et. al., El Virus, el Sistema Letal y Algunas Pistas para Después de la Pandemia, Giorgio Agamben, et. al., La Sopa de Wuhan, Barcelona: ASPO, 2020, P. 130.

⁴ Therborn, G., et. al., La Desigualdad Mata, Alianza, Barcelona, 2011, p. 42.

Michel Foucault, es un método dialógico de masas, pero por desmedro ha regresado en este siglo XXI, en América Latina y Europa.

Las sociedades se encuentran con ciertas problemáticas inconclusas tales como: bienestar económico, el fortalecimiento de la clase media y una democracia plena de tercera ola. Esto es tomado como un campo fértil por el neopopulismo cuyo líder ofrece la distribución de la riqueza como forma de movilidad social, el fortalecimiento del consumo y crecimiento económico, así como nuevas ideas democráticas para una sociedad verdaderamente democrática, pero en realidad es contraria a lo prometido, estos outsiders, de derecha o de izquierda, a lo único que le ponen atención a la puntualización de los discursos radicales socialmente, los cuales solo incrementan la fractura ya existente entre las diversas clases sociales, sus políticas asistencialistas y populistas, sin que exista una verdadera oposición crítica, pero si una ineficiencia e ineficacia, una aglutinación del recurso monetario y un ideario axiológico de conformismo.

Las causas del neopopulismo en este siglo son: la crisis de legitimidad, la alta corrupción, la ineficaz gestión pública, el no desarrollo sustentable, la mala distribución de la riqueza y la inseguridad. Para lo cual, los líderes ecuménicos se dedican a los discursos reduccionistas de las problemáticas sociales, una exagerada exaltación del nacionalismo, y un odio genético a la oposición, siempre con una descalificación constante de la misma, siempre amenaza al sistema democrático como una ideología política de negociación y apuesta a la construcción constante de acuerdos, los líderes no consideran a la democracia como un sistema de interés colectivo social.

El neopopulismo encuentra a los países donde se han instaurado ciertas condiciones que han propiciado que las poblaciones sufraguen por esta ideología como recursos salvadores, y como otros autores han mencionado que el electorado en estas naciones son electores cautivos, en virtud de que en realidad no tienen una verdadera opción política para la solución a los problemas económicos, la descomposición social existente, a la falta de credibilidad a las instituciones, a las crisis que los partidos políticos atraviesan, y sobre todo a la desigualdad social y falta de seguridad humana existente dentro de sus territorios, es de este modo que surgen ideologías populistas y mesiánicas de soluciones mágicas a dichas problemáticas los votantes se fueron con el canto de las sirenas, sin saber que en realidad sería la desilusión de una quimera.

La realidad del neo populismo como ideología política es como su propia conceptualización lo señala es aquel que “genera una cultura política de masas, asistencialista, que destruye la autonomía ciudadana y quita la iniciativa al asociativismo, destruyendo las democracias liberales”⁵, si esta ideología su objetivo es la adoctrinación de las mayorías, entendidas estas como normalmente se mencionan, los marginados, los desprotegidos, los pobres y paupérrimos, pero en ningún momento los vulnerables, pues en esa categoría, incluso estatuido por la ONU, no son los únicos, existen más sujetos considerados vulnerables dentro de la propia sociedad, como lo son las víctimas de alto riesgo.

Estos desprotegidos que son la fuerza de la ideología populista, son personas que por desgracia las democracias representativas solo las vieron como una zona de oportunidad electoral, pero no como un sector poblacional, al cual, se focalice para la aplicación de políticas públicas para mejorar su desarrollo integral como ciudadano de un Estado, y que se caracterizan no solo por no tener los recursos básicos, sino de que en su mayoría se les haya negado el acceso a la educación, lo cual, acarrea que se conviertan en sujetos fácilmente manipulables, masa o turba que genera una fuerza social, física y electoral; y lo mejor se vuelven un terreno idóneo para la ideologización y el alienaje.

Es de esta manera que sin saber que asumen lo que el otro diga, en realidad pierden su libertad, pero en su proceso mental no, ellos se sienten libres pues asumen como verdad lo dicho por el líder, es como lo señala *Byung-Chul Han*:

El poder se asocia con la libertad como con la coerción, (...). El poder del yo logra su nivel máximo precisamente en la constelación en la que el otro se amolda voluntariamente a su voluntad. (...). El poder libre significa que el otro obedece libremente al yo. Quien quiera obtener un poder absoluto no tendrá que hacer uso de la violencia, sino de la libertad del otro. Ese poder absoluto se habrá alcanzado en el momento en que la libertad y el sometimiento coincidan del todo⁶.

⁵ Villa Fuerte, L. F., El Populismo Globalizado: ¿El fin de la Democracia Representativa?, Exposición, Diapositivas de Clase, Xalapa, Ver., 2020, D. 11.

⁶ Chul- Han, Byung, Sobre el Poder, Herder, Barcelona, Esp., 2016, p.p. 9 -17.

En este tipo de corriente política, se conjuga tanto con las masas sociales, que llegan una distopía de lo que los líderes quieren y lo que ellos necesitan como ciudadanos, aceptando los mensajes contenidos en el método dialógico del outsider, sin comprender su doble intencionalidad. Que en realidad solo son la fuerza y no el objetivo de este sistema de gobierno.

Otro de los aspectos relevantes de esta corriente política es la finalidad de la inculcación del miedo como una forma de dominio para los miembros de un conglomerado social; el temor como una mercancía de la vida política de un país, es un factor de gran valía, este se compone de tres elementos: “la ignorancia, la impotencia y el último provocado por los dos anteriores la humillación”.⁷

Como lo señala Zigmunt Bauman “El miedo es una parte integral de la condición humana. (...) Una cultura del miedo, (...). El miedo se ha convertido en una mercancía de consumo y se ha sometido a la lógica y las reglas del mercado, además, el miedo también ha llegado a ser una mercancía política, una moneda utilizada para gestionar el juego del poder”⁸.

El déficit de la confianza en las democracias representativas dio como producto el debilitamiento de la comunicación entre ciudadanos y gobernantes, convirtiendo a los desprotegidos en víctimas de la incomunicación, ya que, los canales que en un principio se habían establecido, se rompieron, dando paso al odio y este al temor y viceversa.

Es así como lo infundido por el nuevo populismo es la exclusión del otro, “la expulsión del distinto y el infierno de lo igual pone en marcha un proceso destructivo totalmente diferente: la depresión y la autodestrucción”⁹; aspecto que el neopopulismo sabe bien como canalizarlo en su beneficio, con sus discursos de odio a la oposición, a lo viejo a lo vetusto, que dio como resultado el estado de odio y miedo de una población con un hartazgo. Infundiendo en las masas el violento poder de lo igual, constituyendo una alteración de carácter patológico del propio cuerpo social, producido hoy en día por la hipercomunicación, el exceso a la información, la sobreproducción y el hiperconsumismo.

Otro de los rasgos del populismo en cuanto a su ideología, es la confusión de ciertas mayorías electorales con el todo, haciendo que el líder se forme una concepción de

⁷ Bauman, Zigmunt, Ceguera Moral, Paidós, México, 2018, p. 129.

⁸ *Ídem*, p. 13

⁹ Chul- Han, Byung, Expulsión de lo Distinto, Herder, Barcelona, Esp., 2018, p. 54.

decimonónica de pastor, completamente equívoca, eso determina que esta corriente política sea una forma autoritaria disfrazada de democracia, incrementando de *facto* la acreditación y profundización de la polarización social, pues trata de desaparecer a una de las clases sociales de mayor importancia, social y económicamente, la clase media. En esta clase se encuentra la fuerza productora de un país, es donde se encuentra la población con mayor grado de estudios, en virtud de que gran parte de los profesores de educación básica, media, profesional y posgrado, provienen de esta clase, y son los que normalmente sufren de los embates de los gobiernos neopopulistas.

Esta clase es donde existe la mayor crítica hacia las políticas de masas, asistencialistas, pues en los antecedentes históricos de las diferentes naciones nunca han dado buenos resultados, al contrario han dado como resultado problemas económicos y sociales graves, siendo estas las razones de los líderes polaricen socialmente a un país, al grado tal que se pudiera dar como resultante un posible enfrentamiento como lo que se vive día a día en el internet a través de las redes sociales, volviéndose en verdaderos linchamientos sociales, no solo políticos, pues el líder en turno señala no solo al régimen democrático como enemigos del régimen.

El líder ideológico dentro del populismo político establece una relación mística de tipo casi religioso, ya que los adeptos o adoctrinados visualizan al mismo como un tótem, como un guía no solo político sino moral, lo que el líder señala es la verdad sin discusión ni crítica, al grado que el alineamiento es de tal profundidad que incluso es imitado por diferentes políticos y gente de la misma adhesión partidista. Este tipo de ideología partidista llega al poder de manera legítima y legal, en virtud de que su acenso al poder lo realiza por medio del sufragio efectivo de la mayoría del padrón y se mantienen por medio de reformas estructurales y la destrucción de pesos y contra pesos; generando una atrofia institucional.

Finchelstein señala como características del neopopulismo las siguientes:

1. Establece una relación entre la democracia y los valores autoritarios.
2. Líder con carácter religioso y mesiánicas.
3. Idea de refundación social.
4. Teología política.
5. Destrucción opositora política.
6. Instrumentación de un nuevo estado de derecho, protección filial y amistosa.

7. Ductilidad legal.
 8. Nacionalismo radical.
 9. Líder personificación del pueblo.
 10. Identificación del líder del pueblo como un todo.
 11. Reivindicación de la anti política,
 12. Discurso y mensajes populares contra las élites políticas contrarias.
 13. Homogeniza al pueblo con la mayoría electoral.
 14. Aversión al periodismo.
 15. Antipatía al pluralismo y la tolerancia política.
- ❖ Cultura popular y de entretenimiento, como encarnaciones de las tradiciones nacionales¹⁰.

Se debe tener en claro que la forma política del neopopulismo es una ideología completamente, es una mala representación social y moral, busca de manera clara el control social incluso en exceso, para la obtención de una sociedad pasiva llena de miedo y de odio por las democracias representativas.

Existe un choque entre un poder legítimo y legal, el cual encuentra su fundación en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya lo había señalado Roberto Gargarella¹¹, que en América latina desde el siglo XXI, se ha comenzado a incrementar los diversos derechos para los ciudadanos de la República pero dejaron de manera precaria el crecimiento de la organización del poder, generando Constituciones de doble Alma, es decir, que cuando los ciudadanos de un país como México, tratan de que se les reconozcan los derechos fundamentales, surge y se genera un choque entre las necesidades ciudadanas y estado de ánimo del líder en turno, es decir, el representante del poder ejecutivo, sobre todo si se habla de gobiernos neo populistas de izquierda o de derecha, lo cual genera un retroceso, y solo se resolverá por medio de la ayuda de los órganos jurisdiccionales para que las instituciones les reconozcan derechos que se encuentran consagrados dentro de las normatividades de mayor rango dentro de cada país.

¹⁰ Federico, F., *Del Fascismo al Populismo en la Historia*, Taurus, México, 2018, p. 211.

¹¹Vid. Roberto Gargarella, *La Sala de Máquinas de la Constitución*, “Dos Siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)”. Katz, Buenos, Aires, Arg., 2015.

Se menciona que este tipo de ideología normalmente el líder toma las decisiones sin consulta, los funcionarios no cumplen con su encomienda, los reclamos del pueblo no son escuchados, la impunidad se sigue ejerciendo al igual de cómo se hacía en las anteriores democracias representativas.

La clase política se aísla y hace opaca la rendición de cuentas, se sigue realizando la corrupción como una forma de actuación normal dentro de este régimen político; utiliza esa disrupción social como una forma de aplicabilidad del populismo punitivo, que, en la actualidad, en una sociedad atrapada en un panóptico digital, que deja muy buenos dividendos en la imagen política para la consecución de votos para una nueva incursión al panorama público del Estado.

El populismo tiene como pretensión la encarnación y el culto al líder; la sacralización del referéndum popular y la omnipotencia de la mayoría y el rechazo de la expresión general; es claro se vuelve un gobierno totalitario, el cual solo necesita a las masas como una forma de factualizar su permanencia en el poder, a cambio solo de dádivas y no de soluciones reales de las necesidades básicas de la población como son la libertad, la vida y la búsqueda de la felicidad.

Pero como se sabe cómo es una especie de religión, el líder se encarga de adoctrinar a las masas habidas de rencor, necesidad; incluso podríamos señalar de cierta venganza de años de promesas no cumplidas, lo cual acarrea el descredito de las instituciones que conforman las democracias representativas, pues se dedicaron a todo menos a representar al pueblo que le encomendó su representación y nunca vieron fructificadas las expectativas que en ellos depositaron.

En la actualidad con sociedades posmodernas es necesaria una valorización de las actuales políticas pues se necesita obtener adelantos urgentes y cambios estratégicos, para poder quitar esa visión escéptica o desencantada de las democracias representativa; posiblemente voltear a ver las democracias directas y garantizar la libertad individual siendo el antídoto para enfermedades iatrogénicas de lo más siniestro y atroz (la pobreza, la desigualdad social, el miedo generalizado, el conformismo, etc.).

El populismo no es una ideología que en estos momentos de globalización pueda resolver los problemas que aquejan a las naciones, por el contrario, será un retroceso en

de ciertos ideales, que aún no concretados, se vislumbran como ciertas necesidades básicas para una época digital.

Pero actualmente quieres la atención de los ciudadanos de un Estado, no hay más que hacer uso del populismo punitivo, esas imágenes que venden, esas imágenes que generan que la sociedad opinen, esas formas incluso hasta pornografía de la forma nueva de descripción de la vida cotidiana, este tipo de populismo es muy utilizado por los partidos políticos, y funcionarios públicos para adquirir con la venganza y la severidad del castigo como trampolín para escalar políticamente. “La iniciativa intelectual, espiritual y artística es tan peligrosa para el totalitarismo como la iniciativa criminal de la multitud, y ambas son más peligrosas que la mera oposición política”¹², las mismas formas de adoctrinamiento utilizadas por el populismo político pueden llegar hacer su propia debacle, ya que, se puede realizar el mismo método como un medio adverso, señalando los erros que comente en realidad el mismo y cambiar la visión de aquellos alienados a su favor.

Desde el punto de vista de la psicología evolutiva señala que somos los individuos pensantes libres y funcionales los que permiten un avance al futuro, cuando tenemos sujetos maniatados, no pensantes y no funcionales esa sociedad no trasciende, se tiene como derechos fundamentales a la libertad, vida y propiedad privada solo así podemos decir, que una sociedad puede ver hacia el futuro. Como último aspecto es la necesidad de los regímenes populistas le son incómodos los entes pensantes, aquellos sujetos críticos y propositivos, que lo inquietan constantemente, que le señalan sus errores, a esta ideología le conviene una población ignorante y fácilmente manipulable, es por esta razón que la educación como uno de los derechos fundamentales, es la trincheras donde se debe crear esa oposición contra esta clase de idearios políticos, ya lo mencionó Paulo Freire, la educación como forma de la liberación del ser humano.

II. El populismo punitivo o neopunitivismo.

Para poder entender lo que es el populismo punitivo deberemos entender lo que se conoce como populismo penal el cual “usualmente invoca al pueblo como una base electoral y

¹² Bauman, Zigmunt, En Busca de la Política, CFE, México, 2001, p. 90.

como una autoridad legítimamente sin buscar organizarlo y movilizarlo más allá de eso”¹³, esto lo hace a través de la indignación de las víctimas directas o las víctimas indirectas o de aquellas personas que tienen dentro de ellos un sentimiento de indignación lo que genera una reacción contraria a las conductas desviadas o socialmente contrarias, aunado a los datos duros establecidos por la autoridades donde reflejan una realidad atroz y muy cruda.

Esta forma de pensamiento que trata de establecer un clamor social que encuentra su diapason no solo en los medios de comunicación tradicional sino también en las formas posmodernas, como lo son las redes sociales, en donde ese homo sapiens se convierte en lo que hoy conocemos como *homo digitalis*; ese escaparate donde el ser humano se siente algo existente, la virtualidad que le da su supuesta humanidad, pero que a la vez lo desnuda y lo vigila, convirtiendo a la sociedad sólida en una sociedad líquida, extremadamente de consumo; se vuelve una súper carreta de hipercomunicación, lo que pasa en la red es efímero, de ahí que esta comunicación puede dar como resultado consecuencias de *facto*, indignación social, y normalmente los famosos linchamientos virtuales, situación que da dividendos para los políticos en turnos para poder ofrecer lo que los indignados desean el recrudecimiento de la fuerza punitiva del Estado por intermediación del derecho penal.

Este término fue utilizado por primera vez en 1995, por Anthony Bottoms, el “atribuye el populismo punitivo a las elevadas tasas de criminalidad y a las inseguridades, ansiedades e incertidumbres con lo que (...) se denomina modernidad tardía”¹⁴. Los medios de comunicación juegan un papel preponderante dentro de la dinámica del populismo punitivo, ya que:

En los medios la vida pasa como un bucle, a la misma hora y en el mismo canal todas las mañanas alguien tiene que contar qué pasó mientras “la gente de bien” dormía, cómo los “malos hacían de las suyas”, porqué la justicia no funciona al dejar al “ladrón” libre, todo lo cual es, según los medios y quienes

¹³ Sozzo, Máximo, Populismo Penal, “Historia, Balance, Dilemas y Perspectivas de un Concepto, Estanislao Escalante Barreto, Coor. Política Criminal Mediática, “Populismo Penal, Criminología Crítica de los medios y del a Justicia Penal, Ibáñez, Universidad Nacional de Colombia, 2018, p. 19.

¹⁴ Bottoms, A, Políticas Penales y la Filosofía del Castigo, C. Clarkson and R. Morgan Editores, Las Políticas en las Sentencias Reformadas, Oxford, EUA, 1995, p.p. 17-49.

influyen a sus seguidores en la red social, la causa de la inseguridad y el miedo al delito¹⁵.

Laurrauri, ha señalado como populismo punitivo: La utilización del derecho penal por parte de los políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales, tales como la de que el incremento en las penas, conllevaría automáticamente a una reducción de las tasas del delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad¹⁶.

El populismo punitivo tiene su sustrato en la desconfianza de la ciudadanía a la actuación de las instituciones, a ese temor a la inseguridad, a la falta de cumplimiento de las promesas de los gobiernos, y que encuentran un crisol de creación mediática en los medios de comunicación y que cuyo clamor al tener presente una imagen, junto con la insatisfacción, dan como resultado, una exigencia popular sobre un *facto* determinado, y la misma es utilizada por la clase política con fines de cooptación del voto, y no como una verdadera forma de solución a al temor e insatisfacción ciudadana.

Otro autor que ha incluido ciertas nociones de castigo y populismo en su explicación de la transformación del control del delito ha sido David Garland, señala dentro de su estudio de las nuevas formas de control del delito que:

Existe una <<nueva Penología>>del control de riesgo, pero también una vieja penología de la venganza y la vindicta. Hay más punitividad, (...), Estado más consciente de sus limitaciones que antes. Existen cambios en la respuesta estatal frente al delito, sin embargo, el cambio más grande se ha referido al lugar que ocupa el delito en nuestra vida cotidiana, en nuestro entorno y en nuestra imaginación cultural¹⁷.

Garland establece dentro de su estudio de control del delito, que las instituciones canalizan formas de concepción del desgaste del monopolio del Estado sobre el control del delito, el desgaste sobre lo que se entiende por delito, y el problema de aplicabilidad de la ley; es decir, existe una incertidumbre sobre la gerencia de la seguridad, y la cual la población

¹⁵ Escalante Barreto, Estanislao, Coor., Política Criminal Mediática, “*Populismo Penal, Criminología Crítica de los Medios y de la Justicia Penal*”, Ibáñez, Universidad Nacional de Colombia, 2018, p. 16.

¹⁶ Laurrauri, E, Populismo Punitivo, Y Como resistirlo, Jueces para la Democracia, 55, Santiago de Chile, 2006, p.p. 15-23.

¹⁷ Garland, David, La Cultura del Control: Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 22.

la refleja con una visión distópica y desesperanzadora, que da como consecuente la reflexión de las formas no punitivas de gestionar el control delictivo; “las nuevas concepciones de culpabilidad, daño y victimización que traen aparejadas y el potencial progresista (aunque problemático) que encarnan para producir seguridad bajo formas que no dependan ni del incremento del poder estatal ni de la reducción de las libertades civiles ”¹⁸. Es de este modo que surge el populismo punitivo, el mismo también es conocido como un tipo de justicia expresiva:

En la literatura contemporánea de la sociología del castigo de la lengua inglesa, una forma de funcionamiento de la justicia penal que coloca en un primer plano la tarea de <<expresar>>, justamente, la ira y el resentimiento provocados por el delito en el público a través de la faz simbólica del castigo, sin intentar, instrumentalmente, articular medidas destinadas al fin de la reducción del delito¹⁹.

Esto es lo para el derecho penal anglosajón es el populismo punitivo, porque es la utilidad del castigo en base en las voces sociales de la ira y el sentimiento de venganza generalizado, sin que se tenga la utilidad del mismo en el reduccionismo delictivo, es claro, solo responderá al clamor de la sociedad, de una sociedad temerosa, con inseguridad y como se ve desprotegida solicita las respuestas más enérgicas por parte del Estado, aun cuando estas no tengan una efectividad real, solo se cumple con el sentimiento o resentimiento de la población.

Lo que desean los operadores del Estado es un mayor impacto social con la tutela de los bienes tutelados con un grado máximo de severidad y sin la obtención de un verdadero beneficio, la única ganancia es de tipo electoral, nunca existirá una verdadera utilidad social, se convierte en un paliativo simbólico. Whanda Fernández señala que el populismo punitivo es:

La doctrina política que se proclama defensora de los intereses y aspiraciones del pueblo, (...) ha penetrado con fuerza arrolladora en los espacios de la justicia y su pretexto de sosegar los efectos de la inseguridad ciudadana y de la poca confianza en la efectividad del aparato judicial, ha logrado expandir el

¹⁸ *Ídem*, p. 23.

¹⁹ *Ídem*, p. 42.

derecho penal, desquiciar el sistema de juzgamiento, socavar el espíritu garantista de las normas y acomodarlo a interpretaciones arbitrarias y restrictivas, ostensibles en la actuación de un amplio sector de fiscales y en las desconcertantes providencias de algunos jueces y magistrados²⁰.

En realidad el populismo punitivo no parte de un verdadero sustrato resolutivo de la problemática social real, solo da cabida al cumplimiento del clamor social, este bien o mal, por el hecho de establecer un mero simbolismo con la aplicación del derecho penal, endureciendo normalmente las penalidades o creando tipologías jurídico penales que no mitigan el exceso de miedo e inseguridad que la ciudadanía siente, al estar a merced de la delincuencia y en contra posición de la ineficacia de las instituciones de procuración y administración de justicia.

Del mismo modo Eduardo Jorge Prats menciona a este populismo como penal, y expresa que:

Es la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada, aparentemente, a remediar los problemas que se derivan del crimen y la inseguridad, pero en el fondo implica una alianza demagógica para crear en la conciencia ciudadana la necesidad de aplicar medidas extremas de “mano dura” y “tolerancia cero” contra los infractores, aun en delitos de menor impacto, a sabiendas de que son respuestas eufemísticas, viscerales, basadas en sondeos no confiables, que lejos de disminuir la tasa delincencial, la incrementan de manera incontrolable²¹.

Si nos damos cuenta este populismo penal cumple con la doble intencionalidad del discurso desde el punto de vista Foucoultiliano, pues cumple no solo con la satisfacción de los reclamos sociales, sino también se da una especie de alienaje popular, aun cuando esta respuesta del Estado no es una verdadera respuesta al constructo planteado, ni siquiera llega a plantear un verdadera política criminológica, ya que está desfasada de una realidad existente, en realidad es una distopía producida por la incapacidad de las instituciones del Estado y de una mediación de los medios masivos de comunicación tradicionales y virtuales.

²⁰ Fernández León, Whanda, Populismo Punitivo, Disponible en: <https://www.amabitojuridico.com>, Consultado el 21 de julio del 2020.

²¹ Prats, Eduardo Jorge, Los Peligros del Populismo Penal, IUS NOVUM, Bogotá, Col., 2005, p. 25.

Alejandro Nava Tovar, nos menciona en su conferencia “Justicias para las Mujeres más Allá del Populismo Punitivo y la Criminología Mediática” que el populismo punitivo alimenta el espectro de las legislaciones y los medios masivos de comunicación, por medio de lo que se conoce como criminología mediática, es la que genera un discurso por medio del dolor de la víctimas, sus principales aliados ya no son, como comúnmente lo eran, la televisión, la radio o los medios impresos, ahora lo son las redes sociales. Ahora se necesita el rencor ciudadano para el esclarecimiento de algunos crímenes; esta sinergia social es tomada como un campo de oportunidad de la clase política para que a través de iniciativas de ley subir las penalidades y obtener una ganancia electoral.

Se observa la supresión de instituciones de salvaguarda de los derechos humanos, por considerarlos innecesarios, aspecto que Gargarella lo retoma en su explicación de las Constituciones de Doble Alma, donde el líder en turno puede desconocer los derechos ya contenidos en la normatividad, por qué no estén de acuerdo de a la ideología neopopulistas, aspecto que será suficiente para que el Estado no los reconozca y por ende no los salvaguarde; al igual se vuelven comunes las decisiones jurisdiccionales para la aplicabilidad de penas con mayor severidad, olvidando uno de los principales principios de la pena, la última ratio.

Esto trae la contraposición de los fines utilitarios de la pena dentro de la política criminológica del Estado democrático en la relación con el reduccionismo delictivo, pues el derecho penal lo que busca por medio del populismo será la fuerza de los consensos de carácter moral. El populismo penal o punitivo, tiene como características se amorfo, huidizo y especioso; ya que su forma de presentación no tiene una forma determinada, por eso su calidad amorfa, no siempre tiene una génesis determinada pues puede ser un delito o una conducta antisocial; y es un fenómeno que se desvanece rápidamente, es fugaz, característico de una sociedad líquida, las cosas nunca permanecen, son de consumo y una vez satisfecho el deseo personal, desaparece. Su última característica es muy confusa, pues aparentemente puede ser lógico, pero en realidad contiene bastante engaño, es la esencia del discurso de las autoridades a las cuales les beneficia el clamor social, el mismo tiene una ganancia o rentabilidad.

Alejandro Nava Tovar señala que el populismo punitivo no se basa en los bienes jurídicamente tutelados si no por el contrario su principal sustrato es el miedo y la inseguridad de la población en la actualidad, menciona que los reclamos sociales reflejan los demonios

que toda sociedad y en lo individual todo ser humano, los genera o los crea; como se da en cualquier crimen en la actualidad, las personas demonizan a los implicados en un delito de gran impacto; “es monstruo interior en nuestros tiempos líquidos o tiempos oscuros, cuando a menudo nos negamos a conceder la existencia del otro o a verlo o escucharlo en lugar de ofrecerle una ideología caníbal”²².

En la actualidad dentro de las grandes metrópolis son referentes de, una modernidad posdemónica, pues en realidad existen acciones de carácter leviatánica y las cuales tiene un propósito noble (pero tenemos un sin número de acciones terroríficas que se han hecho en nombre de la mejora de propia humanidad), es lo que puede o sucede con la aplicación del populismo penal como forma de política criminológica de un Estado.

Esta ideología punitiva, tiene como un impulsor los juicios mediáticos del momento, junto con la ineficacia de las instituciones de procuración y administración de justicia y aunada a la incredulidad social que ellas mismas tienen, da un producto de gran valor para los representantes de elección popular y actualmente para los mismos operadores de las fiscalías y las judicaturas, como se menciona no se busca la efectividad del castigo o punibilidad, sino la legitimidad del poder público.

II. La base de la criminología mediática la fenomenología de la cultura del miedo.

La criminología mediática busca un discurso legitimador, en base de la construcción del miedo, es aquella que se da paralela al discurso académico, se alimenta de los medios masivos de comunicación; de la creación de imágenes distorsionadas y hasta perversas del delincuente o de la víctima, estos medios lo que buscan es el rating, lo que vende, no la verdad de un hecho; eso queda en un segundo, tercero o cuarto termino, lo que importa es lo que puede generar en la mente humana, temor y subsecuentemente rencor contra la ineficacia de las autoridades encargadas de salvaguardar la integridad humana en un estado de derecho, como lo menciona George Orwell “se degrada el lenguaje político para que las mentiras suenen a verdad y el asesinato sea respetable y para dar una apariencia de solidez a lo que es puro

²² Bauman, Zigmunt, Ceguera Moral, ob. cit, p. 31.

*vid. Justicia para las Mujeres Más Allá del Populismo Punitivo y la Criminología Mediática, Conferencia, www.Facebook.com./107046914243900/videos/581329946074323/ consultada 29 de julio de 2020.

viento”²³. Todo es apariencia es un lenguaje simbólico, simplemente satisface la petición pública y los medios masivos de comunicación establecen un mensaje mediático no solo con signos escritos sino con imágenes.

“La criminología mediática prepara el mundo paranoico en base a técnicas de neutralización, que pueden consistir incluso en discursos más o menos sofisticados”²⁴, este tipo de criminología establece un escenario esquizoide, crea un enemigo y trasmite un mensaje a la ciudadanía, y como se tiene gran parte de sujetos que consumen ese lenguaje, y establecen sus más grandes frustraciones a cualquier enemigo señalado por los medios de comunicación tradicionales o virtuales.

Los medios de comunicación, grandes corporaciones que obedecen a grandes intereses posmodernos dentro de un geo mercado que fagocita todo lo que esté a su paso, y que necesitan que esta sociedad líquida de consumo, aumente su rating, que sus audiencias de masas aumenten exponencialmente y esto dé como resultado que su discurso tenga un poderío que sea un halo de oportunidad para la política estatuida, y por desgracia, no tenemos que ver a la política solamente incrustada en los funcionarios de elección popular, sino esta impregna a los tres poderes que constituyen un Estado democrático.

“Claro que se habla al compás de juicios asertivos en tono sentenciador emitidos por los medios masivos de comunicación, que a veces están en manos de grandes corporaciones trasnacionales enredadas con otras que le disputan el poder a los Estados bastante impotentes del mundo globalizado”²⁵; es lo que llaman el discurso mediático, esta tiene un sustrato de rencor que es producido por la ineficacia y el propio efecto del hecho que produce el ese sentimiento, esta criminología construye el miedo a través de imágenes distorsionadas grotescas que normalmente le agrada hacen un efecto de ideologizador sobre la sociedad civil.

En este tipo de discurso mediático los policías, los jueces, los fiscales son los que representan las figuras, no la seguridad sino la desprotección de la población, por su inacción o ineficacia al investigar y castigar las conductas delictivas, incluso adquieren rating y mayor

²³ Steiner, George, Matar el Tiempo, Artículo de Periódico, sobre la Novela de George Orwell, El New Yorker, 1984.

²⁴ Zaffaroni, Raúl Eugenio, La Palabra de los Muertos, “Conferencias de Criminología Cautelar”, EDIAR, Buenos Aires, Arg., 2011, p. 577.

²⁵ La Cuestión Criminal, Planeta, Barcelona, Esp., 2000, p. 16.

credibilidad los vengadores anónimos que las propias instituciones creadas para mantener la seguridad, es en ese momento donde ciertas autoridades de elección popular, con el solo hecho de mantenerse en los escaños de la parafernalia política, ven como una excelente oportunidad de marketing político estas peticiones o clamores, aun cuando estos sean absurdos, pues como se mencionó, no se trata de solucionar las problemáticas sociales existentes sino hacerles ver a la gentes que se entiende sus preocupaciones y se está con ellos; de ahí el discurso con extrema carga moral pero no con asertividad de solución de fáctos humanos.

En la criminología mediática solo existen dos bandos los buenos y los malos, “(...) crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos. Así configura un ellos separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de diferentes y malos”²⁶; esto permite infundir un miedo recalcitrante el cual ya existía dentro del ser humano en estas sociedades posmodernas, estos malos o los ellos son los que no dejan dormir sin remordimiento, que hacen que nosotros no seamos libres, que tengamos que ser una sociedad de la vigilancia, pues es lo único que nos da un poco de seguridad; los malos son los causantes de que no se viva con tranquilidad y solo marginándolos, se interioriza un sentimiento de seguridad, es por esta razón que la política es la única forma de establecer esa seguridad y la extirpación del miedo, ya que nosotros somos ciudadanos limpios y puros, no como ellos que son lo que mancha y llena de perversidad la vida cotidiana.

La Zaffaroni menciona al Rene Girard, el cual señala que “Sí el sistema penal tiene por función real canalizar la venganza y la violencia difusa de la sociedad, es menester que las personas creen que el poder punitivo está neutralizando al causante de todos sus males”²⁷, normalmente toda la sociedad se encuentra indefensa ante la realidad existente, no la acepta, cree que evadiéndose de esa cotidianeidad violenta, su percepción de la violencia difusa cambia o disminuye, lo cual no es cierto, se hace una utopía de lo que en verdad es una realidad adiafórica, de la solución tangible de las etiologías de las problemáticas humanas.

Autores como Zigmunt Bauman, han señalado que el miedo es una fuerza que impele al ser humano:

²⁶ *Ídem*, p. 218.

²⁷ *Ídem*, p. 215.

Yo temo, luego existo. (...) el temor alimenta el odio, y el odio alimenta el temor. El temor habla el lenguaje de la incertidumbre, la inseguridad y la inquietud, que nuestra época suministra en grandes cantidades e incluso, en abundancia, (...), el temor se ha convertido en una mercancía política que despeja el camino para la llegada de una ola de populismo y xenofobia. (...) la cultura del miedo produce la política del miedo²⁸.

Se sabe que el temor tiene algunas direcciones que generan nuestro sufrimiento, el poder de la naturaleza, que mucha de las veces no se puede explicar y comprender, lo cual hace que el ser humano no lo pueda domar o adaptarse con facilidad, la fragilidad de nuestra propia constitución como seres vivos, y a las deficiencias de las interrelaciones sociales, en la propia familia, en la sociedad y con el propio Estado, pues para los ciudadanos de un país tener libertad como un derecho se contrapone a la falta de seguridad, pues la visualización es de desorden, caos, falta de confianza hacia el futuro y una completa dislocación de cómo vivir la vida, razón por la cual el miedo se ha convertido como un componente de nuestra condición de hombres; pues entre más nos resguardemos en la seguridad, como única fuente de calma y certidumbre, se potencializa el temor dentro de nuestras personas, en virtud de que siempre se verá amenazado, nunca habrá tranquilidad.

La criminología mediática se alimenta de los que los medios de comunicación le pueden proporcionar, principalmente de imágenes, que puede proporcionar ese discurso de dividendos políticos, haciendo la aclaración que en un principio solo se establecía, dichas ganancias para la clase política, pero en la actualidad, y de acuerdo con el término de neopunitivismo de Zaffaroni, pues se ha rechazado punitivismo penal de estado de bienestar, sobre todo en estas épocas de globalización, este tipo de criminología es una ideología de larga y permanente sedimentación cognitiva, como lo que sucedió con el libro *Malleus Mallificarum*, que estableció la punibilidad de todos aquellos que se consideraban brujas, aquellos que en aquel entonces tenían un pacto con Luzbel, lo mismo sucede con la criminología mediática, la cual fagocita lo que los medios de comunicación tradicionales y virtuales le ofrecen como platillo fuerte.

²⁸ Bauman, Zigmunt, Ceguera Moral, ob. cit., p. p. 123-124.

III. Los medios de comunicación masiva clásicos y posmodernos o digitales su influencia en el discurso mediático.

Los medios de comunicación son los instrumentos que utiliza la criminología mediática para la obtención de un discurso neopopulista de carácter punitivo. El miedo social es el punto toral de este discurso y donde encuentra su génesis el mismo:

Gobernar mediante el miedo importa la fabricación de enemigos y la consiguiente neutralización de cualquier obstáculo al poder punitivo ilimitado, supuestamente usado para destruir al enemigo, aunque todos sabemos que es materialmente utilizado para lo que el poder quiera.

Siempre el fenómeno es, en el fondo, una inmensa estafa para distraer la atención de otros riesgos y obtener el consenso para ejercer el poder policial sin control²⁹.

Los medios de comunicación tienen una gran encomienda la creación de una imagen de impacto, una empatía con la víctima, y una crea de un enemigo, lo cual le permite al poder punitivo un marco de competencia ilimitado, creado o ampliado para destruir al enemigo, pero la realidad de ese discurso mediático es la distracción social y la legitimación consensual de la sociedad, que autoriza al poder policial a actuar sin contra pesos o fiscalización.

Los medios de comunicación suelen presentar las noticias sobre el delito, sobre las decisiones judiciales y sobre la política punitiva de manera ligera, superficial, caótica y orientada a la generación de procesos prosaicos de reacción social, en contraste con la investigación histórica de estos procesos sociales como procesos complejos a través de disciplinas como la criminología que ha buscado comprender los fenómenos de criminalización, desviación social y política criminal históricamente. Lo mismo acontece con la presentación de los juicios penales, los problemas sociales y los procesos políticos de creación normativa en materia penal, todo ello permea hoy el pensamiento de las personas, de su sentido común, su cultura, su opinión e ideología sobre el delito y las penas³⁰.

²⁹ Zaffaroni, Raúl Eugenio, La palabra de (...), ob. cit., p.322.

³⁰ Escalante Barreto, Estanislao, Cultura Mediática, Política Penal Punitiva y Justicia Penal: Síntesis de un Antiguo Permanente Debate, Política Criminal Mediática, "Populismo Penal, Criminología Crítica de los medios y de la Justicia Penal, Ibáñez, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Col. 2018, p.p. 150-151.

Los medios de comunicación han establecido un lenguaje sobre las noticias criminales, de imágenes, ya sea de la comisión de un delito, de la suerte que siguen los supuestos perpetradores de la acción punible, y de cómo el Estado responde legislativamente a la supuesta solución de las problemáticas jurídico criminales que la misma sociedad reclama, no su solución sino la severidad vindicativa que los órganos encargados de hacerlo; es claro que estos medios producen procesos de reacción social, pues ellos buscan por medio de las imágenes un rating, una creación imaginaria, y un culpable, lo sea o no, es de esta manera que la criminología ha estudiado los procesos de criminalización y las instituciones que la realizan, la anomia social, de igual manera, se ha buscado la comprensión en el acontecer cotidiano dentro de cada proceso penal, y principalmente en los procesos legislativos de creación de normatividades, es que en la actualidad el peso que la opinión pública tiene sobre el delitos y sus operadores y el castigo que en la ideología social deberá tener no el delito sino el sujeto activo del mismo.

Giovani Sartori que como lo crean los medios de comunicación tradicional o digitales, existe “Una comunicación por imágenes necesariamente se refiere siempre a cosas concretas, pues eso es lo único que pueden mostrar las imágenes y, en consecuencia, el receptor de esa comunicación es instado en forma permanente al pensamiento concreto, lo que debilita su entrenamiento para el pensamiento abstracto”³¹. Como lo menciona Sartori, las imágenes que los medios de comunicación establecen con respecto al delito, son imágenes concretas no le permiten al receptor a tratar de comprender por medio de abstracción la verdadera realidad de lo sucedido, por el contrario, el usuario del medio solo ve la imagen y no piensa lo que hay en ella no lo que hay detrás de ella esa es el lenguaje que mueve masas y que consumen las generaciones líquidas de esta posmodernidad.

La criminología mediática es la misma criminología académica, que no solo se quedó en el claustro universitario, sino que se está ocupando de la construcción de una realidad creada por los medios de comunicación, este es un discurso global con significaciones locales y determinante en el actuar político popular en la propuesta legislativa de carácter penal, y que al final determina la actual política criminal de cualquier Estado democrático.

³¹ Sartori, Giovani, La Política, “Lógica y Métodos en las Ciencias Sociales”, CFE, México, 2000, p.p. 29-36.

El actuar comunicativo determina la propia agenda legislativa y jurisdiccional en la actualidad, citamos como ejemplo en México, en cuanto el endurecimiento de las penas, esto responde al clamor social, creado por este discurso mediático, las cuales no dan solución de carácter fáctico a las diferentes problemáticas delictivas de la sociedad actual, o como la des tipificación de conductas criminales, como el caso del aborto, lo cual, solo calma el discurso feminista de izquierda, ese mensaje no de paridad sino de odio, y extremadamente politizado y fomentado por ciertas facciones partidistas dentro de una democracia representativa.

Las redes sociales capitalizan los sentimientos, emociones y genera el geiser público cuya presión genera la creación legislativa y la exacerbada fuerza de la policía, como respuesta al alto índice criminal y victimal. Las nuevas tecnologías han posibilitado una nueva organización de los ciudadanos a través de las redes sociales, creando una nueva dimensión de la opinión pública. Así en este nuevo esquema político y de participación, surgen nuevas utopías tales como el ciudadano que interroga, interviene, organiza, participa, crítica y debate, con lo que se pretende positivizar el papel democrático de los medios electrónicos de las redes sociales. La ficción de la participación ha quedado completa, cuando el usuario de los medios electrónicos de comunicación, creen que están participando en el quehacer político detrás de una silla, en el escritorio o desde su oficina, abandonando la plaza o la vía pública, desde donde anteriormente se realizaban las exigencias o presiones por garantizar derechos a los gobiernos o políticos de turno ³².

Si la posverdad es la que nos muestra una realidad sin verdad, sin hechos, sin objetos de verdad, es claro, los medios de comunicación virtuales establecen una posverdad que maniatiza el entendimiento muy común en la sociedad consumista líquida: los famosos *Homo Digitalis*, este hombre que se desnuda en la red, por qué solamente se siente libre en la misma, aun cuando esté vigilado por completo a lo que Byung-Chul Han llama el panóptico digital.

Gracias a este tipo de discurso se habla de linchamientos digitales, pues las arenas de la vida cotidiana es la red, existimos en la red, por la red y debido a lo que en la red puedo significar, y las distopías que vende las redes sociales es lo que en la actualidad puede ser las

³²Reyes, P. y León, I, “Opinión Pública, Medios de Comunicación y Democracia en Latinoamérica y Colombia”, en: Medios de Comunicación, Democracia y Crisis del Sistema Político Colombiano. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2015, p. 38.

nuevas formas de crear política criminológica en los diferentes estados, marcando también al futuro derecho penal global.

V. Reflexión

El populismo punitivo se alimenta de las imágenes que la criminología mediática, que su vez le son suministradas por los medios masivos de comunicación tradicionales y digitales, se menciona que el mensaje del discurso mediático no es exclusivo de los políticos, se ha extendido a los cuerpos policiales, los jueces y fiscales; convirtiendo a esta ideología en una distopia política del rencor del control total, donde se dan discursos emergentes en los cuales se sede las libertades fundamentales ante el discurso de seguridad, sea hace una selección de los pánicos morales.

Los medios de comunicación generan penas valederas que generan morbo social y suban el rating, siempre plasmarán la imagen cruda del delito, para que exista una evidencia, y la verdad de los hechos pasa a segundo plano; en los mismo solo se hace una presentación falaz de los mismos, esta información se vuelve una sub información, verdades a medias, en realidad desinforman, e incluso aplican la neutralidad valorativa, se repite la noticia constantemente, con imágenes prejuizadas de personas o grupos de personas.

Siempre aplica el etiquetamiento, pues siempre deberá existir un sujeto nocivo socialmente, su ideario es el de una sociedad punitiva con un uno por ciento de efectividad, pero como son bastiones de ganancias electorales, convirtiéndose en zonas de oportunidad, pero que al final no resuelven absolutamente nada, y por desgracia pueden tomarse para la elaboración de una nueva política criminal de Estado.

Referencias

BAUMAN, Zigmunt. Ceguera Moral. Paidós, México, 2018.

_____ En busca de la política, CFE, México, 2001.

BOTTOMS, A, Políticas Penales y la Filosofía del Castigo, C. Clarkson and R. Morgan Editores, Las Políticas en las Sentencias Reformadas, Oxford, EUA, 1995.

COHEN, Stanley, Demonios Populares y <<Pánicos Morales>>, “Delincuencia Juvenil, Subculturas, Vandalismo, Drogas y Violencia”, Criminología, Gedisa, 2017.

CHUL- HAN, Byung, Expulsión de lo Distinto, Herder, Barcelona, Esp., 2018.

- _____, Sobre el Poder, Herder, Barcelona, Esp., 2016.
- ESCALANTE BARRETO, Estanislao, Coord., Política Criminal Mediática, “*Populismo Penal, Criminología Crítica de los Medios y de la Justicia Penal*”, Ibáñez, Universidad Nacional de Colombia, 2018.
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whuanda, Populismo Punitivo, <https://www.amabitojuridico.com>, Consultado el 21 de julio del 2020.
- FINCHELSTEIN, Federico, Del Fascismo al Populismo en la Historia, Taurus, México, 2018.
- GARGARELLA, Roberto, La Sala de Máquinas de la Constitución, “Dos Siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Katz, Buenos Aires Arg. 2014.
- GARLAND, David, La Cultura del Control: Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea, Gedisa, Barcelona, 2005.
- LAURRAURI, E, Populismo Punitivo, Y Como resistirlo, Jueces para la Democracia, 55, Santiago de Chile, 2006.
- MARKUS, Gabriel, et. al., El Virus, el Sistema Letal y Algunas Pistas para Después de la Pandemia, Giorgio Agamben, et. al., La Sopa de Wuhan, Barcelona: ASPO, 2020.
- THERBORN, G., et. al., La Desigualdad Mata, Alianza, Barcelona, 2011.
- MUÑOZ TEJADA, Julián Andrés, Populismo Punitivo y Una “Verdad” Construida, Revista Nuevo Foro Penal, No. 72, enero-junio, Bogotá, Colombia, 2009.
- NAVA TOVAR, Alejandro, Justicia para las Mujeres Más Allá del Populismo Punitivo y la Criminología Mediática, Conferencia, www.Facebook.com/107046914243900/videos/581329946074323
- PINKER, S, Como Funciona la Mente, Destino, Madrid, 2000.
- PRATS, Eduardo Jorge, Los Peligros del Populismo Penal, IUS NOVUM, Bogotá, Col., 2005.
- REYES, P. y León, I, “Opinión Pública, Medios de Comunicación y Democracia en Latinoamérica y Colombia”, en: Medios de Comunicación, Democracia y Crisis del Sistema Político Colombiano. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2015.
- SOZZO, Máximo, Populismo Penal, “Historia, Balance, Dilemas y Perspectivas de un Concepto, Estanislao Escalante Barreto, Coord. Política Criminal Mediática,

- “Populismo Penal, Criminología Crítica de los medios y del a Justicia Penal, Ibáñez, Universidad Nacional de Colombia, 2018
- STEINER, George, Matar el Tiempo, Artículo de Periódico, sobre la Novela de George Orwell, El New Yorker, 1984.
- VILLA FUERTE, L. F., El Populismo Globalizado: ¿El fin de la Democracia Representativa?, Exposición, Diapositivas de Clase, Xalapa, Ver., 2020
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. La Cuestión Criminal, Planeta, Barcelona, Esp., 2000.
- _____. La Palabra de los Muertos, “Conferencias de Criminología Cautelar”, EDIAR, Buenos Aires, Arg., 2011.

ODONTOLOGÍA FORENSE

Ana Laura Campos Sandoval *

SUMARIO: *Introducción. I. La odontología forense. II. Definición. III. Campo de acción. IV. Servicio médico forense V. Identificación por medio de características estomatológicas. VI. Técnicas de identificación. VII. Tiempo de intervención del perito. VIII. Dictamen dental forense. IX. Reflexión. X. Referencias.*

Introducción

Como resultado de esfuerzos incansables en el estudio de la estomatología forense, s ahora se reconoce la contribución única que el odontólogo forense puede brindar al proceso judicial. Esta claramente establecido que la evidencia dental puede ser invaluable en la identificación personal *ante y postmortem*. En criminología; es un método válido y fidedigno, al nivel de otros métodos científicos de comparación, como es el procedimiento de comparación de huellas digitales.

Este articulo tiene como base la Conferencia disertada por la suscrita durante el Primer Coloquio de Investigación “Nuevos retos de la criminología, dogmática y política criminal”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, en octubre de 2019; así como en la docencia y práctica profesional de la odontología forense.

Palabras clave: Odontología forense, identificación estomatológica.

I. La odontología forense

En la actualidad es de gran importancia la inclusión de dentistas forenses en las instituciones de procuración de justicia, ya que la Odontología forense o Estomatología Forense, posee numerosos valores adicionales sumamente útiles para la investigación de los delitos. Las estructuras dentales son importantes para la identificación de personas, con el pasar de la

*Recibido el 5 de agosto de 2020. Aceptado para su publicación el 28 de agosto de 2020.

*Académica de la Facultad de Odontología, imparte la EE Odontología Forense y en la Licenciatura en Derecho del Sistema de Enseñanza Abierta de la Universidad Veracruzana, imparte Medicina, por examen de oposición. Con estudios de Maestría en Criminología, Diplomada en Ciencias Forense y Psicopatía Criminal, por el Instituto de Medicina Forense.

historia esto sigue cobrando vigencia hoy en día con los problemas de desapariciones, desastres naturales, guerrillas, etc.

Las personas que desaparecen, con el transcurso de los años pueden encontrarse sus cuerpos y para identificarlos plenamente la odontología adquiere vital importancia. Por tanto, constituye una notable labor en la identificación *ante y postmortem*, permite tener una orientación acerca de la estimación de la edad odontológica de las personas, los hábitos bucales y su posible ocupación, lugar de origen e inclusive su posición económica. Así como también la responsabilidad profesional y en general, el estudio de los restos humanos.

En la cultura mexicana, antes de la llegada de los españoles, encontramos datos históricos que mencionan que las incrustaciones de piedras preciosas en los dientes, así como la forma que les daban a través de cortes muy singulares, no simplemente por adorno, sino que era para que se distinguieran quiénes eran los dirigentes de los *Calpullis*, así mismo y desacuerdo con el color de la piedra preciosa incrustada era el rango que tenían. Dichos trabajos dentales ya eran una forma de identificación entre las diferentes tribus, lo que nos lleva a la conclusión de que desde entonces ya era utilizada la odontología como método de identificación y diferenciación de los habitantes.

La aplicación efectiva y científica de la estomatología forense en México, se inició en el Servicio Médico Forense del Distrito Federal en 1974, al crearse el Departamento de Odontología Forense, bajo la responsabilidad del Dr. Oscar Lozano y Andrade, para el auxilio en diversas procuradurías generales de justicia de la República Mexicana al efectuar estudios de identificación estomatológica de suma importancia, sobre todo en casos en los que las técnicas convencionales no han tenido éxito; colaborando también en la identificación de las víctimas resultantes de los magnos desastres ocurridos en el Estado mexicano.

II. Definición

Para construir la definición odontología forense es importante explicar que la expresión *estomatología* es el estudio de la cavidad bucal (tejidos y órganos duros y blandos); la *odontología* es la ciencia que estudia los órganos dentarios; *forense* porque el ámbito de su actuación comprende al foro y al Tribunal de Justicia; y *legal* porque su actuación debe ser conforme a la ley.

Con base en lo anterior se construye la definición de la Odontología Forense como la rama de la odontología que se trata del manejo y el examen adecuados de la evidencia dental y de la valoración y la presentación apropiadas de los hallazgos dentales en interés de la justicia³³. En esta área, los términos forense y legal se emplean como sinónimos, ya que la estomatología forense contempla aspectos relacionados con cadáveres e interviene principalmente en aspectos legales relacionados con la responsabilidad profesional de la estomatología. También es conceptualizada como la disciplina que aplica los conocimientos estomatológicos para el correcto examen, manejo, valoración y presentación de las pruebas bucodentales en interés de la justicia.

Esta ciencia colabora con la criminalística en la investigación, y comprobación de ciertos delitos mediante la identificación del autor probable del delito y/o a la víctima, lo cual es de gran uso para la aportación de datos valiosos para el juicio. También constituye un lazo de unión con la medicina forense, con la antropología forense y con el derecho, al aportar conocimientos muy valiosos para: a) Establecer la identidad de los sujetos que han perdido su individualidad por las circunstancias de su muerte; y b) Aclarar problemas legales relacionados con la profesión estomatológica.

La estomatología forense estudia, por un lado, aspectos relacionados con cadáveres y por el otro lado interviene principalmente en aspectos legales relacionados con la responsabilidad profesional de la estomatología, auxiliándose de las siguientes ciencias forenses: Antropología humana, Tanatología, Anatomía humana, Anatomía dental, Medicina forense, Neuropsiquiatría forense. Balística forense, Etnología, entre otras.

III. Campo de acción

La actividad pericial que desempeñan versa en diferentes actividades muy importantes para la correcta impartición de justicia siendo las siguientes: los elementos capitalizables en investigaciones criminalísticas para estudios de identificación son: el cráneo, el cabello, las arcadas dentarias y las ropas y pertenencias que posea. Los sistemas de identificación aplican conocimientos, métodos y técnicas a fin de identificar correctamente a personas vivas,

³³ Pederson. Clínicas Odontológicas de Norteamérica, Primera edición. Editorial Trillas. México, D.F. Enero, 1977.

muertas, putrefactas, con reducción esquelética, descarnadas o quemadas. Cualquiera de las anteriores actividades está dirigido a:

1. Elaborar fichas individuales estomatológicas de todas las personas que, por su tipo de ocupación, están expuestas a perder la vida en cualquier momento y cuya identificación se puede dificultar por diferentes circunstancias.
2. Incluir el estudio estomatológico en la ficha de identificación de todo delincuente.
3. Identificar cadáveres, sobre todo en casos en que otros métodos no han dado resultado debido al estado en que se encuentran los cuerpos.
4. Los lugares donde se requieren los servicios de un estomatólogo forense son:

IV. Servicio médico forense

La función del perito en odontología o estomatología forense en la Institución conocida como Servicios Periciales consisten, principalmente, en la identificación de cadáveres que ingresan como desconocidos, individualización de sujetos vivos (fichaje estomatológico, por lo general de delincuentes) y peritajes de responsabilidad profesional estomatológica. El nombramiento que recibe el experto es de Perito en materia de odontología.

En los Servicios Periciales de las Fuerzas Armadas sus funciones son la de identificación de cadáveres de los elementos de la fuerza armada. Su nombramiento es de perito en identificación, con grado de oficial; y en los Servicios Médicos de Compañías Aéreas consiste en elaborar fichas de identificación del personal expuesto a perder su individualidad en accidentes aeronáuticos.

La estomatología forense también se aplica en: a) Todas las compañías en las que se requiere la elaboración de fichas de identificación del personal expuesto a situaciones mortales, tales como buzos, paracaidistas, automovilistas, mineros, pescadores, bomberos, etcétera; b) En la capacitación de alumnos de carrera de Cirujano Dentista y posgrado en la especialidad de estomatología forense; y c) En la investigación científica, al estudiar tejidos, órganos y cadáveres en los servicios medico legales.

V. Identificación por medio de características estomatológicas

La identificación es el procedimiento mediante el cual se recogen y agrupan en forma ordenada y sistematizada los diferentes caracteres que individualizan a una persona y la

diferencia de los demás; también se observan, analizan y registran las características bucodentomaxilares. Todo lo anterior forma parte de la investigación médico legal y está relacionado con aspectos administrativos, sociales, religiosos, psicológicos y económicos.

Los rasgos más importantes para identificar son: sexo, edad, grupo racial, ocupación, nivel socioeconómico y lugar de origen; lo que se explica de la manera siguiente:

A. Determinación del Sexo. Los factores que se pueden considerar para determinar el sexo son:

1) *Cuerpo de Barr.* El cariotipo del hombre normal corresponde al patrón 46 XY y en la mujer normal, al patrón XX. Este es una parte de la cromatina sexual correspondiente a uno de los cromosomas X femenino, mide aproximadamente una micra y se puede observar hasta en el 60 por ciento de las células del cuerpo femenino. Se pueden buscar en frotis teñidos de mucosa bucal o de pulpa dental que es el tejido ideal. Esta determinación la realiza el perito en histopatología forense, pero el material de estudio lo deberá proporcionar el estomatólogo forense.

2) *Tamaño y alineación de los órganos dentarios.* Existen investigaciones a determinar el sexo por medio de la morfología. Debido a que el tamaño y la forma de los órganos dentarios se encuentran sometidos a las leyes de Mendel, ciertos sujetos femeninos tienen parámetros masculinos y viceversa.

1. Los dos incisivos centrales superiores son más voluminosos en el sexo masculino; la diferencia del diámetro mesiodistal es, en ocasiones, de fracción de milímetro
2. La relación mesiodistal del incisivo central y el incisivo lateral es menor en el sexo femenino, lo cual significa que las mujeres tienen los órganos dentarios más uniformes y alineados.
3. En el sexo femenino, la erupción de la segunda dentición es más precoz (cuatro meses y medio).

3) *Paladar.* Por lo general el paladar del sexo masculino es ancho y poco profundo y el del sexo femenino es estrecho y profundo. El arco dentario masculino es grueso y el femenino más fino. Los bordes alveolares son más verticales en el sexo masculino que en el femenino.

4) *Morfología mandibular*. El maxilar inferior es más grande y grueso, la altura del cuerpo es mayor. Los cóndilos son más grandes y las apófisis coronoides son más anchas y altas. En la mujer el maxilar inferior es más pequeño y menos robusto en todas sus estructuras. La altura del cuerpo es menor. Los cóndilos y las apófisis coronoides son gráciles.

B. Diagnóstico de la edad. Una valiosa ayuda del estomatólogo forense es el diagnóstico de la edad del agresor. Este se fundamenta en el desarrollo general, la presencia o ausencia de ciertos molares y en la presencia o ausencia de signos de pubertad, con una precisión de dos años o menos. Se llama *edad medicolegal*.

Existe una gran correlación entre la edad cronológica y la edad biológica; por esta razón, la segunda es utilizada para estimar a la primera que es en definitiva la que se requiere como elemento de trabajo en la identificación médico legal.

La maduración dentaria principalmente y el brote de los dientes son los recursos más eficientes para estimar la edad en niños pequeños y en adultos mayores y puede ser de gran ayuda en el estado de calificación en los terceros molares en individuos con menos de 25 años.

La edad es uno de los elementos fundamentales en la identificación de un sujeto, y la estomatología auxilia en este aspecto por medio de:

La cronología dental. El ser humano cuenta con dos denticiones. La primera, llamada temporal, decidua, caduca, primaria o infantil, aparece en los primeros años de vida. Y una segunda llamada permanente, adulta, definitiva o secundaria. El tamaño de los órganos dentarios temporales es menor que el de los permanentes. El color de los temporales es un blanco azulado mientras que la permanente es blanco amarillento. En la dentición temporal no existen premolares ni terceros molares. El estudio de la dentición se puede efectuar de manera clínica o mediante el uso de radiografías.

El desgaste dental. El desgaste dental se puede emplear para la determinación de la edad sólo cuando se conocen diferentes aspectos culturales, ocupacionales y alimentarios, así como alteraciones de la oclusión, etc.

C. Determinación del grupo racial. Dentro de las características físicas de importancia para identificar de un individuo se encuentra la determinación del grupo racial. En este aspecto, la estomatología forense interviene al proporcionar los siguientes elementos:

- a. *Tubérculo de Carabelli*. Se presenta en grupos raciales mongoloides y amerindios, mestizos, caucásicos, caucásicos con mestizaje tenue.
- b. *Ancho de la arcada*. La arcada triangular corresponde al grupo caucasoide. La arcada rectangular al grupo negroide y la arcada en forma de herradura al grupo mongoloide.
- c. *Índice gnático*. Caucazoide, ortognato. Mongoloide, mesognato. Negroide, prognato. Australiano, prognato.

D. Determinación de probable ocupación. Los estigmas ocupacionales de orden estomatológico son señas particulares que se localizan en el aparato bucodental de una persona y cuya etiología se debe a factores externos, directos o indirectos, relacionados con su profesión, ocupación u oficio.

- a) Factor directo. Actúa directamente al dañar y marcar los órganos dentarios o tejidos blandos bucales de un individuo.
- b) Factor indirecto. Está relacionado con las escuelas o manifestaciones localizadas en los tejidos bucodentales de un individuo, como consecuencia de una enfermedad ocupacional.

E. Determinación de probable posición económica. El estado de salud en que se encuentra la cavidad oral, así como el tipo y la calidad de los diferentes tratamientos que presenta la misma, permiten dictaminar la probable posición socioeconómica del sujeto.

1. *Nivel socioeconómico bajo*: El descuido de su cavidad oral es signo de su falta de interés por mantener su salud y estética aceptable. Podemos encontrar periodontitis de etiología local, grandes acumulaciones de sarro, caries, órganos dentarios faltantes.
2. *Nivel socioeconómico medio*: Encontramos la cavidad oral con tratamientos de operatoria dental y prótesis de aceptable calidad, con una adecuada limpieza y sin importantes acumulaciones de sarro.
3. *Nivel socioeconómico alto*: Encontramos tratamientos de calidad y especializados, rehabilitaciones oclusales, incrustaciones bien elaboradas y periodonto sin alteraciones.

No hay que descartar la posibilidad de que existan personas de nivel socioeconómico medio o alto que jamás hayan acudido a un consultorio dental para una rehabilitación o limpieza y sólo lo hagan cuando tengan cavidades cariosas importantes, dolor y procesos

infecciosos, para recibir tratamientos de exodoncia o medicaciones. En este caso, interviene sobre todo el factor cultural del sujeto. Asimismo, hay personas de escaso nivel socioeconómico que ahorran durante cierto tiempo, con gran esfuerzo, para tratarse adecuadamente y tener una salud bucal estable con tratamientos estomatológicos especializados y costosos.

En la actualidad, debido a las crisis económicas y a la falta de una educación bucodental eficaz, la mayor parte de la población le da más importancia a otro tipo de necesidades. La forma de relacionar los niveles de atención estomatológica con la calidad y probable posición socioeconómica es la siguiente:

1. *Nivel casero.* Pertenecen las personas que jamás asisten a un consultorio o clínica dental. Ellos mismos se realizan extracciones parciales o totales y tienden siempre a la automedicación, a la prescripción farmacéutica o al consejo de algún familiar o amistad. Es imposible encontrar registros estomatológicos.
2. *Nivel comercial.* Pertenecen las personas que asisten a las clínicas populares o consultorios poco éticos, laboratoristas dentales que trabajan directamente con el paciente. Aquí la importancia del paciente tiene una importancia netamente comercial y se practican tratamientos de exodoncias, operatoria y prótesis de escasa calidad. Raramente podemos encontrar registros adecuados de los diversos tratamientos.
3. *Nivel institucional.* La mayoría de los servicios públicos de salud carecen de los recursos básicos para un adecuado tratamiento estomatológico. Sus actividades se encaminan a una escasa prevención de enfermedades bucodentales por medio de pláticas de salud oral, aplicaciones de flúor, limpiezas dentales, extracciones y obturaciones temporales. En consecuencia, las fichas de registro son poco adecuadas.
4. *Nivel escolar.* Pertenecen las personas que acuden a facultades de odontología. La mayoría se trata de familiares, amigos o vecinos de los estudiantes, o personas que, debido a las bajas cuotas del tratamiento, asisten a ellas. La mayoría de los tratamientos, por ser supervisados por profesionales, son de buena e incluso excelente calidad. Se encuentran muy buenos registros de los trabajos efectuados.

5. *Nivel profesional general.* Aquí se encuentran los consultorios y clínicas en los que se trabaja con auténtica ética profesional. Los tratamientos son de gran calidad y por muy sencillos que estos sean, se efectúan registros de los casos en forma precisa.
6. *Nivel profesional especializado.* Se incluyen clínicas, hospitales y consultorios de cualquier especialidad. Los tratamientos son precisos y específicos, pues laboran verdaderos especialistas en estas áreas. Se logra una excelente calidad y se llevan los registros adecuados para cada caso particular.

F. Determinación del probable lugar de origen. Es necesario tomar en cuenta el probable lugar de origen, con base en las características bucodentales que pueda presentar una persona. En determinados países hay zonas que caracterizan estomatológicamente a sus pobladores, por sus costumbres, hábitos, modas y necesidades. También se observan, analizan y registran las características bucodentomaxilares de una persona.

VI. Técnicas de identificación

Identificar a una persona viva o muerta consiste en buscar signos que permitan establecer una personalidad civil y en su caso coadyuvar con la investigación policial, ubicando a la víctima dentro de un contexto social y por consecuencia su posible relación con el agresor. La aplicación de técnicas periciales en la identificación presenta dos vertientes básicas en la identificación de personas vivas y muertas (cadáveres, restos y fragmentos).

La identificación dental se basa en la comparación de los registros *antemortem* con los registros completos de los restos *postmortem*. Las estructuras bucales pueden proporcionar al odontólogo forense características distintivas suficientes que lo capacitan para tomar una decisión respecto a la identificación. La identificación definitiva es posible porque cada ser humano tiene cinco superficies visibles macroscópicamente en 32 órganos dentarios, lo que hace un total de 160 superficies. Este tipo de técnicas, son aquellas que serán útiles para la dictaminación de la identidad del sujeto en estudio. Este tipo de técnicas más usuales son:

1. Los registros dentales *antemortem*
2. La entrevista clínica odontológica para individuos vivos
3. La historia clínica dental

4. El odontograma
5. Las alteraciones en tejidos blandos
6. Rugoscopia
7. Modelos para estudio
8. Estudio fotográfico y radiográfico
9. Expediente constitutivo de la indagatoria
10. Lentejuela identificadora dental
11. Necropsia bucal

Los registros dentales antemortem. La identificación o exclusión positiva de restos humanos desconocidos por medios odontológicos requiere que se tengan a la disposición registros dentales antemortem para compararlos con los datos postmortem. Comúnmente los registros antemortem se encuentran en las historias clínicas elaboradas por su estomatólogo si es que asistía a uno en particular, por ello, el estomatólogo puede ayudar proporcionando la información sobre restauraciones, prótesis o extracciones realizadas recientemente.

La entrevista clínica odontológica para individuos vivos. Es de gran importancia en el caso de lesiones personales. Debe contener: a) Datos generales b) Número de expediente y de la carpeta de investigación antes conocida como averiguación previa; c) Lugar y fecha de estudio; Características físicas generales y d) Odontograma.

La historia clínica dental. El método general en identificación forense consiste en la comparación de los datos premortem con los postmortem, por lo tanto, es imprescindible que sea factible recoger la información necesaria del sujeto en vida (presunta identidad). Así la historia clínica dental ofrece un excelente registro de los trabajos dentales presentes en el paciente, muy útiles como datos particulares de la identidad. Debe investigarse si existen historias clínicas de especialidades de estomatología de las presuntas identidades cuestionadas, pues el valor de estos datos es inestimable, en muchos casos suficientes para la identificación absoluta de un individuo. La historia clínica dental deberá incluir un estudio radiográfico completo o una radiografía panorámica.

El Odontograma. Constituye fundamentalmente un documento de trabajo que generalmente se incluye en la historia clínica de operatoria dental, por medio de la cual el estomatólogo registra mediante símbolos o colores los tratamientos y afecciones presentes en la dentadura de un paciente. La Odontograma es la forma más universalmente difundida

de un registro usado por los odontólogos, sin embargo, desafortunadamente no se ha adoptado un sistema único de representación y ello puede en ocasiones conducir a errores. Los requisitos básicos que debe contener un Odontograma son: a) Representación gráfica; b) Sistema de numeración dental y c) Designación dentaria.

La ficha dental postmortem es un formato esquemático de carácter legal, en donde se registran las características bucodentales de un cadáver no identificado, con el propósito de compararlo con una ficha dental antemortem y poder identificarlo. Dentro de las características necesarias para este registro se encuentran: la Forma de las arcadas dentarias; el número presente y ausente de órganos dentarios; Restos radiculares; Malposiciones dentarias; Cavidades cariosas; Preparaciones y restauraciones de operatoria dental: tratamientos protésicos, endodónticos y ortodónticos; Anomalías de formación congénita y/o adquirida; Procesos infecciosos bucodentales presentes, etcétera.

Alteraciones en tejidos blandos. Los tejidos blandos de la cavidad bucal también pueden ofrecer información acerca de la identidad de una persona. La presencia de tatuajes en la mucosa oral u otras anomalías son suficientes para establecer una identificación de la presunta víctima.

Rugoscopía. La rugoscopía es la técnica de identificación estomatológica que se encarga del estudio, registro y clasificación de las arrugas que se localizan en la región anterior del paladar duro. Estas se forman aproximadamente durante el tercer mes de vida intrauterina y desaparecen con la descomposición de los tejidos por la muerte. Las arrugas palatinas son: *diferentes* porque no existen dos personas con la misma disposición de rugosidades en el paladar; *inmutables* porque siempre permanecen iguales, a pesar de sufrir traumatismos superficiales y *peremnes* porque desde que se forman hasta la muerte son iguales.

Arrugas palatinas se clasifican, según la forma que presentan, en simples y compuestas, y a cada tipo se le asigna un valor numérico para facilitar su registro. Es aconsejable anexar una fotografía del paladar sometido a estudio para una mejor clasificación y posteriores confrontaciones.

Modelos para estudio. En determinados casos es necesario obtener modelos de estudio de las arcadas del sujeto, con el propósito de compararlos. No obstante, es imposible

hacerlo con todos los cadáveres, por lo que el odontólogo forense debe aplicar su conocimiento para valorar su necesidad.

Estudio Fotográfico. La técnica fotográfica se ha aplicado en la criminalística y en la estomatología forense con gran éxito; se considera indispensable en lesiones. En la identificación estomatológica es también básica para un mejor registro, ya que al aplicar sus técnicas es posible captar detalles que a simple vista resultarían inadvertidas en el momento del estudio. Es fundamental que toda la ficha de identificación de un sujeto vivo o de un cadáver, incluya fotografía bucodental. Para la toma de estas fotografías, se deberá emplear una cámara fotográfica tipo réflex, con lentes de acercamiento de 10 mm, con flash y de ser posible usar tripie.

Las fotografías son fundamentales para la identificación estomatológica son principalmente:

1. *Norma anterior.* Los órganos dentarios se deben encontrar en oclusión con los inferiores. Se tienen que registrar las caras labiales desde el primer premolar izquierdo de ambas arcadas. En sujetos vivos, tendrán que orientar en el plano de Frankfurt³⁴, para lo que es adecuado retraer las comisuras labiales y los carrillos. Para el registro en cadáveres se podrá auxiliar de la necropsia oral.
2. *Norma lateral derecha.* Los órganos dentarios superiores deberán estar en oclusión con los inferiores, es conveniente tratar de registrar desde el segundo premolar hasta el segundo molar y, de ser posible, hasta los terceros molares, superior e inferior, del lado derecho. En individuos vivos se orientará en el plano de Frankfurt, mediante el uso de retractores de comisuras y carrillos. Para identificar el cadáver será necesario en algunos casos, auxiliarse de la necropsia oral para obtener un mejor campo de acción.
3. *Norma lateral izquierda.* Los órganos dentarios superiores deberán estar en oclusión con los inferiores, es conveniente tratar de registrar desde el segundo premolar hasta el segundo molar y, de ser posible, hasta los terceros molares, superior e inferior, del lado izquierdo

³⁴ Plano horizontal imaginario o virtual que pasa por la parte más superior del porción y en la parte más inferior de la órbita.

4. *Norma palatina.* El propósito es registrar las caras palatinas y las oclusales, así como las arrugas del paladar. En sujetos vivos está indicado el uso de espejos para tomar las fotografías, y en cadáveres es conveniente auxiliares de la necropsia oral para tener un mejor campo de acción.
5. *Norma lingual.* Está encaminada a registrar, principalmente, las caras linguales y oclusales de los órganos dentarios del maxilar inferior. Será necesario el empleo de retractores.

La ficha de identificación que no incluya fotografías bucodentales se considerará incompleta. La toma de fotografías como medio de conservación gráfica de las evidencias particulares de un cadáver, requiere una atención especial por parte del estomatólogo forense por la importancia documental y testimonial que adquieren. Siempre que se practique la necropsia el trabajo fotográfico esmerado deberá tenerse como una máxima. Las fotografías tomadas con luz ultravioleta revelan estructuras que normalmente no se observan a simple vista. Esto se debe a que muchas sustancias absorben la luz ultravioleta y esto disminuye o elimina el reflejo de la luz desde la superficie. La fotografía ultravioleta depende de las diferentes sustancias en el objeto que va a fotografiarse, que reflejan o absorben la luz en grados variables.

Estudio radiográfico. Es necesario para efectuar un adecuado diagnóstico estomatológico, auxiliarnos de estudios de gabinete, dentro de los que se incluyen las radiografías. Constituye un medio en la detección de enfermedades dentomaxilares, caries proximales, tratamientos pulporadiculares, dientes retenidos, anodoncias, etc.

Los datos premortem y postmortem, permiten la comparación de las formas y contornos de las restauraciones y de los senos maxilares y frontales. El estudio radiográfico será muy útil en la estimación de la edad atendiendo a los estadios de maduración dentaria durante las primeras dos décadas de vida.

En muchas ocasiones las diversas radiografías bucodentales se han usado para identificar cadáveres en casos de homicidio, suicidio y desastres. La identificación radiográfica bucodental es de los sistemas más exactos que existen actualmente, las radiografías se deben tomar desde diferentes ángulos hasta obtener el más cercano a la radiografía original y hacer una confrontación de todos los tejidos incluidos en ellas. En casos

de disparo de arma de fuego, las radiografías son invaluable en la localización y la recuperación de fragmentos o de proyectiles completos o de ambos.

Expediente constitutivo de la indagatoria. El estomatólogo forense a solicitud del Ministerio Público estudiará el expediente y revisará las declaraciones de los implicados, para poder tener un panorama más amplio de lo ocurrido.

Lentejuela identificadora dental. Entre las técnicas estomatológicas más viejas que se pueden utilizar para identificar a una persona, se encuentra la lentejuela identificadora dental. Esta debe tener forma circular, un diámetro de 3 o 4mm y bordes completamente lisos; puede elaborarse con acrílico termo curable color azul para el sexo masculino y rosa para el sexo femenino. O bien se puede emplear un metal semiprecioso o precioso que tenga una excelente resistencia.

Esta lentejuela debe fijarse, preferentemente, en la cara bucal del primer molar superior derecho, y para su colocación se requiere de un adhesivo que no dañe los tejidos. La lentejuela debe llevar grabadas dos series de números, el primero correspondiente al número telefónico de la persona portadora, y el segundo correspondiente al registro del portador, el cual deberá estar en poder del estomatólogo y contar con la fecha de nacimiento, dirección, ocupación, tipo sanguíneo y padecimientos o alergias. Es ideal para personas que por sus actividades están expuestas a perder la vida en situaciones violentas, así como para invidentes, minusválidos, cardiópatas, epilépticos, personas con algún padecimiento mental, y en general, todas aquellas personas que en determinado momento requieran ayuda especial.

El estomatólogo deberá revisar la lentejuela por lo menos cada seis meses a fin de corroborar su colocación y sus series numéricas, así como también para actualizar los datos del paciente que sean necesarios.

Necropsia bucal. La necropsia oral es una técnica quirúrgica que realiza el estomatólogo forense para facilitar el estudio bucodental en determinado tipo de cadáveres que requieren identificación tomando en cuenta el elevado número de cadáveres y las circunstancias de muerte, lo que conlleva a que el *rigor mortis* no permita el acceso adecuado a la cavidad bucal, por lo que estará indicada la remoción de los maxilares, mediante la necropsia bucal. La finalidad es tener el acceso a la cavidad oral y simplificar el examen anatómico patológico y terapéutico del aparato bucodental, no dañando a los dientes y restauraciones con manipulaciones forzadas, poder observar los huesos del maxilar superior

e inferior después de la eliminación de los tejidos blandos y que sea más fácil el estudio radiográfico. La necropsia bucal está indicada en cadáveres carbonizados, momificados y con rigidez cadavérica.

La necropsia Odontológica tiene con fin encontrar hallazgos y evidencia relacionadas a la causa y data de muerte, así como la identificación del occiso. Existen dos variantes:

1. Se recomienda practicar esta técnica en cadáveres carbonizados. Consiste en incidir, si es que aun existieran, restos de tejidos blandos, en un solo movimiento, desde la comisura labial hasta el trago de la oreja, en ambos lados de la cara; se retraen los tejidos en forma de libro abierto, mediante la ayuda de separadores metálicos hasta liberar ambos maxilares, y se realizan cortes a nivel de fondo de saco. En algunos casos está indicado extraer la mandíbula y realizar cortes a nivel de las articulaciones temporomandibulares, sobre todo para facilitar la toma de modelos de estudio, radiografías y fotografías.

2. Esta variante se puede considerar conservadora ya que no es necesario hacer cortes en la cara del cadáver, por lo que es recomendable efectuarla en sujetos con rigidez cadavérica y cadáveres momificados. Esta técnica consiste en cortar en forma de herradura inframandibular, del ángulo genial derecho a lo largo de todo el cuerpo de la mandíbula hasta llegar al ángulo genial izquierdo; posteriormente, se procede a disecar los tejidos en paquete; se levanta un colgajo para liberar y extraer la mandíbula. Para los cortes se emplean bisturís o cuchillos, para la revisión bucodental se utilizan espejos bucales y exploradores; y para limpiar las superficies dentales se usan cepillos

El peritaje se debe elaborar con imparcialidad, sin emitir opiniones de carácter legal, con conclusiones concisas y claras basadas en hechos comprobados. Un buen resultado debe existir un mínimo de doce puntos comunes entre el registro antemortem y postmortem para establecer una identificación positiva y una buena valoración de cada caso, ya que existen algunos en que un solo elemento es el determinante para la identificación positiva y, otros casos, en los que hay elementos de concordancia, pero cuya identificación resulta negativa. El cual será remitido a los servicios periciales, que a su vez la enviarán al agente del ministerio público correspondiente.

VII. Tiempo de intervención del perito

Dentro de los peritajes no siempre nos vamos a encontrar con cadáveres dentro de un anfiteatro, en ciertas ocasiones se tendrá que trabajar con cadáveres encontrados de identidad desconocida por diferentes causas.

El odontólogo forense debe de clasificar todas las lesiones que dañan al aparato estomatognático (pérdida de órganos dentarios, fracturas de maxilares, etc.) o bien, de aquellas en las que las estructuras bucodentales actúan como agente agresor (mordeduras), relacionadas principalmente con delitos sexuales, riñas accidentales y maltrato a niños.

Emitirá su dictamen tan pronto como haya logrado reunir todos los elementos que el caso requiera.

VIII. Dictamen dental forense

En todos sus informes, el estomatólogo forense debe ser totalmente objetivo. Nunca debe entrar en investigación alguna con conclusiones preconcebidas. Debe incorporar a su dictamen total honestidad y el producto de sus mejores esfuerzos basados en experiencia, habilidad y adiestramiento.

Los dientes ofrecen una gran cantidad de información para la comparación de los datos *antemortem* como los *postmortem*. En primer lugar, están formados por el tejido más duro del cuerpo humano: el esmalte. Su relación forma-tamaño de su anatomía y por la protección física que encuentran sus raíces al estar alojadas en los maxilares. Lo que con gran frecuencia aparece como única fuente de información prácticamente intacta. En segundo lugar, al contar con el mejor receptáculo en la cámara pulpar del conducto radicular de Ácido Desoxirribonucleico (ADN). Se han logrado identificaciones de restos humanos por el análisis de ADN teniendo como base la estructura dental.

En tercer lugar, por la gran estabilidad evolutiva que poseen sus coronas. Se manifiestan algunos caracteres morfológicos determinados de una población. La maduración dental es un proceso uniforme, progresivo y secuenciado, que comienza por la corona, continua con la raíz y termina con el cierre del ápice radicular. Por último, porque de todas las estructuras duras de origen mesodérmico, los dientes son los únicos que en el sujeto en vida se encuentran en contacto directo con el medio ambiente, por lo que algunas actividades económicas y culturales del hombre, pueden dejar huellas que unidas a los tratamientos

odontológicos son de gran utilidad para establecer la identidad de una persona. Los dientes también son útiles para estimar la edad dental, por el grado de mineralización del diente, utilizando las tablas de erupción dental.

Estudio de huellas de mordedura

La huella de mordedura humana se define, como una lesión contusa o cortocontusa con características especiales en las que el agente vulnera son las piezas dentarias humanas. Este tipo de lesiones tienen forma semilunar y pueden estar rodeadas de una zona equimótica; se consideran contusas cuando existe sólo una marca ocasionada por presión en los tejidos afectados, y cortocontusas cuando hay un desgarro por fricción. Son una prueba importante en la investigación médico legal de algunos delitos, ya que auxilian en la exclusión de sospechosos y en la aportación de elementos de culpabilidad. Generalmente están presentes muy comúnmente en violaciones, maltrato a menores y riñas. No causan la muerte, pero, en donde ésta se presenta, constituyen una prueba estomatolegal que puede establecer la participación directa de un sujeto.

El perito odontológico maneja la evidencia con un enfoque criminalístico, puede determinar que algunos hematomas o contusiones fueron causados por mordedura humana, ya sea en cadáveres o en individuos vivos. Cada caso se puede evaluar por sus características individuales y por el lugar en donde se encuentra la marca.

Dentro de los factores fundamentales para estudios de esta índole se encuentra: a) La claridad, calidad y particularidades de la marca; b) Los registros fotográficos y c) Las técnicas de impresión y comparación.

Las huellas de mordedura se encuentran en cualquier parte del cuerpo humano, por lo general en sitios prominentes y descubiertos como nariz, orejas, manos y labios, alimentos duros y gomas de mascar, objetos como lápices, plumas, vasos desechables, pipas, boquillas y salientes de muebles; etcétera. Se relaciona comúnmente con delitos como:

Violencia familiar. Las lesiones personales del tercio medio inferior de la cara y las estructuras dentales pueden sufrir consecuencias.

Riñas. Como arma de ataque: en nariz, orejas, mejillas, labios y espalda, como defensa: en manos.

Delitos sexuales. Regularmente son hechas lentamente y con una gran dosis de sadismo, por lo cual muestran un detalle excelente en: a) |Homosexuales: en espalda, brazos, hombros, axilas y escroto; y b) Heterosexuales: en mamas, muslos, glúteos, clítoris y pene.

Maltrato de niños. Son difusas, causadas con poco detalle y dan la impresión de que se realizaron rápidamente, sin selección de sitio y con rabia. Aparecen regularmente en partes ocultas para que el agresor no sea descubierto: a) Tórax, abdomen, espalda, glúteos, pubis; b) En boca se pueden observar dientes faltantes, fracturados o avulsionados traumatismos de labios en forma de laceraciones o contusiones, frenillos linguales lacerados, lesiones en carrillo, lengua y encías, no explicables por causas comunes, y c) Las más graves serían fracturas agudas de maxilares.

La musculatura de los labios, lengua y carrillos, así como el estado mental del mordedor, desempeñan cada uno un papel distinto en la producción del patrón de la marca dentaria en la piel. La piel por sí misma, debido a su elasticidad, deformabilidad y variabilidad de una región del cuerpo a otra, de un cuerpo a otro, contribuye a la singularidad de cada marca de mordida y hace que esta no sea reproducible.

El estudio de este tipo de huellas requiere determinar si la marca fue producida por dientes humanos e indicar el lugar en donde se localizó, para ello, la huella de mordedura debe ser fotografiada desde diversos ángulos y acercamientos; una vez obtenido el registro se procede a estudiarlas mediante la observación de todas sus características. Posteriormente la marca se calca en un acetato transparente y milimétrico para obtener un registro morfológico y morfo métrico. Si la huella es profunda y clara conviene tomar impresiones con silicones del tipo fluido para hacer un modelo en yeso fino dental y después pasarlo al acetato.

Con este registro se determina la forma del arco, el número de órganos dentarios que intervinieron, las mal posiciones, diastemas, el grosor labiolingualpalatino, la distancia mesiodistal de cada una de las marcas dentales, los tratamientos posibles detectados, ausencias dentales y fracturas. Se obtienen, además, modelos en yeso piedra de las arcadas del responsable, así como marcas de mordedura en cera rosa, entre las que se coloca papel aluminio para un mejor registro. En oclusión central y, como accesorias en oclusiones laterales derecha e izquierda. Una vez obtenido el registro, las huellas de la mordedura en la

víctima y el presunto responsable se sobreponen para estudiar los puntos de coincidencia y de discrepancia y dictaminar la culpabilidad o inocencia del sospechoso.

Al dictamen se deben agregar modelos de estudio, fotografías y acetatos para una mejor valoración pericial. No hay que descartar, la posibilidad de que la víctima haya inferido una mordida a su victimario por lo que es necesario revisar el cuerpo del presunto responsable en busca de huellas y así tener un elemento más de prueba. Esta perfectamente probado que las marcas de los dientes son únicas, no hay dos dentaduras exactamente iguales.

Para la interpretación de la marca de la mordida, es necesario tomar en cuenta por lo menos cuatro factores:

1. Los dientes que mordió.
2. La acción de la lengua, labios y carrillos del mordedor en el momento de infligir la mordida.
3. El estado mental del mordedor en el momento de infligir la mordida.
4. La región del cuerpo donde fue infligida la mordida

Los materiales dentales en las ciencias forenses

Los materiales dentales, por su sencillo manejo y lo fiel de su impresión, pueden utilizarse en otras áreas distintas de la estomatología. En las ciencias forenses se pueden emplear como material de impresión para obtener reproducciones de objetos, pruebas y lesiones. La función principal de dichos materiales es proporcionar a los peritos una fijación objetiva de pruebas y así garantizar el peritaje medicolegal. Los materiales dentales ayudan a las ciencias forenses principalmente en:

1. Impresión y obtención de modelos de lesiones causadas por:
 - a) agentes contundentes
 - b) Arma blanca
 - c) Arma de fuego: orificio de entrada, trayecto y orificio de salida
2. En balística, con la impresión de:
 - a) Rayado de cañón
 - b) Cascos
 - c) proyectiles
 - d) Pruebas de distancia

3. Identificación de:
 - a) Arcadas dentarias
 - b) Mascarillas mortuorias
 - c) Reconstrucciones faciales
 - d) Restos óseos
 - e) Determinación de la edad
 - f) Dermopapiloscopía
 - g) Identificación de señas particulares
4. En criminalística, con la identificación de:
 - a) Objetos
 - b) Indicios

Los materiales dentales de impresión y reproducción permiten obtener una copia fiel, de no muy alto costo y durable de los indicios sin alterar el original; además con estos materiales es posible reproducir el caso siempre que sea necesario. Las técnicas de manejo son las indicadas por el fabricante y son del dominio de todos lo estomatólogos.

Los materiales dentales para estos procedimientos son:

- Ceras
- Alginatos
- Silicones
- Acrílicos
- Yesos

IX. Reflexión

El arte de la Odontología Forense ha avanzado a través de los años, ahora está claramente establecido que la evidencia dental puede ser invaluable en la identificación personal y en criminología.

Los órganos dentarios pueden revelar numerosos rasgos morfológicos útiles en la identificación humana por ello, la intervención del estomatólogo forense es de gran importancia para la identificación de un sujeto, vivo o muerto. El estomatólogo forense puede concluir en un dictamen que brindará al juzgador los elementos contundentes para identificar

a una persona. Lo anterior se logrará, siempre y cuando los elementos aportados para este propósito se hagan en el tiempo y forma que la circunstancia amerita.

El uso de los métodos especiales de identificación de la estomatología forense es imprescindible dentro de las actuaciones medico legales relacionadas con la identificación de cadáveres. Estas técnicas adquieren mayor valor de aplicación en aquellos casos en que la integridad física de los cuerpos de los fallecidos se encuentre muy afectada y básicamente no difieren de cuando son utilizadas en otras circunstancias.

La estomatología, como ciencia, hace un gran aporte a las ciencias forenses, entendida como el conjunto de disciplinas cuyo objeto común es materializar la prueba a efectos judiciales mediante una metodología científica. Los materiales dentales aportan datos de suma importancia al ser empleados en los casos en que es necesario para obtener positivos de cualquier tipo de huella que se encuentre.

Lo que distingue al trabajo del estomatólogo forense en situaciones de desastres, es su integración a un grupo multidisciplinario bajo un sistema organizativo particular.

Referencias

- Clínicas Odontológicas de Norteamérica. Odontología Forense. México, Editorial Interamericana. 1977.
- CORREA RAMÍREZ, Alberto Isaac. Estomatología Forense. Segunda edición. México, Ed. Trillas., 2007.
- _____, Odontología Forense. Colección de especialidades periciales. México, Ed. Flores. 2018.
- Enciclopedia CCI. Criminalística, Criminología e Investigación Tomo I, II y III. Criminalística. Bogotá, Sigma Editores, 2010.
- LOZANO y ANDRADE, Oscar. Estomatología Forense. México, Ed. Trillas. 2007.
- LUNA AGUILAR, Raúl. Medicina Legal. México, Textos universitarios, Universidad Veracruzana. 1988.
- QUIROZ CUARÓN, Alfonso. Medicina Forense. 11ª Edición. México, Porrúa. 2003.
- TELLO FLORES, Francisco Javier. Medicina Forense. Segunda edición. México, Colección textos jurídicos universitarios, Oxford. 2004.

Impacto de los delitos informáticos en la sociedad actual

Armando Valencia Álvarez*

SUMARIO: *Introducción. II. Desarrollo. III. Reflexión. IV. Referencias.*

Introducción

El ser humano siempre ha buscado tener una forma de contabilizar sus pertenencias, animales, dinero, administración de una casa; ocupando diversas herramientas las civilizaciones antiguas sea cual fuere su región en el globo terráqueo usaron piedras, conchas, papel, ábaco, siendo estos los primeros sistemas computacionales rudimentarios que permitían que los hombres tuvieran una representación gráfica de lo que poseían³⁵. Sin embargo, estos instrumentos, que fueron los primeros se fueron reinventando hasta llegar los relojes analógicos; los relojes digitales y después las calculadoras, siendo estos últimos computadoras simples que solo tienen una función básica proporcionar el tiempo y otro realizar sumas básicas.

No pudiendo exigirle más funciones a estos aparatos debido a su diseño básico con el cual fueron construidos en su versión original, aunque actualmente debido a la miniaturización de sus componentes internos, estas primeras versiones han dado un salto increíble al incorporar diversas funcionalidades en los llamados aparatos inteligentes³⁶.

La tecnología siguió perfeccionándose logrando abarcar más ramas de las actividades del ser humano automatizando la agricultura, que desde tiempos remotos se apoyó en herramientas simples como el uso de la coa, arados ocupando animales, después tractores, para ayudarse con las labores del campo, sin embargo aquellos granjeros con más poder

*Artículo recibido el día 1 de agosto de 2020 y aprobado el 31 siguiente

*Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de México, Maestro en políticas públicas por el Colegio de Veracruz, Perito informático en la Fiscalía General de la Ciudad de México. Cursante del Doctorado en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

³⁵ Página profesor Rafael Barzanallana. Apuntes de las asignaturas que imparto sobre informática, y algo más Disponible en: <https://www.um.es/docencia/barzana/II/Ii04.html>

³⁶ Dispositivos inteligentes que todos tendremos en nuestras casas en pocos años Disponible en: <https://www.cosasdearquitectos.com/2019/09/7-dispositivos-inteligentes-que-todos-tendremos-en-nuestras-casas-en-pocos-anos/>

adquisitivo y cierta preparación educativa, hablemos de países nórdicos han podido adquirir arados y tractores con alguna sistematización que les permite realizar determinadas funciones de cortado, desgranado y empaquetado de forma automática, los cuales se han visto beneficiados en la reducción de horas hombre y trabajo debido a que prácticamente todo el trabajo rudo lo hacen las maquinas supliendo a mucha mano de obra; así, estas horas hombre ahorradas, se pueden invertir en otro tipo de empleo para la instrucción del personal creando una serie de programas dirigidos a este tipo de personas adecuando la capacitación para que puedan integrarse al manejo de estas nuevas oportunidades que es el mantenimiento o manejo de estas nuevas herramientas productivas en este sector³⁷.

Desafortunadamente estas nuevas tecnologías implementadas en la agricultura no están al alcance de muchas personas, debido a su alto costo. Ahora la nueva interacción de las maquinas modernas debido a su conexión inalámbrica u alámbrica, da paso a nuevos peligros como lo es la modificación de su funcionamiento interno toda vez que tienen la posibilidad de almacenar instrucciones provenientes del exterior las cuales pueden ser sujetas a la manipulación de personas no autorizadas o empleados con fines no sanos para el poseedor de dichas herramientas modernas, quienes en su mayoría no están conscientes de los peligros al que pueden estar expuestas sus herramientas de trabajo.

Cuestión que las empresas por el auge de ser los primeros en sacar un producto novedoso descuidan la seguridad de los dispositivos con respecto a que sí estos pueden ser reprogramados de forma remota o local; incluyendo en la programación interna del aparato seguridad desfasada o no actualizada, con huecos de inseguridad descubiertos con anterioridad y sin ser atendidos por su creador o especialista que desarrolla dicha programación que ocupa la herramienta u artefacto³⁸.

II. Desarrollo

El *concepto de delitos informáticos* son actitudes contrarias a los intereses de las personas en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas

³⁷ Blog, Crédito Real, tecnología agrícola para un campo más productivo Disponible en: <https://www.creditoreal.com.mx/blog-credito/tecnologia-agricola-para-un-campo-mas-productivo>

³⁸ eset, Internet de las Cosas: 70% de dispositivos son vulnerables Disponible en: <https://www.welivesecurity.com/la-es/2014/07/31/internet-de-las-cosas-dispositivos-vulnerables/>

típicas, antijurídicas, culpables en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico); es decir, se refiere a que son acciones ocupacionales porque muchas veces se realizan cuando el sujeto está en el trabajo, son muchos los casos y pocas las denuncias, todo ello debido a la falta misma de regulación jurídica a nivel internacional, presenta grandes dificultades para su comprobación, esto es por su mismo carácter técnico³⁹. Este concepto anterior es compartido por varios autores como Téllez y Flores Salgado, con la misma premisa de que los ataques informáticos van dirigidos a dos distintos objetivos; las personas o los dispositivos informáticos.

Según mi punto de vista, la intervención del hombre es un elemento *sine qua non* en la configuración de la conducta antisocial a la que nos referimos, puesto que la única capacidad de las máquinas es la de leer instrucciones y datos, que en su conjunto y de manera sistemática permiten resolver problemas; A este conjunto se le denomina programa; la utilización de dicho programa o conjuntos de programas llamados software, permiten realizar una o varias tareas específicas al dispositivo en cuestión; en conclusión y siendo reiterativo el ser humano es el responsable de dicha conducta antisocial (delito informático), por ser él, el programador de dichas tareas encaminadas a causar un daño o perjuicio.

De los 978 millones de consumidores que fueron víctimas de hackeo en 2017, 3.3% se registraron en México, de acuerdo con los datos de un estudio que fue publicado en junio del año pasado, el costo financiero de estas vulneraciones alcanzó los 7,700 millones de dólares (mdd) de los 172,000 mmd que se perdieron a nivel mundial, es decir 4.4% de ese total. Según un reporte de los analistas de la firma IDC, las vulnerabilidades digitales reportadas en México frecuencia promedio de 33 ataques por segundo. Esto pone a México como el tercer país con más amenazas detectadas en 2017, sólo por detrás de lo que reporta para Estados Unidos y Reino Unido la corredora de seguros *Lockton*.

Es importante señalar la existencia en México de reportes vía transparencia, de ataques y vulneración a los sistemas informáticos, sin embargo, no existen tantos reportes oficiales de las vulneraciones reportadas como de ataques, puesto que predomina el temor de los daños a la reputación generados por la divulgación de estos. Todo ello fundamentado ante la ineficacia en la investigación para dar con los culpables. Pese a esto es de reconocer la

³⁹Hidalgo Ballina, Antonio, *Derecho informático*, México, Flores Editor, 2013, p. 181.

incipiente contestación directa a las preguntas hacia las autoridades⁴⁰. Según la Unidad de Estrategia Tecnológica de la Oficina Presidencial de 2013 a 2016 los ataques aumentaron por cientos, años en los cuales la nación perdió tres mil millones de dólares por año en delitos informáticos tales como violaciones, robo de identidad y otras actividades cibernéticas ilegales.

Según la solicitud de información 5001579, la cancillería precisa que en abril pasado la embajada de México en Guatemala sufrió robo de información, lo que ameritó una denuncia penal por estos hechos. Además, agrego que estos ataques “con técnicas avanzadas” provenían de sitios ilegales “de internet profundo”, instalados en países como Rusia, Cuba, Croacia e India.

En respuesta a solicitudes de información obtenidas por El Universal⁴¹ vía transparencia, 36 instituciones, entre secretarías, Bancos Públicos, Órganos legislativos, Entes autónomos, así como Universidades públicas reportan 45´009´188 intentos de acceder a la información de bases de datos y robar información. Tan solo uno de ellos, el que se registró a mediados del año pasado al Sistema de Pagos Electrónicos (*SPEI*), ocasionó al sector financiero una pérdida de alrededor de 400 millones de pesos (mdp). La incidencia de vulneraciones a la ciberseguridad en México se duplicó del 11% al 22% entre 2016 y 2018, según la encuesta de Delitos Económicos de la consultora PwC.

Ante el argumento de la no existencia de tipos penales adecuados y jurisdicción no aplicable a estos delitos que dañan tanto a la sociedad en general y en particular al ciudadano de a pie. Por qué no podemos ignorar que este tipo de actividades no respeta ni perfil, ni estrato social, ni empresa particular o gubernamental por lo que todos estamos expuestos a sufrir un ataque de este tipo sin excepción. Debido a esta razón es necesario actualizar a jueces, policía investigadora, policía auxiliar ante estas nuevas conductas antisociales además también concientizar a la sociedad, que piensa que no tiene nada que perder al considerarse personas no importantes o que no son blancos de un *hacker*.

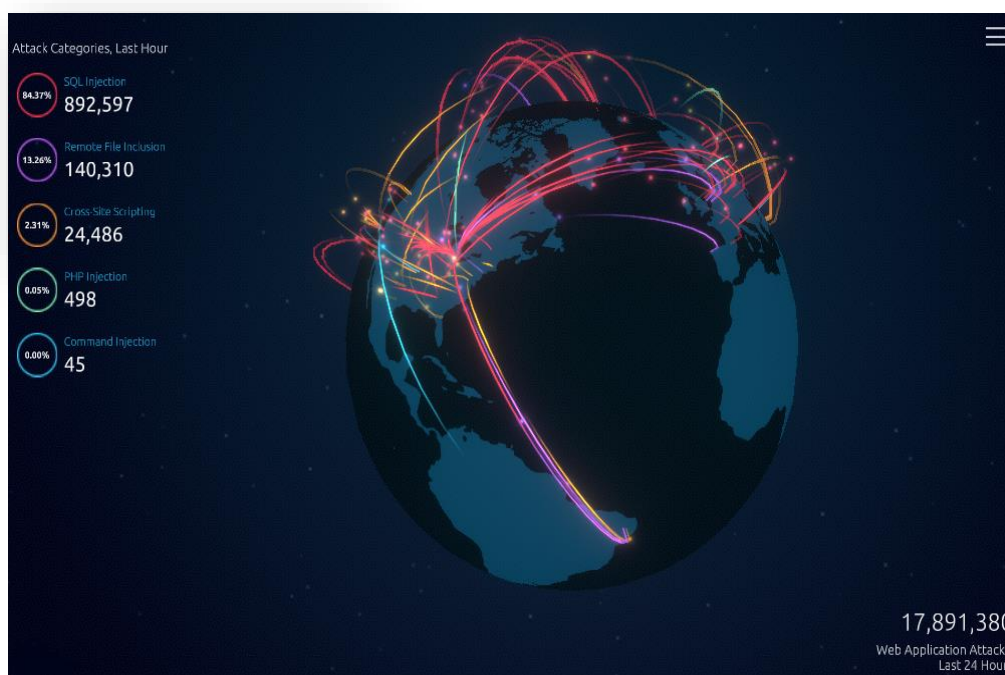
Es importante recalcar que los *hackers* que se encuentran en otro país no tienen en muchos de los casos bien definidas a las personas que están afectando por lo cual cualquiera

⁴⁰El Universal, “Buscan hackers acceder a información del Estado”, México, Nacional, septiembre 2019.

⁴¹ EL UNIVERSAL, “Hacker acechan Información del Estado: Van 45 millones de ataques de ataques” Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/hackers-acechan-informacion-del-estado-van-45-millones-de-intentos> de Septiembre 2019.

puede resultar afectada. Caso contrario que nos ocupa con los *hackers* internos, que son aquellas personas que administran el sistema, por ejemplo, algún empleado descontento, tienen algún sentimiento negativo para con su ambiente laboral y se plantea como objetivo buscar dañar a terceros, la empresa, gobierno persona con los que tiene alguna situación de tipo personal de carácter negativa.

En la actualidad ya existen empresas tales como Akamai, empresa española que con su *software* llamado *Real-Time Web Monitor*, revela información en tiempo real que nos sirve para poder identificar las regiones del mundo con el mayor tráfico de ataques *web*, las ciudades con las conexiones web más lentas (latencia) y las zonas geográficas con más tráfico *web* (densidad del tráfico).



(Inyección de Lenguaje de Consulta Estructurada) 2 (Inclusión Archivos Remotos)
3 (Inyección de páginas de terceros en páginas oficiales o en aplicaciones)
4 (Inyección de Programación de Propósito General)
5 (Inyección de Comandos)⁴²

Cómo se puede observar en esta captura de pantalla del *Real-Time Web Monitor* se encuentran representados y categorizados los tipos de ataques informáticos por hora, así como la sumatoria de las últimas 24 horas, con el objeto de detectar las posibles vulneraciones a los sistemas informáticos de particulares, empresas y/o gobiernos. En suma,

⁴² Disponible en: <https://globe.akamai.com> fecha de consulta 13 de septiembre de 2019.

el impacto económico, social y de incertidumbre jurídica de aquellos que han sido afectados por un delito informático en México, que conforme a las estadísticas antes expuestas tanto oficiales como de empresas privadas, son miles, y aún más los ataques que no lograron su cometido.

En un Estado de Derecho que rige una sociedad cambiante, las legislaciones, autoridades y sanciones deben estar al día de las nuevas y no tan nuevas conductas antisociales, que en el presente el futuro nos alcanzó y nos rebasa, conductas que deben ser debidamente sancionadas dando así certidumbre a la sociedad, que ya vive cada vez más en una vida totalmente digitalizada, desde un estudiante de secundaria hasta un directivo de un gran consorcio; todos merecen justicia.

Son estas las causas de la urgencia de una regulación contenida en un Manual de Procedimientos en informática forense o por lo menos forzar a la realidad a los jueces, fiscalías, policías y a la sociedad en general a que de una manera técnica-jurídica ante la configuración del delito, exista un cabal manejo del proceso judicial, siendo parte medular de este, la cadena de custodia que como en cualquier debido proceso debe ser respetado pues es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión, todo esto al amparo de las legislaciones existentes, mismas que en el actual actuar son aplicables y servibles en la práctica del *ius puniendi*, todo esto claro está en el marco del respeto a los derechos humanos. A saber:

La legislación informática es un conjunto de reglas jurídicas de carácter preventivo y correctivo del uso fundamentalmente inadecuado de la informática; es decir, que aquí se trata de una reglamentación de puntos específicos, pero esta circunstancia implica las siguientes consideraciones:

1. Se recurría a un cuestionamiento de las reglas existentes para determinar si es posible su aplicación análoga frente al problema o si sería necesaria una ampliación en cuanto a su ámbito de cobertura.
2. Se espera la evolución de la jurisprudencia dada la creciente presentación de casos ante los órganos jurisdiccionales en los que se fijen pautas resolutorias o al menos conciliatorias. En este tenor es importante señalar que actualmente existe escasa

jurisprudencia que hable del caso exacto con relación a la prueba digital, se hace mención en una tesis que mientras que la evidencia no viole derechos humanos se puede presentar constreñido a la materia penal. Sin embargo, si podemos tomar como base de catapulta en materia penal que es una materia delicada. El párrafo de que no viole derechos humanos se puede extender dicho criterio de forma valida a todas las materias donde se acepta la prueba digital en México⁴³.

3. Se debe crear un cuerpo de nuevas reglas jurídicas integrándolas a los ordenamientos ya existentes, en su caso dando lugar a una nueva ley de carácter específico.

Derecho a la información. Su prevalencia cuando entra en conflicto con el derecho a la privacidad. Como es sabido el artículo sexto apartado A fracción primera de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nos indica que el Estado debe actuar apegado al principio de máxima publicidad de la información en posesión de cualquier autoridad, ilustrándonos que este derecho no es absoluto y que debe protegerse el derecho a la privacidad de acuerdo con la fracción II, y al artículo 16 constitucional. Sin embargo en relación a las anteriores líneas cuando estos derechos entran en conflicto la autoridad deberá valorar las actividades o actuaciones que los sujetos involucrados en contraposición a la relevancia pública o de interés general y el efecto que recaiga en la sociedad y los derechos establecidos en la Constitución Federal y los Tratados Internacionales, implicando repercusiones en el mundo real como en el digital sin que repercuta un cambio en la naturaleza de estos derechos o una disminución de los mismos por lo que la interpretación y los parámetros de protección rigen de igual forma sin importar donde se ejerzan⁴⁴.

Es correcto que para abarcar esta materia se requieren cocimientos especializados. Es necesaria la capacitación integral para poder tutelar la prueba de forma tanto a nivel jurídico como técnico y no solo aportar las pruebas que solo se van a desechar cuando se depure el proceso con el juez de control.

“...22 se entiende qué, cuando en una solicitud de acceso a un órgano del estado se requieren documentos o información que afecte o trate intereses

⁴³ Tesis I.2o. P.49 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, enero de 2017, p. 2609, registro digital 2013524.

⁴⁴ Tesis: 2a. XXXVI/2019 (10a.), Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 67, junio de 2019, Tomo III, Décima Época, Pág. 2327, Registro digital, 2019997.

privados o de información personal, debe entenderse que las entidades públicas no están legitimadas para disponer de los mismos a su discreción, sino que quedarán sujetos a las disposiciones de las normas jurídicas”⁴⁵.

En otros países sí se llevan a cabo uno por los múltiples tratados y reglas celebradas de cooperación, sin embargo, de acuerdo con mis investigaciones no existe ningún impedimento jurídico para que los abogados accionantes puedan solicitar la cooperación y ayuda de otros países e incluso en territorio nacional, cuestión que no se cumple por la falta de accionar de los abogados y las autoridades al levantar las investigaciones de una manera incompleta y falta vocación en los casos. Tenemos que evolucionar en los pedimentos y más si la ley nos brinda esa posibilidad sin que se quede en letra muerta.

En la práctica y con nuestra legislación actual, podemos encasillar estas conductas en los ordenamientos legales como son el código civil, códigos administrativos, código de comercio, código penal, Ley Federal del Trabajo, y todo aquel ordenamiento que en su redacción contemple la aportación de pruebas digitales electrónicas en su cuerpo normativo.

Las computadoras entiéndase también teléfonos inteligentes pueden procesar y almacenar información esto aunado a la gran posibilidad de transmitir información en tiempo real en consecuencia con los “metadatos” que vienen asociados a los archivos que transmitimos por diferentes servicios como *Facebook, Instagram, YouTube* los cuales no nos llegan al lector final por que las empresas por protección de datos se los quitan. Si podemos pedirles la dirección *IP* de la cual se ha conectado cualquier persona mal intencionada. Todo ello derivado de una investigación legítima.

Como es sabido los *WhatsApp* en muchas ocasiones se quieren aportar a una investigación legítima los cuales deben ser sometidos al tamiz de tres cuestiones previas a su incorporación al proceso a saber: autenticidad, integridad y licitud para que puedan ser examinados en el proceso por autenticidad se debe entender como la posible correspondencia entre el posible autor y el autor real de un documento, de forma tradicional la elaboración de un texto pues existe la firma manuscrita o las grafías de los trazos, o un sello comercial. Sin embargo, en el documento electrónico se identifica el dispositivo u computador desde donde se envía, pero no a quien es el autor de este, sino que por inferencias de tiempo se logra el

⁴⁵ Hidalgo Ballina, Antonio, *Derecho informático*, México, Flores Editor, 2013, p. 196.

modo y lugar, se estipula el posible autor. Para este caso la vinculación de la cuenta del usuario con el *SIM*, el Código *IMEI*, entre más elementos que se desprendan de la investigación forense⁴⁶.

En lo respectivo a la integridad, como se puede corroborar en los documentos físicos las alteraciones por medios de los sentidos degradación del papel o desgaste de ciertas partes por medios de químicos o inclusive la manipulación de la hoja mediante solventes para que parezca viejo; en el documento electrónico de esta mensajería electrónica son firmado electrónicamente.

Lo expuesto en el párrafo anterior no es suficiente para presumir la integridad de un mensaje de *WhatsApp* todavía hay una serie de requisitos previos para suponer que un mensaje por esta vía, no fue manipulado primero verificar que el dispositivo en caso de los celulares, *IPad* de la marca Apple no han sufrido el llamado *JailBreak*, que es la rotura del sistema o en su defecto en los teléfonos con sistema *Android* no se les ha dado permisos *root* que es el acceso para modificar archivos sensibles del celular o tableta con dicho sistema instalando ciertas aplicaciones que tienden a modificar las bases de datos internas.

En cuanto a la licitud, está directamente ligado con la forma y modo de obtención de los textos o su fuente o el elemento. Es decir, los elementos de la comunicación están protegidos por la privacidad y en ciertos casos legales con autorización judicial se podrán aportar al proceso e incluso se podrán a portar por una de las partes intervinientes en la conversación, siempre y cuando la persona le quite el velo constitucional de protección y sirva dicha prueba para su juicio.

Con relación a la autoría de los documentos electrónicos topándome con el problema, me he dado la tarea de buscar las posibles soluciones para saber quién es el autor de algún documento electrónico siempre y cuando se proporcionen ciertos elementos previos, que puedan incidir en la identificación cuasi plena del autor o plena, como primer elemento previo poseer documentos escritos de puño y letra de la persona con su estilo único de redacción en posesión; obtenidos de forma legítima o documentos electrónicos redactados y aceptados previamente como suyos que contengan su redacción única personal sin la intervención de

⁴⁶ Gastón Enrique *Bielli*; Carlos Jonathan Ordoñez, *La Prueba Electrónica Teoría y Práctica*, Argentina, La Ley, pp. 553-554.

un tercer individuo en su corrección del texto, sometiendo su estilo de redacción al tamiz de la estilometría.

Dados los avances tecnológicos de las computadoras, existen programas informáticos, que pueden computar y procesar grandes textos sin ser un experto en la rama mencionada en líneas precedentes, con porcentajes cercanos al cien por ciento, para descubrir el autor de algún texto definiendo las particularidades del habla de una persona que elaboro un determinado escrito; definiendo incluso el estado de ánimo, el sexo, la edad, la formación cultural del autor⁴⁷.

Es pertinente señalar que para la Real Academia Española el concepto de seguridad es el siguiente: cualidad de seguro⁴⁸, que hace referencia estar exento de todo daño, peligro o riesgo. Como atinadamente el autor señala en informática no es posible alcanzar dichos estándares, pero si esperar que un aparato con cierto diseño o sistema informático se comporte de cierta forma esperada. Para esto el autor nos señala algunas características a saber:

- 1) Confidencialidad: Requiere que la información sea accesible por las entidades autorizadas.
- 2) Integridad: Requiere que la información solo pueda ser modificada por las entidades autorizadas. La modificación incluye escritura, cambio, borrado, creación y re-actuación de los mensajes transmitidos.
- 3) No repudio: Ofrece protección a un usuario frente a otro usuario que niegue posteriormente que se realizó cierta comunicación. Esta protección se efectúa por medio de una recolección de evidencias irrefutables que permitirán la resolución de cualquier disputa. El no repudio de origen protege al receptor de que el emisor niegue haber enviado el mensaje, mientras que el no repudio de recepción protege al emisor niegue haber enviado el mensaje, receptor niegue haber recibido el mensaje. Las firmas digitales constituyen el mecanismo más empleado para este fin.

⁴⁷. ¿Qué es la estilometría? Disponible en: <https://www.estilometria.com/que-es-la-estilometria/>

⁴⁸. Diccionario de la Lengua Española Disponible en: <https://dle.rae.es/seguridad>

- 4) Disponibilidad: Requiere que los recursos del sistema informático estén disponibles a las entidades autorizadas cuando los necesiten⁴⁹.

La Prueba en el ámbito informático: Como expertos en el derecho, la prueba ya se ha definido de manera exhaustiva por diversos tratadistas, por lo que no me propongo abordar la prueba de manera histórica y de múltiples definiciones altamente conocidas por los expertos y las nociones de documento. Daré algunas definiciones que me den pie a disertar sobre algunos tópicos puntuales.

"Según el diccionario de la Real Academia Española, documento es el diploma, carta o escrito, que ilustra acerca de algún hecho, especial de los históricos, o también como escrito en el que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados para probar algo"⁵⁰.

Como se desprende de este párrafo precedente el documento es todo aquello que nos da luz acerca de un hecho acontecido, que son susceptibles de poder probar algo puede ser que dicha probanza sea relacionada de manera directa o indirectamente con el proceso o no.

"En materia jurídica, el documento es todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica. De acuerdo con ese concepto, son documentos además de los escritos en papel, los planos, gráficos, dibujos, fotografías, videos, películas, cintas magnetofónicas, discos informáticos, etcétera.

En cambio, la prueba en materia jurídica se tiene que buscar que los documentos jurídicos exhibidos tengan relevancia con el caso examinado para que tenga su eficacia probatoria. Cabe aclarar que lo que se lee en la pantalla o lo impreso no son el documento electrónico original si no copias, ya que el original no se podrá utilizar directamente, debido a que su contenido no puede ser aprendido por nuestros sentidos. Sobre este concepto hay gran discusión en la denominación. Unos lo llaman documento electrónico, otros le llaman documento digital y finalmente hay quienes, el documento informático.

Como atinadamente nos señala el autor de este libro en la pantalla no son el documento original, sino copias ya que el original no se podrá utilizar directamente, sin embargo, incluso con estas copias si podrán hacer prueba, siempre y cuando se adminiculen

⁴⁹ Gómez López, Julio, Administración de Sistemas Operativos un Enfoque Práctico, México, Alfaomega-Rama, 2da edición, 2011, pp. 75-76.

⁵⁰ Hidalgo Ballina, Antonio, *Derecho informático*, México, Flores Editor, 2013, p. 157.

de manera fina con otras técnicas forenses de otras ramas para fortalecer la copia no original como la foniatría y la estilometría. Este en un sentido más general es el documento que se crea con la intervención no ya de una computadora sino de todo un sistema informático (la computadora en combinación periféricos de entrada y salida)"⁵¹.

Es importante señalar que el autor habla de un sistema informático cuál no limita a la computadora como comúnmente se tiene concebidas estas pruebas. El documento cómo acertadamente lo discute el autor es todo aquel soporte donde se encuentre almacenada la información. Mediante impulsos eléctricos que modifican el medio de almacenamiento para que se cree que el documento soporte.

En este tenor en la praxis no muy común adoptada por los peritos informáticos con el sólo hecho de impactar aquella conducta en papel y lo mejor posible los hechos relevantes de la evidencia digital con esta simple forma de actuar se salta la limitación jurídica el no poder aportar la prueba digital al proceso. No olvidando de también deber guardar los originales para su ulterior consulta de especialista en el tema y pueda constatar lo impactado en un peritaje o en el documento sometido al juez.

IV. Reflexión.

- I. Sería importante que se analizaran propuestas serias para actualizar los cuerpos normativos en México, en el Congreso Federal y sus similares locales, en lo relativo a la prueba digital, sin embargo, esto depende de temas políticos y económicos, o presión exterior ajena al país. Esto no representa un obstáculo para que de forma jurídica sean presentadas las pruebas electrónicas en México, de forma íntegra.
- II. Es necesario proporcionar a los abogados y los ciudadanos en general, una formación integral, con el objetivo de que puedan ejercer sus derechos por esta vía y con esto familiarizar a la sociedad con el empleo de la prueba digital y no sea tomada como último recurso. De una manera lo más completamente posible.
- III. Se requiere constreñir a las autoridades del rango y ramo que sea a que conozcan o se actualicen, en los temas digitales con el objeto de ir formando la jurisprudencia.

⁵¹ Hidalgo Ballina, Antonio, *Derecho informático*, México, Flores Editor, 2013, p. 157.

- IV. Actualmente ya se tiene un andamiaje jurídico no óptimo, pero si plausible para presentar la prueba digital de una manera regular a buena ante los órganos administrativos como judiciales.
- V. A nivel internacional, ya existen varios instrumentos y principios jurídicos de derecho que les podemos dar cabida vía artículo primero constitucional.

Referencias

B. SVANTESSON, Dan Jerker, *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*, United Kingdom, OXFORD, 2017.

Décima Época, T. IV, enero de 2017, p. 2609, registro digital 2013524.

EL UNIVERSAL, “*Buscan hackers acceder a información del Estado*”, México, Nacional, 16 de septiembre 2019, <https://vanguardia.com.mx/articulo/buscan-hackers-acceder-informacion-del-estado>

GASTÓN, Enrique Bielli *ft* ORDOÑEZ, Carlos Jonathan. *La Prueba Electrónica Teoría y Práctica*, Argentina, La Ley,

GÓMEZ LÓPEZ, Julio, *Administración de Sistemas Operativos un Enfoque Práctico*, México, Alfaomega-Ra-Ma, 2da edición, 2011.

HIDALGO BALLINA, Antonio, *Derecho informático*, México, Flores Editor, 2013.

M. CASTRILLÓN, Víctor y A. Becerril, Luna Anahiby, *Contratación Electrónica Civil Internacional Globalización, Internet y Derecho*, México, Porrúa, 2015.

NAVA GARCES, Alberto Enrique, *La Prueba Electrónica en Materia Penal*, México, Porrúa, 2015.

TÉLLEZ VALDEZ, Julio, *Derecho Informático*, 4ª. Ed., México, Mac Graw Hill, 2008.

Tesis I.2o.P.49 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,

Tesis: 2a. XXXVI/2019 (10a.), Segunda Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 67, junio de 2019, Tomo III, Décima Época, p. 2327, Registro digital, 2019997

II. DOGMÁTICA PENAL

TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Esperanza Sandoval Pérez*

SUMARIO: *Introducción. I. El dominio del hecho. II. Autoría y Participación. III. Formas de autoría. IV. Formas de participación. V. Autoría Mediata. VI. Regulación en la legislación penal mexicana. VII. Reflexión. VIII. Referencias.*

Introducción

Uno de los temas más discutidos en la doctrina del Derecho Penal es la Teoría del dominio del hecho, que sirve para fijar la responsabilidad penal individual cuando en la realización del delito intervengan dos o más personas. No siempre la producción del hecho delictivo es obra de una sola persona, también puede llevarse a cabo mediante la actividad deliberada y consciente de dos o más. En este caso se está frente a un supuesto de participación criminal en la cual existen diversos grados de intervención.

En este artículo se hace un acercamiento hacia esta Teoría postulada por Hans Welzel, y perfeccionada por Claus Roxin, que en 1939 define la autoría a partir del llamado dominio final del hecho, considerando como autor es quien por la dirección final y siendo consciente del desarrollo causal hacia el resultado típico es *señor* de la realización del tipo. Se precisa también la distinción entre autoría y participación en sus diferentes formas, haciendo hincapié en la autoría mediata, de la que deriva el dominio del hecho criminal; así como su recepción en el proyecto del Código Nacional Penal que se encuentra en estudio en el Congreso de la Unión. Se elaboran las reflexiones finales y se enlistan las fuentes de referencia.

Palabras clave: Actor, autoría, participación, dominio del hecho, injusto penal.

* Artículo recibido el 15 de agosto de 2020 y aceptado para su publicación el 31 de agosto de 2020.

*Académica tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Licenciada en Derecho, Maestra en Ciencias Penales y Doctora en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.V., con Especialidad en: Derecho Penal por el Instituto de Iberoamérica y Portugal de Salamanca-España y Especializada en Derecho Penal. Delitos en Especial por la misma Universidad. Pertenece al SIN. perasandoval@gmail.com y esandoval@uv.mx, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6506-2507>.

I. El dominio del hecho

Los principales criterios que se han utilizado para distinguir entre autoría y participación son las teorías subjetivas, la teoría objetivo formal, las teorías objetivo-materiales y la Teoría del dominio del hecho postulada por Hans Welzel considerando como autor a quien por la dirección final y siendo consciente del desarrollo causal hacia el resultado típico es “señor” de la realización del tipo; la cual se aborda en dos momentos: el primero haciendo referencia a los criterios históricamente vinculados con esta teoría y, el segundo momento en su sentido moderno.

La expresión “dominio del hecho”, antes de ser difundida por Welzel en el sentido que hoy se conoce, fue analizada por autores como Marat (1790) quien observó la necesidad de clasificar los delitos de dominio considerando que es autor el que domina el hecho, es decir, el que conduce de hecho la causalidad al resultado.

Wachter es uno de los primeros que, en 1825, distinguió entre formas de autoría y formas de participación, en el sentido de que autor es quien tiene la última decisión de realizar o no el hecho principal. Mientras que participes son los que apoyan el delito de otro. Binding (1869) sostuvo que la pena del cómplice se debe determinar según la ley aplicable al autor que quisiera auxiliar.

Hegler (1915) planteó por primera vez el concepto dominio del hecho con un sentido más referido hacia la culpabilidad del autor del hecho criminal, que es diferente a lo que ahora se conoce como dominio del hecho. Frank (1907), Hegler y Goldschmidt (1940), consideraron que está referida al sujeto del delito, pero entendida solo en cuanto a los elementos materiales de la culpabilidad (de su época), es decir, a la imputabilidad, al dolo o a la imprudencia y a las causas de exculpación⁵². Años más tarde Alexander Graf Zu Dohna (1944) dice que no importa tanto el acuerdo en cada caso con el contenido jurídico, como la no impugnación del dominio del hecho⁵³. Bruns utiliza la denominación para referirse al criterio de distinción entre *dolo e imprudencia consiente*.

Lobe, por su parte, utilizó por primera vez el *dominio del hecho* para criticar las teorías subjetivas, que tiene como característica común que están basadas en la teoría de la

⁵² Scheller D'Ángelo, André. La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana. Revista de derecho, Universidad del Norte, 2011, p. 246. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n35/n35a10.pdf>

⁵³ Dohna, Alexander Graf Zu Dohna, citado por Hans Welzel. *Ob. Cit.*, 89.

equivalencia de las condiciones, ofreciendo argumentos válidos para distinguir entre autores y partícipes⁵⁴. Sostiene que lo esencial para la autoría no es, solo la presencia de la voluntad del contenido, querer el hecho como propio; sino que la realización de esa voluntad debe además tener lugar, de modo que la misma se ejecute bajo su dominio, que la voluntad domine y dirija también la ejecución que sirve a su realización, concluyendo que es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho.

Hans Welzel en conexión con su conocida teoría de la acción finalista, en 1939 plantea su *teoría de la autoría* otorgándole un contenido propio fijando el dominio del hecho como el criterio determinante del concepto de autor. Esto es, el dominio del hecho pasaba a ser ahora un elemento general de la autoría definiendo al autor como: el señor del hecho, sobre la decisión y ejecución de este y quien lo instiga o colabora con él, ciertamente participa del hecho, pero no es el señor de éste. Al evolucionar su teoría posteriormente precisa que: señor de un hecho es quien debido a su resolución de voluntad final ejecuta el hecho. La configuración del hecho mediante la voluntad de realización conducida conforme a un plan convierte al autor en señor del hecho.

Welzel analiza el dominio social del hecho para fundamentar la autoría mediata en un delito especial, cuando el *intraeus* (quien posee la calificación exigida por el tipo penal) induce al *extraneus* (quien o quienes no la poseen) a cometer el hecho (como instrumento doloso no cualificado)⁵⁵. En este caso no exige dominio final sino dominio social, al contrario de lo que venía manteniendo para los delitos comunes. El *intraeus* somete también a la persona no cualificada y su dominio del hecho, provoca la crítica de Roxin (1976)⁵⁶ quien señala que no pueden utilizarse dos conceptos de dominio del hecho según convenga ya que el concepto perdería su sentido y se convertiría en algo arbitrario.

En el segundo momento, la idea del dominio del hecho en un sentido absolutamente moderno exige, junto al elemento subjetivo de la voluntad de dominio, *tener el verdadero dominio objetivo en la ejecución del hecho*; se reconoce como la postura dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemana, incluso hasta nuestros días, al punto de identificarse

⁵⁴ Górriz Royo, Elena. El Concepto de autor en Derecho Penal. Valencia. Tirran lo Blanch, 2008, p.258.

⁵⁵ Welzel, Hans. El nuevo Sistema del derecho penal. Una introducción a la acción finalista. Buenos Aires, B de F, 2001.

⁵⁶ Roxin, Claus. Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal. Madrid, Marcial Pons, Trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2016, de la Obra Original (1961), pp.41-99.

usualmente la autoría con el *dominio del hecho*. Aquí encontramos el posicionamiento de Claus Roxin que en el libro *Autoría y Dominio del hecho* (1963) expone por primera vez la autoría mediata como figura central del hecho típico, para conocer el carácter con el que se participó en el delito, para determinar la culpabilidad en cuanto responsabilidad penal en la que están incluidos el merecimiento y la necesidad de la pena.

El estudio más desarrollado del concepto dominio del hecho, se debe a Maurach que le dio como significado tener en las manos, abarcando por el dolo el curso típico del suceso. Todo interviniente que se encuentre en la *situación fáctica por el conocido*, que pueda conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir la realización del tipo, queda claro que *el dato de la voluntad de la teoría subjetiva está presente en el dominio del hecho*, pero con la diferencia de que además de su contenido ocupa un lugar la exportación exterior del ejecutor al hecho, juntos amoldan la idea del autor como dueño y señor del suceso delictivo. Con ello pretende encontrar un criterio que abarque tanto lo objetivo como lo subjetivo del hecho, unidos en un único criterio de imputación.

Jescheck, por su parte, sostiene la *teoría del dominio normativo psicológico del hecho*. El *intraeus* aportaría la cualificación exigida y con ello tendría el dominio normativo o jurídico, ya que es quien determina al *extraneus* para que cometa el hecho, con lo que se constata su dominio psicológico. Günther Jackobs pretende renovar los conceptos autoría y participación al proponer el *funcionalismo sistémico o sociológico*, teoría todavía más revolucionaria que la del dominio del hecho, que considera la identidad normativa, la constitución y la sociedad; cuyo objetivo es resolver los problemas del sistema social. En esta perspectiva, analiza diversos supuestos en los que la participación delictiva puede revestirse una configuración culposa e incluso sostiene que no todas las personas somos responsables penalmente de cuanto delito llegue a nuestro conocimiento, como presunción general de estas formas de participación que representan, en nuestro campo, el basamento teórico sobre el cual es susceptible hacer descansar todo principio de imputación jurídico-penal⁵⁷.

Con lo anterior Jackobs abre nuevas posibilidades en la imputación penal cuando, a partir del concepto “competencia del dominio del hecho”, subdivide los niveles de autoría y

⁵⁷ Jackobs, Gunter. *Sociedad, Norma y Persona en la Teoría de un Derecho Penal Funcional*, traducido por M. Cancio Meliá y S. Feijoo Sánchez, Madrid. Civitas, 1996, pp. 36 y 37.

participación en la *infracción de un deber y la competencia por el dominio de una acción*, que se puede abreviar en la expresión siguiente: es autor quien tiene competencia decisiva sobre determinado ámbito de organización. La conformación del hecho mediante la voluntad de ejecución que dirige en forma planificada es lo que trasforma al autor en señor del hecho (Welzel), quien lo realiza en forma final, debido a su decisión volitiva (dolo de tipo).

II. Autoría y participación

La concurrencia al delito como autor o partícipe es uno de los temas más discutidos en la doctrina y en la práctica del Derecho penal, que interesa analizar a la luz de la teoría del Dominio del Hecho, ante la inminente aquiescencia del Código Nacional Penal para la Nación mexicana, que incluye un capítulo específico sobre las personas responsables del delito. Continuando con una clara distinción entre la intervención en el hecho delictivo y la participación en la ejecución de este, con la finalidad de determinar el cuanto de la pena ya que cada uno responde de acuerdo con la intervención en el hecho delictivo. Esta posición forma parte de las teorías positivas que se inclinan hacia la necesidad de distinguir entre la intervención del autor y del partícipe, para determinar la responsabilidad penal, al margen de aquellas posturas doctrinales para las cuales no existe razón de distinguir a los participantes en el delito, todos deben ser considerados como autores.

En tiempos actuales autor es la persona física que realiza la conducta típica, los criterios para saber quién tiene este carácter deben deducirse de la descripción del delito en la ley penal, complementado con las prescripciones contenidas en la parte general; en ese sentido es autor " el que", "a quien", "al que" se le imputa el hecho como suyo; es decir, el que lesiona, roba, viola, defrauda, etcétera, etcétera; con un dominio final sobre el acontecer. Como se aprecia, la descripción de los hechos punibles en el tipo hace referencia al autor de manera anónima y singular; sin embargo, no puede entenderse este concepto de manera unitaria, pues, a veces, la sanción penal alcanza también a quienes sin ser autores deben ser castigados por contribuir desde su posición en la realización del delito, pero no por ello son realmente autores de este⁵⁸.

La norma penal da un concepto de autor adelantando la idea general que modelará la autoría, pues en la expresión "el que realiza por sí" es obvio que lo que se ha querido es

⁵⁸ Muñoz Conde, Teoría General del delito. Bogotá, Themis, 1984, p.167.

individualizar al sujeto sobre quien recaerá la imputación. Esta condición significa, además, que el autor debe obrar con el dominio de la realización del hecho, que supone una acción típica y antijurídica. La sola realización de los elementos objetivos y subjetivos de la descripción típica fundamentan únicamente el título de *sujeto activo*.

III. Formas de autoría

El punto de partida es un concepto restrictivo de autor y la conexión que supone con el tipo penal. La realización de la acción típica no es sólo la ejecución material y objetiva del hecho, pues el hecho en sí mismo constituye una unidad objetivo-subjetiva. El hecho es la obra de una voluntad que conduce el suceso, de manera que solamente podrá ser autor del delito quien domina el curso del hecho. Este dominio es definido, en esencia, como la capacidad de poder decidir sobre la realización del hecho delictivo, por lo que solamente aquellos intervinientes que tiene ese poder de configuración del hecho podrán ser considerados autores del delito⁵⁹. Es importante hacer referencia a las diversas formas de autoría que son: autoría directa, coautoría y autoría mediata, en este sentido:

Es *autor directo* quien realiza por sí el hecho punible, cuya acción se le va a imputar por referirse a la realización directa de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de que se trate. Es la forma más amplia del dominio del hecho, dado que éste es señor de su decisión y de la ejecución del acontecimiento que conduce a provocar el resultado con su conducta⁶⁰.

Conforme a la teoría del dominio del hecho se califica como autor al que:

1. Sabe qué, cómo y cuándo se va a realizar el hecho delictivo o si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción);
2. Hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de atrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad);

⁵⁹ Hurtado Pozo José y Prado Saldarriaga Víctor. Manual de Derecho Penal – Parte General Tomo II. Cuarta Edición. Idemsa. Año 2011. p. 140.

⁶⁰Díaz Aranda, Enrique. Derecho Penal Parte General. (Conceptos, principios y fundamentos del Derecho Penal Mexicano conforme a la Teoría del Delito Funcionalista Social). México, 2003, pp.296-298.

3. Da una contribución objetiva al hecho (dominio funcional del hecho); y,
4. Si intervienen varias personas se tiene que dar un acuerdo previo a la realización del hecho delictivo (plan delictivo).

Coautoría. Esta se corresponde la intervención de dos o más sujetos en la comisión de un delito, quienes ejecutan conjuntamente el hecho guiando el proceso causal hasta la consecución del fin, pero cada uno mantiene la facultad de pedir su consumación, por lo cual tienen repartido el dominio del hecho. Una de las características básicas de la coautoría es el acuerdo previo que debe existir entre ellos, por lo cual se puede sancionar a todos por igual, aunque solo algunos hayan realizado la conducta descrita en el verbo típico. Así, quien en concepto de jefe de una banda acuerda y dirige con otras personas la comisión de un asalto bancario, es coautor, no obstante que no haya participado directamente en la sustracción del dinero depositado en la bóveda del banco⁶¹.

El Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del Segundo Circuito sustenta que la coautoría, caracterizada por el codominio funcional del hecho, se presenta cuando por efecto de una división de tareas, ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una fracción de la conducta que el tipo describe, esto es, ninguno de los intervinientes realiza aquélla en su totalidad, sino que se produce por la sumatoria de los actos parciales de todos los activos; de ahí que se considere coautor al que realice un aporte necesario para llevar adelante el hecho en la forma planeada, registrando una imputación inmediata y mutua de los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común, debiendo considerarse a dichos autores, no como instrumento, sino como ejecutores del delito en su conjunto; siendo irrelevante que varios de ellos materialicen, además, actos tendientes a la configuración del núcleo típico (matar por ejemplo) e incluso que se ignore quién produjo el golpe finalmente letal, pues ante la configuración de las agravantes y la división de tareas previas para la consumación final de la muerte deseada por todos es intrascendente esa indeterminación pues, en tal caso, se actualizan las circunstancias de agravación y no la atenuante, al ser éstas incompatibles⁶².

⁶¹ Plascencia Villanueva, Raúl. Teoría del delito. México, Universidad Autónoma de México, 2000, p.213.

⁶² Tesis Aislada No. II.2o.P.22 P (10a.), Página: 1291, Libro XV, publicada en el Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en diciembre de 2012.

Autoría mediata. Es autor mediato aquel que se sirve o utiliza a otro como instrumento para la comisión del delito, de ahí, que se sostenga que este tipo de autoría degrada al ser humano a la categoría de medio material para la obtención de los fines que se ha propuesto. De lo cual nos ocuparemos en otro apartado, ya que la misma se desprende la teoría del dominio del hecho.

IV. Formas de participación

La participación es accesoria respecto del hecho del autor, y tiene distintos niveles: accesoriadad *mínima* (para castigar al partícipe basta que el autor realice un hecho típico; *máxima* (el hecho principal tiene que ser típico, antijurídico y culpable) y *limitada* (la sanción del partícipe exige que el hecho del autor sea típico y antijurídico); quienes siguen esta última, consideran que basta que el hecho del autor sea antijurídico, ya que permite comprender porque no es punible la intervención del inductor o del cómplice cuando el autor del hecho principal actúa culposamente o de manera justificada. de ahí que el principio de accesoriadad se refiera a que una conducta delictiva debe ser ejecutada por el autor para que exista la posibilidad de configurarse la responsabilidad de un partícipe. Con independencia de la culpabilidad del autor, si no existe una figura primaria que por lo menos comience con la ejecución del tipo, no puede culparse a otro como partícipe si su conducta no se encuentra subordinada a la del autor⁶³.

Este principio se explica fácilmente entendiendo que el concepto se fundamenta en la existencia de la dependencia de la conducta del partícipe respecto de la conducta del autor y esa sujeción consiste en la falta de autonomía criminal de la conducta del partícipe, determinando así la naturaleza jurídica de la accesoriadad en la participación. De esta manera, la estimación jurídica de la participación depende de la conducta del autor principal.

Al hablar del principio de accesoriadad también debe hacerse referencia a la *unidad del título de imputación*. Este principio significa que a pesar de la pluralidad de intervinientes (autores y partícipes), se mantendrá la unidad del delito, esto es, que es el mismo para todo; pues distingue al autor y al partícipe en la ejecución de los delitos especiales. Está de acuerdo en que un extraño no puede ser tratado como autor ni como autor material de delitos

⁶³ Muñoz Conde, Francisco *ft* García Arán, Mercedes. Derecho penal, parte general. Tirant lo Blanch, 8ª. ed., Valencia, 2010. p. 439.

especiales, pero si considera necesario responsabilizarlo como partícipe. Lo anterior, porque la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y no se puede permitir que quienes hayan realizado un delito queden impunes por no alinearse a las características especiales determinadas por el tipo⁶⁴.

Siguiendo a Peña Ossa⁶⁵, el *extraneus* que coopera con un *intraneus* en la comisión de un delito especial no será considerado como partícipe de un delito común, sino de un delito especial, que es aún más grave. Existe, pues, una unidad de intenciones de afectar un bien jurídico propia de personas que tienen las condiciones determinadas por el tipo y por personas que no cumplen con ellas. Un extraño, por haber realizado un delito, será responsable del mismo con independencia de las cualidades especiales exigida por el tipo, pues basta con haber tenido la intención de dañar un bien jurídico. Esto afianza la teoría de la unidad del título de imputación, ya que el *extraneus* responde por el delito especial y no por un delito común, de esta manera, deja de lado la distinción entre un delito especial propio de uno impropio.

La teoría de la *unidad del título de imputación* no permite juzgar al interviniente por delitos diferentes deben responder por el mismo delito como autor o como partícipe. A pesar de que el *extraneus* determine al *intraneus* o coopera con él para ejecutar un delito, no podrá ser considerado como autor, pues es el *intraneus* quien tiene a su alcance la posibilidad de evitar la afectación del bien jurídico; sería diferente si el *intraneus* no realiza la conducta y el *extraneus* constituye acciones que por sí ya configuran un delito distinto.

Finalmente, dice que el *extraneus* debe responsabilizarse por su conducta, que implica ya una afectación a un bien jurídico, con independencia de si conoce o no las cualidades especiales del *intraneus*, pues su conducta implica ya un hecho ilícito. La responsabilidad del *extraneus* depende entonces del delito especial de que se trate y, desde el estricto punto de vista jurídico-penal, tratándose de delitos especiales propios. La responsabilidad del *extraneus* versará en ser juzgado por ese delito especial como instigador o cómplice con base en su participación, para evitar que el extraño quede impune ante el hecho. En cambio, con

⁶⁴ Abanto Vázquez, Manuel. Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de un deber. Revista Penal No.14, España, 2014. Recuperado de: <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/vasquez.htm>

⁶⁵ Peña Ossa, Erleans de Jesús. La participación en los delitos especiales. Nuevo foro penal política criminal No. 15.1992.pp. 17-34.

los delitos especiales impropios, el *extraneus* tendrá responsabilidad, sobre el delito común adyacente al especial, en calidad de autor.

Ahora bien, el concepto participación se entiende en dos sentidos uno completamente amplio que refiere así al fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, con el carácter que fuere; es decir, como autores, cómplices o instigadores; y el otro en sentido *stricto* considerando como partícipes las otras personas que toman parte en el delito ajeno. Por ejemplo: quien priva de la vida a otro ser humano es *autor* de homicidio y cómplice, es quien colabora con el autor proporcionando el arma para quitarle la vida; es autor del delito de robo el que para obtener provecho se apodera con ánimo de dominio, uso o lucro, de un bien mueble ajeno; mientras instigador será quien hizo surgir en la voluntad del autor la idea de cometer el delito, cooperando en el hecho dominado por el autor o bien hace surgir en el autor la idea de cometerlo.

Bajo el rubro de partícipe se comprende al inductor, auxiliador, cooperador, cómplice y la denominada responsabilidad correspectiva.

a) *Inductor o instigador*. La doctrina y la jurisprudencia mexicana suelen identificar como sinónimo inductor y autor intelectual. Es claro que no se debe confundir ambas figuras, solo puede ser autor intelectual quien actúa sobre otro sujeto carente de voluntad de dominio; mientras que en la inducción el inducido mantiene voluntad de dominio para la consecución del hecho. En consecuencia, el inductor propiamente está participando en un hecho ajeno⁶⁶, aunque por designio de ley su sanción sea igual a la del autor, se opina en el sentido de que el inductor es un partícipe que corrompe a un ser humano libre⁶⁷. Sólo deberá sancionarse cuando el inductor haya hecho nacer en otro la resolución de cometer un delito; así lo confirma el siguiente criterio:

La inducción o instigación a la comisión de un delito en su forma de autoría intelectual, es una conducta que sólo adquiere existencia mediante el nexo psíquico causal que relaciona al inductor con el inducido, en cuyo nexo yace, por parte del inductor, la intención finalística de determinar al inducido a cometer un delito y la captación por parte de éste de dicha inducción,

⁶⁶ Roxin, Claus. Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal. Trad. de Joaquín Coello contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 32 y ss.

⁶⁷ Dohna, Alexander Graf Zu Dohna, citado por Hans Welzel en *El problema de validez del derecho penal. Una cuestión Límite del Derecho*. México, Coyoacán, 2011, p.47.

excluyéndose por tanto la mera proposición, el consejo o una invitación, pues la acción instigante del inductor debe mover el ánimo del inducido, impulsándolo a la comisión del hecho y así, con plena conciencia de su acción, cometer el delito a que ha sido instigado, pero en manera alguna debe considerarse que proponer un delito es ya lisa y llanamente una conducta típica. La sola circunstancia de que la acusada hubiese expresado un propósito no es base suficiente para sancionarla por homicidio, pues, como ya se indicó, ello llevaría a olvidar que los actos del instigador han de ser perfectamente esclarecidos, esto es, que con su proceder determinó a otro, a la comisión de un delito⁶⁸.

El Sexto Tribunal Colegiado en Materia penal del Primer Circuito del estado mexicano, con criterio orientador sustenta como características de la instigación: siguientes⁶⁹.

a. La existencia de una relación de por lo menos dos personas, de las que una es el instigador-que despierta en otra la voluntad para cometer un delito-, y la otra el instigado - quien comete materialmente el delito, en virtud de haber sido determinado para ello-;

b. El instigado es el autor del delito, el que está delante y quien tiene el dominio del hecho, mientras que el instigador es el que está detrás, solo es un partícipe y no tiene el dominio del hecho penalmente relevante cometido por el autor;

c. La conducta del instigador es accesoria a la del autor, por lo que aquel solo responde en la medida en que este lleva a cabo el hecho al que fue determinado por el instigador;

d. El medio utilizado por el instigador para determinar al autor a cometer el delito, que puede consistir en una dádiva, promesa o amenaza, debe producir un efecto psicológico en el instigado, consistente en despertar la voluntad de este para cometer un delito determinado;

e. La conducta del instigador está dirigida dolosamente y tiene como finalidad motivar que el instigado quiera también cometer el delito que aquel quiere, lo que implica que, previo a la realización de la instigación, el autor no tenía aun la voluntad de cometer un determinado ilícito; y

⁶⁸*Vid.* Amparo directo 7141/81. Ponente: Manuel Rivera Silva, fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Primera Sala.

⁶⁹ *Vid.* Tesis: 6º, p.25P, Libro XVIII, Tomo tres, Décima Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de marzo de 2013.

f. Es inadmisibles instigar a quien previamente ya tiene la voluntad y decisión de cometer el delito e incluso ha iniciado su ejecución.

b) *Auxiliador y cooperador*. Bajo este rubro se encuentra quien presta ayuda o auxilio para la comisión del delito. La ayuda no sólo abarca el hacer material, sino también el respaldo psíquico, como pueden ser los consejos o ánimos para fortificar la decisión ya tomada por el autor. Algunos doctrinarios consideran esta clase de participación como una complicidad primaria⁷⁰.

c) *Cómplice*. Es aquel que auxilia al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior a la comisión del delito, también se conoce como cómplice secundario. Aquí es importante distinguir la complicidad correspectiva o autoría indeterminada. Sus características residen en que:

1. Implica igualmente la existencia de una relación de por lo menos dos personas, el autor y el cómplice, es decir, el que realiza la acción típica y quien solo presta ayuda o auxilio, siendo este último un mero partícipe;

2. El cómplice, como el instigador, no tiene el dominio del hecho típico, este lo tiene únicamente el autor;

3. La conducta del cómplice es también accesoria de la conducta del autor;

4. La ayuda o auxilio puede prestarse de diferente manera o por diferente medio, dependiendo del hecho principal; puede ser a través de una aportación física (facilitando el lugar o el medio) o psíquica (animando), y pueden prestarse antes, durante o después de la comisión del hecho penalmente relevante; y,

5. También se trata de una conducta dolosa, lo que implica que el cómplice debe tener conocimiento de que el autor quiere cometer un determinado hecho delictivo o que lo está cometiendo y, con base en ese conocimiento, quiere ayudarlo o auxiliarlo⁷¹.

d) *Responsabilidad correspectiva*. La legislación penal mexicana prevé esta peculiar forma de intervención al disponer que: son partícipes del delito quienes sin acuerdo previo intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada uno provocó (si se sabe quién causa el resultado queda excluida la complicidad correspectiva). Tiene aplicación en este caso la siguiente tesis jurisprudencial:

⁷⁰ Plasencia Villanueva, *Ob. Cit.*, p.223.

⁷¹ Tesis 6º, p.25P, Libro XVIII, Tomo tres, Décima Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de marzo de 2013.

V. Autoría Mediata

En 1963, Claus Roxin presentó el libro *Autoría y Dominio del Hecho*. Como trabajo de habilitación para acceder a una cátedra en la Universidad de Gotinga y con éste, por primera vez aparece la autoría mediata como figura central del hecho típico. Saber el carácter con el que se participó en el delito para determinar la culpabilidad en cuanto responsabilidad penal en la que están incluidos el merecimiento y la necesidad de la pena⁷², definiendo la autoría mediata como una forma de autoría principal por medio de la cual el sujeto sin obrar por sí mismo, utiliza a otra persona como instrumento en la comisión del delito, en consecuencia, el autor mediato no ejecuta el tipo objetivo personalmente, sino que lo lleva a cabo por medio de otro al ejercer el dominio final sobre el hecho. La persona utilizada como instrumento puede estar obrando atípicamente por engaño o por violencia con la finalidad de que aparezca como autor de este.

No sólo por falta de algún elemento del tipo objetivo, sino también, uno de los elementos del tipo subjetivo, como sucede en los supuestos de error de tipo, justificadamente o incluso inculpablemente; lo que no será obstáculo para sancionar al autor mediato por esa calidad, ya que no está sujeto al principio de accesoriedad limitada conforme al cual para que los partícipes incurran en responsabilidad la conducta del autor debe ser típica y antijurídica. Por ejemplo: el que coloca veneno en la inyección que, sin saberlo, la enfermera aplica provocando la muerte del paciente. Aunque la enfermera fue quien directamente provocó el resultado, su error invencible de tipo la exonera de la comisión del delito y será el autor mediato quien deberá responder por el mismo.

La autoría mediata no ofrece problemas cuando se está ante delitos consumados, pero el problema es distinto en los supuestos de tentativa en cuyos casos toda la fase interna y los actos externos de preparación son impunes; es hasta los actos de ejecución del autor inmediato o instrumento cuando el hecho cobra relevancia penal para la punibilidad, no obstante, la punibilidad de la autoría mediata inicia desde el momento en que el que se empieza a actuar sobre el instrumento⁷³.

⁷² Roxin Claus. Reflexiones político-criminales sobre principio de culpabilidad. *Vid* en Culpabilidad y Prevención del Derecho Penal, p.41

⁷³ Donna, *Ob. Cit.* p, 46.

Los Tribunales Colegiados de Circuito, sentaron como criterio orientador que el autor mediato es quien realiza el delito sirviéndose de otro. En este último caso de autoría existen dos sujetos: Uno, el propiamente dicho autor mediato, y otro conocido como instrumento... Conforme a lo anterior, el autor mediato es quien (sujeto de atrás) realiza el hecho mano de propia mano, sino por medio de otra persona (sujeto delante), al que utiliza como instrumento, asimismo, no responde por lo que hace el otro, si no por lo que el realiza a través de otro. Lo característico de esta forma de autoría es que la ejecución físico-corporal de la conducta típica no la lleva acabo el autor mediato, sino el instrumento. Además, normalmente intervienen tres sujetos (autor, instrumento y víctima) aunque también es frecuente que el instrumento sea la propia víctima del delito. Lo decisivo en este tipo de autoría es el proceso de instrumentalización al que se ve sometido el “sujeto de delante” que convierte al “sujeto de atrás” en la figura central del suceso.

El autor mediato tiene el dominio del hecho por medio del que ejerce sobre la conducta del instrumento, lo que sucede cuando crea o se aprovecha de las circunstancias que permiten esa instrumentalización, normalmente mediante el ejercicio de coacción sobre el instrumento o sometiéndolo directa o indirectamente a un error que le lleva a iniciar una actividad delictiva. De manera que la autoría mediata se determina por el criterio del “dominio de la voluntad”, porque ahora se trata de estructurar los casos en que falta una acción ejecutiva del “hombre atrás”, y el dominio del hecho solo puede fundamentarse en el poder de la voluntad rectora. En este tenor podemos catalogar los casos de autoría mediata, es decir, como instrumentalizar a una persona para que otra imponga su voluntad delictiva, lo cual puede suceder cuando el instrumento actué de forma atípica, sin antijuricidad o sin culpabilidad.

La instrumentalización en forma atípica implica que se incumple el tipo objetivo o el tipo subjetivo. En el primer caso, la conducta del instrumento no está tipificada, existiendo engaño o violencia por el “sujeto de atrás” y, en el segundo, faltan los elementos del tipo subjetivo cuando el instrumento actúa sin dolo, es decir, cuando no tiene conciencia de la realización de la conducta típica, o cuando carece de los elementos subjetivos del injusto exigidos por

algún tipo (instrumento doloso sin intención), siempre que ambos elementos concurren en el “sujeto de atrás”. La instrumentalización de otro que actúa sin antijuricidad se actualiza cuando el instrumento interviene amparado por una causa de justificación o de acuerdo con el derecho, pero es utilizado ilegal y fraudulentamente por el “sujeto de atrás” y, por último, el otro puede ser instrumentalizado sin culpabilidad, cuando se crea o aprovecha la actividad de un inimputable, de una persona que actúa con error de prohibición o en estado de necesidad absolutorio o con miedo insuperable. En los dos últimos casos, la actividad del instrumento es provocada o aprovechada por el “sujeto de atrás” mediante error o coacción⁷⁴.

La autoría en materia penal implica que una persona cometa una conducta típica de manera individual, sin embargo, nada impide que se realice el hecho mediante la intervención de dos o más sujetos; en cuyo caso, habrá que distinguir entre *autores* y *participes*, la diferencia entre estos dependerá de la gobernabilidad sobre el hecho delictivo que tengan los sujetos durante su ejecución: siendo autor quien mantiene el dominio del hecho y participe quien carece de él, pero coadyuva en su realización. En este sentido, es *coautor* quien, previo acuerdo concomitante con otros lo lleva a cabo de manera conjunta y con el dominio del hecho compartido o codominio funcional, para identificar la coautoría es que el dominio del hecho lo tengan dos o más personas que asumen por igual la responsabilidad de su realización y, por ello, las distintas conductas deben considerarse como unidad, en cuanto al resultado total que debe atribuirse a cada autor individual⁷⁵.

En criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito: “... bajo la concepción funcionalista, cada sujeto debe responder de los actos propios a su ámbito de organización, de acuerdo con un principio básico de “autorresponsabilidad”, lo que se traduce en que a cada persona le es atribuible únicamente lo realizado bajo su propia culpabilidad y no lo de la ajena, sin que ello implique transgresión alguna al llamado principio de accesoriedad. En consecuencia, si el dolo presupone un aspecto volitivo referente a la voluntad o querer del

⁷⁴ Vid. Tesis: XXVII. 3o. 27 P (10^ª). Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Décima época. Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo III, p. 1941.

⁷⁵ Tesis: I. 1o. A. E. 157 A (10^ª). Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Décima época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 31, junio de 2016, tomo IV, p. 2873.

actuar realizador de ese tipo objetivo, previamente conocido o concebido, es obvio que el injusto penal que integre circunstancias de agravación o calificativas derivados de la particular forma de ejecución del hecho material, solo puede ser, en principio, atribuible, conforme a ese encuadramiento típico, al propio autor, en tanto que a los partícipes solo se les serán reprobables esas mismas circunstancias en la medida en que sean de naturaleza objetiva y formen parte del conocimiento integrante de ese dolo de partícipe en la realización preconcebida del hecho, las circunstancias subjetivas, en cambio, solo son atribuibles a aquellos en quienes concurren, es decir si son inherentes a la ejecución misma del hecho únicamente puede referirse al autor, a menos de que existiese prueba de que los demás partícipes (formas de participación) también son conscientes de ellas. Las anteriores consideraciones no son solo apreciaciones dogmáticas o teóricas (de *lege ferenda*), sino que se plasman esencialmente en el llamado principio de “comunicabilidad”, que a su vez se recoge en la legislación positiva, al señalar el artículo 54 del Código Penal Federal: “Como se ve, el anterior precepto recoge esencialmente el aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquel. Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas”. principio en cuestión y da muestra de que el legislador federal mexicano, condiciona la reprochabilidad de las circunstancias de agravación precisamente respecto de quienes participan de ellas, consecuentemente , no puede caerse en la incorrecta interpretación del principio de accesoriedad en materia de participación y pretender considerar que todo partícipe, y ante toso supuesto, debe responder “automáticamente” respecto de cualquier agravante aplicable al acto realizado por el autor material, sin excepción alguna, pues tal forma de pensar no resultara congruente con la doctrina ni con la ley positiva aplicable”⁷⁶.

⁷⁶ Tesis II. 2o. P.J/4 (10ª). Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Decima época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 45, agosto de 2017, tomo IV, P. 2330.

VI. Regulación en la legislación penal mexicana

El Código Penal Federal regula la autoría y la participación considerando que la primera existe cuando tres o más personas se reúnen para cometerlos en forma reiterada y se castiga por el simple hecho de ser miembro de dicha asociación, estableciendo que:

Artículo 164. Al que forme parte de una asociación o banda de tres más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días de multa.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro.

Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos.

La pandilla existe cuando tres o más personas se reúnen habitual, ocasional o transitoriamente, aun cuando no estén organizadas especialmente para cometer actos ilícitos, los ejecuten. El ordenamiento en consulta dispone también que:

Artículo 164 Bis. Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará a los intervinientes en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos.

Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.

Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes de las penas que le corresponda por el o los delitos cometidos y se le impondrá, además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro.

A nivel de las entidades federativas de la Nación Mexicana, cada estado es soberano para expedir la legislación penal, en todos los códigos penales se regula la autoría y la participación, de manera similar, para los efectos de esta explicación, por ejemplo, el Código 586 Penal para el estado libre y soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave en el capítulo VIII. Autores, partícipes, pandilleros y asociación delictuosa, dispone:

Artículo 37. El autor de un delito puede ser material o intelectual. El primero es quien físicamente lo ejecuta; el segundo, quien lo plantea, induce o compele a otro a cometerlo.

Artículo 38. Son partícipes del delito quienes:

- I. Presten ayuda, cooperación o auxilio en la ejecución del delito, por conducta anterior o simultánea;
- II. Por acuerdo previo auxilién a los autores, después de que estos hayan ejecutado el delito; o
- III. Sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada uno produjo.

Artículo 39. Si varios toman parte en la organización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables del nuevo delito, cuando este sirva de medio adecuado para cometer el principal o sea consecuencia necesaria o natural del mismo o de los medios concertados para cometerlo. No será responsable del nuevo delito quien no haya estado presente en su ejecución, o hubiese hecho cuanto estaba de su parte impedirlo.

Artículo 40. La pandilla existe cuando tres o más personas se reúnen habitual, ocasional o transitoriamente y, aun cuando no estén organizadas especialmente para cometer actos ilícitos, los ejecuten. Existe asociación delictuosa cuando tres o más personas se reúnen para cometer, en forma reiterada, delitos de los tipificados en este código.

Antes de concluir el estudio de la teoría del dominio del hecho, se considera conveniente hacer referencia a que, dentro del paquete de iniciativas presentadas en el mes de enero de 2020, se plantea la expedición de Código Nacional Penal cuyo objetivo es unificar ya establecer tipos penales que tendrían vigencia y aplicación en todo el territorio

nacional; impulsado por la Fiscal General de la Republica y al Consejería Jurídica de la Presidencia que deberá analizar el Congreso de la Unión; el cual en el capítulo III. Personas responsables de los delitos, con clara influencia de la teoría del dominio del hecho dice:

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que los realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y,
- VII. Los que, sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada uno produjo.
- VIII. Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicara la punibilidad.

Artículo 14. Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

- I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II. Que aquel no sea una consecuencia necesaria o natural de este, o de los medios concertados;
- III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y,
- IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

Artículo 26. Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto al acordado, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

- I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II. Que aquel no sea una consecuencia natural de este, o de los medios concertados;
- III. Que no hayan estado presente en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte impedirlo.

Reglas comunes para las formas de intervención

Artículo 27. El partícipe responderá penalmente por su culpabilidad siempre y cuando el autor del hecho principal hubiese consumado el resultado típico, o bien que haya realizado una conducta antijurídica que alcance al menos el grado de conspiración o tentativa del delito que se quiso cometer si el delito acepta esa forma de comisión. En ningún caso el arrepentimiento de autor del hecho principal beneficiara a los demás partícipes.

Artículo 28. Cuando una misma persona y un mismo hecho hubieran concurrido distintas formas de intervención, la de mayor gravedad prevalecerá sobre la de menor gravedad.

Artículo 29. Cuando un tipo penal exija alguna calidad personal en el sujeto activo, solo podrán ser autores directos, coautores, o autores mediante, las personas que reúnan la calidad personal exigida. Lo anterior no obsta para que, el mismo tipo anal, pueda atribuírsele a quien, sin reunir la calidad exigida, haya intervenido como partícipe-inductor, partícipe-cómplice, partícipe-encubridor o partícipe indeterminado.

Artículo 30. Cuando alguien dolosamente interrumpa la salvación de un bien jurídico, por otra perciba, se le podrá imputar el hecho cometido en forma de acción dolosa, siempre que se demuestre, que, de no haber interrumpido esta acción, se hubiera evitado el daño, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Artículo 31. Cuando la omisión este asociado a un resultado típico-material se aplicarán las reglas de la comisión por omisión. Si la omisión aparece asociada a un resultado típico-formal, se aplicarán las reglas de la omiso simule. Las modalidades que reviste la coguta típica se presentan de manera enunciativa

mas no limitada y son las siguientes: en forma de acción, dolosa o culposa; en forma de comisión por omiso, dolosa o culposa; en forma de omisión simple, dolosa o culposa; o bien, bajo una acción libreen causa solos.

Responderán en forma de omisión dolosa, el paripé cómplice que mediante una inactividad ayude o auxilie al autor del hecho principal para llevar a cabo el hecho típico de que se trate, con conocimiento de la ilicitud de la conducta.

Artículo 32. Se considera que actúa con dolo directo, al momento de la realización del hecho, se representa el resultado típico como algo seguro y quiere realizarlo. Po su parte, actúa con dolo eventual, quien quiere realizar una conducta con un fin o meta que quiere alcanzar, pero para conseguirlo tendrá que provocar necesariamente otros resultados que no quiere, pero los acepta y sigue adelante con su actuar.

Artículo 33. Existe culpa con representación, cuando el sujeto, al realizar la acción, se presenta o es consciente del peligro o resultado que puede ocasionar, pero no acepta su resultado, por el contrario, confía en que mediante sus habilidades personales o condiciones de seguridad y cuidado del bien jurídico tutelado podría evitar el mismo. Hay culpa sin representación, cuando el sujeto no previo el resultado por falta de cuidado, teniendo la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible o evitable.

Artículo 34. En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo, si este tenía el deber jurídico de evitarlo, así:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y,
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico en que indistintamente:
 - a) Acepto efectivamente si custodia;
 - b) Prestó juramento de cumplir y hacer la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen;
 - c) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;

d) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico;

e) El orden jurídico le impone un deber de cuidado; o,

f) Se hallaba una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

Artículo 35. Actúa bajo una acción libre en su causa dolosa, la persona que se hubiese provocado en un estado de inimputabilidad, para que, encontrándose bajo en ese estado, cometer el hecho típico, caso en el cual responderá por el resultado típico producido en tal situación. Las acciones libres en su cauda culposamente cometidas se resolverán conforme a las reglas aplicables para los delitos culposos.

Aunque mucho apuntan que el declive de la Teoría del dominio del hecho, la realidad en México es que ejerce fuerte influencia en la iniciativa anterior.

VII. Reflexión

Welzel, creador de la Teoría de la imputación objetiva que años más tarde Roxin retoma para diseñar su postura personal en 1970, junto con la teoría del dominio del hecho de la que derivó el concepto de autor, revolucionó el Derecho penal de la posguerra.

La Teoría del Dominio del Hecho perfeccionada por Roxin, se aplica con éxito para determinar la responsabilidad penal y el cuanto de la pena; se manifiesta a) en la actividad directa-autoría- como dominio de la acción; b) en la autoría mediata como dominio de la voluntad; y en la coautoría como dominio funcional del hecho de los autores que actúan dividiéndose la tarea.

Solo aplica en delitos dolosos, es autor solo aquel que, mediante una conducción consiente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo. Cuando la ejecución sobreviene del hacer conjunto de varias personas la determinación de la participación de cada uno, como también la delimitación de unos respecto a los otros, conduce al estudio de una problemática especial de la tipicidad.

El principio de accesoriedad limitada permite comprender porque no es punible la intervención del inductor o del cómplice cuando el autor del hecho principal actúa culposamente o de manera justificada.

La participación no se presume, el Estado es quien tiene a su cargo el *onus probandi*, en este sentido es el Ministerio Público quien deberá demostrar que el acusado participo en los hechos que se le imputan, pues este órgano técnicamente formula la acusación, la razón filosófica en que se funda este principio es la imposibilidad casi absoluta de comprobar los hechos negativos.

VIII. Referencias

- ABANTO VÁZQUEZ, Manuel. Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de un deber. Revista Penal No.14, España, 2014. Recuperado de: <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/vasquez.htm>
- Amparo directo 7141/81. Ponente: Manuel Rivera Silva, fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Primera Sala.
- DÍAZ ARANDA, Enrique. Derecho Penal Parte General. (Conceptos, principios y fundamentos del Derecho Penal Mexicano conforme a la Teoría del Delito Funcionalista Social). México, 2003.
- DOHNA, Alexander Graf Zu Dohna, citado por Hans Welzel en *El problema de validez del derecho penal. Una cuestión Límite del Derecho*. México, Coyoacán, 2011.
- GÓRRIZ ROYO, Elena. El Concepto de autor en Derecho Penal. Valencia. Tirano lo Blanch, 2008.
- HURTADO POZO José y PRADO SALDARRIAGA Víctor. Manual de Derecho Penal – Parte General Tomo II. Cuarta Edición. Idemsa. Año 2011.
- JACKOBS, Gunter. Sociedad, Norma y Persona en la Teoría de un Derecho Penal Funcional, traducido por M. Cancio Meliá y S. Feijoo Sánchez, Madrid. Civitas, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del delito. Bogotá, Themis, 1984.
- PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. La participación en los delitos especiales. Nuevo foro penal política criminal No. 15.1992.

- PLASENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del delito. México, Universidad Autónoma de México, 2000.
- ROXIN Claus. Reflexiones político-criminales sobre principio de culpabilidad. *Vid en Culpabilidad y Prevención del Derecho Penal*.
_____. Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal. Trad. de Joaquín Coello contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1998.
- SCHELLER D'ÁNGELO, André. La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana. *Revista de derecho, Universidad del Norte*, 2011. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n35/n35a10.pdf>
- Tesis 6º, p.25P, Libro XVIII, Tomo tres, Décima Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de marzo de 2013.
- Tesis Aislada No. II.2o. P.22 P (10a.), Página: 1291, Libro XV, publicada en el Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en diciembre de 2012*. Muñoz Conde, Francisco *ft* García Arán, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. Tirant lo Blanch, 8ª ed., Valencia, 2010.
- Tesis II. 2o. P.J/4 (10ª). *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Decima época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 45, agosto de 2017, tomo IV, P. 2330.*
- Tesis: 6º, p.25P, Libro XVIII, Tomo tres, Décima Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de marzo de 2013.
- Tesis: I. 1o. A. E. 157 A (10ª). *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Decima época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 31, junio de 2016, tomo IV, p. 2873.*
- Tesis: XXVII. 3o. 27 P (10ª). *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Decima época. Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo III, p. 1941.*
- WELZEL, Hans. *El nuevo Sistema del derecho penal. Una introducción a la acción finalista*. Buenos Aires, B de F, 2001.

CRIMINAL COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS*

Sídney Ernestina Marcos Escobar*

SUMARIO: *Introducción. II. Referencias contextuales sobre el surgimiento de la teoría de la responsabilidad de la persona jurídica. III. ¿Qué entender por Criminal Compliance? IV. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. V. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la norma penal mexicana. VI. Reflexión. VII. Referencias*

Introducción

El Derecho Penal ha sido un instrumento utilizado por el Estado para atender en las últimas décadas los problemas sociales que se presentan. No en todos los casos las decisiones estatales han sido las más razonables, pero sí se han traducido en una manifestación del Poder del Estado.

La presencia en un mundo globalizado y regido también por el poder económico ha obligado a prestar atención a nuevos problemas que aquejan a las naciones. La dogmática jurídico penal señala que “entre mil novecientos sesenta y mil novecientos setenta se [le] reprochó con insistencia su hermetismo en la solución de problemas sociales, ya que ésta se centró en cuestiones abstractas del método deductivo-axiomático y dejó de atender los problemas prácticos y sus efectos”⁷⁷, sin embargo, de forma reciente, ha sido desde el Derecho Penal mediante el cual se ha pretendido dar solución al surgimiento de hechos delictivos relacionados, surgidos,

* Artículo recibido el 11 de agosto de 2020 y aceptado para su publicación el 17 de agosto de 2020.

* Doctora en Derecho Procesal por el Centro Mexicano de Estudios de Posgrado; Maestra y Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana; Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España; Especialista en Razonamiento probatorio por la Universidad de Girona, España. Académica de la Facultad de Derecho, de la Universidad Veracruzana; capacitadora en temas del Sistema Penal Acusatorio, Derechos Humanos y Sistema Penitenciario; línea de investigación Tendencias del Derecho Penal Contemporáneo; Seguridad y Justicia Penal, Estudios comparados de Derecho Constitucional. (smarcos@uv.mx).

⁷⁷ Díaz Aranda, Enrique, Teoría del Delito, (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos), México, Ed. *Straf*, 2006, p. 6.

tutelados y consumados en el seno de las personas jurídicas, relacionando íntimamente este tópico con el apogeo del Derecho Penal Económico, prácticamente en todas las latitudes.

Sin duda, los grandes teóricos del Derecho Penal desarrollaron sus ideas que dieron origen a las diversas Escuelas de la Teoría del Delito en un contexto y tiempos diferentes. En la actualidad las personas jurídicas son aparatos organizados desde los cuales se cometen hechos delictivos, en gran medida de tipo económico, pero que también pueden permitir la realización de conductas delictivas que afecten otros bienes jurídicos y no exclusivamente patrimoniales, por ello, el presente artículo tiene como finalidad explicar el contexto de surgimiento de la teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la Dogmática Penal, así como el impacto que en materia de exclusión de esta responsabilidad tiene el llamado *criminal compliance*, analizando su naturaleza y finalidad desde la óptica del Derecho Penal Económico, advirtiendo la forma en cómo se ha recepcionado en la norma penal mexicana, para finalizar con algunas reflexiones sobre las implicaciones jurídicos penales en su aplicación práctica.

Para ello, se sigue una metodología construida a partir de una visión lógica y gnoseológica, que se centra en la aplicación de los métodos histórico, sistemático y dialéctico, a fin de arribar a la reflexiones finales de este artículo, más no definitivas, precisamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *criminal compliance* ameritan continuar con los estudios respecto de su irradiación sobre la norma sustantiva penal mexicana a fin de hacerla consistente con los objetivos ulteriores del Derecho Penal Económico y su aplicación práctica.

Palabras Clave: Criminal Compliance, persona jurídica, Derecho Penal Económico

II. Referencias contextuales sobre el surgimiento de la Teoría de la Responsabilidad de la Persona Jurídica

Para iniciar se debe hacer breve referencia al periodo anterior a la codificación penal, que surgió después de la Revolución Francesa. En ese entonces el Derecho Penal era arbitrario, ya que las conductas y las sanciones se imponían a consideración del monarca, inexistiendo desde luego principios que hoy son pilares como el *nullum crimen, nullum poena, sine lege*, seguridad jurídica, entre otros.

Fue en el periodo de la Ilustración cuando surgió con claridad la idea de que el órgano que debía establecer cuáles eran los comportamientos humanos que merecían la imposición

de una pena, este órgano era la Asamblea, en su calidad de representante del pueblo. Es así como en la evolución de las ideas penales, Franz Von Liszt, una vez determinado el método de análisis de la ley penal, señaló en su obra Derecho Penal que “el delito es siempre un acto humano, por tanto, actuación voluntaria trascendente al mundo exterior, es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior”⁷⁸. En ese sentido, desde su concepción no llegaban a constituir delito aquellos acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana.

Otro carácter esencial, que Von Liszt analizó de manera sistemática en el delito fue que “es además un acto contrario al derecho, es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico. Para Von Liszt, el delito es un acto culpable, es decir, “un acto doloso o culposo de un individuo responsable”⁷⁹.

Así, la sistemática de Von Liszt partía de dos grandes perspectivas de análisis, una objetiva o material, enfocada al estudio del hecho (conducta y antijuridicidad) y otra subjetiva, para referirse al autor (culpabilidad).

Fue en 1906, cuando Ernest Beling consideró que una conducta, antes de ser antijurídica, debía ser típica, dando lugar a creación de la tipicidad. Desde ese momento el sistema del delito quedó conformado por conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por ello, a partir de los estudios de Beling, que el presupuesto de todo delito es la conducta humana, la cual debe tener los anteriores requisitos o categorías.

En su inicio se pensó que esta conducta que se desarrollaba era una conducta que lesionaba un bien jurídico, verificable en el resultado producido, de ahí que, en el origen, en el Sistema Clásico la conducta se analizaba desde un enfoque causal y posteriormente, se sostuvo que tenía que ser una conducta adecuada para provocar el resultado.

Por último, Hans Welzel señalaba que esa conducta humana estaba guiada por una finalidad –Finalismo–. Luego vendrían otras evoluciones como el Funcionalismo, en el que se comenzó a hablar de otro nexo, como es el de atribuibilidad, pero lo cierto es que, de una forma muy resumida, tradicionalmente, se ha hablado de una conducta humana para la configuración del delito. Sin embargo, hoy en día existe un debate muy importante en el que

⁷⁸ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁹ *Idem*.

ya no sólo se considera a la conducta humana como la que puede dar lugar a un delito, sino también que el delito puede realizarse por una ficción, como lo es la persona jurídica o persona moral, respecto de la cual también hay debate con relación a la adecuada denominación.

Lo anterior, surge como una tendencia generada a partir del Derecho Penal Económico, que permite abrir la clasificación de delitos contra el orden económico social y contra el patrimonio económico, surgiendo temas como el *Criminal compliance*, *compliance officer* y *compliance programs*, los cuales han encontrado tratamiento en legislaciones como la francesa, española, algunos intentos en la legislación colombiana, así como en México.

En efecto, ante el escenario mundial, en el cual el poder económico ha permitido la realización de conductas delictivas, la respuesta del Estado ha sido contrarrestar esas conductas con el Derecho Penal. Incluso estos debates se han considerado para dar lugar a instrumentos internacionales de combate a la criminalidad transnacional como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, surgida en diciembre del año 2000⁸⁰ y que fuera ratificada por México el 4 de marzo de 2003.

Convergen en este debate las posturas de algunos doctrinarios, quienes señalan que el Derecho Penal se ha venido expandiendo, para incluir delitos de peligro en los códigos penales, postulando algunos de ellos que sería mejor “regresar al viejo y tradicional Derecho Penal”⁸¹, del cual se advierte cierta nostalgia y añoranza del Derecho Penal del Siglo XIX, un Derecho Penal nuclear, basado en Derechos fundamentales, que en todo caso omite verificar el contexto actual en cualquier sociedad y la aparición misma de nuevos problemas y ambientes que propician la realización de nuevos fenómenos criminales, como los surgidos en la operatividad desde el seno de las empresas, las cuales hasta antes de la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no estaban sometidas a ninguna obligación; en primer lugar, porque el Derecho Penal está soportado sobre unas estructuras de imputación que se han venido rezagando y perdiendo capacidad de rendimiento frente a estos problemas

⁸⁰ ONU, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Naciones Unidas, Nueva York, consultada el 27 de julio de 2020, Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

⁸¹ Martínez, Wilson Alejandro, Foro Realidades y desafíos de la extinción de dominio, Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos, realizado el 1 de agosto de 2020, Video Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=8qYVhRn3qLM>

actuales, de ahí los problemas de imputación objetiva y autoría mediata, cuando se cometen hechos delictivos por medio de estructuras como las personas jurídicas y que ha propiciado el surgimiento de la teoría de la responsabilidad directa de éstas a nivel internacional.

En segundo lugar, también el Derecho Penal ha perdido capacidad de respuesta cuando se enfrenta al crimen organizado y más cuando es al crimen organizado transnacional, en el cual la cooperación internacional es esencial para poder perseguir este tipo de conductas, pero que presupone en todo caso una especie de homogenización del Derecho Penal, para encontrar soporte sustantivo, más allá del procesal, a fin de que entre Estados exista esa colaboración que se espera cuando se advierte la realización de hechos delictivos, escenario en el cual también se advierte un rezago, que lleva a la impunidad.

Visto desde esta perspectiva, el Derecho Penal se convierte en una herramienta de Política Criminal importante, pero que por sí solo es insuficiente para luchar contra un fenómeno delictivo soportado por el poder económico, por lo que se hace necesario acudir a otras herramientas adicionales, como el Derecho Administrativo Sancionador, que debe considerarse con seriedad en la construcción de las bases para los programas de cumplimiento o *criminal compliance* de las personas jurídicas.

Cabe aclarar que el Derecho Penal no es para nada sinónimo de Política Criminal, sino que hace parte de todas las políticas públicas que en todo caso deben emprenderse por el Estado para atender una de las problemáticas que se presentan en su contexto.

Por ello, resulta importante destacar que es impostergable que en el tema de responsabilidad penal de las personas jurídicas se incluya la visión del Derecho Administrativo, sobre todo, del Derecho Administrativo Sancionador, lo que implica una mirada sistematizada para el régimen de *compliance* orientado hacia la prevención del delito, desde la estructura de la persona jurídica o la empresa, haciendo por lo tanto al Derecho Administrativo Sancionador parte de la Política Criminal del Estado.

Adicionalmente, un tercer componente o herramienta de la Política Criminal que debe considerarse en el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica es la extinción de dominio, tema que por razón de no ser objeto del presente artículo sólo se enuncia para desarrollarse en un trabajo coetáneo a la presente entrega.

III. ¿Qué entender por *Criminal Compliance*?

Como se ha mencionado 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 difusos⁸². 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”⁸³.

Es en este contexto que surge el término de *compliance*. Explica Hormazábal Malareé que, 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 actividad⁸⁴. Por lo tanto, debe considerarse que no se trata del cumplimiento de una sola norma jurídica, pues en los órdenes jurídicos no existe como tal esa norma genérica que regule todas las actividades de la persona jurídica, sino que hay pluralidad de normas de carácter sectorial a las que tiene que someterse la actividad empresarial de la que se trate, que se encuentran preponderantemente en el Derecho Administrativo y que imponen cargas de cumplimiento en diversos rubros para la empresa. A saber, el vocablo *compliance* proviene del verbo en

⁸² Benavente Chorres, Hesbert, Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado, Flores Editores, México, 2019.

⁸³ *Ibidem*, p. 1308.

⁸⁴ Hormazábal, H. “¿Qué es el *compliance*?”, en Hernán Hormazábal Malareé, 2017, (blog de internet), recuperado en: <https://hernanhormazabalmalaree.com/2017/03/10/que-es-el-compliance>.

inglés *to comply with*, que podría traducirse como “cumplir con”, “de conformidad con” y que, por lo tanto, podría sintetizarse en lo que es jurídicamente debido.

Ahora bien, en materia penal, la expresión *compliance* se emplea para designar única y exclusivamente la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan que determinadas personas físicas, que ocupan puestos de relevancia o no, pero que al encontrarse al interior de la empresa, puedan realizar conductas de las cuales resulte responsable penalmente la empresa, ya sea porque se valgan de su estructura empresarial para la comisión del hecho delictivo, ya sea porque alguno de los sujetos individuales al interior de la persona jurídica cometa un hecho delictivo, debido a que la empresa no ha prevenido tal realización y ha ejercido el debido control.

Al respecto, las posturas actuales sobre *compliance* penal, incluso señalan que en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se reprocha una conducta de esta, pues es ilógico que una ficción jurídica como la persona jurídica pueda desplegar conductas, sino que el *compliance* penal permite responsabilizarle penalmente de riesgos o resultados. ¿Pero cómo llegar a sostener esa responsabilidad penal en un proceso ante las autoridades investigadoras y jurisdiccionales?

Para Kulhen, el *compliance* se trata de las medidas de las que se valen las empresas para asegurarse que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen⁸⁵. Mientras que, para Silva Sánchez, el vocablo *compliance* significa, en buena medida, “auto vigilancia” (*Selstüberwachung*)⁸⁶, lo que implicaría un deber de prevención desde la propia estructura de la empresa y que se traduce en contar con un órgano encargado de dirigir acciones de control y supervisión de un programa de cumplimiento de obligaciones.

De esta forma, es innegable que una persona jurídica no actúa *per se* cómo lo haría una persona física. La responsabilidad jurídica de una persona jurídica se ve condicionada o limitada, en primer término a lo que se señale en su normativa interna, a lo que se fije como objetivo de la misma desde su acta constitutiva, así como en sus reglamentos internos y normatividad complementaria –manuales de organización, lineamientos, etcétera–, pero

⁸⁵ Kulhen, L. “*Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal*”, en AA. VV., *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, (trad. Alberto Nanzer, Marcial Pons), Buenos Aires, 2013.

⁸⁶ Silva Sánchez, Jesús María, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Ed. Atelier Libros, Barcelona, 2013.

también es importante mencionar que la persona jurídica debe responder por las conductas desplegadas materialmente por sus directivos, entendido este término en sentido amplio o bien, por cualquier subordinado que se valga de la estructura empresarial para la realización de un hecho delictivo o bien, se advierta la aquiescencia u omisión de supervisión de la empresa, provocando que los sujetos individuales desplieguen una conducta tipificada como delito en las normas penales, preponderantemente de carácter económico, aunque ello no excluye la responsabilidad penal por hechos delictivos que afecten otros bienes jurídicos.

Esto es, si en una fuente de obligaciones como lo es el acta constitutiva de una persona jurídica del Derecho Privado, se señala el objeto de creación de ésta, primero debe destacarse que éste debe ser lícito y permitido por la norma ya sea civil o mercantil, según la naturaleza de la persona jurídica, además de cumplir con una serie de requisitos exigidos por el Estado para poder constituirse como tal. En ese sentido, sólo nacen a la vida jurídica personas jurídicas que atienden a un marco civil o mercantil, pero también administrativo, después del cumplimiento de requisitos en materias económica, migratoria, de protección civil, salubridad, etcétera, por lo que debe considerarse que un *compliance program* debe estar dirigido a evitar la vulneración de cualquier dispositivo normativo interno o externo, en sede de la persona jurídica y particularmente un *criminal compliance*, debe estar orientado a que se evite la vulneración de esas normas que traen aparejadas consecuencias penales.

Sobre este tema Gustavo Arocena señala que los programas de cumplimiento normativo persiguen dos objetivos diferenciados. Por un lado, procuran evitar la realización de conductas infractoras de la norma, sin precisar que sea exclusivamente la norma penal la que se debe prevenir no actualizar y de la cual se advierte su función preventiva⁸⁷. A su vez, destaca que se busca prevenir son las infracciones legales que pueda cometer individualmente un trabajador de la empresa y, además, aquellas infracciones que se derivan de la organización defectuosa de la actividad a la que la empresa se dedica.

Sin embargo, si las infracciones legales se producen, el *criminal compliance* añade otra finalidad, que consiste en el apego a derecho por parte de la empresa, que se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección y puesta en

⁸⁷ Arocena, Gustavo, “¿De qué hablamos cuando hablamos de *criminal compliance*?”, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ivó Coca Vila y otros (Coord.), Ed. Flores Editores, México, 2017, p. 8.

conocimiento de las autoridades correspondientes, de la cual se advierte la “función de confirmación del derecho”, en palabras de García Cavero⁸⁸.

En este sentido la función de confirmación del derecho consiste en establecer mecanismos para descubrir las irregularidades que se comentan dentro de la empresa, pero también para reparar las infracciones que se generen, ponerlas en conocimiento de las autoridades, por lo que la doctrina especializada ha considerado que esta función se puede identificar a una especie de *self policing* destinado a excluir o atenuar la responsabilidad de la empresa y sus directivos⁸⁹.

Desde luego, que la posibilidad de excluir o atenuar la responsabilidad penal, dependerá de cómo se encuentre previsto en la norma sustantiva penal, tema en el cual aún no existe convergencia de criterios, resultando un tema específico de debate actual.

Por medio de la persecución de estos dos objetivos, el propósito de los programas de cumplimiento consiste en dotar a las empresas de un incentivo para lograr su *self control*, contribuyendo de esta forma a la actividad preventiva y represiva del Estado, según Wellner⁹⁰.

Ahora bien, habrá violación al *compliance program* cuando pese a contar con tales medios preventivos y de investigación al interior de la empresa, se realicen actuaciones que trastoquen el marco jurídico que les aplique. Tal sería el caso de cuando pese a que la persona jurídica tenga un objeto lícito, así señalado en su acta constitutiva y demás normativa interna, uno de sus representantes o sus empleados utilice la estructura empresarial para fines ilícitos, sin que la persona jurídica haya tenido oportunidad de conocer ese actuar, prevenirlo o investigarlo al interior y de tal actuar se desprendiera la responsabilidad penal de la persona jurídica, por la actualización de alguna descripción típica prevista en la norma penal, ya fuere de resultado o de peligro.

⁸⁸ García Cavero, “*Compliance* y lavado de activos”, en Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), p. 2, disponible en <http://ciidpe.com.ar/?p=537g>

⁸⁹ Cfr. García Cavero, “*Compliance* y lavado de activos”, en Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), p. 2, disponible en <http://ciidpe.com.ar/?p=537g>; Wellmer, Philip A., “*Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*”, en *Cardozo Law Review*, Vol. 27, 1, 2005, p. 498, disponible en <http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/CDB6714353B1B712D3A5DB85F508483E.pdf>

⁹⁰ Wellmer, Philip A., “*Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*”, en *Cardozo Law Review*, Vol. 27, 1, 2005, p. 498, disponible en <http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/CDB6714353B1B712D3A5DB85F508483E.pdf>

Las buenas prácticas indican que la empresa debe tener en cuenta en sus programas de cumplimiento por lo menos las siguientes fases, las cuales deben coordinarse y complementarse en el diseño de un programa de *compliance*: identificación, prevención, monitoreo y detección, resolución y asesoría. Desde esta óptica, algunas recomendaciones de la doctrina contemporánea señalan que es necesario que una persona jurídica cuente con un sistema de evaluación de riesgos, que pueda medir objetivamente y con variables cualitativas y cuantitativas los riesgos que la actividad empresarial genera, esto es, identificar no sólo la posible violación de normatividad aplicable, sino generar estándares cuantitativos a fin de calcular los daños provocados por la actividad que violentara el programa de cumplimiento, pues es innegable que “la empresa es el lugar por antonomasia donde se realiza siempre un análisis costo-beneficio”⁹¹.

En ese sentido debe considerarse que un programa de cumplimiento debe atender todas las normas positivas y vigentes que le impongan una obligación a la persona jurídica a fin de prever los riesgos de su incumplimiento. Al respecto las posturas actuales, coinciden que podrían advertirse en los programas de cumplimiento, elementos relativos al cumplimiento de obligaciones en materia ambiental, laboral, de violencia de género, de protección civil, de riesgo sanitario, etcétera, esto es, aspectos en tantas materias o áreas del derecho, como existan en el orden jurídico normas impositivas dirigidas hacia el cumplimiento de obligaciones de la persona jurídica.

Ante este escenario surgen diversos cuestionamientos: ¿Es un programa de *compliance* la mejor forma para prevenir conductas delictivas desplegadas por los ejecutivos de una empresa o sus trabajadores? ¿En caso de contar de configurarse algún hecho delictivo al interior de la empresa, contar con un *compliance program*, permite eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica o sólo se le considera para atenuar la responsabilidad penal en el Derecho Penal mexicano? ¿Cómo se ha recepcionado en el derecho mexicano el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance penal*?

⁹¹ Sahan, Oliver, “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado”, en AA. VV., *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), traducción de Alberto Nanzer, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, p. 245.

IV. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Debe señalarse que para lograr imputar responsabilidad penal a la persona jurídica debe tenerse claridad en la imputación delictiva del hecho por la vulneración de la normatividad que se trate. Sobre este punto debe analizarse tanto la normatividad interna y de organización, por medio del cual pueda establecerse de qué forma la persona jurídica ha omitido observar el debido control y cómo esta omisión ha sido el canal mediante el cual se logró realizar la ejecución de la conducta criminal, ya sea por uno de sus directivos que ejercen el mando (*command responsibility*), entendido en sentido amplio, la empresa criminal (*joint criminal enterprise*), así como por algún subordinado dentro de la estructura, que produzca la actualización de una descripción típica y lleve a fincar la responsabilidad penal de la persona jurídica⁹².

Se atribuye a Sinibaldo de Fieschi ser autor de la repetida máxima en el siglo XIII: *societas delinquere non potest*. Sin embargo, como se explicó al inicio del presente artículo, la persona jurídica apareció en escena ante la modernidad y el impacto del Derecho Económico sobre el Derecho Penal. En ese sentido, algunos países que presentan mayor avance en sus legislaciones sobre este tema son Francia, España, Italia y Chile, los cuales han contemplado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sus codificaciones penales⁹³.

Es por ello que en los últimos años ha cobrado importancia en la industria económica el área de *compliance* dentro de la organización de la empresa y que, como se mencionó, está dirigido a construir al interior de la misma un programa de supervisión del cumplimiento de toda normativa a la que se vea sujeta la misma, ya sean regulaciones externas, así como normas internas, sin necesidad de que actúen las áreas de asesoría legal a los que antes se les atribuía tales funciones, pues las regulaciones se han vuelto cada vez más complejas y requieren de un área especializada para su asistencia.

⁹² Cfr. Sobre autoría mediata por dominio de la voluntad en un aparato organizado, véanse los estudios y propuestas de Kai Ambos y Miguel Ontiveros Alonso, en *Autoría y participación, La responsabilidad penal del superior jerárquico*, México, Flores Editores, 2017.

⁹³ Mir Puig, Santiago, “Las nuevas penas para personas jurídicas: Una clase de penas sin culpabilidad”, en AA. VV., *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín (Dir.), Edisofer-B de f, Buenos Aires, 2014, pp. 3 y ss.

En la actualidad no hay duda de la capacidad de influencia de la empresa sobre el poder político en múltiples escenarios, generando esquemas de corrupción o la actualización de tipos penales cometidos por particulares y servidores públicos. En ese sentido se debe mencionar que la doctrina reconoce dos modelos de responsabilidad de la persona jurídica: el vicarial y el de atribución por defectos de organización. Según el primero, si una persona física interviene en un hecho delictuoso en sede de la persona jurídica y en beneficio de ésta, la responsabilidad penal del sujeto individual se transfiere a la persona jurídica. Mientras que en el modelo por defecto de la organización se considera la propia “conducta” o proceder de la persona jurídica, analizándose su estructura, organización y su incidencia en la comisión del hecho penal.

En el derecho comparado, la infracción de deberes de control constituye una de las vías de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas. La otra puede derivarse a modo de culpa *in vigilando*, de los hechos cometidos por terceros, por no haber ejercido el debido control⁹⁴.

Existe una posición preponderante en la doctrina jurídica, según la cual “los superiores jerárquicos de la estructura empresarial se encuentran en una posición de garantía, que integra un deber de vigilancia”⁹⁵. En el sistema de *civil law* el *criminal compliance* “nació *lege lata* de la mano de las figuras de lavado de activos y la financiación del terrorismo”⁹⁶. Al respecto, Pastor Núñez afirma que:

El fenómeno de la criminalidad empresarial es muy amplio, abarca tanto comportamientos dirigidos contra bienes jurídicos de la propia empresa, esto es, la criminalidad intraempresarial o *ad intra* (*Betriebskriminalität*) como delitos contra bienes jurídicos de terceros, esto es, la criminalidad hacia fuera o *ad extra* (*Unternehmenskriminalität*). Dentro de la criminalidad *ad intra* debe diferenciarse entre aquella que puede cometer cualquier empleado (un hurto, por ejemplo) y la que solamente pueden cometer personas con cargo

⁹⁴ De Vicente Remesal, Javier, “Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de las personas físicas (directivos, representante legal o administrador, de hecho, o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control.”, en Revista Penal No. 34, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 173.

⁹⁵ Silva Sánchez, Jesús María, “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, *Revista Mutatis Mutandis*, s.a., p. 79.

⁹⁶ *Idem*

de responsabilidad, los directivos, en quienes se concentran las facultades de decisión y disposición sobre los intereses de la empresa⁹⁷.

La misma autora señala que es por esta perspectiva que las empresas contemplan al Derecho Penal no tanto como rama del ordenamiento jurídico que dispone el castigo de los comportamientos merecedores de pena, sino como un instrumento que debería servir para evitar que se realicen reiteradamente fraudes, motivando a los directivos a ser leales en la gestión de los intereses empresariales.⁹⁸ Esto es, en esta concepción Pastor Muñoz destaca del *compliance* penal su función preventiva.

Dicho lo anterior, cobra importancia la figura del responsable o encargado de cumplimiento o *compliance officer*, por su voz en inglés, que ha merecido tratamiento en la jurisprudencia alemana en la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 2009, en la cual a modo de *obiter dictum* el Alto Tribunal alemán afirmó que al responsable de cumplimiento le compete por regla general, un deber de garante jurídico penal, en el contexto de impedir que surjan delitos en la empresa por parte de sus miembros, señalando que es “la necesaria contrapartida del deber asumido frente a la dirección de la empresa de impedir ilícitos y especialmente delitos”⁹⁹.

Tales afirmaciones provocaron que se generara una corriente moderna de análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que no se había planteado la posibilidad de que los responsables de diseñar, establecer y supervisar los controles y procedimientos internos para la prevención de ilícitos en la empresa llegaran a responder por incumplir con los deberes asumidos.

En el Derecho Comparado, puede advertirse del artículo 31 bis del Código Penal Español que se recoge la violación al “deber de control” respecto de las personas subordinadas a los administradores y representantes. Sobre este punto, llama la atención que no existe una concreta definición de la figura del responsable de cumplimiento, sino que se determina de conformidad con el concepto de cumplimiento en la empresa, esto es, la

⁹⁷ Pastor Muñoz, Nuria, “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho Penal o autorregulación empresarial?”, en *InDret*, Barcelona, 2006, disponible en <http://www.indret.com/pdf/380.pdf> consultado el 25 de julio de 2020

⁹⁸ *Idem*

⁹⁹ Rotsch, “Gatantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung”, Robles Planas, Ricardo (Trad.), ZJS 2009, p. 712 y ss.

actividad de observar y seguir reglas jurídicas en su seno, que incluye deberes de control de peligros que se generan por los propios procesos empresariales que se realizan.

A propósito de este punto Ricardo Robles Planas señala que se han identificado tres etapas en la implementación de los programas de cumplimiento, cuya descripción resulta esencial para advertir la clase de obligaciones que incumben al responsable de cumplimiento:

- a) El diseño del programa por arte del responsable de cumplimiento, que debe ser aprobado por la dirección de la empresa y satisfacer los estándares de calidad referidos a la identificación, control, información y evitación de los riesgos de la empresa;
- b) La implementación del programa, esto es su efectiva materialización para lograr los fines preventivos en todos los niveles de la empresa, y
- c) El control y seguimiento de las normas derivadas del programa, identificando las posibles infracciones e informando a la dirección de la empresa con el fin de prevenirlas¹⁰⁰.

La crítica al esquema se sostiene en determinar si el responsable de cumplimiento asume de forma originaria y de conformidad con sus atribuciones dentro de la estructura empresarial, el deber de impedir que se cometan delitos en la empresa, en cuyo caso estaríamos ante un delito cometido por comisión por omisión o bien si ello es ajeno al cargo que desempeña en la empresa con motivo de una relación contractual y una definición de sus atribuciones en ésta. Sobre este punto, la doctrina alemana sostiene que “no existe una posición de garante original del responsable de cumplimiento por los delitos que se cometen en la empresa”¹⁰¹.

En efecto, se considera que los deberes primarios que le incumben al responsable del programa de cumplimiento en la estructura empresarial se reducen a evaluar los riesgos e implementar el programa de cumplimiento, vigilar que se siga y a formar a los trabajadores o capacitarlos en el mismo, informando a la dirección empresarial del desarrollo, incidencias

¹⁰⁰ Robles Planas, Ricardo, El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal, *Compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Coca Vila y otros (Coords.), México, Flores Editores, 2017, p. 33.

¹⁰¹ Al respecto se consideran los análisis realizados por Robles Planas en Estudios de Derecho Penal Económico, sostenidos por Dannecker en la obra “Die Verteilung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung”, del año 2010, así como los estudios de Rönnau Schneider en “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, también de 2010.

y eventuales riesgos detectados en su actividad, pero que en todo caso, ocupa un lugar en la empresa de subordinación a los órganos de dirección, sobre quienes recae la responsabilidad. Los deberes de información del responsable de cumplimiento incluyen en todo caso, la posibilidad de advertir de algún riesgo que se traduciría en hecho delictivo, a la cúpula empresarial sobre el resultado de su actividad.

La doctrina sostiene que el responsable de cumplimiento es un órgano auxiliar, significando que el cumplimiento del derecho en la empresa es tarea primordial de sus órganos directivos, quienes son los llamados efectivamente a organizar un sistema de cumplimiento.

El alcance de la posición de garante del empresario

Uno de los temas más debatidos en el Derecho alemán gira en torno a si el empresario se halla en una posición de garante, que le obligue a impedir la comisión de hechos delictivos por parte de sus subordinados. Al respecto la doctrina alemana es coincidente en que el empresario no puede distanciarse del delito cometido pese a la autorresponsabilidad del ejecutor, ya que aquél “tiene el deber de evitar los cursos lesivos que surgen de la actividad empresarial”¹⁰².

La idea básica que fundamenta la posición de garante de los órganos de dirección de la empresa reside en que al constituir una persona jurídica el empresario asume el compromiso de contener aquellos riesgos que implique la realización de su objeto y que signifiquen, por tanto, riesgos de los bienes jurídicos de terceros.

Ante tales riesgos los órganos de dirección de la empresa deben establecer mecanismos organizativos adecuados para evitar su trascendencia o en todo caso minimizarlos hasta que deriven en riesgos tolerados.

Ante la complejidad del tema, una de las cuestiones más debatidas en torno a la responsabilidad de la persona jurídica recae sobre si su eventual responsabilidad penal debería dedicarse a título de autor o participe en comisión por omisión. Por un lado, la doctrina alemana sostiene que se está ante un supuesto de participación, particularmente de complicidad en comisión por omisión. Fundándose esta corriente en la tradicional distinción entre posiciones de garantía basadas en una función de control de fuentes de peligro y

¹⁰² *Op cit*, nota 18

posiciones de garantía basadas en una función de protección de un bien jurídico¹⁰³. La primera hipótesis (función de control de fuentes de peligro) daría lugar a la responsabilidad a título de partícipe, en caso de haberse desplegado la conducta por otro sujeto y no se hubiere logrado impedir la misma; mientras que la segunda hipótesis (posición de garantía basada en una función de protección de un bien jurídico), daría lugar a la responsabilidad a título de autor. En esta corriente dogmática, considera Robles Planas, la posición de garantía ocupada por el responsable de cumplimiento, señalando que debería ubicarse a título de partícipe¹⁰⁴.

Robles señala un tercer punto de vista, relativo a la calificación de autoría del responsable de cumplimiento, por omisión, si es que se contempla a los delitos de omisión como delitos de infracción de un deber, siguiendo los postulados de Roxin.

Al final del análisis Robles refiere que la cuestión está erróneamente planteada desde el inicio, destacando que:

No se trata de predefinir la solución mediante el etiquetamiento de garante en una función a la que se le asignan consecuencias distintas a las de otra función. Además, la función de control de fuentes de peligro es plenamente intercambiable con la función de protección de un bien jurídico, tanto que puede predicarse del responsable de cumplimiento que tiene que proteger los bienes jurídicos de la empresa o de terceros frente a determinados peligros, como que tiene que controlar los peligros que surjan del ámbito asumido para esos bienes¹⁰⁵.

El conflicto que se advierte de tal distinción es que no atiende a razones materiales de la responsabilidad, tampoco apela al dominio del hecho, sino a la consideración si al garante le incumbe tal dominio. Mientras que la concepción que considera a todos los delitos omisivos como delitos de infracción de un deber, ignora que en la comisión por omisión se advierte una lesión de un deber negativo relativo a no dañar a los demás, cuya infracción no

¹⁰³ *Op cit. Nota 18*

¹⁰⁴ *Cfr.* Con la postura sostenida por Robles Planas Ricardo, “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el derecho penal”, en Ricardo Robles Planas, Estudios de dogmática jurídico penal. Fundamentos, Teoría del Delito y Derecho Penal Económico, B de f, Buenos Aires- Montevideo, 2015.

¹⁰⁵ Robles Planas Ricardo, “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el derecho penal”, en Ricardo Robles Planas, Estudios de dogmática jurídico penal. Fundamentos, Teoría del Delito y Derecho Penal Económico, B de f, Buenos Aires- Montevideo, 2015, p. 44.

se produce por la mera ausencia de prestaciones positivas, sino por la realización de actos de organización, que pueden ser tanto activos como omisivos.

Para superar el problema de abordaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas Robles Planas considera que debe construirse a partir de premisas adecuadas empleando la Teoría de la intervención en el delito¹⁰⁶ sostenida por el autor, pero también por otros especialistas¹⁰⁷.

Se destaca que se ha considerado acudir a estas posturas en virtud de resultar con sustento teórico ante un tema por demás controvertido a nivel dogmático, pero también por la innovación de sus planteamientos para resolver no sólo una cuestión de Derecho Penal sustantivo, sino con miras a la aplicación de ésta en casos prácticos y desde luego, su irradiación sobre la norma penal en Iberoamérica, donde el tema de responsabilidad penal de las personas jurídicas es de reciente recepción y desarrollo.

Finalmente se considera que es interviniente en el delito todo aquel al que se le pueda imputar objetivamente el acontecer típico, con independencia de que su aportación haya tenido lugar en el plano ejecutivo o antes y que se traduzca de forma omisiva o activa. Tal postura no implica dificultad en su comprensión si se entiende que el responsable de cumplimiento en la empresa asume, por delegación, una posición de garantía referida a la prevención de delitos en la empresa y más concretamente, referida a la vigilancia y control de la actuación de sus integrantes. De esta forma, en la medida que el responsable de cumplimiento infringe los deberes que se le han conferido, obra de forma típica con relación al hecho ilícito que finalmente se comete.

La problemática que considero persistiría gira entorno a cómo determinar el estándar de intervención del responsable de cumplimiento y posteriormente, establecer a nivel probatorio un estándar objetivo para su acreditación.

Ahora bien, también podría suceder que el responsable de cumplimiento provoque el surgimiento de un error invencible en el que se lleve a cabo la conducta delictiva, en cuyo

¹⁰⁶ Robles Planas, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret*, 2/2012, p.1 y ss; *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 13 y ss.; *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 215 y ss.

¹⁰⁷ *Cfr.* Montaner Fernández, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008, p. 323 y ss. Quien desarrolla planteamientos respecto a la figura del coauditor; Bermejo, Mateo Germán y Palermo, Omar, *La intervención delictiva del Compliance Officer*, en *Compliance y Derecho Penal*, Marcial Pons, España, 2013, especialmente sobre la intervención del responsable de cumplimiento.

caso podría imputarse una autoría mediata. Tal hipótesis se actualizaría en caso de que el responsable de cumplimiento instrumentalice al órgano de administración suministrándole información falsa o equívoca que finalice en una actuación delictiva, supuesto en que se podría sostener un tipo de error invencible por parte de la persona jurídica o bien, cuando le oculte información relevante para que la persona jurídica tomara medidas a fin de evitar o frenar la realización de un hecho delictivo, que sólo el responsable de cumplimiento por su posición y conocimiento de información pudiera obtener, de tal forma que el órgano de dirección de la persona jurídica permaneciera pasivo ante un hecho que pudiese haber evitado en caso de tener información fiable y veraz.

La doctrina mayoritaria y la que ha influido en México se ha decantado por evitar el análisis de intervención de la figura del responsable de cumplimiento, influyendo en la norma para objetivizar la responsabilidad penal de la persona jurídica de conformidad con la ejecución del hecho delictivo, por lo que analizar lo que la doctrina ha llamado *compliance officer* es de vital importancia no sólo dogmática sino a nivel normativo, para legislar en su momento de forma adecuada.

Ahora bien, Manuel Gómez Tomillo al estudiar la responsabilidad penal de las personas jurídicas señala:

Debe estudiarse la posibilidad de estimar que no es preciso mantener la exigencia de culpabilidad cuando el infractor es una persona jurídica y que debe también ponderarse la opción de acudir a una culpabilidad por representación, es decir, a la persona jurídica se le imputará la culpabilidad de la persona física que realmente actúe¹⁰⁸.

De lo anterior, se advierte que la propuesta de Gómez Tomillo gira en torno a que la dogmática penal debe elaborar una forma de culpabilidad específica para las empresas o entes colectivos. De esta forma, la culpabilidad se considera un elemento del delito que no puede separarse del mismo, aun desde la óptica de la Teoría de la Representación aplicada a las personas jurídicas.

Por ello, el mismo Gómez Tomillo considera válido afirmar que una persona jurídica como tal, en su composición y estructura funcional y organizacional, cuenta con la

¹⁰⁸ Gómez Tomillo, Manuel, “*Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español*”, en Revista Jurídica de Castilla y León, No. 25, septiembre, p. 68

posibilidad de ser motivable por la norma jurídico penal y de ajustarse a aquellos lineamientos específicos que le permitan apartarse de la comisión de hechos delictivos, refiriéndose justamente a la adopción de un programa de cumplimiento para la prevención de riesgos¹⁰⁹.

Hasta este punto resulta innegable la importancia que la dogmática penal moderna ha dado al *compliance program* al interior de la persona jurídica en virtud de que la norma penal, en distintas latitudes ha incluido en los últimos años la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica, sin embargo, se mantienen algunas interrogantes, tales como: ¿cuál es la naturaleza jurídica de un *compliance program* al cual se tendría que apegar la empresa para evitar la comisión de delitos? A propósito de algunas voces que proponen exista una institución estatal en la que se registren los programas de cumplimiento empresarial ¿Qué ente en la actualidad sería el idóneo para certificar o verificar la eficacia del programa de cumplimiento de la empresa? Y, por último, para efectos de la investigación realizada ¿cuál es el efecto a nivel de responsabilidad penal, de que la persona jurídica cuente con un *compliance program*?, ¿Debe tratársele como una atenuante o como una excluyente de responsabilidad penal en la norma penal?

Son varios los cuestionamientos, pero, en definitiva, una norma penal no podría ser la que prevea algún tipo de ente encargado de registrar, certificar o supervisar que las personas jurídicas cuenten con un programa de cumplimiento, pues tales atribuciones escapan de la contemplación del derecho penal y se acercan mayormente a una previsión administrativa.

Pensar en la creación de un ente estatal que se encargue de aprobar, registrar o certificar programas de cumplimiento de personas jurídicas, acarrearía en primer lugar, una inversión estatal, con costos de burocracia y que considero, en una primera reflexión, podría propiciar esquemas de corrupción, aunado a que aún no se ha llegado a un consenso, al menos doctrinal, de cuáles serían los elementos fundamentales de un programa de cumplimiento, para determinar su estándar y certificarlos, en consecuencia, como idóneos.

Ahora bien, cabe destacar que del contenido del artículo 410 del CNPP, se advierte que al referirse a los criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad contra personas jurídicas dispuso que: “Las medidas de seguridad no accesorias a

¹⁰⁹ *Idem.*

la pena y las consecuencias aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.”, lo que denota dar un tratamiento a la persona jurídica de inimputable y sin estudio de su culpabilidad, trastocando las reglas para la individualización de las sanciones penales, lo que resulta contradictorio y abona exclusivamente a crear un estado de incerteza jurídica respecto a uno de los principios fundamentales del Derecho Penal como lo es *nullum crimen, nullum poena, sine lege*, resultando que el juzgador impondría la medida de seguridad en atención a la proporcionalidad “que considerara” con los aspectos propios del injusto.

Sobre ello, Miguel Ontiveros refiere que “no puede entenderse la razón por la cual el legislador ha decidido que las personas jurídicas sean imputadas penalmente, mientras que al mismo tiempo no las considera capaces de actuar culpablemente”¹¹⁰. Refiere el mismo autor que la actual previsión excluye la posibilidad de afirmar que las personas jurídicas cometen delitos, mientras que, por otro, obliga a ubicarlas en sede del injusto¹¹¹.

V. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la norma penal mexicana

Ha quedado evidenciado hasta este momento, que un tema de relevancia no sólo dogmática sino práctica es la dificultad de imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, tanto por la poca comprensión de este tema, como por las previsiones en la norma penal.

Como se mencionó anteriormente, en los sistemas jurídicos para imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas se han advertido dos modelos: el primero, llamado modelo de consecuencias accesorias (modelo vicarial) y el segundo, modelo de la responsabilidad penal autónoma.

El primer modelo, era el que podía advertirse en México, antes de las previsiones contempladas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, modelo bastante criticable, como más adelante se puntualizará, aunado a que la inclusión de este tópico en un Código adjetivo se considera indebida, ya que se trata de un tema de Derecho Penal sustantivo y no procesal. Además, con base en la Teoría de la Representación –desarrollada en el derecho

¹¹⁰ Ontiveros Alonso, Miguel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado*, Hidalgo Murillo (Coord), Ed. Ubijus, México, 2015, p. 315.

¹¹¹ *Idem*.

privado— era posible en México atribuir la existencia de un delito a una persona jurídica, estableciendo la responsabilidad objetiva solidaria.

Esta teoría hace referencia a que en el derecho de sociedades a las personas jurídicas le son imputables los comportamientos de sus representantes, esto es, de sus administradores. (modelo vicarial). Esta postura sostiene que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho actuando dentro del marco de sus funciones empresariales¹¹².

En ese sentido, resulta oportuno referir que en el sistema penal mexicano se advertía, antes de la reforma de 16 de junio de 2016 al Código Nacional de Procedimientos Penales, el modelo para la imposición de las consecuencias jurídicas accesorias, esto es, atribuyendo la responsabilidad objetiva de la empresa, pues bastaba demostrar que las personas físicas siendo miembros o representantes de la persona moral habían cometido un delito con medios que la entidad les hubiera proporcionado para tal efecto, de tal modo que el hecho delictivo resultara cometido bajo el amparo y en beneficio de la persona moral, elemento indispensable para imponer en la sentencia la suspensión o disolución de la empresa.

Sin embargo, también es indiscutible que en la mayoría de las ocasiones, era hasta que se llegaba a la demostración de la existencia del delito y la comprobación de la plena responsabilidad en una sentencia respecto de la persona del sentenciado —persona física—, acreditándose que éste se había valido de la persona jurídica para la realización del delito cuando se tenían los elementos de la acción para iniciar el procedimiento respectivo —por la vía civil— contra la persona jurídica, sin embargo, acontecía que para ese momento, la persona moral ya había tenido tiempo suficiente —durante todo el proceso— para disolverse, extinguirse o escindirse y con ello, desaparecer el capital que eventualmente se buscaba pudiera servir para la reparación del daño a la víctima, lo que volvía de igual forma ineficaz el procedimiento.

En efecto, en el Capítulo IV, Título Primero, Primera Parte, de las Obligaciones en general, del Libro Cuarto de las Obligaciones, del Código Civil Federal, se prevé en el artículo 1910, que “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño

¹¹² Baigún, D., La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico, Ediciones Depalma, Buenos Aires, .2000.

a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”¹¹³.

Es justamente la anterior previsión la referida al caso en el que la reparación tiene el carácter de responsabilidad civil por proceder contra terceros. De dicha acción, si se ejercitaba a consecuencia del delito, resultaba competente la autoridad penal que seguía el proceso correspondiente, para lo cual se iniciaba el incidente respectivo en sede judicial del juez de la causa.

Ahora bien, según el Código Penal Federal, en el artículo 32 se señala que los terceros están obligados a la reparación como consecuencia del delito, pero debe advertirse que el Código Nacional de Procedimientos Penales eliminó la acción civil resarcitoria, que anteriormente se empleaba como fundamento para condenar por responsabilidad objetiva a la empresa solidaria. Sobre esta línea de análisis, debe enfatizarse que resultarán importantes los cambios que se generen a partir de la propuesta de Código Penal Único, pues hasta la fecha hay ausencia de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la mayoría de los Códigos penales locales, así como en el Código Penal Federal, para lograr la aplicación en determinado momento, de lo dispuesto en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Debe mencionarse que antes de la reforma de 17 de junio de 2016, el Código Nacional de Procedimientos Penales, establecía en el artículo 421, ubicado dentro del Capítulo II, denominado Procedimiento para Personas Jurídicas, dentro del Título X, Procedimientos Especiales, denotando por demás la incomprensión del tema y la nula técnica legislativa en su redacción, que la persona jurídica debía responder por la comisión de un delito:

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido en su nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido¹¹⁴.

¹¹³ Cámara de Diputados, Código Civil Federal, vigente al año 2020.

¹¹⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, texto vigente antes de la reforma de 17 de junio de 2016, Ed. Cajica, México, [versión impresa], 2015.

De igual manera, antes de la citada reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales, el artículo 424 señalaba que “durante el proceso, para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, se podrán aplicar las formas anticipadas de terminación del proceso”, lo que implicaba la aplicación exclusiva del procedimiento abreviado, en virtud de ser éste el único procedimiento con carácter de forma de terminación anticipada previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Con la reforma realizada en 2016, se modificaron una serie de artículos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Actualmente el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala:

Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho¹¹⁵.

A diferencia del texto anterior, actualmente se establecen como elementos para la acreditación, que la persona jurídica se beneficie de la comisión del hecho delictivo, exista inobservancia del debido control que se tenga implementado al interior de dicha organización, del cual se destaca la importancia de que la persona jurídica cuente con un *compliance program*. Tal previsión implicaría según Alfredo René Uribe que en una interpretación a *contrario sensu*, si la empresa se ve beneficiada, pero no se puede acreditar la inobservancia en el programa de cumplimiento que se tuviese implementado al interior de la persona jurídica, significaría “para el proceso que la persona jurídica no tuviese responsabilidad alguna del hecho delictivo que se le pretendiera imputar”¹¹⁶.

No obstante, lo anterior, se señala que se considera indebida esta regulación en una norma procesal, en virtud de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se trata de un tema de Derecho Penal sustantivo y no procesal, como se había anticipado y se explicará a continuación.

¹¹⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, texto vigente, de conformidad con la reforma de 17 de junio de 2016, Ed. Cajica, México, [versión impresa], 2020.

¹¹⁶ Uribe Manríquez, Alfredo René, Responsabilidad de las Personas Jurídicas, *Compliance* y Proceso Penal, Ed. CEJI, México, 2019, p. 9.

En efecto, debe recordarse que el surgimiento en México del Código Nacional de Procedimientos Penales obedeció a la Reforma Constitucional, publicada el 8 de octubre de 2013, en el Diario Oficial de la Federación, mediante la cual se confirió en el artículo 73 constitucional la facultad al Congreso de la Unión para expedir “La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes”¹¹⁷, denotando desde luego que la facultad conferida al Congreso de la Unión fue para legislar en materia procedimental penal, más no sobre derecho penal sustantivo.

Lo anterior, cobra mayor claridad al analizar los artículos del 421 al 425 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en los cuales se advierte como procedimiento especial, el relativo al procedimiento para personas jurídicas; artículos que, como se mencionó, fueron reformados y adicionados el 17 de junio de 2016, sin embargo, considero que persiste en tales artículos el mal entendimiento del tema de fondo, al contemplar cuestiones sustantivas respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no atienden a la naturaleza procesal del Código en el que se incluyen.

Lo anterior es grave ya que considero en una primera premisa, meramente procesal, que el procedimiento penal seguido contra una persona jurídica o moral no debiera tratarse de un proceso especial, construido con diversas etapas a las de un procedimiento penal ordinario, como el que se sigue contra personas físicas, pues las únicas variantes o disposiciones específicas, que debieran construirse a partir de la naturaleza de las personas jurídicas debieran ser por cuanto a las medidas cautelares y en todo caso, a la legitimación de su representación en el proceso, por lo que a mi consideración la previsión de los artículos 421 al 425 del Código Nacional de Procedimientos Penales resulta innecesaria y debiera eliminarse, pues lo que logra en todo caso, es construir un procedimiento desigual para las personas jurídicas respecto de las personas físicas, frente al aparato tanto de procuración como de impartición de justicia.

En una segunda premisa, es evidente que de la lectura del artículo 421 del CNPP, se denota que el Congreso de la Unión creó un texto que es más bien una suerte de descripción típica, para establecer los elementos de atribuibilidad de la conducta omisiva, reprochable en

¹¹⁷ Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforma la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 8 de octubre de 2013, Disponible en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5317162&fecha=08/10/2013

contra de las personas jurídicas, incluso previendo sus formas de intervención y medios comisivos, aspectos que por su naturaleza sustantiva corresponden a un código penal y no procesal. Esta situación en particular, desde mi punto de vista, tiene consecuencias a nivel constitucional, pues lo que se advierte de origen es la incompetencia del Congreso de la Unión para legislar en materia sustantiva penal único, incluso hasta este momento en que se redacta el presente trabajo¹¹⁸.

Ahora bien, no obstante lo anterior, esta no es la primera aparición en el orden jurídico mexicano de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues es de gran relevancia mencionar la reforma que se publicó en la Gaceta Oficial del entonces Distrito Federal, el 18 de diciembre 2014, al Código Penal respectivo y que de conformidad con el artículo transitorio segundo, entró en vigor el 16 de junio de 2016, atendiendo al contenido del Decreto por el que se declaró la incorporación del Sistema Procesal Penal Acusatorio y del Código Nacional de Procedimientos Penales al orden jurídico del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial el 20 de agosto de 2014¹¹⁹.

La referida reforma al Código Penal del Distrito Federal tuvo como finalidad armonizar o adecuar las normas relacionadas con el tema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, a fin de hacer posible el procedimiento penal previsto de los artículos 421 a 425.

Sin embargo, se considera que, pese a la reforma realizada al Código Penal para el Distrito Federal de diciembre de 2014, no se encuentra superado el tema de ninguna, pues las entidades federativas que no cuenten con una normativa similar a la que se encuentra vigente ahora para la Ciudad de México, los artículos del 421 al 425 del CNPP resultan inaplicables.

En efecto, del texto del Código Penal reformado para el Distrito Federal en 2014, se advierte que el legislador capitalino identificó en el artículo 27 Bis dos supuestos bajo los cuales operaría la imputación de la persona jurídica:

¹¹⁸ A la fecha de redacción del presente artículo se encuentra informalmente circulando un proyecto de Código Penal Nacional, propuesto, según versiones de medios de comunicación, así como por el área de Comunicación Social del Senado de la República, por el Ejecutivo Federal y por la Fiscalía General de la República; Fierro, Juan Omar, “Borrador de Código Nacional despenaliza el delito de aborto”, en *Aristegui Noticias*, consultado el 29 de julio de 2020, en <https://aristeguinoticias.com/1701/mexico/borrador-de-codigo-penal-nacional-despenaliza-el-delito-de-aborto/>

¹¹⁹ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Código Penal para el Distrito Federal, vigente para la Ciudad de México, Gaceta Oficial de 18 de diciembre 2014, consultado en <http://aldf.gob.mx/archivo-f46af07b211472187af250555f765e7e.pdf>

- a) Cuando los delitos sean cometidos en su nombre, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio, por sus representantes legales y/o administradores de hecho o de derecho.
- b) Cuando las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso a) realicen un hecho que la ley señale como delito por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional que deba atenderse según las circunstancias del caso y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica¹²⁰.

Estos dos supuestos, considera José Christian Flores¹²¹, al ser analizados desde la teoría del Delito, considera que son una suerte de ampliación de la tipicidad extendiendo la actualización de la hipótesis normativa a aspectos que deben demostrarse y que impactan directamente en la conducta y en los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Flores afirma que en el primer caso no sólo debe actualizarse la conducta típica de la que se trate, sino además los siguientes elementos:

- Un elemento objetivo que consiste en que la conducta desplegada haya sido efectuada de forma alternativa en nombre de la persona jurídica, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio.
- Otro elemento, también objetivo, que requiere que la persona que cometa el delito tenga una calidad específica, esto es, que se trate de un representante legal o administrador de hecho o de derecho¹²².

Por cuanto hace al segundo supuesto, los elementos de tipicidad que deben considerarse son los siguientes:

- Un primer elemento objetivo referente a la calidad específica del sujeto activo individual, quien deba ser una persona física quien funja como representante legal o administrador de hecho o de derecho.
- Un segundo elemento objetivo normativo, consistente en que el hecho delictivo que haya cometido la persona señalada en el inciso anterior se haya actualizado debido a

¹²⁰ Código Penal del Distrito Federal, adicionado el 18 de diciembre de 2014, vigente a la fecha.

¹²¹ Flores Pérez, José Christian, “De la imputación penal a las personas jurídicas”, en Código Nacional de Procedimientos Penales, Flores Editores, México, 2019.

¹²² *Ídem*.

que no se ejerció sobre ésta el debido control en el ámbito organizacional que deba atenderse según las circunstancias del caso.

- Un tercer elemento, que consiste en que la conducta se realice con motivo de actividades empresariales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica.

El texto del Código Penal para el Distrito Federal aclara los casos en los cuales puede procederse contra las personas jurídicas, más allá de las previsiones del CNPP. Sin embargo, en la práctica, sólo en el caso del inciso b) del artículo 27 Bis del Código Penal para el Distrito Federal, se consideró la posibilidad de que la persona jurídica pudiera ejercer su derecho de defensa demostrando que, aun cuando se hubiera actualizado un hecho delictivo, la empresa hubiera ejercido sobre la persona física el debido control dentro de su ámbito organizacional, elemento que no se contempla en la hipótesis del inciso a) del artículo 27 Bis del Código Penal para el Distrito Federal.

Se advierte del artículo 27 *Quintus* del Código Penal del Distrito Federal, aplicable en la Ciudad de México, relativo a las atenuantes de responsabilidad de las personas jurídicas, que se considerará una circunstancia atenuante que ésta realice, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas:

- a) Colaborar en la investigación de los hechos que la ley señale como delito aportando medios de prueba nuevos y decisivos, en los términos de la legislación de procedimientos penales aplicable al Distrito Federal que conduzcan al esclarecimiento tanto de los hechos como de las responsabilidades penales a que haya lugar;
- b) Reparar el daño antes de la etapa del juicio oral;
- c) Establecer, antes de la etapa de juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica; o
- d) Las previstas en este Código y en la legislación de procedimientos penales aplicable al Distrito Federal.

Contenido del cual no se advierte que la existencia de un *compliance program* pudiera significar una atenuante de responsabilidad de la persona jurídica. En todo caso es el inciso c) del artículo que se comenta, el que en la hipótesis de que la persona jurídica no

contara con un *compliance program* y esa hubiese sido la razón por la que no pudo en su oportunidad ejercer un debido control que corresponda al ámbito organizacional para prevenir el hecho delictivo, pueda antes hasta antes de la etapa de juicio oral tomar medidas eficaces para prevenir y descubrir hechos delictivos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica.

Lo anterior significa, que en realidad pareciera que es más conveniente para la persona jurídica, en materia de responsabilidad penal, que en todo caso implemente un programa preventivo o de cumplimiento, una vez que ya esté siguiéndose el procedimiento penal en su contra, previsión que considero desnaturaliza en sí mismo el *compliance program* por el que se pugna en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como se advierte de la norma penal aplicable en la Ciudad de México, no se prevé como una causa excluyente de responsabilidad penal la existencia de un *compliance program* por parte de la persona jurídica, ni tampoco como atenuante de la misma, lo que refleja una incompreensión del tema a nivel dogmático y que se traduce es una irracional previsión normativa en la norma penal sustantiva.

Sin pretender agotar un estudio de derecho comparado, es de destacarse la reforma realizada al Código Penal para el Estado de Quintana Roo, que adicionó el Capítulo V, Responsabilidad de las Personas Jurídicas, publicada en el Periódico Oficial del Estado el 19 de julio de 2017¹²³, que va de los artículos 18 a 18 nonies, destacando que en el artículo 18 Ter, se contemplan las hipótesis de exclusión de responsabilidad de las personas jurídicas, consistiendo en las siguientes:

- a) El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización, gestión y prevención que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas y adecuadas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- b) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de organización, gestión y prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de

¹²³ Congreso del Estado de Quintana Roo, Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, consultado el 07 de agosto de 2020, <http://documentos.congresoqroo.gob.mx/codigos/C6-XV-20180427-157.pdf>

control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

c) Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y

d) No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición del inciso b)¹²⁴.

De las hipótesis anteriores se advierte que tendrían como base para su postulación, justamente que al momento de realización del hecho delictivo de que se tratare, existiera en sede de la persona jurídica un *compliance program*, que hubiese sido implementado y se encontrara operando, precisando que se desprende de estas hipótesis la inversión de la carga de la prueba hacia la persona jurídica, la cual tendría que demostrar en el proceso penal en su contra.

No es el propósito en este trabajo analizar cada una de estas hipótesis, pero sí destacar que en el caso del Código Penal de Quintana Roo, el efecto de comprobar tales hipótesis es la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica a diferencia de lo que se prevé en el Código Penal del Distrito Federal.

De una forma imprecisa y evidenciando falta de técnica legislativa, también el Código Penal para el Estado de Yucatán en los artículos del 16 al 16 Ter¹²⁵ se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señalando hipótesis similares a las del Código Penal para el Distrito Federal, vigente en la Ciudad de México; sin embargo, en ninguno de los tres artículos sobre este tema, se contempla alguna causa excluyente de responsabilidad, ni atenuantes.

VI. Reflexión

Como se vio anteriormente los debates en la doctrina actual sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentran sus fundamentos en una sociedad basada en riesgos y con la posibilidad de un máximo control establecido en vía regulatoria, por lo que los programas

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ Congreso del Estado de Yucatán, Código Penal del Estado de Yucatán, consultado el 7 de agosto de 2020, <http://www.congresoyucatan.gob.mx/download.php?f=6c305d2b54d53fde9f65ee8630df4c0a.pdf&recurso=codigo>

de cumplimiento de las personas jurídicas o *compliance program* surgen de la premisa de que en seno de éstas pueden cometerse hechos delictivos o bien, puede utilizarse a la empresa como instrumento para la realización de ciertas conductas delictivas, lo que conlleva que la persona jurídica deba hacer lo normativamente posible para prevenir tales conductas, estableciendo por lo tanto, como una obligación de aquéllas el ejercer un debido control de su organización.

La teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas surge de las repercusiones del poder económico en el Derecho Penal, dando lugar al Derecho Penal Económico.

No debe negarse que cuando se lleva a proceso a una persona jurídica, cada acto de molestia jurisdiccional impacta en su patrimonio. De esta forma la previsión en las normas penales de la institución de la responsabilidad de las personas jurídicas también puede considerarse como una forma en cómo el Estado manifiesta su imperio a través del Derecho para vigilar que las personas, en sentido amplio, respeten bienes jurídicos, cuyo garante es el mismo Estado, a través de sus controles jurídicos.

Desde luego, que el estudio del *compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige abandonar las tradicionales teorías de imputación y repensar éstas, acorde a los problemas sociales y en este caso, de índole económico que entran al círculo de aplicación del Derecho Penal, en la actualidad.

Sin embargo, debe tenerse cuidado con la línea delgada entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, así como con el Derecho Empresarial, pues en países como México, en el que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es de alguna forma de reciente recepción, hay aún serias confusiones sobre los aspectos que deben estar regulados por una u otra área del Derecho.

La atomización de tipos penales, en virtud de que la fecha en México, existen 33 Códigos penales de las entidades federativas más un Código Penal Federal ha provocado que los esfuerzos legislativos hayan propiciado adiciones a muy pocos códigos penales locales, advirtiéndose una falta de homogeneidad en la tipificación para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, así como una incompreensión respecto de los estudios de dogmática penal sobre este tópico, evidenciándose por demás la falta de técnica legislativa de la norma lo cual dificulta su aplicación práctica.

Debe mencionarse que no obstante que el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé un capítulo relativo al procedimiento para personas jurídicas, se insiste en que en el mismo se ha legislado indebidamente por el Congreso de la Unión sobre aspectos de Derecho Penal sustantivo, relativo a imputación de responsabilidad de las personas jurídicas, por lo que en un análisis de constitucionalidad, es evidente que el Congreso de la Unión se ha extra facultado de las atribuciones conferidas en el artículo 73, fracción XXI, inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se concluye que las disposiciones del artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales relativas a fijar las hipótesis de modos de comisión de hechos delictivos por parte de las personas jurídicas, autoría mediata, así como la contemplación de un elemento objetivo consistente en la inobservancia de un debido control en la organización de la persona jurídica, implica que el quehacer legislativo ha permeado en el plano del Derecho Penal sustantivo, sin tener facultades para ello, resultando inconstitucional.

En efecto, mientras se finaliza este trabajo de investigación, existe únicamente un proyecto de Código Penal Único, que se ha analizado en foros en sede del Senado de la República, pero formalmente no se ha iniciado el proceso de reforma, en primer lugar, para conferir al Congreso de la Unión facultades para legislar en materia única penal en todo el país, pues sólo existe una iniciativa presentada para reformar el citado artículo 73 constitucional del año 2019¹²⁶, que debiera ser la primera en dictaminarse para dar paso al marco constitucional de actuación y de esta forma, en su momento, legislar en materia sustantiva penal única.

Si bien, el propósito de esta investigación fue realizar un estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *criminal compliance*, desde la Dogmática Penal, así como su impacto y recepción en el orden jurídico mexicano, no debe pasarse por alto que la regulación del procedimiento para personas jurídicas previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales permite advertir la desigualdad de tratamiento procesal cuando se enfrenta al proceso una persona física y una persona jurídica, considerando que no debiera hacerse tan distinción procesal, pues el único momento o etapa del procedimiento en el que

¹²⁶ Véase Senado de la República, Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en materia de legislación única en materia penal, Gaceta parlamentaria del Senado de la República del 21 de marzo de 2019, Gaceta LXIV, /ISPO-106/91622, consultado el 7 de agosto de 2020, en https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/91622

debieran considerarse diferencias es en la imposición de las medidas cautelares, ello en virtud de la propia naturaleza de las personas jurídicas y posteriormente, en la imposición de las sanciones penales, aspecto que también debiera estar fijado en la norma penal sustantiva y no en la norma procesal penal, como indebidamente acontece en México, señalándose como consecuencias jurídicas en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Si bien en la Dogmática Penal moderna ha surgido un gran interés por el estudio del *criminal compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es impostergable que en México se profundicen los estudios sobre este tema, a fin de dar una respuesta correcta a la criminalidad empresarial, entendiendo que la previsión de un programa de cumplimiento al interior de la empresa es realmente un programa de prevención del delito, pero que también debiera incluir medidas preventivas a fin de violentar la normatividad interna y externa de la empresa, que le sea aplicable.

Aunado a ello, debe considerarse que actualmente hay un abanico de especialidades penales, así como normas en las que se prevén tipos penales, tales como Derecho Penal Ecológico o Ambiental, Derecho Penal Aduanero, Derecho Penal Fiscal, Derecho Penal Migratorio, etcétera y otras normativas de las que se desprenden conductas ilícitas, actualizando algunas de ellas tipos penales específicos de violencia de género o de forma reciente, normas aplicables al ambiente laboral, como la Norma Oficial Mexicana 035, sobre riesgo psicosocial en los centros de trabajo, cuya contravención acarrea responsabilidad para la persona jurídica en caso de no haber obrado con el debido control en su organización para evitar su actualización.

Más allá de analizar el contexto nacional, debe considerarse que el fin último del Derecho Penal Económico es contener la criminalidad surgida por o con el poder económico, la cual no sólo puede producirse al interior de un Estado, sino que surge también en el intercambio de actividades empresariales transnacionales, por lo que debe perseguirse en su momento una respuesta supranacional, con la homologación de las previsiones sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por parte de los Estados, ante una economía abierta y de mercado en la que nos encontramos en este siglo, adoptando una teoría de la responsabilidad penal de persona jurídicas coherente con los objetivos del Derecho Penal Económico.

VI. Referencias

- AROCENA, Gustavo, “¿De qué hablamos cuando hablamos de *criminal compliance*?”, *Compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ivó Coca Vila y otros (Coords.), Ed. Flores Editores, México, 2017.
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Código Penal para el Distrito Federal, vigente para la Ciudad de México, Gaceta Oficial de 18 de diciembre 2014, consultado en <http://aldf.gob.mx/archivo-f46af07b211472187af250555f765e7e.pdf>
- BAIGÚN, D., La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico, Ediciones Depalma, Buenos Aires, .2000.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado, Flores Editores, México, 2019.
- BERMEJO, Mateo Germán y PALERMO, Omar, *La intervención delictiva del Compliance Officer*, en *Compliance* y Derecho Penal, Marcial Pons, España, 2013.
- Código Civil Federal, vigente al año 2020, consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_270320.pdf
- Código Nacional de Procedimientos Penales, texto vigente antes de la reforma de 17 de junio de 2016, Ed. Cajica, México, [versión impresa], 2015.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, texto vigente, de conformidad con la reforma de 17 de junio de 2016, Ed. Cajica, México, [versión impresa], 2020.
- Congreso del Estado de Quintana Roo, Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, consultado el 07 de agosto de 2020, <http://documentos.congresoqroo.gob.mx/codigos/C6-XV-20180427-157.pdf>
- Congreso del Estado de Yucatán, Código Penal del Estado de Yucatán, consultado el 7 de agosto de 2020, <http://www.congresoyucatan.gob.mx/download.php?f=6c305d2b54d53fde9f65ee8630df4c0a.pdf&recurso=codigo>
- DE VICENTE REMESAL, Javier, “Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de las personas físicas (directivos, representante legal o

administrador, de hecho, o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control.”, en Revista Penal No. 34, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforma la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 8 de octubre de 2013, consultado en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5317162&fecha=08/10/2013

DÍAZ ARANDA, Enrique, Teoría del Delito, (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos), México, Ed. Straf, 2006.

FIERRO, Juan Omar, “Borrador de Código Nacional despenaliza el delito de aborto”, en *Aristegui Noticias*, consultado el 29 de julio de 2020, en <https://aristeguinoicias.com/1701/mexico/borrador-de-codigo-penal-nacional-despenaliza-el-delito-de-aborto/>

FLORES PÉREZ, José Christian, “*De la imputación penal a las personas jurídicas*”, en Código Nacional de Procedimientos Penales, Flores Editores, México, 2019.

GARCÍA CAVERO, Percy. “*Compliance y lavado de activos*”, en Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), disponible en <http://ciidpe.com.ar/?p=537g>

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “*Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español*”, en Revista Jurídica de Castilla y León, No. 25, septiembre.

HORMAZÁBAL, H. “*¿Qué es el compliance?*”, en Hernán Hormazábal Malareé, 2017, (blog de internet), recuperado en: <https://hernanhormazabalmalaree.com/2017/03/10/que-es-el-compliance>

KAI Ambos y ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Autoría y participación, La responsabilidad penal del superior jerárquico, México, Flores Editores, 2017.

KULHEN, L. “*Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal*”, en AA. VV., Compliance y teoría del Derecho Penal, (trad. Alberto Nanzer, Marcial Pons), Buenos Aires, 2013.

MARTÍNEZ, Wilson Alejandro, Foro Realidades y desafíos de la extinción de dominio, Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos, realizado el 1 de agosto de 2020, video consultable en <https://www.youtube.com/watch?v=8qYVhRn3qLM>

MIR PUIG, Santiago, “*Las nuevas penas para personas jurídicas: Una clase de penas sin culpabilidad*”, en AA. VV., Responsabilidad de la empresa y *compliance*, Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín (Dir.), Edisofer-B de f, Buenos Aires, 2014.

MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008. Quien desarrolla planteamientos respecto a la figura del ecoauditor;

ONU, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Naciones Unidas, Nueva York, consultada el 27 de julio de 2020, en <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

ONTIVEROS ALONSO, Miguel, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Nacional de Procedimientos Penales*”, en Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado, Hidalgo Murillo (Coord), Ed. Ubijus, México, 2015.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, “*La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho Penal o autorregulación empresarial?*”, en *InDret*, Barcelona, 2006, disponible en <http://www.indret.com/pdf/380.pdf> consultado el 25 de julio de 2020

ROBLES PLANAS, Ricardo, El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) ante el Derecho Penal, en *Compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Coca Vila y otros (Coords.), México, Flores Editores, 2017.

_____, Estudios de dogmática jurídico penal. Fundamentos, Teoría del Delito y Derecho Penal Económico, B de f, Buenos Aires- Montevideo, 2015.

_____, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret*, 2/2012. Garantes y cómplices, 2007. La participación en el delito: fundamento y límites, 2003.

ROTSCH, “Gatantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung”, Robles Planas, Ricardo (Trad.), ZJS 2009.

SAHAN, Oliver, “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado”, en AA. VV., *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (eds.), traducción de Alberto Nanzer, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013.

SÁNCHEZ, Silva Jesús María, Criminalidad de empresa y *compliance*. Prevención y reacciones corporativas, Ed. Atelier Libros, Barcelona, 2013.

_____, “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, *Revista Mutatis Mutandis*, s.a.

Senado de la República, Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en materia de legislación única en materia penal, Gaceta parlamentaria del Senado de la República del 21 de marzo de 2019, Gaceta LXIV, /1SPO-106/91622, consultado el 7 de agosto de 2020, en https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/91622

Uribe Manríquez, Alfredo René, Responsabilidad de las Personas Jurídicas, *Compliance y Proceso Penal*, Ed. CEJI, México, 2019.

WELLMER, Philip A., “*Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*”, en *Cardozo Law Review*, Vol. 27, 1, 2005, p. 498, disponible en <http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/CDB6714353B1B712D3A5DB85F508483E.pdf>

III. POLÍTICA CRIMINAL

El Sistema Penitenciario en Veracruz después de la *vacatio legis* de la Reforma Constitucional de 2008

César Martínez Rámila*

SUMARIO: *Introducción I. La Ley 350 antes de las Reforma Constitucional Penal y de Derechos Humanos. II. La Ley 350 después de las Reforma Constitucional. III. Beneficios de Preliberación conforme al artículo quinto transitorio del Decreto de 18 de junio de 2008. IV. Duda de Ley IDL/2012 sobre la observación y aplicación del artículo 94 del Código Penal del Estado de Veracruz. V. Ley Nacional de Ejecución Penal. VI. Reflexiones finales. VII. Referencias.*

Introducción

Después de la reforma penal constitucional del 18 de junio de 2008, en México se han escrito infinidad de documentos relacionados con las nuevas etapas del derecho penal de corte adversarial: la de investigación, la intermedia y la de juicio¹²⁷. En este sentido y como estudiosos del Derecho Penitenciario en esta entidad federativa, observamos que no existe la etapa de ejecución de penas o de medidas de seguridad en el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, lo que en definitiva produce lagunas jurídicas tanto para los operadores del nuevo sistema oral de corte adversarial como para los litigantes y los justiciables.

Comentamos lo anterior porque al buscar bibliografía e información sobre esta etapa olvidada dentro del procedimiento en el nuevo Código Nacional adjetivo, no encontramos documento alguno que ayude a resolver cómo debe actuar la autoridad penitenciaria a partir de que el imputado ha sido notificado de su sentencia condenatoria,

*Artículo recibido el 30 de julio y aprobado para su publicación el 25 de agosto de 2020.

*Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana, Doctorado por la Universidad de Xalapa y la Universidad de Murcia España.

¹²⁷ Artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, DOF 5 de marzo de 2014.

quedando a disposición del Juez de Ejecución en cuanto a la posible modificación de su sentencia u otorgamiento de un beneficio preliberacional.

Cabe destacar que después de entrar a la página web de la SETEC¹²⁸, nos remitimos al link de su biblioteca digital y al insertar las palabras “readaptación”, “Reinserción” o “Ejecución”, únicamente encontramos tres documentos, a saber: “Catálogo de Puestos de la Dirección General de Ejecución de Sentencias y Medidas Cautelares”, “Manual de Organización Tipo de la Dirección General de Ejecución de Sentencias y Medidas Cautelares” y un “Acuerdo por el que se establecen las directrices para la aplicación de recursos destinados a la implementación de la Reforma del Sistema de Justicia Penal a favor de los estados y el Distrito Federal para el Ejercicio Fiscal 2011”; sin embargo, no existen videos o explicaciones específicas como aquellos que se les presentan a los demás operadores de este nuevo sistema penal de corte adversarial.

Pero al seguir buscando en la página referida, encontramos un *enlace* denominado “*Programas de Capacitación*”, donde se presentan los siguientes títulos:

- Administrador de Sala
- Agente del Ministerio Público
- Agente del Ministerio Público Orientador
- Defensores
- Especialistas en Métodos Alternos
- Policía de Investigación
- Policía
- Peritos
- Personal de Sistema Penitenciario
- Asesor Jurídico de Víctimas
- Periodistas y personal de Comunicación Social
- Abogados Litigantes
- Personal de las Unidades Especializadas contra el Secuestro
- Formación Docente
- Justicia para Adolescentes¹²⁹

Así, al poner el cursor del mouse en la frase: “Personal de Sistema Penitenciario” aparecen las expresiones “Programa Básico” y “Cursos Especializados”, encontrando los

¹²⁸ SEGOB. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, (en línea), México, D. F., (citado 1° de enero de 2020), Disponible en World Wide Web: <http://www.setec.gob.mx/>

¹²⁹ *Ibidem*, Disponible en http://setec.gob.mx/es/SETEC/Programas_de_Capacitacion

siguientes títulos: 1. Derechos y obligaciones de las personas privadas de la libertad, 2. Custodia Penitenciaria y Policía Procesal, 3. El Juez de Ejecución en el Sistema Penitenciario Nacional, 4. Fundamentación y argumentación en audiencias de ejecución, 5. Evaluaciones Técnicas de los Sentenciados, 6. Programas de reinserción en el sistema penitenciario nacional, y 7. Manejo de la Plataforma de información penitenciaria.

La única crítica a estos apartados es que se dice “el qué”, pero no “el cómo” de esta reforma penal constitucional, en lo que concierne al área de reinserción. Ante ello, los operadores jurídicos deben investigar a profundidad para resolver “ese cómo” de los siete cursos de especialización aquí mencionados. Ahora nos proponemos analizar el sistema penitenciario en Veracruz a partir de dos parteaguas: las reformas penales constitucional del 18 de junio de 2008 y la de derechos humanos del 10 de junio de 2011, es decir, qué legislaciones eran utilizadas antes tanto por la autoridad ejecutora como por los litigantes y qué instrumentos jurídicos después de las sendas reformas.

Asimismo, se explicara la importancia de la *vacatio legis* de los artículos segundo y quinto transitorios del Decreto de reforma del 18 de junio de 2008, y también examinaremos la Duda de Ley 1DL/2012 acerca de la observación y aplicación del artículo 94 del Código Penal vigente en el Estado de Veracruz, publicada en la Gaceta Oficial del Estado mediante número extraordinario 115, de fecha 6 de abril de 2012 y algunas tesis emitidas sobre el nuevo régimen de reinserción social que tienen que ver con la modificación de las sentencias y los beneficios de preliberación, así como los traslados de la población interna en los Ce.Re.So.ís de Veracruz, haciendo finalmente algunas observaciones a la Ley Nacional de Ejecución Penal. Como todo trabajo intelectual, éste incluirá razonamientos comúnmente conocidos como reflexiones.

I. La Ley 350 antes de las Reformas Constitucional penal y de Derechos Humanos

Esta ley fue publicada el sábado 1º de febrero de 1992 en la Gaceta Oficial del Estado de Veracruz-Llave. Antes de las reformas constitucionales en materias penal y de Derechos Humanos, ésta y su Reglamento¹³⁰ eran considerados la panacea jurídica, ya que ambos

¹³⁰ Denominado: Reglamento de los Centros de Readaptación Social del Estado de Veracruz.

ordenamientos buscaban la verdadera readaptación social del interno, a través de la tan trillada criminología clínica, así como un trato digno a los internos, soportado en los entonces tres pilares de la ya señalada readaptación social: el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

La ley de referencia tenía por objeto prevenir la delincuencia, incentivar la investigación criminológica y auxiliar a las víctimas del delito, según la política criminológica del Estado; sin embargo, en ese entonces no se crearon departamentos *ex professo* para las tareas de la prevención del delito en el Estado, ni para la investigación criminológica en el aspecto estadístico, mucho menos en materia de política criminal.

Frente a la ausencia evidente de voluntad política para cubrir estas exigencias, no fue sino hasta inicios del nuevo milenio, en el sexenio del Gobernador Miguel Alemán Velasco, que la entonces Dirección General de Prevención y Readaptación Social creó la Coordinación del Programa de Prevención del Delito, hoy Subdirección, la cual, hasta el día de hoy, es una de las encargadas de implementar la prevención general y la especial, de acuerdo al artículo 2º, primer párrafo, de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública¹³¹:

Artículo 2. La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la investigación para hacerla efectiva, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del individuo, en términos de esta Ley, en las respectivas competencias establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 5º de la Ley 350 especificaba las atribuciones del Director General, encontrándose entre ellas:

¹³¹ Congreso de la Unión. Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, (en línea el 4 de julio de 2020), <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP.pdf>

XV. Otorgar los beneficios de Libertad Condicional, Remisión Parcial de la Pena y Preliberación y autorizar el traslado de los internos que estén a disposición del Ejecutivo.

XVI. Vigilar, controlar y administrar los Consejos Tutelares y los Centros de Observación y de Adaptación Social de los menores infractores en el Estado.

XVII. Cuidar que (sic) en los Centros de Readaptación Social del Estado, se respeten los derechos de los internos.

Algo que nos llama mucho la atención es el artículo 99 del Reglamento de los Centros de Readaptación Social, el cual expresa:

ARTÍCULO 99. Los directores de los centros deberán ser personas de reconocida probidad, preferentemente tener el grado de Licenciado en Derecho y tener conocimientos profesionales relacionados con la materia penitenciaria.

En ese tenor, el referido numeral no exigía la profesionalización jurídica o criminológica de quien pudiera ser propuesto para dirigir los senderos de la población penitenciaria dentro de un Ce.Re.So. para buscar su readaptación social, sino que permitía la entrada de gente sin preparación académica ni experiencia profesional para “aplicar” la ley. Otro artículo de la Ley 350 que denotaba incongruencia con la reforma penal constitucional es el que permitía, aún después de la entrada en vigor de la reforma penal constitucional en materia penitenciaria, al Consejo Técnico Interdisciplinario, Órgano no jurisdiccional, aplicar justicia en el momento de otorgar una preliberación, pues según los numerales 6°, 7° y 8°, sus integrantes otorgaban libertades con fundamento en el artículo cuarto transitorio de la Ley 573 de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave,

Acorde a lo anterior, debe significarse que el artículo 51, párrafos primero y segundo, permitía a la autoridad ejecutora, previo estudio del caso, otorgar la denominada libertad vigilada, con fundamento a lo estipulado en el multirreferido artículo cuarto transitorio de la Ley 573.

Artículo 51. Cuando el sancionado alegue que no puede cumplir alguna de las modalidades de la sanción que le fue impuesta, por ser incompatible con su edad,

sexo, salud o constitución física, la Dirección General, previo estudio del caso dictará la resolución que corresponda.

(Adicionado, segundo párrafo, G.O. 11 de enero de 2006)

Los Reos sentenciados mayores de 70 años, que no hayan cometido delitos considerados como graves, purgarán sus sentencias en su domicilio con las limitantes que establezca la propia Dirección General, en concordancia a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 83 del Código Penal).

Dicho numeral, en su primer párrafo, permitía al Ejecutivo del Estado excarcelar a un sentenciado siempre y cuando se encontrara enfermo, con edad avanzada e, inclusive, imposibilitado para realizar sus necesidades primarias o secundarias, lo más importante para dar este tipo de libertad era que el interno se encontrara a disposición del Ejecutivo del Estado y el galeno del Ce.Re.So. emitiera un certificado médico en donde se estableciera su enfermedad y su calidad de vida a futuro.

Es así que los artículos 63 y 67 de esta Ley 350 se referían a los beneficios de la Remisión Parcial de la Pena y a la libertad condicional, respectivamente, entendiéndose en la primera que el interno debía justificar su probable libertad con trabajo (remunerado o no) dentro del penal, lo que significaba que por cada dos días de trabajo, se le quitará uno del total de su sentencia, es decir, debía haber laborado el 66.67 por ciento de la pena impuesta, fuera reincidente o primario (en la nueva Ley Nacional de Ejecución Penal esta figura jurídica desapareció). Por otro lado, la libertad condicional únicamente se podía otorgar al sentenciado primario, que hubiere cubierto el 60 por ciento de la pena, hubiere laborado o no dentro del penal o inclusive aun cuando no hubiera cubierto la sanción pecuniaria de la reparación del daño.

Dos numerales que no deben dejar de mencionarse son el 65 y 66 de la Ley 350, los cuales señalan que:

Artículo 65. A los internos que por falta de ocupación laboral asistan regularmente a la escuela, les serán tomadas en cuenta esas actividades para el efecto de la remisión parcial de la pena.

Artículo 66. La remisión de la pena se concederá sin perjuicio de cualquier otro beneficio de libertad concedido por esta Ley.

Así, el primer numeral señalaba que, si un interno (hoy PPL, Persona Privada de su Libertad) no tenía todos los días laborados para aplicar la Remisión Parcial de la Pena, se podían tomar en cuenta los días que hubiere estudiado dentro del Ce.Re.So., de acuerdo con el primer numeral citado.

Por otra parte, dentro del argot penitenciario, el artículo 66 era conocido como aquel que permitía la “combinación de beneficios”, es decir combinar la Remisión Parcial de la Pena, la libertad condicional e inclusive un tratamiento preliberacional ya sea por un año a tres meses anteriores a la fecha de obtención de la libertad¹³², comúnmente denominado: “preliberación para trámite de libertad condicional por aplicación de la remisión parcial de la pena”. Esto quiere decir que, si se combinaban los beneficios, un sentenciado a disposición del Ejecutivo del Estado en Veracruz, podía obtener su libertad al haber cumplido el 40 por ciento de la pena impuesta por el juez *a quo* o el juez *ad quem*.

Para concluir, la Ley 350 también estipulaba el procedimiento para otorgar los beneficios, cómo se organizaba el Casillero Judicial de la Dirección General y lo relativo al Patronato de Ayuda para la Reintegración Social del preliberado.

II. La Ley 350 después de las Reforma Constitucional

El miércoles 18 de junio de 2008, fue publicado en el DOF el siguiente Decreto, en el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Único. Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

De este Decreto también nos interesan los artículos 2º, párrafo primero, y 5º transitorios, que a la letra dicen:

Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la

¹³² Artículo 30, fracción IV, inciso d) arábigo 4 de la Ley 350 de Ejecución de Sanciones, de acuerdo con el artículo 4º transitorio de la Ley 573 de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

Quinto. El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

Aquí encontramos dos períodos de *vacatio legis*, el primero relativo al sistema procesal penal acusatorio de corte adversarial que entraría en vigor sin exceder el plazo de 8 años a más tardar el 19 de junio de 2016; mientras que el segundo, relacionado al nuevo sistema de reinserción, que empezaría su vigencia a partir del 19 de junio de 2011. Es así como este artículo quinto transitorio contiene un verbo taxativo que es el siguiente:

“...empezará...” el cual no dejó lugar a dudas o malas interpretaciones, resolviendo la SCJN las siguientes Tesis: PENAS. SU EJECUCIÓN ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL, A PARTIR DEL 19 DE JUNIO DE 2011¹³³ Y MODIFICACIÓN DE LAS PENAS. LA DETERMINACIÓN RELATIVA AL TRASLADO DE SENTENCIADOS DE UN CENTRO PENITENCIARIO A OTRO ESTÁ RESERVADA AL PODER JUDICIAL, CONFORME AL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS¹³⁴.

Más adelante se analizan los razonamientos que tuvieron los ministros de la SCJN para resolver al respecto. El 10 de junio de 2011, fue publicado en el DOF el siguiente Decreto, en el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

¹³³ Décima Época; Registro: 2001988; Instancia: Pleno; Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, octubre de 2012, Tomo I; Materia (s): Constitucional Penal; Tesis P/J 17/2012 (10ª); página: 18

¹³⁴ Décima Época; Registro: 2001968; Instancia: Pleno; Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, octubre de 2012, Tomo I; Materia (s): Constitucional Penal; Tesis P/J 20/2012 (10ª); página: 15

Artículo Único. Se modifica la denominación del Capítulo Primero del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1o. y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del Apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

De este Decreto también interesa el artículo 1º transitorio, que a la letra dice:

Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Se observa que ni en este numeral ni en los subsiguientes se otorga período alguno de *vacatio legis* para el artículo 18, párrafo segundo, de la CPEUM.

Por otra parte, en el mundo penitenciario que nos ocupa a partir de estas dos reformas constitucionales, se reemplaza el término de “readaptación” por el de “reinserción” y la base de la reinserción social se incrementa con el respeto a los derechos humanos, la salud y el deporte. No se deja de lado que los Derechos Humanos cada vez adquieren mayor importancia jurídica, pues no de otro modo se explica el cambio sustancial que han adquirido bajo el impacto de dos principios: *pro homine* y convencionalidad, que sustentan las reglas para dar beneficios, traslado de los PPL’s de un Ce.Re.So. a otro y de ofrecer tratamiento técnico penitenciario.

III. Los beneficios de Preliberación conforme al artículo quinto transitorio del Decreto del 18 de junio de 2008

Hasta antes de entrar en vigor el sistema de reinserción en nuestra entidad federativa, todo seguía igual con el procedimiento para la entrega de algún beneficio de preliberación; sin

embargo, poco a poco algunos abogados empezaron a interponer amparos indirectos contra las resoluciones de negativa del Consejo Técnico Interdisciplinario de la Dirección General para otorgar alguna libertad anticipada.

Es por ello que los Jueces de Distrito empezaron a resolver al respecto y aunque el Consejo Técnico Interdisciplinario advertía la inexistencia de los Jueces de Ejecución en Veracruz, el Poder Judicial Federal señaló que eso no era impedimento para hacer valer la Ley, expidiendo la siguiente Tesis

PENAS. SU EJECUCIÓN ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL, A PARTIR DEL 19 DE JUNIO DE 2011. Con la entrada en vigor el 19 de junio de 2011 de la reforma a los artículos 18 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se introdujo el modelo penitenciario de reinserción social y judicialización del régimen de modificación y duración de las penas, al ponerse de manifiesto que no sería posible transformar el sistema penitenciario del país si la ejecución de las penas seguía bajo el control absoluto del Poder Ejecutivo; de ahí que para lograr esa transformación se decidió reestructurar el sistema, circunscribiendo la facultad de administrar las prisiones al Poder Ejecutivo y confiriendo exclusivamente al Poder Judicial la de Ejecutar lo juzgado, para lo cual se creó la figura de los “Jueces de ejecución de sentencias”, que dependen del correspondiente Poder Judicial. Lo anterior pretende, por un lado, evitar el cumplimiento de una secuencia derivada de la propia sentencia pues será en definitiva el Poder Judicial, de donde emanó dicha resolución, el que vigile el estricto cumplimiento de la pena en la forma en que fue pronunciada en la ejecutoria y, por otro, acabar con la discrecionalidad de las autoridades administrativas en torno a la ejecución de dichas sanciones, de manera que todos los eventos de trascendencia jurídica que durante la ejecución de la pena puedan surgir a partir de la reforma constitucional, quedan bajo la supervisión de la autoridad judicial en materia penal, tales como la aplicación de penas alternativas a la de prisión, los problemas relacionados con el trato que reciben cotidianamente los sentenciados, la concesión o cancelación de

beneficios, la determinación de los lugares donde debe cumplirse la pena y situaciones conexas.

De lo anterior se desprende que esta facultad discrecional para otorgar beneficios de libertad quedó confinada única y exclusivamente al Poder Judicial, por lo que en las resoluciones del Juez de Distrito competente, éste resolvía dejar insubsistente el acuerdo de negativa firmado por los integrantes del Cuerpo Colegiado de la Dirección General y que el escrito donde la persona sentenciada pedía un beneficio de libertad al Director General de Prevención y Reinserción Social fuera turnado al juez de la causa junto con los estudios clínico criminológicos del sentenciado para que éste resolviera conforme a Derecho.

Vale la pena destacar que sucedió lo mismo cuando algunos sentenciados empezaron a pedir sus traslados voluntarios de un Centro de Readaptación Social a otro, y la propia Dirección General los negaba argumentando que al Centro Penitenciario donde pretendían llegar estaba sobrepoblado y, por ende, no podían otorgar la anuencia de cupo. Nuevamente ante esta situación jurídica los Jueces de Distrito en Veracruz trajeron a colación la siguiente Tesis:

MODIFICACIÓN DE LAS PENAS. LA DETERMINACIÓN RELATIVA AL TRASLADO DE SENTENCIADOS DE UN CENTRO PENITENCIARIO A OTRO ESTÁ RESERVADA AL PODER JUDICIAL, CONFORME AL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Con motivo de la entrada en vigor el 19 de junio de 2011 de la reforma a los artículos 18 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, en términos del artículo quinto transitorio del decreto respectivo, corresponde en exclusiva al Poder Judicial la imposición de las penas, así como su modificación y duración, en la inteligencia de que entre las determinaciones relacionadas con la modificación se encuentran las relativas al traslado de los sentenciados, lo que se corrobora con la exposición de motivos de la iniciativa de reformas a los artículos 18, 21 y 104 constitucionales, [...] en la cual se destacó que los períodos de vida que los reclusos pasan en prisión cumpliendo sus sentencias no consisten en el simple transcurso del tiempo, pues en esos lapsos suceden muchos eventos que debe supervisar la autoridad judicial,

como por ejemplo, la aplicación de penas alternativas a la de prisión, la concesión de beneficios o el lugar donde deba extinguirse la pena, siendo esta iniciativa la única en la que se hizo referencia a reservar la atribución citada a la autoridad judicial [...]

Esto último demuestra el interés del máximo Tribunal en nuestro país por judicializar todos aquellos actos jurídicos que afectaran la esfera jurídica de sus gobernados, especialmente de aquellos que se encontraban privados de la libertad. También debe tomarse en cuenta uno de los nuevos criterios que los integrantes del entonces Consejo Técnico Interdisciplinario de la Dirección General debían tomar en cuenta para otorgar o no algún beneficio de libertad anticipada, puesto que antes de las reformas, los especialistas del Cuerpo Colegiado del Poder Ejecutivo abusaban de la discrecionalidad de la criminología clínica a la hora de negar un beneficio de libertad, pues en sus resolutivos de negativa argumentaban la peligrosidad social del sentenciado¹³⁵, tomando como referencia el siguiente cuadro relativo al grado de peligrosidad de un delincuente¹³⁶:

El Grado de peligrosidad del sujeto en estudio y/o el riesgo social que representa: el siguiente esquema tiene como objetivo ubicar el grado de peligrosidad del sujeto en estudio. Para llegar a esto, aparte de los diagnósticos especializados (psicológico, médico, social, etc.) deben ejecutarse dos diagnósticos parciales, uno, el de capacidad criminal, y otro, el de adaptación social. Con factores de riesgo nos referimos a aquellos indicios de tipo psicosocial que pueden hacer al individuo vulnerable a verse involucrado directa o indirectamente en conductas

¹³⁵ *Cfr.* Artículos 63, fracción III, último párrafo y 67, fracción V, de la Ley 350 de Ejecución de Sanciones vigente de acuerdo con el artículo 4° transitorio de la Ley 573 de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. que a la letra señalan: Artículo 63. En concordancia con el Capítulo V del Título Quinto de esta Ley, por cada dos días de trabajo se hará remisión de un día de internamiento, siempre y cuando el interno satisfaga los requisitos siguientes: [...] III. No revele peligrosidad social. Este último criterio será en todo caso factor determinante para la concesión o negación de la Remisión Parcial de la Pena; y Artículo 67. La Libertad Condicional se otorgará a los sentenciados con penas privativas de libertad, siempre y cuando el interno satisfaga los requisitos siguientes: [...] V. No revele peligrosidad social. Esto último nos confirma la subjetividad de estas hipótesis normativas a la hora de decidir sobre la concesión o negación de ambos beneficios, puesto que por el sólo hecho de que un interno sea reincidente, se le podía negar el beneficio, aunque hubiese cumplido en su totalidad la sentencia condenatoria impuesta con anterioridad.

¹³⁶ Marín Hernández, Genia. Manual de aplicación Criminológica de las pruebas psicológicas de personalidad. Coranto: México D. F., 1995, pág. 18.

antisociales o parasociales que puedan poner en riesgo su seguridad y la del tejido social.

BAJA	MEDIA	ALTA
<ul style="list-style-type: none"> • Primodelincuente cuya conducta ha causado lesión mínima a los intereses de la sociedad. • Baja capacidad criminal. • Alta capacidad de adaptabilidad social. • Que hubiese influido la indigencia e ignorancia en la ejecución del delito. • Evolución conductual positiva en prisión. • Exhibir deseos de superación. • (disminución de las probabilidades de reincidencia). • Vida laboral estable antes de la comisión del delito. 	<ul style="list-style-type: none"> • Primodelincuente o reincidente cuya conducta ha causado considerable lesión a los intereses de la sociedad. • Condiciones de circunstancias de necesidad económica. • Aceptación de los reglamentos en la institución. • Dificultad para obtener el interés en su superación tanto académica como laboral. • Familia desintegrada y/o desorganizada. • Desarrollo laboral inestable antes de la comisión del delito. 	<ul style="list-style-type: none"> • Multirreincidente o habitual cuya conducta ha causado grave lesión a los intereses de la sociedad. • Alta capacidad criminal. • Baja capacidad de adaptabilidad social. • Alta capacidad de planeación en su conducta delictiva. • Evolución conductual negativa en prisión. • No exhibir deseos de superación tanto laboral como académica. • Rechazo del grupo familiar. • No se conoce medio honesto de vivir antes de la comisión del delito.

Tabla de construcción propia

Vale la pena destacar que el especialista en criminología del Consejo Técnico de la Dirección General de Prevención y Reinserción Social en el Estado de Veracruz usaba este cuadro para ubicar la peligrosidad de las personas sentenciadas que estaban a disposición del Ejecutivo del Estado de Veracruz, aplicando en su totalidad el Derecho Penal del Enemigo o también denominado Derecho Penal del Autor¹³⁷; sin embargo, después de que el principio *pro persona* se introdujo a nuestra Carta Magna en el mes de junio de 2011, la Primera Sala de la SCJN y los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial Federal publicaron las siguientes tesis, a saber:

DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN

¹³⁷ Espinosa Torres, María del Pilar, El Derecho Penal del Enemigo, en *Letras Jurídicas*. Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones jurídicas de la U. V., número 11, enero-junio de 2005, revista multidisciplinaria del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, Veracruz, México, 2005, (en línea el 4 de julio de 2020), <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espinosa11.pdf>

SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO). -----

A fin de determinar por qué el paradigma del derecho penal del acto encuentra protección en nuestro orden jurídico, es necesario ubicar aquellos preceptos constitucionales que protegen los valores de los que tal modelo se nutre. Para ello, en primer lugar, es imprescindible referir al artículo 1o. constitucional, pues como ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer 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. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término "readaptación" y su sustitución por el de "reinserción", a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas

contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición¹³⁸.

LIBERTAD PREPARATORIA. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 84 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, RELATIVA A LOS REQUISITOS PARA SU OTORGAMIENTO, EN LA PARTE QUE CONTEMPLA EL TÉRMINO "SOCIALMENTE READAPTADO", ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, DEBE INAPLICARSE. - - - - -

Las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 y 10 de junio de 2011, significaron la introducción de un nuevo paradigma en México, el cual exige, a todos los operadores jurídicos, un minucioso análisis del nuevo texto constitucional, para determinar sus alcances y reinterpretar aquellas figuras e instituciones que resulten incompatibles o que puedan obstaculizar la aplicación y el desarrollo del nuevo modelo de justicia, con lo que se busca el efecto útil de la reforma, esencialmente la tutela efectiva de los derechos humanos de las personas que, en su conjunto, son el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano. Por otra parte, de los preceptos 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 84 del Código Penal Federal, se advierte que el primero se refiere al tema de la "reinserción social", mientras que el segundo al de la "readaptación social"; así, desde la visión de los derechos humanos, se modificó constitucionalmente, de manera radical, el sustento del sistema penitenciario de la "readaptación social" a la "reinserción social", lo que implica que la obligación del Estado, no es la de readaptar a la persona, sino la de reingresarla a la sociedad. Al respecto, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo en la jurisprudencia P./J. 31/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 13 de diciembre de 2013 a las 13:20 horas

¹³⁸ Décima Época; Registro: 2005918; Instancia: Primera Sala; Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IV, marzo de 2014, Tomo I; Materia (s): Jurisprudencia (Constitucional); Tesis 1a./J. 21/2014 (10ª); página: 354.

y en su Gaceta, Décima Época, Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, página 124, de título y subtítulo: "REINSERCIÓN DEL SENTENCIADO A LA SOCIEDAD. SU ALCANCE CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.", que bajo la óptica de la reinserción social, quien comete un acto delictivo se aparta de la sociedad porque no se encuentra integrado a ella, y que no será posible su reinserción sin una instrucción previa, creadora o revitalizadora de habilidades y hábitos laborales, así como la atención de la salud, educación y el deporte; de ahí que la fracción II del artículo 84 del Código Penal Federal, relativa a los requisitos para el otorgamiento de la libertad preparatoria, en la parte que contempla el término "socialmente readaptado", al no dar cabida a una interpretación conforme en sentido amplio ni estricto, no es acorde con la nueva propuesta penitenciaria basada en la reinserción social que estipula el artículo 18 constitucional, el cual, bajo el principio de supremacía constitucional, es el que debe prevalecer; por tanto, conforme a las reformas constitucionales señaladas, al criterio en cita y a un efectivo ejercicio de control difuso de la Constitución Federal, dicho precepto debe inaplicarse¹³⁹.

Derivado de lo planteado anteriormente, estas jurisprudencias son muy importantes porque para aquellos que aún aplicaban la criminología clínica plasmada en las leyes 350 y 573 en ese entonces vigentes en el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, ya no debían analizar al delincuente por sus características de personalidad (peligrosidad) sino por el acto delictivo que éste hubiese cometido¹⁴⁰ (error humano); verbigracia, si en algún Centro de Reclusión de los 17 que hay en el Estado de Veracruz¹⁴¹ "hipotéticamente" hubiera un delincuente con 18 reincidencias, hasta antes de la reforma no hubiera tenido oportunidad de obtener una preliberación ya que su estado de peligrosidad, de acuerdo al cuadro

¹³⁹ Décima Época; Registro: 2007434; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro X, septiembre de 2014, Tomo III; Materia (s): Constitucional Penal; Tesis aislada I.9o.P.62 P (10ª); página: 2457

¹⁴⁰ Cfr. Las Escuelas Clásica y Positiva del Derecho Penal. Castellanos, Fernando, *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, D. F., 2003, pp. 31 y ss.

¹⁴¹ 1. Acayucan, 2. Amatlán de los Reyes, 3. Chicontepec, 4. Coatzacoalcos "Duport Ostión", 5. Cosamaloapan "Morelos", 6. Huayacocotla, 7. Jalacingo, 8, Misantla, 9. Ozuluama, 10. Pacho Viejo (Zona I Xalapa), 11. Pánuco, 12. Papantla, 13. Poza Rica, 14. San Andrés Tuxtla, 15. Tantoyuca, 16. Tuxpan, 17. Zongolica.

suprainsertado, hubiera sido alto por considerarse un delincuente multirreincidente; sin embargo, las tesis arriba aludidas nos indican que la personalidad del delincuente y sus antecedentes penales no deben ser factor determinante para otorgarle un beneficio preliberacional, porque si así se argumentara, un Juez de Distrito podría dejar sin efecto la resolución, señalando que se está atentando contra el principio *pro persona* y contra la dignidad humana del sentenciado. Las reglas evidentemente cambiaron.

Otro cambio sustancial fue la publicación de la Ley General de Víctimas y la Ley número 308 de Víctimas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, puesto que antes de ellas, ninguno de los requisitos de ley para otorgar la remisión parcial de la pena o la libertad condicional, plasmados en los numerales 63 y 67 de la Ley 350 de Ejecución de Sanciones, exigían el pago de la reparación del daño, por lo que muchos sentenciados se veían favorecidos con esta política criminal, quizás no justa, pero sí apegada a la legalidad.¹⁴²

IV. Duda de Ley 1DL/2012 acerca de la observación y aplicación del artículo 94 del Código Penal del Estado de Veracruz

Ante la afirmación de las víctimas de un delito respecto a que las preliberaciones no eran justas, aunque fueran apegadas a la legalidad, esta Duda de Ley tiene el siguiente antecedente cronológico:

1. Con fecha veintiséis de noviembre del año dos mil diez, Adolfo Menéndez Gutiérrez presentó denuncia por escrito en contra del Director General de Prevención y Readaptación Social del Estado y en contra del Consejo Técnico Interdisciplinario de la institución de referencia, por el delito de Abuso de Autoridad e Incumplimiento de un Deber Legal, haciendo consistir los hechos en haber otorgado el beneficio de libertad denominado Pre liberación para trámite de Libertad Condicional por aplicación de la Remisión Parcial de la Pena a la sentenciada María de Lourdes Hernández Zarazúa (sic), sin que ésta hubiera cubierto la reparación del daño a que fue condenada por el delito de fraude en la

¹⁴² Más adelante analizaremos la Duda de Ley 1DL/2012 acerca de la observación y aplicación del artículo 94 del Código Penal vigente en el Estado de Veracruz, publicada en la Gaceta Oficial del Estado mediante número extraordinario 115, de fecha 6 de abril de 2012, originada por la inconformidad del abogado de una agraviada por el delito de fraude, cuando el Cuerpo Colegiado de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social otorgó una preliberación sin que la sentenciada hubiese cubierto el concepto de la reparación del daño.

causa penal número 12/2008, del índice del Juzgado Tercero de Primera Instancia del Distrito Judicial de Veracruz, Veracruz; por lo cual quedó radicada ante la Agente Primera del Ministerio Público Especializada en Delitos cometidos por Servidores Públicos del Estado, bajo el número de investigación ministerial FESP/535/2010/I-II.

2. En la investigación ministerial donde se analizaron los hechos denunciados, se determinó el veinticinco de octubre del año dos mil once el no ejercicio de la acción penal a favor de los servidores públicos denunciados.

3. Inconforme con dicha resolución el denunciante interpuso recurso de queja, el cual formó el Toca 55/2012 del índice de esta Sala Constitucional que se resolvió el diecisiete de febrero del año en curso, en el sentido de modificar la determinación impugnada.

4. Sin embargo, un aspecto subyacente en la sentencia de la Sala Constitucional actuando como Sala de legalidad en el recurso de queja, es el de interpretar si para obtener la libertad condicional un sentenciado, es necesario que cubra o garantice la reparación del daño; es decir, si el contenido del artículo 94 del Código Penal en vigor, es de observancia y aplicación respecto al artículo 67 de la Ley número 350 de Ejecución de Sanciones del Estado.

Lo anterior origina la duda no de hecho, sino como medio de control constitucional con la intención de que los efectos de la interpretación que resulte sean considerados por la autoridad cuya función afecte la respuesta al mecanismo de control constitucional instaurado¹⁴³.

Visto que la Sala de lo Constitucional en el Estado de Veracruz se erigía como máximo intérprete de todo el ordenamiento legal y constitucional del Estado, en la referida Duda de Ley se estableció la problemática de los argumentos hechos por los funcionarios penitenciarios de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social y las del abogado postulante, defensor de su cliente, a saber:

¹⁴³ Gaceta Oficial, Órgano Del Gobierno Del Estado De Veracruz De Ignacio De La Llave, Duda de Ley 1DL/2012 acerca de la observación y aplicación del artículo 94 del Código Penal vigente en el Estado de Veracruz, publicada en la Gaceta Oficial del Estado mediante número extraordinario 115, de fecha 6 de abril de 2012, (en línea), Veracruz, Ver., (citado 31 de julio de 2020), Disponible en <http://www.editoraveracruz.gob.mx/gacetas/2012/04/N%C3%BAm.%20Extraordinario%20115.pdf>

Así, la problemática interpretativa a que se contrae la petición de esta Duda de Ley, (sic) consiste en dar respuesta fundada y motivada sobre lo siguiente:

Distinguir si para obtener la libertad condicional un sentenciado, es necesario que cubra o garantice la reparación del daño; es decir, si el contenido del artículo 94 del Código Penal en vigor, es de observancia y aplicación respecto al artículo 67 de la Ley número 350 de Ejecución de Sanciones del Estado.

Al particular, es preciso traer a su literalidad el contenido de los artículos 94 del Código Penal en vigor y de su homólogo el 67 de la Ley número 350 de Ejecución de Sanciones, ambos del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, que textualmente dicen:

Artículo 94:

"...Cuando el sentenciado cubra o garantice la reparación del daño y cumpla las tres quintas partes de la pena de prisión, en el caso de los delitos dolosos, o la mitad en los culposos, podrá obtener su libertad condicional por acuerdo de la autoridad ejecutora, siempre que por pruebas evidentes se aprecie su readaptación social.

Este beneficio no se concederá a los reincidentes ni a los sentenciados por los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación, pornografía infantil o robo calificado..."

Artículo 67

"...La libertad condicional se otorgará a los sancionados con penas privativas de libertad, siempre y cuando el interno satisfaga los requisitos siguientes:

I. No sea reincidente.

II. Haya cumplido las tres quintas partes de la pena corporal impuesta, si se tratara de delitos dolosos o preterintencionales o la mitad de esta en el caso de delitos culposos.

III. Haya observado buena conducta durante su internamiento y participado regularmente en las actividades educativas.

IV. Que individualmente o formando parte de un grupo no haya alterado el orden del Centro de Readaptación para cualquier fin.

V. No revele peligrosidad social.

VI. Ofrezca y se dedique en el plazo que la resolución determine, a un oficio, arte, industria, profesión o cualquier otro medio honesto de vivir.

VII. Se comprometa a residir en un lugar determinado, durante el período de libertad condicional, del cual no podrá ausentarse, sin el permiso de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social.

VIII. Que alguna persona, con reconocida solvencia moral, honrada y de arraigo se obligue a supervisar y a cuidar que el liberado cumpla con las obligaciones que contraiga para obtener el beneficio.

IX. Que no haya incurrido en cualquiera de las conductas a que se refiere el artículo 54 de esta Ley..."

Desde esta óptica, la respuesta de la Dirección General para resolver esta antinomia fue señalar la aplicación del principio general del derecho que a la letra dice: "la regla particular deroga a la general"; sin embargo, la Sala de lo Constitucional señaló que eso no era posible debido a que:

...es criterio de este órgano constitucional sostener en vía de control constitucional, como lo es la Duda de Ley, que las normas contenidas en el artículo 94 del Código Penal y su similar el 67 de la Ley de Ejecución de Sanciones, son normas que coexisten en el orden jurídico Estatal, al remitir la aplicación de la libertad condicional, a la autoridad ejecutora de las sentencias, sin que ninguna de ellas haga alusión a autoridad distinta, como pudiera ser la jurisdiccional que, en su caso, pudiera hacer que prevaleciera la norma especial. En consecuencia, para otorgarse el beneficio de libertad denominado "Libertad Condicional", es requisito sine qua non que, además de satisfacerse los particulares que señala el artículo 67 de la Ley de Ejecución de Sanciones del Estado, deben tomarse en cuenta todos y cada uno de los que establece el artículo 94 del Código Sustantivo Penal; esto es, acatar toda la normatividad relativa a la libertad condicional, como lo son las leyes recién enunciadas; leyes de las cuáles se debe tener que él sentenciado podrá obtener la libertad condicional cuando cubra o garantice la reparación del daño, reuniendo la temporalidad que prevé la última norma citada, siempre que se aprecie su readaptación social y, la autoridad

ejecutora de sanciones la otorgará cuando se cumplan todos los requisitos señalados en el primer artículo aludido; y es que no puede estimarse de otra forma, so pena de hacer nugatoria alguna de las normas relativas a la libertad condicional, más aún cuando se debe entender que la esencia del beneficio de libertad es que el sentenciado se beneficie al compurgar su sanción corporal en plena libertad, lo cual implica reincorporarse a la sociedad sin contratiempo, ni problemáticas que lo puedan llevar a que se le revoque el beneficio concedido, como lo es tener un adeudo de reparación del daño.

Obvio que siendo requisito cubrir o garantizar la reparación del daño, únicamente en los casos en que haya sido condenado a ello un sentenciado, pues de lo contrario no se adecua el supuesto normativo; pero de haber sido sentenciado al pago mencionado, no existe razón jurídica válida para que la autoridad ejecutora exonere de la condena relativa al sentenciado, sobre todo estimando que es una pena pública...

Es así como esta Duda de Ley 1DL/2012 fue resuelta de la siguiente forma:

Puntos de la respuesta

Por lo fundado y motivado, se responde:

Primero. Debe prevalecer como respuesta fundada y motivada la interpretación que ha fijado esta Sala Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución de Veracruz y de todos los demás ordenamientos del Estado.

Segundo. Los artículos 94 del Código Penal vigente y 67 de la Ley número 350 de Ejecución de Sanciones del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, que dicen:

“Artículo 94:

"...Cuando el sentenciado cubra o garantice la reparación del daño y cumpla las tres quintas partes de la pena de prisión, en el caso de los delitos dolosos, o la mitad en los culposos, podrá obtener su libertad condicional por acuerdo de la autoridad ejecutora, siempre que por pruebas evidentes se aprecie su readaptación social.

Este beneficio no se concederá a los reincidentes ni a los sentenciados por los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación, pornografía infantil o robo calificado..."

Debe integrarse de esta forma:

"...Sólo en los casos en que el sentenciado satisfaga todos y cada uno de los requisitos establecidos por este artículo, podrá obtener la libertad condicional por acuerdo de la autoridad ejecutora."

Artículo 67:

"...La libertad condicional se otorgará a los sancionados con penas privativas de libertad, siempre y cuando el interno satisfaga los requisitos siguientes:

I. No sea reincidente.

II. Haya cumplido las tres quintas partes de la pena corporal impuesta, si se tratara de delitos dolosos o preterintencionales o la mitad de esta en el caso de delitos culposos.

III. Haya observado buena conducta durante su internamiento y participado regularmente en las actividades educativas.

IV. Que individualmente o formando parte de un grupo no haya alterado el orden del Centro de Readaptación para cualquier fin.

V. No revele peligrosidad social.

VI. Ofrezca y se dedique en el plazo que la resolución determine, a un oficio, arte, industria, profesión o cualquier otro medio honesto de vivir.

VII. Se comprometa a residir en un lugar determinado, durante el período de libertad condicional, del cual no podrá ausentarse, sin el permiso de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social.

VIII. Que alguna persona, con reconocida solvencia moral, honrada y de arraigo se obligue a supervisar y a cuidar que el liberado cumpla con las obligaciones que contraiga para obtener el beneficio.

IX. Que no haya incurrido en cualquiera de las conductas a que se refiere el artículo 54 de esta Ley..."

Debe integrarse de esta forma:

"...Siendo, entre otros, el objeto de la ley de Ejecución de Sanciones del Estado, ejecutar las sanciones correspondientes a los delitos establecidos por el Código Penal, además de los requisitos que señala este artículo, hay que observar la aplicación del diverso 94 del Código Sustantivo Penal del Estado para otorgar el beneficio de libertad condicional."

Lo que deberá de entrar en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del estado.

Tercero. Y toda vez que esta interpretación forma parte integrante del precepto sobre el cual se formuló la duda, resulta obligatoria, por lo que envíese al Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado copia certificada de la misma, para que por su conducto la remita a la Gaceta Oficial del estado, para que se le dé la publicidad debida entrando en vigor al día siguiente de su publicación, con fundamento en el artículo 40 fracción XX de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado.

Cuarto. Igualmente, toda vez que la interpretación fijada se hace con base en las competencias constitucionales de esta Sala Constitucional y de conformidad con los artículos 3 fracción XIII, 43 fracción I y 44 fracción X de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como 34 y 42 del Reglamento Interior del Tribunal Superior de Justicia, se sienta el siguiente criterio relevante:

Libertad condicional. Para el otorgamiento de la, es necesario reunir los requisitos establecidos en los artículos 94 del Código Penal del Estado y 67 de la Ley número 350 de Ejecución de Sanciones del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. El artículo 94 del Código Penal establece requisitos para poder obtener la libertad condicional y el artículo 67 de la Ley de Ejecución de Sanciones contiene requisitos para otorgarla; así, si bien es cierto la Ley número 350 recién invocada se puede considerar una ley especial, cuyo objetivo entre otros lo es la ejecución de las sanciones correspondientes a los delitos establecidos por el Código Penal, como se establece en su artículo 1º, esta mención que hace en el sentido de que la ejecución que le corresponde es la de las sanciones de los delitos del Código Sustantivo, es lo que no permite dejar de tomar en consideración la

Ley Penal por excelencia en el Estado, el Código Penal, el cual contiene el catálogo de ilícitos a sancionarse y por obviada a ejecutarse la sentencia respectiva; por consiguiente, si el origen de la ejecución es el delito, debe estarse a todo lo que a él afecta y, la libertad condicional a que se refiere el Código Penal, es parte de las afectaciones de las descripciones legales que contiene; por ello, si el artículo 94 del Código Punitivo y su similar el 67 de la Ley de Ejecución de Sanciones hablan de la libertad condicional, se debe entender que ambas normas jurídicas se complementan, no existiendo jerarquías entre ellas, pues de estimarse lo contrario, se haría nugatoria la vigencia y aplicación de alguna; pues la primera contiene una norma discrecional, sólo vencible reuniendo la temporalidad indicada y cubriendo o garantizando la reparación del daño, siempre que por pruebas evidentes se aprecie que el sentenciado puede ser reinsertado a la sociedad, de aquí el complemento del Código Sustantivo con la Ley especial, pues al ser imperativo el otorgamiento de la libertad condicional en la última normatividad citada, al satisfacerse los requisitos que prevé, se debe entender por un lado, que ya se venció la discrecionalidad y por otro, que el sentenciado está preparado para ser reinsertado a la sociedad. De tal suerte que las normas contenidas en el artículo 94 del Código Penal y su similar el 67 de la Ley de Ejecución de Sanciones, son normas que coexisten en el orden jurídico estatal, al remitir la aplicación de la libertad condicional, a la autoridad ejecutora de las sentencias, sin que ninguna de ellas haga alusión a autoridad distinta, como pudiera ser la jurisdiccional que, en su caso, pudiera hacer que prevaleciera la norma especial; consecuentemente, para que la autoridad ejecutora otorgue la libertad condicional, basta que se colmen los particulares a que alude el artículo 67 de la Ley número 350 de Ejecución de Sanciones del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, y los requisitos establecidos en el artículo 94 del Código Penal vigente en la entidad Veracruzana; con las salvedades derivadas de las leyes aplicables.

Para que el presidente del Poder Judicial del Estado proceda a su compilación, sistematización y publicación, de acuerdo con lo que disponen los artículos 11, 12, 38 fracción XVIII y 40 fracción XX de la referida ley, así como 68 del comentado reglamento.

Quinto. Notifíquese por lista de acuerdos y personalmente a las autoridades que por el ejercicio de sus funciones están relacionadas directamente con la comentada ley, que son: El Gobernador del Estado, el Procurador General de Justicia del Estado, para los efectos del artículo 441 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales vigente, a la Secretaría de Gobierno, como superior jerárquico de la autoridad ejecutora de las sanciones previstas en el Código Penal y, a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social del Estado, enviándoles testimonio de la presente respuesta fundada y motivada para que surta sus efectos legales procedentes, así como copia certificada para que se integre al tomo 55/2012 del índice de esta Sala; también solicítense el acuse de recibo de estilo y archívese el presente como asunto totalmente concluido.

Con esto se concluye que a partir del 6 de abril de 2012 la Duda de Ley 1DL/2012 obligaba a los integrantes del Consejo Técnico de la Dirección General de Prevención y Reinserción Social a aplicar tanto el artículo 94, párrafos primero y segundo, del Código Penal número 586 sustantivo de 2004, como la Ley 350 de Ejecución de Sanciones vigente de acuerdo con el artículo 4º transitorio de la Ley 573 de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

En mi humilde opinión, por qué los Magistrados de la Sala de lo Constitucional no tomaron en cuenta el artículo quinto transitorio del Decreto de fecha 18 de junio de 2008; por qué asumieron que la Dirección General de Prevención y Reinserción Social debía continuar otorgando preliberaciones, si la *vacatio legis* de la entrada en vigor del sistema penitenciario en México había entrado en vigor el 19 de junio de 2011 y esta Duda de Ley iniciaba vigencia en abril de 2012; ¿dónde quedó el control de constitucionalidad de los CC. Magistrados del Poder Judicial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave? Esta resolución fue una arbitrariedad para apoyar al Gobernador estatal en turno, pues según este último, siempre justificó la no existencia de recursos suficientes para echar a andar los

Juzgados de Ejecución y tal vez por ello, no quiso pasar a la historia como un gran estadista, sino como un simple PPL en un Centro Penitenciario en la CDMX.

V. Ley Nacional de Ejecución Penal

Ante la inclinación de las autoridades de sexenios pasados por crear leyes nacionales, verbigracia el Código Nacional de Procedimientos Penales, la tendencia respecto a la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad no podía ser otra más que crear una Ley Nacional de Ejecución Penal.

Es así como el pasado 16 de junio de 2016, entra en vigor la tal esperada Ley Nacional de Ejecución Penal, encontrado los principios generales que se señalaban en el numeral cuarto de este anteproyecto, a saber:

a) Dignidad, b) Igualdad, c) Legalidad, d) Debido Proceso, e) Transparencia, f) Confidencialidad, g) Publicidad, h) Proporcionalidad, e i) Reinserción social.¹⁴⁴

Asimismo, en los artículos 9° y 10 se enmarcan los Derechos Humanos de hombres y mujeres privados de su libertad, así como de aquellos sentenciados que gozan de libertad anticipada. A partir de los arábigos 11 y 12 se detallaban las obligaciones intramuros y extramuros de los sentenciados y los preliberados.

También se especificaban las tareas del juez de ejecución penal y del ministerio público. Otra hipótesis que llama la atención a nivel nacional es la siguiente:

La constancia relativa a los antecedentes penales sólo se podrá extender para fines de investigación criminal, procesales o por requerimiento de autoridad judicial

Si comparamos esta normativa con el artículo 145 de la Ley 573 de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, que a la letra decía:

Artículo 145. Sólo a las autoridades que los soliciten en ejercicio de sus atribuciones se podrán proporcionar los datos contenidos en el casillero judicial.

Se observa la tendencia del respeto a la Dignidad Humana de los sentenciados que gozan de libertad anticipada, puesto que en caso de que un “patrón particular” les exija

¹⁴⁴ Senado de la República. *op. cit.* (en línea), Disponible en World Wide Web: http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Audiencias_LNEP/anteproyecto_281114.pdf

una constancia relativa a sus antecedentes penales como requisito de contratación, ésta ya no se expide a solicitud de un particular. En este sentido y ante la existencia del principio de presunción de inocencia, a todos aquellos imputados con el nuevo sistema penal adversarial no se les debe elaborar la ficha señalética que contempla el sistema penal mixto, puesto que de realizarse y el imputado se amparase, éste ganaría el amparo lisa y llanamente, por lo que es un tema delicado de derechos humanos, de seguridad pública, de seguridad interna y, por qué no decirlo, de seguridad nacional.

Un tema innovador y necesario dentro de los Centros Penitenciarios es el de los protocolos de actuación, mismos que en el numeral 33 de esta Ley se expresan, así:

- I. De protección civil;
- II. De ingreso, egreso y de las medidas necesarias para poner a la persona en libertad inmediata cuando la autoridad judicial así lo disponga y no exista otra causa para mantener a la persona privada de la libertad;
- III. De capacitación en materia de derechos humanos para el personal del Centro.
- IV. De uso de la fuerza;
- V. De manejo de motines, evasiones, incidencias, lesiones y muertes en custodia;
- VI. De revisiones a visitantes y otras personas que ingresen a los centros;
- VII. De revisión de la población del centro;
- VIII. De revisión del personal;
- IX. De resguardo de personas privadas de la libertad en situación de especial vulnerabilidad;
- X. De la ejecución de la sanción de aislamiento temporal;
- XI. De cadena de custodia de objetos relacionados con una probable causa penal o procedimiento de responsabilidad administrativa;
- XII. De trato respecto del procedimiento para su ingreso, permanencia o egreso temporal o definitivo el centro correspondiente de las hijas e hijos que vivan en los centros con sus madres privadas de la libertad;
- XIII. De clasificación de áreas; Anteproyecto de Dictamen Comisión de Justicia
- XIV. De visitas y entrevistas con las personas defensoras;
- XV. De actuación en casos que involucren personas indígenas privadas de la libertad;

- XVI. Del tratamiento de adicciones;
- XVII. De comunicación con los servicios consulares en el caso de personas privadas de la libertad extranjeras;
- XVIII. De trabajo social;
- XIX. De prevención de agresiones sexuales y de suicidios;
De urgencias médicas;
- XX. De traslados;
- XXI. De solicitud de audiencias y presentación de quejas y formulación de demandas,
- XXII. De notificaciones, citatorios y práctica de diligencias judiciales
- XXIII. De urgencia médica y traslado a hospitales

En algún curso de capacitación a “enlaces jurídicos” de la Secretaría de Seguridad Pública en Veracruz, realizado en el CEIS¹⁴⁵, durante los meses de noviembre y diciembre de 2014, el encargado de esta área en una ciudad del Norte del estado, comentó el caso de un policía que disparó a un sentenciado del fuero común cuando éste intentaba saltarse la barda perimetral del Ce.Re.So. donde se encontraba. Cuando el Ministerio Público y los elementos policiacos iniciaron la indagatoria correspondiente, preguntaron al director sobre la posible existencia del protocolo para saber el actuar en casos de intentos de fuga. La respuesta del servidor público fue tajante: No existe. En esta Ley, el caso señalado por el servidor público se substanciará en la fracción V.

Relacionado a las reclusas cuyos hijos nazcan dentro de un penal, imputadas o sentenciadas, en caso de desear conservarlos con ellas dentro del Ce.Re.So. o Ce.Fe.Re.So., podrán tenerlos hasta que el infante cumpla los tres años. Después de este tiempo, el Juez de Ejecución resolverá conforme al caso en particular, pero siempre atendiendo al principio del superior interés del menor.

El artículo 27 de Ley señala en el primer párrafo lo siguiente:

Bases de datos de personas privadas de la libertad la autoridad penitenciaria estará obligada a mantener una base de datos de personas privadas de la libertad con la información de cada persona que ingrese al sistema penitenciario, de

¹⁴⁵ Centro de Estudios e Investigación en Seguridad, ante Academia Estatal de Policía en El Lencero, municipio de Emiliano Zapata, Veracruz.

conformidad con lo establecido en el sistema único de información criminal, definido en la ley general del sistema nacional de seguridad pública. la autoridad penitenciaria deberá mantener también un expediente médico y un expediente único de ejecución penal para cada persona que ingrese al sistema penitenciario, de acuerdo con lo siguiente:

Con base en nuestra experiencia laboral en algunos Ce.Re.So.ís del Estado de Veracruz, recuerdo el caso de una mujer que, al ingresar al penal conocido como Pacho Viejo, perteneciente al municipio de Coatepec, Ver., argumentaba ser inocente y víctima de una injusticia a su persona; en este sentido, de acuerdo con el protocolo de ingreso no escrito, el personal del área jurídica procedió a llenar la ficha respectiva y a tomarle la fotografía de rigor como mero trámite administrativo. Acto seguido, la fémima empezó a gritar y a taparse la cara para no ser “fichada” por la institución carcelaria.

Ante la inexistencia de un marco normativo que expresara alguna hipótesis al respecto, personal de psicología del reclusorio tuvo que hablar con ella para hacerle ver que sólo se trataba de un trámite administrativo y que la impresión fotográfica no trascendería los muros de este lugar. Finalmente fue convencida y ésta accedió a la toma. El principio de legalidad, qué hubiera sucedido si en aquel entonces la imputada se hubiese amparado contra la toma de la foto o qué pasaría si se hubiera usado la fuerza pública por parte de personal de custodia para forzarla a tomarse la misma. En la actualidad, esta hipótesis contemplada en la Ley facilita las cosas.

Un tema escabroso para las autoridades penitenciarias de un Ce.Re.So. o Ce.Fe.Re.So., es el relativo al traslado involuntario de un procesado o sentenciado a otro Centro de Reinserción Social; en esta situación, para trasladar a un procesado resulta necesaria la autorización del juez de la causa, mientras que para el segundo es necesaria la autorización del Juez de Ejecución:

Artículo 51, párrafo segundo: En audiencia privada ante el juez de ejecución se podrá solicitar el traslado. La autoridad penitenciaria podrá solicitar el traslado involuntario en casos de emergencia por cualquier medio.

En este apartado del anteproyecto se prohíbe el traslado de mujeres embarazadas.

Respecto a las acciones conocidas como “requisas”, esta Ley las denomina “revisión a centros” y “revisión a celdas”, obedeciendo a “...los principios de necesidad,

razonabilidad y proporcionalidad, y realizarse bajo criterios no discriminatorios y en condiciones dignas. Los actos de revisión se llevarán a cabo de la manera menos intrusiva y molesta a las personas privadas de la libertad en su intimidad y posesiones, sin dañar los objetos inspeccionados.”¹⁴⁶. También se busca impulsar la industria penitenciaria, pero en nuestra opinión la infraestructura de los penales veracruzanos¹⁴⁷, no es la adecuada para ello, ya que para lograrlo es necesaria la derrama de una fuerte inversión económica.

Al amparo de lo aquí señalado, se puede destacar que el nuevo paradigma de los derechos humanos dentro del sistema penitenciario en México exige la elaboración de un programa de reinserción, artículo 104, a saber:

La autoridad penitenciaria informará a la persona sentenciada sobre el catálogo de actividades disponibles que pueden componer su programa de reinserción. De dicho catálogo, la persona sentenciada deberá elegir aquellas compatibles con su proyecto de vida. El Reglamento determinará el número de actividades y de horas que constituirán un programa de reinserción satisfactorio. Dicho programa será remitido al Juez dentro de los quince días hábiles siguientes a la puesta a disposición del sentenciado, para su conocimiento.

El documento aquí analizado también contemplaba las reglas del procedimiento de ejecución para que el Juez competente pueda resolver controversias o solicitudes hechas por el sentenciado, su abogado o su defensor público.

Debe recalarse que en el apartado de beneficios de libertad anticipada, algo favorecedor para las víctimas y que va de la mano con la Ley General de Víctimas es lo que tiene que ver con la sanción pecuniaria del pago de la reparación del daño, es decir, antes de que el juez de ejecución resuelva otorgar una boleta de extenuación, deberá estar completamente seguro y que conste en autos que tanto multa como la reparación del daño ya han sido cubiertas por el sentenciado, o la víctima se ha dado por pagada de dicho concepto. Esto indudablemente fortalece la justicia restaurativa mexicana.

¹⁴⁶ Artículos 64, 65 y 66 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

¹⁴⁷ Sales Heredia, Renato, No permitiremos el autogobierno en prisiones en SIPSE.COM, (en línea), (citado 4 de julio de 2020), Disponible en World Wide Web: <http://sipse.com/mexico/leccion-dejo-fuga-chapo-guzman-mexico-prisiones-168061.html> al referir: "Los penales federales están mucho mejor que los de las entidades, sin duda, pero se trata de llegar a niveles de excelencia y vincularlos a organizaciones como ACA, que es la Asociación de Prisiones Americanas, que establece una serie de puntos, una especie de *check list* a cumplir para satisfacer plenamente los requerimientos de un penal de alta o de mediana seguridad dependiendo del nivel delictivo, dependiendo del índice de peligrosidad y culpabilidad del delincuente que sea sancionado".

Se observa que la combinación de beneficios seguía permitida en el anteproyecto de Ley Nacional, al señalar:

Artículo 154. Acumulación de beneficios

Sólo el beneficio de remisión parcial de la pena podrá ser aplicado de manera simultánea o acumulada con otro beneficio, por lo que no podrán otorgarse más de dos beneficios.

Sin embargo, en la Ley Nacional de Ejecución Penal se eliminó. Considero que esto es en beneficio de las víctimas directas e indirectas del delito. Otra hipótesis que en su momento llamó la atención fue la siguiente nota de vigencia:

De conformidad con lo que establece el párrafo segundo del Artículo Segundo Transitorio de esta Ley, los artículos 31, 32, 33, 34, 35, 36, 59, 60, 61, 75, 77, 78, 80, 82, 83, 86, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 128, **136**, 145, 153, 165, 166, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 192, 193, 194, 195, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206 y 207, publicados en el DOF 16-06-2016, “entrarán en vigor a más tardar dos años después de la publicación de la presente Ley o al día siguiente de la publicación de la Declaratoria que al efecto emitan el Congreso de la Unión o las legislaturas de las entidades federativas en el ámbito de sus competencias, sin que pueda exceder del 30 de noviembre de 2018”.

Sin duda, lo que los servidores públicos en materia penitenciaria deseaban era despresurizar todos los Ce.Re.So.ís y Ce.Fe.Re.So.ís del país. Y aunque poco más de dos años después de la entrada en vigor de la Ley, ahora la libertad condicionada, prevista en el arábigo 136, permite que un PPL recobre su libertad al haber compurgado el 50 por ciento de su pena, previos requisitos de Ley, señalados en el numeral 137 de esta normativa. Finalmente, en días pasados, la Comisión Nacional de Derechos Humanos elevó una controversia constitucional, donde se impugnaron los artículos 36, párrafo tercero; 137, párrafo segundo; 139; 141, fracción VII y 144, fracción I, significando que el Tribunal Supremo de este país resolvió lo siguiente:

ANÁLISIS SOBRE LA VALIDEZ DE DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA
LEY NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL

Determinar si los preceptos de la Ley Nacional de Ejecución Penal que fueron controvertidos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos respetan los principios de interés superior del menor, de reinserción social, así como los derechos a la igualdad y no discriminación.

Antecedentes: La Comisión Nacional de los Derechos Humanos demandó la invalidez de diversos artículos de la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016.

En concreto, la promovente impugnó los artículos 36, párrafo tercero; 137, párrafo segundo; 139; 141, fracción VII y 144, fracción I, pues indicó que tales preceptos vulneran diversos principios y derechos al prever, respectivamente: que sólo las madres cuyos hijos nacen durante su internamiento pueden permanecer hasta los tres años de edad con ellas; que la obtención de la libertad está condicionada a cubrir el costo de un dispositivo de monitoreo electrónico; que se reducen de las obligaciones del régimen de supervisión si las personas en libertad condicional únicamente realizan actividades no remuneradas; porque se distingue entre la comisión de delitos dolosos y culposos para otorgar la libertad anticipada; y, porque se establece que la sustitución de la pena puede decretarse, únicamente respecto de aquellas personas que tengan un hijo menor de 12 años.

Resolución: Tomando en cuenta el desarrollo jurisprudencial de los principios de reinserción social e igualdad y no discriminación, el Tribunal Pleno realizó el análisis de los siguientes conceptos de invalidez:

1. Examen de constitucionalidad del artículo 36 de la Ley Nacional de Ejecución Penal. La Comisión Nacional de Derechos Humanos reclamó la invalidez del artículo 36, párrafo tercero, de la Ley Nacional de Ejecución Penal, pues a su parecer distingue injustificadamente entre los menores que nacen durante el internamiento de sus madres y los que nacen fuera de ese periodo, de tal manera que se restringe el derecho de estos últimos y de sus madres a permanecer en el centro penitenciario con ellas, es decir, para la promovente, únicamente las madres cuyos hijos nacen durante su internamiento gozan del derecho a que los menores permanezcan a su lado hasta los 3 años de edad.

Al respecto, el Alto Tribunal estimó que la porción normativa impugnada no vulnera el principio de igualdad, ya que no realiza distinción alguna entre los menores nacidos durante el internamiento de sus madres y los que no, pues incluso el artículo 10 de la ley en mención contiene derechos específicamente previstos para las mujeres que se encuentren compurgando una pena privativa de la libertad, entre los cuales, figuran derechos como la maternidad y lactancia, educación y ropa para sus hijos, así como la guarda y custodia de los mismos en el centro penitenciario.

En ese sentido, los ministros determinaron que toda mujer privada de su libertad que tenga hijos cuenta con los derechos previstos en el artículo 10 de la propia ley, entre ellos, el de permanencia de sus hijos menores de tres años en el centro penitenciario.

Asimismo, el Pleno consideró que la norma impugnada es constitucional siempre y cuando se interprete de conformidad con el interés superior del menor, a efecto de que, una vez alcanzados los 3 años, la separación se conduzca manera paulatina y sensible con el niño, tomando en cuenta cuidadosamente sus intereses y asegurando que con posterioridad, madre e hijo mantengan un contacto cercano y frecuente, a la luz de lo que resulte mejor para el interés del menor.

2. Examen de constitucionalidad del artículo 137 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos argumentó en su demanda que el artículo 137, párrafo segundo, de la ley impugnada genera un trato diferenciado entre los posibles beneficiarios de la libertad condicional, al estipular que las personas privadas de la libertad deberán cubrir los costos del aparato de monitoreo electrónico, cuando sus condiciones económicas y familiares lo permitan, de tal manera que se discrimina a las personas privadas de su libertad debido a su situación económica.

En el proyecto que se puso a consideración de los señores ministros, se contemplaba que la norma sí distinguía entre dos grupos: las personas privadas de la libertad que cuentan con recursos económicos o “familiares” y aquellos que no los tienen, lo anterior en relación con la posibilidad de acceder al beneficio de

libertad condicionada. Sin embargo, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desestimó la acción de inconstitucionalidad al respecto, en virtud de que no se alcanzó la mayoría de 8 votos de los señores ministros que se requieren para declarar la invalidez.

3. Examen de constitucionalidad del artículo 139 de la Ley Nacional de Ejecución Penal. La Comisión Nacional de Derechos Humanos estimó que debía declararse la invalidez del artículo 139 de la Ley Nacional de Ejecución Penal que establece: “Las personas sentenciadas que se encuentren en los supuestos de libertad condicional podrán solicitar la reducción de obligaciones en régimen de supervisión, siempre y cuando se hubieren dedicado de forma exclusiva a actividades productivas, educativas, culturales o deportivas no remuneradas.”

Para la promovente, dicha norma distingue injustificadamente entre las personas que, sujetas al régimen de libertad condicional, realizan actividades remuneradas y las que realizan actividades no remuneradas, lo anterior en relación con la posibilidad de solicitar la reducción de las obligaciones del régimen de supervisión, ya que sólo quienes se dedican exclusivamente a actividades no remuneradas pueden solicitar dicho beneficio. Por ello, la Comisión consideró que se transgredía el principio de reinserción social y el derecho a la igualdad y no discriminación de quienes, estando sujetos al régimen de libertad condicional, realizan actividades remuneradas.

Al respecto, el Pleno del Alto Tribunal consideró que le asistía la razón a la recurrente en cuanto a que la norma hace una distinción entre esos dos grupos, lo que impide que un grupo considerable de individuos que realizan actividades remuneradas a fin de poder subsistir de manera digna, pueda acceder a ese beneficio; por ende, la Corte determinó declarar inconstitucional la porción normativa “de forma exclusiva” contenida en el artículo 139, pues con ello, se permitirá que todas las personas que estén bajo el régimen de libertad condicionada puedan buscar reducir sus obligaciones mediante la realización de actividades no remuneradas.

4. Examen de constitucionalidad del artículo 141 de la Ley Nacional de Ejecución Penal. La promovente advirtió que la fracción VII, del artículo 141 de la ley en

estudio⁶ distinguía injustificadamente entre las personas que cometieron delitos dolosos y aquellas que cometieron delitos culposos para efectos de otorgar la libertad anticipada, pues se establece que para solicitar esta última deberá haberse cumplido el 70% de la pena impuesta en los delitos dolosos o el 50% de la pena tratándose de delitos culposos; por ende, la promovente señaló que era inconstitucional que se tomara en cuenta la intencionalidad del delito, dado que dicho aspecto ya fue considerado por el Juez que dictó la pena.

Sobre este punto, la Suprema Corte reconoció la validez de tal artículo, al considerar que no se trata de una distinción inconstitucional, sino que dicha porción normativa está encaminada a balancear la reinserción social de las personas privadas de la libertad, por un lado, y la paz y seguridad social por otro, ya que se debe exigir un mayor porcentaje de compurgación de la pena para conceder la libertad anticipada según se trate de delitos dolosos y culposos.

5. Examen de constitucionalidad del artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos impugnó la fracción I, del artículo 144 de la ley materia de análisis,⁷ que establece que el Juez de ejecución podrá sustituir la pena privativa de la libertad por alguna pena o medida de seguridad no privativa de la libertad, a aquellas personas que tengan un hijo, siempre y cuando éste sea menor de 12 años o tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos. En específico, la promovente demandó la invalidez de la porción normativa que señala “12 años”, porque a su juicio, margina a los mayores de 13 años y menores de 18.

En el proyecto que se sometió a consideración de los Ministros, se proponía calificar como fundado dicho concepto de invalidez, al considerarse que existía una distinción implícita entre niños menores de 12 años y los mayores a esa edad; asimismo, se proponía decretar la invalidez de la porción normativa que establece “de discapacidad”, así como “12 años de edad”, porque esto permitiría que las personas sentenciadas que tuvieran hijos que no puedan valerse por sí mismos, pudieran acceder a alguna pena o medida de seguridad no privativas de la libertad. No obstante, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la

Nación desestimó la acción de inconstitucionalidad al respecto, en virtud de que no se alcanzó la mayoría de 8 votos de los señores ministros que se requieren para declarar su invalidez.

6. Resolutivos. Por unanimidad de votos se aprobaron los siguientes resolutivos: Primero. Es procedente y parcialmente fundada la acción de inconstitucionalidad 61/2016.

Segundo. Se desestima en la presente acción de inconstitucionalidad respecto de la impugnación de los artículos 137, párrafo segundo, en la porción normativa ‘Excepcionalmente, cuando las condiciones económicas y familiares del beneficiario lo permitan, éste cubrirá a la Autoridad Penitenciaria el costo del dispositivo’, y 144, fracción I, en las porciones normativas ‘de 12 años’ y ‘de discapacidad’, de la Ley Nacional de Ejecución Penal (...).

Tercero. Se reconoce la validez de los artículos 36, párrafo tercero, y 141, fracción VII, de la Ley Nacional de Ejecución Penal (...).

Cuarto. Se declara la invalidez del artículo 139, en la porción normativa ‘de forma exclusiva’, de la Ley Nacional de Ejecución Penal (...).

Quinto. La declaración de invalidez decretada en este fallo surtirá sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutivos de esta sentencia al Congreso de la Unión

(...). Sexto. Publíquese (...).

Lo anterior demuestra el compromiso de la SCJN con el pueblo mexicano, para defender los derechos humanos De todos los gobernados en este territorio nacional.

Reflexión

Se ha asegurado en infinidad de ocasiones que el derecho no evoluciona a la par que la sociedad en su conjunto. Las problemáticas en la *praxis* cotidiana siempre van un paso adelante y la materia penitenciaria no puede ser la excepción.

La moral y la ética¹⁴⁸ son dos conceptos hermanados por el deber ser; sin embargo, desde el punto de vista carcelario pareciera que éstos no existen y que su lugar es

¹⁴⁸ *Cfr.* SCJN, Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley Resolución de la Asamblea General (AG) de las Naciones Unidas, Aprobada y proclamada en la 106 sesión plenaria de la AG,

ocupado por la clandestinidad, la impunidad, la corrupción y la informalidad, jinetes apocalípticos que nos ubican más allá de las fronteras de este país como una nación cuya legislación penitenciaria deja mucho que desear. Claros ejemplos de ella son: la “segunda fuga” de Joaquín Guzmán Loera (a) “El Chapo” Guzmán de un Ce.Fe.Re.So. de Máxima seguridad¹⁴⁹, así como las diferentes extorsiones que se realizan vía telefónica a los hogares mexicanos desde el interior de los Centros de Reclusión del país con anuencia de las autoridades carcelarias.

Es así como antes de las reformas constitucionales en materia penal (2008) y de DD. HH. (2011) el sistema de ejecución de penas en Veracruz era administrado por el Poder Ejecutivo a través de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobierno. Es importante mencionar que, en una reingeniería administrativa a partir del 26 de agosto de 2013, la Dirección General, depende de la Secretaría de Seguridad Pública¹⁵⁰.

En este sentido, la criminología clínica intentaba salvar a aquellos desadaptados¹⁵¹ que tenían que permanecer en algún reclusorio ya sea por alguna acción u

17 de diciembre de 1979, Resolución 34/169 en Compilación de Instrumentos Internacionales sobre protección de la persona aplicables en México, (en línea), México, D. F., (citado 4 de septiembre de 2015), Disponible en World Wide Web: <http://www.scjn.gob.mx/libro/documents/instrumentosinternacionales.pdf>

¹⁴⁹ *Difunden video completo de la fuga de El Chapo Guzmán: suenan martillazos y nadie hace nada*, en *Sopitas.com* (en línea), (citado 19 de octubre de 2015), Disponible en: <http://www.sopitas.com/534829-video-de-la-fuga-de-el-chapo-suenan-martillazos-y-nadie-hace-nada/#sthash.1PbHnqf6.dpuf> “El pasado 11 de julio, Joaquín “El Chapo” Guzmán (sic), líder del cártel de Sinaloa, se fugó del penal de máxima seguridad. Esta fuga ha caído incluso en la risa ya que resulta difícil creer que el narcotraficante más buscado del mundo pudo salir por un túnel de más de un kilómetro y nadie se dio cuenta antes. En un principio se había presentado un video sin audio de la fuga del capo, y el Comisionado Nacional de Seguridad, Monte Alejandro Rubido, declaró que la fuga fue muy (sic) sigilosa y por eso no se habían dado cuenta... aunque Teodoro García, otro narcotraficante que estaba en una celda cercana, declaró que incluso 15 días antes de la fuga escuchaba mucho ruido de taladros, lo cual nos hace sospechar de los video sin audio y de lo sigilosa que fue la fuga. Para acabar de desmentir las versiones oficiales, hoy en la mañana en el noticiero Primero Noticias de Televisa, mostraron un video con audio donde no sólo se escuchan los martillazos claramente si no (sic) que incluso los otros prisionero se dan cuenta de que algo está pasando y comienzan a gritar y hacer (sic) ruido con los barrotos pero ¿por qué no? las autoridades continúan tranquilas, tardan 25 minutos en emitir la alarma, mientras se calcula que El Chapo en 15 minutos ya había salido del penal. Aquí el video que nos muestra cómo protegen en nuestro país al narcotraficante más buscado del mundo...”

¹⁵⁰ Decreto número 873 que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; reforma diversas disposiciones de la Ley de Responsabilidad Juvenil; reforma diversas disposiciones de la Ley de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social; reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley de Tránsito y Transporte; y adiciona y deroga diversas disposiciones del Código de Derechos, ordenamientos todos para el estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicada en la Gaceta Oficial del Estado mediante número extraordinario 332, de fecha 26 de agosto de 2013.

¹⁵¹ SALES HEREDIA, Renato, No permitiremos el autogobierno en prisiones en SIPSE.COM, (en línea), (citado 4 de septiembre de 2015), Disponible en: <http://sipse.com/mexico/leccion-dejo-fuga-chapo-guzman-mexico-prisiones-168061.html> al referir: "La función de la pena en la actualidad, recogida en la Constitución,

omisión delictiva en su conducta. Empero, la falta de profesionalización en los directivos carcelarios y sus asistentes echó abajo los ejes rectores que consagraba el numeral 18 Constitucional.

Después de las reformas y algunos descalabros del sistema penitenciario, tal es el caso de la Duda de Ley 1DL/2012, las reglas de éste comenzaron a cambiar y actualmente el paradigma del derecho penal del enemigo empieza a sucumbir ante el derecho penal del acto. Los Tribunales Colegiados de Circuito lo confirman mediante la siguiente tesis: DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO).

Pero no son los únicos cambios que se esperan en los sistemas penitenciarios nacional y estatal en estudio, sino que aún faltan por analizar los alcances de los Tratados y Convenios Internacionales, ya que si bien es cierto se deben respetar los DD. HH. de la población interna, no menos lo es que se debe buscar un sano equilibrio entre estos derechos y los protocolos de seguridad para personas que presenten un perfil de alta peligrosidad social, evitando con ello la construcción de un escenario estatal que invite a replicar la fuga de un penal de “alta seguridad” del Altiplano.

Por último, es importante señalar que la SCJN sigue siendo la piedra angular de todo el sistema mexicano y hoy por hoy, sus integrantes aplican el principio de legalidad a pesar de los deseos metaconstitucionales de muchos gobernantes sin el debido conocimiento social de la política.

Referencias

BECERRA C., Bertha, Avanza 80 % el dictamen de la Ley Nacional de Ejecución Penal en La Prensa, OEM, (en línea), 17 de julio de 2015, (citado 31 de julio de 2020), Disponible en: <http://www.oem.com.mx/laprensa/notas/n3882541.htm>

ya no es la readaptación, es la reinserción social que tiene un contenido filosófico distinto; antes era la regeneración, se estimaba que el delincuente era un degenerado, un enfermo, así lo planteaba la Constitución; después fue la readaptación en los 70, la idea central es la reinserción del delincuente en la vida social. La readaptación no viene al caso, porque deben ser centros de sanción, respetando los derechos fundamentales de la persona, por supuesto, pero deben estar ordenados, disciplinados"

CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, D. F., 2003.

Congreso de la Unión. Código Nacional de Procedimientos Penales, (en línea el 31 de julio de 2020): <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>

_____, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (en línea el 31 de julio de 2020): <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

_____, Ley General de Víctimas, (en línea el 31 de julio de 2020): <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>

_____, Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, (en línea el 31 de julio de 2020), <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP.pdf>

_____, Ley Nacional de Ejecución Penal, (en línea el 31 de julio de 2020), http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf

Difunden video completo de la fuga de El Chapo Guzmán: suenan martillazos y nadie hace nada, en Sopitas.com (en línea), (citado 19 de julio de 2020), Disponible en <http://www.sopitas.com/534829-video-de-la-fuga-de-el-chapo-suenan-martillazos-y-nadie-hace-nada/#sthash.1PbHnqf6.dpuf>

ESPINOSA TORRES, María del Pilar, El Derecho Penal del Enemigo en Letras Jurídicas. Revista de los Investigadores del Instituto de Investigaciones jurídicas de la U. V., número 11, enero-junio de 2005, revista multidisciplinar del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, Veracruz, México, 2005, (en línea el 4 de julio de 2020), World Wide Web: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espিনosa11.pdf>

Gaceta Oficial del Estado de Veracruz, Decreto número 873 que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; reforma diversas disposiciones de la Ley de Responsabilidad Juvenil; reforma diversas disposiciones de la Ley de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social; reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley de Tránsito y Transporte; y adiciona y deroga diversas disposiciones del Código de Derechos, ordenamientos todos para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicada en la Gaceta Oficial del Estado mediante número extraordinario 332, de fecha 26 de agosto de

2013 (en línea el 31 de julio de 2020): <http://www.veracruz.gob.mx/gobiernover/gaceta-oficial/>

_____, Duda de Ley 1DL/2012 acerca de la observación y aplicación del artículo 94 del Código Penal vigente en el Estado de Veracruz, publicada en la Gaceta Oficial del Estado mediante número extraordinario 115, de fecha 6 de abril de 2012, (en línea el 31 de julio de 2020): <http://www.veracruz.gob.mx/gobiernover/gaceta-oficial/>

_____, Ley número 308 de Víctimas para el Estado de Veracruz, publicada en la Gaceta Oficial del Estado mediante número extraordinario 476, de fecha 28 de noviembre de 2014, (en línea el 4 de julio de 2020), <http://www.editoraveracruz.gob.mx/gacetitas/2014/11/N%C3%BAm.%20Extraordinario%20476,%20viernes%2028%20de%20noviembre%20de%202014.pdf>

Iniciativa Con Proyecto De Decreto Por El Que Se Expide La Ley Nacional De Ejecución Penal, (en línea), (s. l.), (citado 20 de julio de 2020), Disponible en <http://cij.unach.mx/images/docs/LNEP/IniciativaA-LNEP-PAN-PRI-PRD.pdf>

Ley 350 de Ejecución de Sanciones para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave

Ley 573 de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave

Reglamento de los Centros de Readaptación Social del Estado de Veracruz.

Sales Heredia, Renato, No permitiremos el autogobierno en prisiones en SIPSE.COM, (en línea), (citado 24 de julio de 2020), Disponible en: <http://sipse.com/mexico/leccion-dejo-fuga-chapo-guzman-mexico-prisiones-168061.html>

SCJN, Crónicas del Pleno y de las Salas, Sinopsis de Asuntos Destacados del Tribunal en Pleno, Asunto resuelto en la Sesión del martes 4 de abril de 2017, (en línea), México, D. F., (citado 1 de agosto de 2020), Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-04/TP-040417-AZLL-0061.pdf

SEGOB. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, (en línea), México, D. F., (citado 3 de julio de 2020), Disponible en World Wide Web: <http://www.setec.gob.mx/>

- Tesis DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO). Décima Época; Registro: 2005918; Instancia: Primera Sala; Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IV, marzo de 2014, Tomo I; Materia (s): Jurisprudencia (Constitucional); Tesis 1a./J. 21/2014 (10ª).
- Tesis LIBERTAD PREPARATORIA. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 84 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, RELATIVA A LOS REQUISITOS PARA SU OTORGAMIENTO, EN LA PARTE QUE CONTEMPLA EL TÉRMINO "SOCIALMENTE READAPTADO", ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, DEBE INAPLICARSE. Décima Época; Registro: 2007434; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro X, septiembre de 2014, Tomo III; Materia (s): Constitucional Penal; Tesis aislada I.9o.P.62 P (10ª).
- Tesis MODIFICACIÓN DE LAS PENAS. LA DETERMINACIÓN RELATIVA AL TRASLADO DE SENTENCIADOS DE UN CENTRO PENITENCIARIO A OTRO ESTÁ RESERVADA AL PODER JUDICIAL, CONFORME AL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Décima Época; Registro: 2001968; Instancia: Pleno; Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, octubre de 2012, Tomo I; Materia (s): Constitucional Penal; Tesis P/J 20/2012 (10ª).
- Tesis PENAS. SU EJECUCIÓN ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL, A PARTIR DEL 19 DE JUNIO DE 2011. Décima Época; Registro: 2001988; Instancia: Pleno; Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, octubre de 2012, Tomo I; Materia (s): Constitucional Penal; Tesis P/J 17/2012 (10ª).