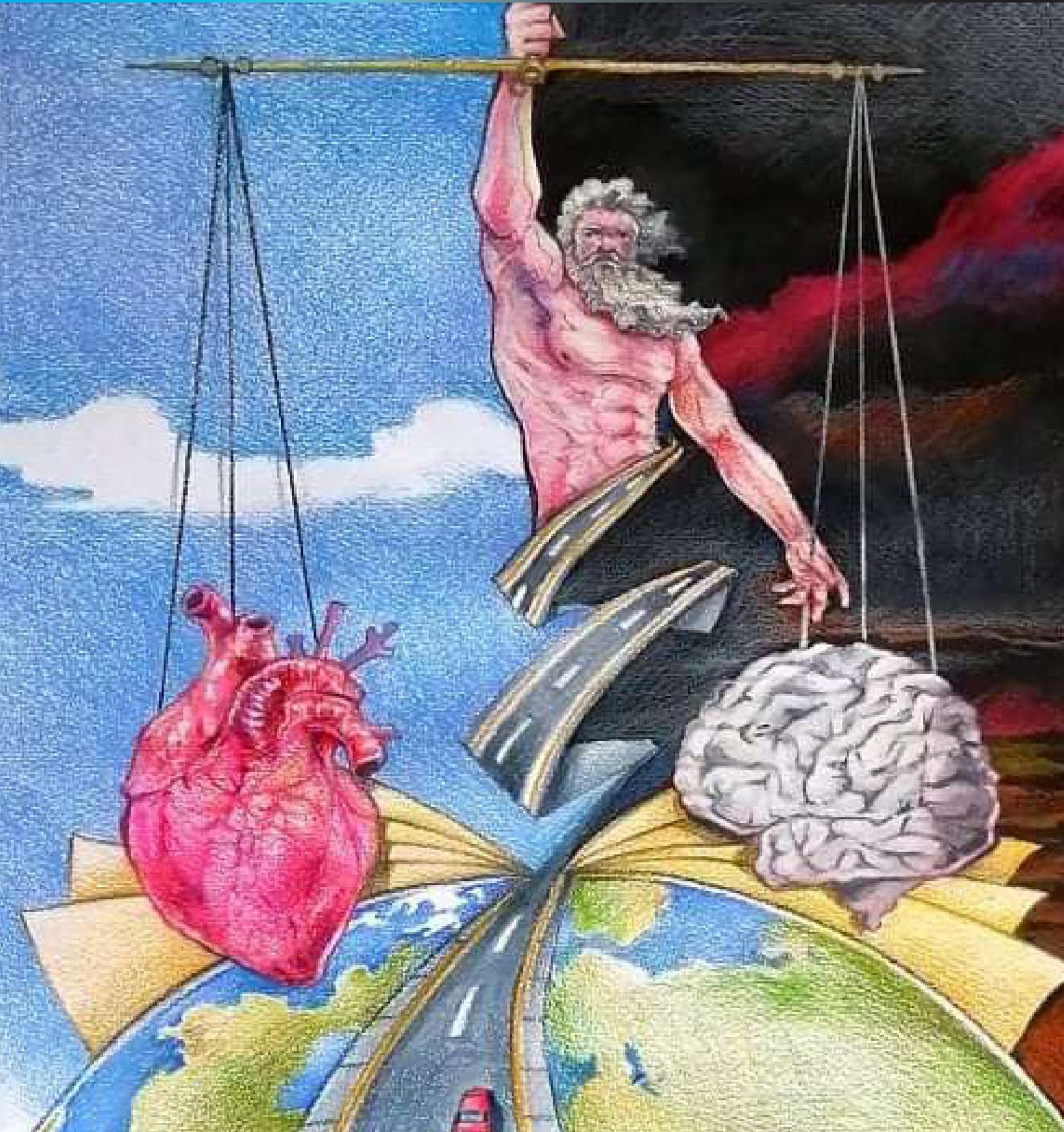


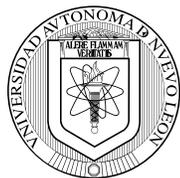
Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho



JULIO-DICIEMBRE . 2021 .VOLUMEN I, NO.1. PUBLICACIÓN SEMESTRAL





UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Sobre la revista

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Revista de temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, Volumen 1, No. 1, julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología, editada en la Ciudad Universitaria, N.L, México. Con dirección en Cd. Universitaria, Av. De los Rectores s/n, San Nicolás de los Garza, N.L. C.P.66451, Página electrónica de la revista: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Editora en jefe: Dra. Amalia Guillén Gaytán Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título Volumen 1, No. 1, julio-diciembre de 2021 ISSN: en trámite ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dra. Karina Soto Canales.

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho aborda temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, tiene como propósito constituirse en un foro de discusión académica que aborda la compleja, contradictoria y multicausal relación entre el derecho y la vida social. Desafíos Jurídicos se inscribe en el debate académico nacional e internacional en el ámbito de Derecho y su giro especial en las ciencias sociales e invita al análisis de diversas prácticas sociales y formas de organización y acción política desde una perspectiva multidisciplinaria que ponga énfasis en la defensa de los derechos y su aplicación. Los textos publicados incorporan métodos y problemas tratados desde el derecho, la sociología, la ciencia política, la economía, los estudios urbanos, la geografía, los estudios culturales, la antropología, la literatura y el feminismo, entre otros. Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del comité editorial.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización expresa de la revista.

Equipo Editorial

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: ING. ROGELIO GARZA RIVERA CASTRO

SECRETARIO GENERAL: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

CORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

CORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

COMITÉ EDITORIAL: Amalia Guillén Gaytán, Alberto Rojas Ríos, Alonso Martínez Arrieta, David Emmanuel Castillo Martínez, Gina Jaqueline Prado Carrera, Humberto Sierra Porto, José Luis Prado Maillard, Juan Ángel Salinas Garza, Julio Ortiz Gutiérrez, Lucio Pegoraro, Luis Bustos, Luis Ferney, Mario Alberto García Martínez, Martha León Alonso, Mercedes Iglesias Báez, Michael Gustavo Núñez Torres, Mohammad H. Badii Zabeh, Rafael Estrada Michel, Rodrigo Maldonado Corpus.

COMITÉ CONSULTIVO: Alicia Azzolini Bincas, Carlos Báez Silva, Carlos Ugo Santander, Dealmy Delgadillo Guzmán, Edson Jesús Quindés James, Eloísa Quintera, Félix Guadalupe Contreras Arguiropulos, Fernando Hernández Silva, Gabriela Carmona Ochoa, Héctor S. Maldonado Pérez, Helio Iván Ayala Moreno, Hugo José Regalado Jacob, Joaquín Merino, Juan Antonio Caballero Delgadillo, Livier Olivia Escamilla Galindo, Luis Gerardo Rodríguez Lozano, Miguel Ángel Rivera López, Nancy Nelly González Sanmiguel.

PINTURA DE LA PORTADA: José Luis Rodríguez Alemán “La Racionalidad del Derecho”

© 2021



Índice

ARTÍCULOS

- 10-27** **Detención sin derechos: el acceso a la salud en estaciones migratorias antes y durante la pandemia por COVID 19**
Guadalupe Araceli Ávila Morales (Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C.)
-
- 28-53** **Evolución legislativa del delito de cohecho en México**
Idalia Patricia Espinosa Leal (Universidad de Hankuk para Estudios Extranjeros)
-
- 54-79** **Aportaciones a la metodología para la investigación ministerial eficaz del delito de homicidio**
Diana Rocío González Vázquez & Juan Antonio Caballero Delgadillo (Universidad Autónoma de Nuevo León)
-
- 80-107** **Estructura formal (sintáctica) de los derechos fundamentales**
José Rogelio Alanís García (Magistrado de Circuito adscrito al Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito)
-
- 108-125** **Las graves consecuencias de la militarización de la seguridad ciudadana**
Miguel Garza (Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C.)
-

CRITICA JURISPRUDENCIAL

- 128-137** **Crítica: Amparo en revisión 564/2018: acceso a la información y versiones públicas**
Guadalupe Friné Lucho González; Francisco de Jesús Cepeda Rincón; Nancy Nelly González Sanmiguel (Universidad Autónoma de Nuevo León)
-

RESEÑA DEL LIBRO

- 140-146** **Reseña de libro: *Obedezco pero no cumplo: Lecturas para los programas de historia constitucional en México*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2020, 541 pp, ISBN 978-84-1355-449-5.**
Humberto Pineda Acevedo (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)
-

Presentación

Desafíos Jurídicos es una revista editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León a través de la Facultad de Derecho y Criminología que tiene como objetivo difundir la ciencia jurídica de actualidad como elemento estructurador de baluartes jurídicos que fortalecen el Estado de Derecho y la Cultura de la Legalidad.

La sinergia entre la revista Desafíos Jurídicos y el Doctorado en Derecho, el cual es reconocido como un programa de calidad por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; contribuye a generar productos científicos de alto nivel, tendentes a la consolidación y fusión de la docencia con la investigación científica.

El aporte de investigadores de reconocimiento tanto nacional como internacional contribuye a satisfacer las necesidades más acuciantes de las sociedades del siglo XXI en especial a las referidas con la administración e impartición de la justicia.

La Facultad de Derecho y Criminología comprometida con la sociedad neolonesa y del país, se enorgullece de contar con una revista científica de formato digital que sirva de plataforma en el desarrollo y difusión de conocimiento de impacto social que permee en las estructuras de la sociedad en el mejoramiento de todos los ciudadanos.

Desafíos Jurídicos afronta el reto de ser una de las revistas jurídicas más importantes de Latinoamérica.

Óscar P. Lugo Serrato
Director de la FACDYC



Editorial

Es un gusto para el Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (Insyde) presentar el primer número de Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho, en el que se reúnen contribuciones multidisciplinarias en torno a una pluralidad de temáticas relacionadas con la justicia penal, los derechos humanos y la seguridad, abordadas desde diversas perspectivas.

En el primer artículo, a cargo de Araceli Avila, se muestra un panorama desolador sobre el (in)acceso a la salud de las personas detenidas en los centros de detención migratoria en México y de las consecuencias, en muchos casos, fatales para estas personas. Por su parte, Idalia Patricia Espinosa, en el segundo artículo, nos lleva de la mano en un recorrido por las leyes de Nezahualcóyotl, las leyes de la Nueva España y del México independiente, hasta el sistema penal vigente, sobre las transiciones jurídicas del delito de cohecho y los castigos correspondientes. En la tercera contribución, los autores Diana Rocío González y Juan Antonio Caballero, ofrecen una revisión teórica en torno al tema del homicidio, así como de la labor de la investigación de dicho delito y proponen una serie de recomendaciones puntuales para evitar cada una de las deficiencias detectadas durante estos procesos de investigación. El cuarto artículo, de José Rogelio Alanís, elabora una propuesta de estructura formal de los derechos humanos, desde un punto de vista semiótico y de teoría de sistemas sociales. En el quinto y último artículo, Miguel Garza presenta un análisis del impacto de la militarización de la seguridad y de la función policial, en el incremento de las violaciones graves a los derechos humanos de las personas, tema de especial relevancia y actualidad.

Así mismo, en la sección Crítica, los autores Lucho, Cepeda y González analizan la sentencia al Amparo en Revisión 564/2018 en torno al derecho a la información y las versiones públicas y, entre otras cosas, hacen énfasis en la vulneración tanto de artículos constitucionales, como de instrumentos internacionales. Por último, en la sección Reseña de libro, en este número la reseña se encuentra a cargo de Humberto Pineda sobre el libro Obedezco, pero no cumpla: Lecturas para los programas de historia constitucional en México, de Rafael Estrada.

Esperamos que las reflexiones vertidas en este número contribuyan a construir un diálogo crítico y multidisciplinario, y aporten elementos para una reflexión profunda sobre los fenómenos sociales de nuestros tiempos.

Laura Díaz de León Fernández de Castro
Directora Ejecutiva
Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C.





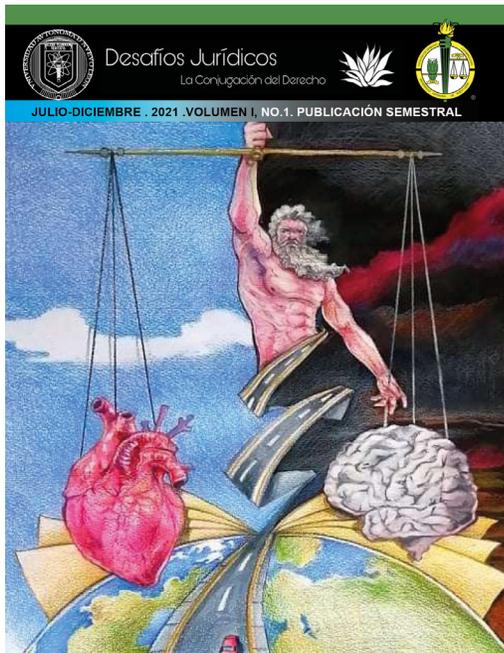
Fotografía Dandelion Radiante por Rostam B.G

ARTÍCULOS

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Guadalupe Araceli Ávila Morales (Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C.)

Detención sin derechos: el acceso a la salud en estaciones migratorias antes y durante la pandemia por COVID 19. pp. 10-27
Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021.

Publicado en Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Revista de temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, Volumen 1, No. 1, julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología, editada en la Ciudad Universitaria, N.L, México. Con dirección en Cd. Universitaria, Av. De los Rectores s/n, San Nicolás de los Garza, N.L. C.P. 66451, Página electrónica de la revista: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Editora en jefe: Dra. Amalia Guillén Gaytán Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título Volumen 1, No. 1, juli-diciembre de 2021 ISSN: en trámite ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dra. Karina Soto Canales.

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho aborda temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, tiene como propósito constituirse en un foro de discusión académica que aborda la compleja, contradictoria y multicausal relación entre el derecho y la vida social. Desafíos Jurídicos se inscribe en el debate académico nacional e internacional en el ámbito de Derecho y su giro especial en las ciencias sociales e invita al análisis de diversas prácticas sociales y formas de organización y acción política desde una perspectiva multidisciplinaria que ponga énfasis en la defensa de los derechos y su aplicación. Los textos publicados incorporan métodos y problemas tratados desde el derecho, la sociología, la ciencia política, la economía, los estudios urbanos, la geografía, los estudios culturales, la antropología, la literatura y el feminismo, entre otros. Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del comité editorial.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización expresa de la revista.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: ING. ROGELIO GARZA RIVERA CASTRO

SECRETARIO GENERAL: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

PINTURA DE LA PORTADA: José Luis Rodríguez Alemán "La Racionalidad del Derecho" © 2021

Detención sin derechos: el acceso a la salud en estaciones migratorias antes y durante la pandemia por COVID 19

Detention without rights: health access in immigration stations before and after COVID 19 pandemic

Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021

Por: Guadalupe Araceli Avila Morales*

*Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C.

Resumen. Este artículo presenta un panorama general del acceso de las personas migrantes al derecho a la atención médica en los centros de detención migratoria en México en los últimos años. Muestra la evidencia generada por el Observatorio de Migración, impulsado por el Instituto para la Seguridad y la Democracia A.C.-Insyde en este tema, así como algunos de los acontecimientos relevantes sobre el contexto migratorio y los retos que enfrenta el Instituto Nacional de Migración ante el COVID 19.

Palabras clave: Detención migratoria, estaciones migratorias, Instituto Nacional de Migración, COVID 19, personas migrantes, acceso a la salud.

Abstract. This article presents a general outlook for the immigrants to have access to the rights for the medical care within the immigration detention centers in Mexico in recent years. It demonstrates the evidence generated by the Immigration Observatory, and driven by the Institute for the Security and Democracy A.A.-Insyde in this context, as well as some of the relevant events on the immigration context and challenges that are faced by the National Institute of Immigration at the time of COVID 19.

Keywords: Migratory detention, migratory stations, National Institute of Immigration, COVID 19, immigrants, rights of access to health.



INTRODUCCIÓN

Olga¹, mujer salvadoreña de 36 años, era violentada física y psicológicamente por su exesposo. Cuando el juez revisó su caso, le recomendó que abandonara su hogar y se mudara a un lugar en que pudiera estar a salvo, así, ante la falta de apoyo del gobierno, ella y su hija Magda, de 6 años, salieron del país rumbo a EEUU. Fueron detenidas por agentes del Instituto Nacional de Migración (INM) en México el 16 de octubre del 2016.

Ya en detención migratoria, su pequeña hija enfermó de diarrea, fiebre y gripe, pero las agentes le dijeron que no les importaba e inclusive le negaron papel higiénico extra. Ante la falta de atención médica, la enfermedad de las vías respiratorias de Magda empeoró y un día, mientras esperaban a que les dieran la cena, la niña se desmayó. Aun así, le negaron la atención médica. Después de que las otras mujeres detenidas exigieran la atención, su hija fue llevada con la doctora de la estación migratoria. Una vez ahí, la doctora hizo una revisión y sin preguntar si la niña sufría alergias ni dar explicaciones del tratamiento a seguir, intentó inyectarla. Olga lo impidió pues su hija es alérgica a la penicilina y exigió que fuera trasladada a un hospital. Los agentes se negaron diciendo que no podían sacarlas de la estación, así que Olga pidió saber qué pasaba con su hija, la respuesta de la doctora fueron un montón de términos médicos y al final, casi a modo de burla, una pregunta: ¿entendiste? Llena de frustración y enojo, Olga preguntó si acaso no tenían empatía, la

doctora cortantemente respondió: desgraciadamente. Ese mismo día, ella y su hija fueron puestas en aislamiento en un cuarto que describieron como sucio, frío y poco ventilado. En total, estas mujeres salvadoreñas de 36 y 6 años de edad pasaron 26 días en la estación migratoria operada por el INM conocida como “Las Agujas”, ubicada en Iztapalapa, CDMX.

El testimonio de Olga y Magda forma parte de una serie de testimonios que recabé en los centros de detención migratoria, como parte del equipo del Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (Insyde), en el marco del Observatorio Ciudadano de los Derechos Humanos del Migrante (Observatorio de Migración).

La Ley de Migración establece, en su capítulo VI artículo 109, los derechos de las personas detenidas en las estaciones migratorias, entre ellos está “recibir durante su estancia un espacio digno, alimentos, enseres básicos para su aseo personal y atención médica en caso de ser necesario” (LM, Artículo 109, Inciso VIII). En lo cotidiano, básicamente ninguno de los derechos enunciados en la Ley es garantizado. El caso de Olga y su hija es sólo un ejemplo de una de las muchas prácticas institucionalizadas violatorias de derechos que el INM comete contra las personas en detención migratoria.

Aunque la información recabada en el marco del Observatorio de Migración da cuenta de múltiples vejaciones y violaciones graves a derechos humanos contra personas migrantes, incluyendo la tortura, en este artículo me concentraré en hablar sobre las prácticas institucionales del INM que violan los derechos

¹ Por seguridad, los nombres empleados (Olga y Magda) son ficticios.

de las personas migrantes al acceso a la salud. Prácticas que ha trascendido a las administraciones del gobierno federal y a las promesas de incluir una visión más humanitaria en el trato a esta población, pero sobretodo, prácticas que dejan en especial situación de vulnerabilidad a las personas en detención ante el COVID-19.

EL ACCESO A LA SALUD EN ESTACIONES MIGRATORIAS ANTES DEL COVID 19

El Observatorio de Migración, impulsado por Insyde, surgió como una forma para documentar y evidenciar las violaciones a derechos, agresiones y crímenes que sufre la población migrante en México. Esta documentación, a su vez, fue usada como evidencia para sustentar las acciones específicas impulsadas por la Dirección de Movilidad Humana, de Insyde, en exigencia de la rendición de cuentas y reingeniería institucional del INM.

El Observatorio de Migración operó ininterrumpidamente entre 2013 y 2017 y cuenta con una plataforma de acceso público donde se documentaron violaciones a derechos, así como agresiones cometidas contra personas migrantes indocumentadas en México y en los centros de detención de Acayucan, Veracruz; Iztapalapa, Ciudad de México; Puebla, Puebla; Querétaro, Querétaro; Saltillo, Coahuila; Tenosique y Villahermosa, Tabasco².

La información analizada en el presente artículo se recolectó por medio de entrevistas

semiestructuradas que fueron sistematizadas en la base de datos del Observatorio de Migración. Como medida de protección para las personas, las entrevistas se realizaron de forma anónima; es decir, Insyde no recolectó datos personales vinculantes.

En los años de operación del Observatorio, el equipo de Insyde realizamos 538 entrevistas a personas en situación de detención migratoria, de los cuales 297 fueron hombres, 238 mujeres y tres personas que no se identificaron en alguna categoría de sexo binario. El 39 por ciento tenía nacionalidad guatemalteca, 30 por ciento hondureña y 17 por ciento salvadoreña. El 44 por ciento de la población entrevistada tenía entre 18 y 30 años de edad, el 20 por ciento contaba entre 31 y 50 años, también se realizaron entrevistas a 59 niñas y niños con hasta 12 años de edad cumplidos y a 77 adolescentes entre 13 y 17 años de edad. Sólo el 1 por ciento de las personas entrevistadas tenía entre 50 y 70 años de edad. Del total, el 6.3 por ciento declaró no saber leer ni escribir, y 44 personas declararon hablar alguna lengua indígena, en su mayoría quiché y mam, 4 personas más tenían como idioma materno el francés, inglés y urdu. Finalmente, el 67 por ciento de la población entrevista había pasado hasta 15 días naturales en el centro de detención al momento de la entrevista, 9 por ciento tenía hasta 30 días en detención, 10 por ciento tenía hasta 60 días y el 14 por ciento había pasado más de 90 días en detención. (Observatorio de Migración, 2021)

Es relevante señalar que el equipo de Insyde documentó casos de personas que pasaron más de un año completo en detención migratoria, aun cuando esta práctica de detención

² La base de datos completa del Observatorio de Migración puede ser consultada en: <http://observatoriodemigracion.org.mx/buscador>

prolongada es contraria a la Ley de Migración, que en el artículo 111 señala que la detención migratoria no podrá exceder los 60 días hábiles, salvo que se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria en territorio nacional; o se haya interpuesto un juicio de amparo y exista una prohibición expresa de la autoridad competente para que el extranjero pueda ser trasladado o para que pueda abandonar el país.

El Observatorio de Migración logró recolectar información sustancial que da cuenta de violaciones a derechos humanos de las personas migrantes en detención migratoria como prácticas institucionalizadas, que si bien no se promueven abiertamente, tampoco se sancionan. En materia de acceso a la salud, podemos identificar las siguientes variables que influyen en la comisión de violaciones a derechos contra personas migrantes dentro de los centros de detención del INM:

1. Capacidad de detención de las estaciones migratorias y condiciones de sobrepoblación.
2. Condiciones de limpieza de los centros de detención.
3. Alimentación proporcionada a la población migrante en detención.
4. Kit de aseo personal para las personas migrantes en detención.
5. Atención médica y atención psicológica dentro de los centros de detención.
6. Protocolos para atención ante una emergencia médica.

Durante los ejercicios de acceso a estaciones migratorias, las condiciones de sobrepoblación

fueron la constante. En el caso de Acayucan, por ejemplo, durante las visitas se solicitó saber a los agentes de migración el número de personas en detención, en todas las ocasiones señalaron el alojamiento de más de mil personas, cuando el centro de detención es para 836 personas³. En una de las visitas, una mujer salvadoreña de 18 años, declaró “[...] La celda [es] de diez camas pero los agentes dicen que ahí caben por lo menos 16 mujeres con sus hijos”, según los testimonios, por las características de las celdas, el calor que pasan en la noche es, en sus palabras, “sofocante”, por lo que niñas y niños menores de diez años presentaban fiebre por la noche y sudar constantemente⁴.

De las 538 personas entrevistadas, el 41 por ciento declaró que las colchonetas donde debían dormir estaban sucias. En las estaciones migratorias en que tuvimos acceso a todas las áreas, pudimos comprobar las condiciones de poca higiene. En Acayucan, las celdas tenían olor a humedad y los sanitarios permanecían sucios, con sarro en todas las paredes y llenos de desechos humanos. Una mujer salvadoreña de 33 años entrevistada relató que tras enfermar de diarrea, “[...] las agentes no quisieron darnos papel higiénico y por la noche fue peor. Ya encerradas en las celdas, gritábamos a la agente, pero nunca se presentó

³ Andrade Galindo, J. A., Avila Morales, G.A. y Díaz de León, L., (2017) Informe sobre las condiciones de la estación migratoria del INM en Acayucan, Veracruz. Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C., Insyde, México. Recuperado de: www.observatoriodemigracion.org.mx/media/files/Informe%20Acayucan%20DMDH%20Insyde%20junio%202017.pdf

⁴ (Ibídem, p.19).

a la celda” (Ibídem). En Querétaro, las condiciones de humedad eran aún más evidentes, ya que la estación migratoria se encontraba en el sótano del edificio de oficinas del INM, en apenas dos cuartos (uno de hombres y uno de mujeres), sin acceso a la luz solar ni áreas recreativas, con un solo baño para todas las personas detenidas en cada sección.

Respecto a los alimentos, el 52 por ciento de la población total entrevistada entre 2013 y 2017, expresó opiniones negativas. Las opiniones más frecuentes era que las porciones eran insuficientes, les parecía que la comida era insípida o se encontraba en estado de descomposición. En el caso de las mujeres embarazadas, no se les entregaba una colación entre comidas cuando la solicitaron. Del total, 88 personas declararon haber solicitado dietas especiales por problemas de salud tales como padecimientos gastrointestinales, diabetes, alergias, anemia o cáncer, en otros casos se solicitaron alimentos como papillas para niñas y niños menores de un año o fórmula láctea para recién nacidos, de estas solicitudes, 82 fueron negadas. Adicionalmente, registramos 51 casos, en las estaciones migratorias de Acayucan, Iztapalapa y Villahermosa, en que las personas aseguran que se les negó el agua para consumo humano, por lo que tuvieron que tomar el agua de la llave, la cual, no consideran que tuviera ningún proceso de purificación.

Respecto al kit de aseo personal, que la Ley de Migración en el Artículo 109, Inciso VIII, establece que deberán recibir las personas migrantes en detención como parte de sus derechos, sólo 72 personas de las 538 entrevistadas señalaron haber recibido uno. En

Iztapalapa, los agentes migratorios de trabajo social refirieron que los kits de limpieza eran limitados y que cuando el INM mandaba algunos, los entregaban primero a las y los adolescentes. En el caso de las mujeres, se les negaron los productos de higiene durante la menstruación, y en el caso de las mujeres con bebés, el acceso a pañales fue limitado.

La atención médica dentro de las estaciones migratorias también es deficiente. Del total de personas entrevistadas, 299 dijeron haber requerido atención médica, de ellas, 194 reportaron que el médico no se encontraba en la estación migratoria y 133 dijeron que no se les proporcionó medicamento porque no había. Se realizaron entrevistas a 9 mujeres embarazadas, quienes refirieron que no se les proporcionó ácido fólico y sólo a 4 de ellas se le hicieron revisiones médicas para atender su embarazo.

En 2017, el Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (Insyde), presentó *En el umbral del dolor: acceso a los servicios de salud en estaciones migratorias*, un informe exhaustivo sobre la atención médica y psicológica dentro de las estaciones migratorias. En él señala que, para todas las estaciones migratorias del país, el INM sólo cuenta con 31 médicos y 5 psicólogos, pero estos se encuentran adscritos solo al 40 por ciento de sus centros de detención, el otro 60 por ciento de las estaciones migratorias no cuenta con médicos⁵

⁵ Avila Morales, G. A., Andrade Galindo, J. y Díaz de León, L., (2017) *En el umbral del dolor: Acceso a los servicios de salud en estaciones migratorias*. Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C., Insyde, México. Recuperado de: www.observatoriodemigracion.org.mx/media/files/En%20el%20

Por otra parte, sólo dos estaciones migratorias, la de Tapachula y la de la Ciudad de México, cuentan con psicólogos adscritos a la plantilla del INM. Las estaciones que no cuentan con médicos ni psicólogos de planta deben generar acuerdos con el sector salud estatal para atender a las y los migrantes. Sin embargo, estos acuerdos incluyen una cláusula la cual señala que, en caso de fuerza mayor, ninguna de las partes será responsable por el incumplimiento del acuerdo, sin aclarar cuáles podrían ser tales casos.

Adicionalmente, el INM dijo no contar con protocolos o manuales para atender las emergencias médicas dentro de las estaciones. Es decir, si no hay personal médico disponible, son las y los agentes (o en su caso el personal de custodia) quienes deciden discrecionalmente cuándo una persona debe ser llevada a urgencias a un hospital⁶.

En años más recientes, esta situación de negligencia no cambió.

En 2019, se dieron a conocer al menos cuatro casos de fallecimientos de personas migrantes en custodia del Instituto Nacional de Migración que podrían estar vinculados a negligencia y falta de asistencia médica oportuna por parte de las autoridades.

El 16 de mayo de ese año, el INM reportó la muerte de una niña guatemalteca de 10 años de edad en la estación migratoria de Iztapalapa⁷, aunque en la tarjeta informativa inicial

menciona que la niña mostraba molestias en la garganta, dos días después, el subsecretario de Derechos Humanos, Migración y Población de la Secretaría de Gobernación, Alejandro Encinas, señaló que había fallecido al caerse de la litera en que dormía con su madre, “Lamentablemente tuvimos el deceso de una niña guatemalteca que viajaba con su madre. Es una niña de 10 años que sufrió un accidente dentro del dormitorio en donde estaba con su mamá, al caerse de una litera, fue el trauma, el golpe, lo que provocó el deceso”, dijo Encinas⁸, del caso no se informó la actuación del personal del centro de detención posterior al accidente que provocó el deceso de la niña, si recibió atención médica inmediata, si falleció de forma inmediata o en camino a recibir atención médica.

El 11 de junio de 2019, un hombre de 33 años de edad, originario de Guatemala, sufrió un infarto en la camioneta del INM después de su detención en Chiapas y llegó muerto al centro de salud de Viva México⁹, de este caso tampoco existieron mayores explicaciones sobre la atención que recibió el guatemalteco. Un mes

ción, (2019). Tarjeta informativa. Recuperado de: https://twitter.com/INAMI_mx/status/1129082163872190464

⁸ Político.mx, (17 de mayo de 2019). Encinas asegura que niña migrante murió por una caída. Recuperado de: <https://politico.mx/minuta-politica/minuta-politica-gobierno-federal/encinas-asegura-que-ni%C3%B1a-migrante-muri%C3%B3-por-una-ca%C3%ADda/>

⁹ Mandujano I, y Tourliere, M., (12 de junio de 2019) Migrante guatemalteco muere por infarto tras ser detenido por agentes del INM en Chiapas. Proceso.com.mx, Recuperado de: <https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2019/6/12/migrante-guatemalteco-muere-por-infarto-tras-ser-detenido-por-agentes-del-inm-en-chiapas-226279.html>

umbral%20del%20dolor_INSYDE_2017.pdf

⁶ *Ibidem*, p.25

⁷ Secretaría de Gobernación – Instituto Nacional de Migra-

después, un hombre salvadoreño de 40 años falleció en las instalaciones del INM en Monterrey, según un testigo la salud del migrante había empeorado notablemente en los últimos cinco días antes de su muerte, la mañana en que falleció, presentó un cuadro de aparente taquicardia, fue auxiliado por un paramédico y momentos después falleció¹⁰, en este caso, se presume que recibió atención, pero esta llegó tarde pues llevaba varios días con sintomatología aparente que según el testimonio de su acompañante, no fue atendida.

El último caso reportado ese año, fue el de un migrante originario de Haití, quien falleció tras pasar 15 días enfermo y en aislado en la estación migratoria de Tapachula, Chiapas¹¹. Según los testimonios de los migrantes alojados en el área de hombres y el comunicado del Grupo Impulsor contra la Detención Migratoria y la Tortura, y el Colectivo de Observación y Monitoreo de Derechos Humanos en el Sureste Mexicano, algunas personas escucharon durante toda la noche del 5 y hasta la madrugada del 6 de agosto los gritos y llantos del migrante. Sin embargo, los guardias lo mantuvieron bajo candado sin ningún tipo de asistencia, “llevaba más de 20 días en detención, 15 de ellos muy enfermo y además sometido a régimen de aislamiento en una celda. Algunas personas escucharon durante toda la

noche del 5 hasta la mañana del 6 de agosto los gritos y llantos de la persona. Sin embargo, los guardias mantuvieron bajo candado tanto al señor como al resto de hombres en sus celdas sin ningún tipo de asistencia y sin oportunidad de acompañarlo, hasta avanzada la madrugada en que dejaron de escucharlo”, refirieron las organizaciones, citando testimonios de personas ingresadas en la Estación¹²

La muerte es la consecuencia más contundente de la falta de atención médica para las personas en detención migratoria, pero estas no son producto de circunstancias extraordinarias, los datos recabados por el Observatorio de Migración muestran que durante años han existido prácticas de omisión cuando no violaciones directas y graves a los derechos de las personas migrantes y en específico para el acceso a salud bajo custodia del Instituto Nacional de Migración.

EL CONTEXTO MIGRATORIO Y EL ACCESO A LA SALUD EN ESTACIONES MIGRATORIAS DURANTE EL COVID 19

A mediados de marzo de 2021 fueron comunicadas las medidas que serían tomadas para prevenir los contagios por Covid 19 en México. La Jornada Nacional de Sana Distancia fue el nombre que el gobierno de México utilizó para difundir las medidas de distanciamiento social

¹⁰ Martínez, A., (17 de julio de 2019). Muere indocumentado en Instituto Nacional de Migración. Milenio.com, Recuperado de: <https://www.milenio.com/policia/causa-movilizacion-muerte-persona-instituto-migracion>

¹¹ Animal Político, (7 de agosto de 2019). Migrante de Haití no recibió ayuda y murió en estación migratoria de Chiapas, denuncian ONG. Recuperado de: <https://www.animalpolitico.com/2019/08/migrante-haiti-estacion-migratoria-chiapas/>

¹² Grupo Impulsor contra la Detención Migratoria y la Tortura -GICDMT, y el Colectivo de Observación y Monitoreo de Derechos Humanos en el Sureste Mexicano (08 de agosto de 2019) Muere una persona interna en el centro de detención migratoria de Tapachula Recuperado de: <https://cdhfraymattias.org/muere-una-persona-interna-en-el-centro-de-detencion-migratoria-de-tapachula/>

y las políticas de confinamiento por la pandemia de Coronavirus¹³

Cabe destacar que las medidas pronunciadas llegaron en un contexto complejo para las personas migrantes en México, para entenderlo, debemos retroceder a 2018.

En 2018, el entonces presidente electo, Andrés Manuel López Obrador, declaró que habría una política de brazos abiertos para las personas migrantes. En su gira de agradecimiento señaló que “no se puede estar enfrentando este problema solo con el uso de la fuerza, con medidas coercitivas, hay que garantizar los derechos humanos, y el principal derecho humano es el derecho a la vida, a buscarse la vida, el derecho a ir a trabajar honradamente, mitigar el hambre y la pobreza”, asimismo, pidió ser solidarios y aplicar el refrán mexicano de que “donde come uno, comen dos”¹⁴ las promesas incluían promover un plan de desarrollo para los Países centroamericanos como una solución a los problemas que de raíz expulsan a miles de migrantes de la región, así como ofrecer empleo a esta población en los proyectos de infraestructura planeados para su gobierno.

¹³ Secretaría de Gobernación – Secretaría de Salud, (24 de marzo de 2020) Sana distancia COVID-19, Recuperado de: <https://www.gob.mx/salud/hospitalgea/documentos/jornada-nacional-de-sana-distancia>

¹⁴ Ortega A., (21 de octubre de 2018) AMLO abre la puerta a migrantes: “Donde come uno, comen dos”, Política Expansión, Recuperado de: <https://politica.expansion.mx/presidencia/2018/10/21/amlo-abre-la-puerta-a-migrantes-donde-como-uno-comen-dos>

Con el entrante gobierno de López Obrador, México fue de los primeros países en adoptar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular de la Organización de las Naciones Unidas, Marrakech, Marruecos, en diciembre de 2018. Algunos de los objetivos de este Pacto son: a) mitigar los factores adversos y estructurales que impiden a las personas construir y mantener medios de vida sostenibles en sus países de origen; b) reducir los riesgos y las vulnerabilidades a las que se enfrentan los migrantes en las diferentes etapas de la migración y brindar atención y asistencia con apego a sus derechos humanos, c) gestionar las fronteras de forma integral, coordinada y segura, d) garantizar el acceso a servicios básicos para migrantes; y e) promover la inclusión y cohesión social de las personas migrantes, entre otros¹⁵.

Al mismo tiempo, entre 2018 y 2019 el fenómeno de las caravanas migrantes creció rápidamente.

Alfredo Islas Colín (2019) hace un recuento: entre el 13 de octubre de 2018 y hasta el 10 de abril de 2019 contabilizó nueve caravanas de migrantes y solicitantes de protección internacional que pasaron por la frontera sur de México, principalmente vía Tapachula, Chiapas y Tenosique, Tabasco. El número de integrantes de las caravanas van desde los doscientos hasta los siete mil aproximadamente; provenientes de Centroamérica en su mayoría (principalmente de Honduras) y cuyo des-

¹⁵ Un listado completo de los 23 objetivos del Pacto pueden ser consultados en: https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf

tino principalmente eran los Estados Unidos de Norteamérica, además, se alertó que las caravanas eran conformadas también por niñas, niños adolescentes (acompañados y no acompañados) que huían de las condiciones de inseguridad de sus países de origen¹⁶.

Las características de las caravanas de migrantes requerían una respuesta humanitaria que comprendiera las necesidades específicas sobre todo de las personas en situaciones de vulnerabilidad, al menos niñas, niños, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, población LGBTTIQ+ y solicitantes de protección internacional. Sin embargo, el contexto en que surgieron fue bastante complejo. Mientras el discurso de México parecía dar un giro radical a la política migratoria con el lema de “donde come uno, comen dos”, el entonces presidente de Estados Unidos de América, Donald Trump, insistía en la construcción de un muro en la frontera de EUA con México y un discurso antiinmigrante.

El 30 de mayo de 2019, Donald Trump anunció que aplicaría aranceles del 5% a todas las importaciones mexicanas el cual debería ser aplicado de forma inmediata y subiría gradualmente hasta llegar al 25% mientras no percibiera un mejor control migratorio por parte de México. De forma casi inmediata, fue comisionado el canciller mexicano, Marcelo Ebrard,

para negociar¹⁷. Como bien resume Sandoval Hernández (2019)¹⁸, el Plan de Desarrollo impulsado por AMLO desapareció como estrategia de contención a la migración, y lejos de ofrecer tal plan y de negociar a partir de él, México aceptó disminuir en tan solo 45 días el número de migrantes centroamericanos que llegaban a la frontera norteamericana, así como el envío de elementos de la recién estrenada Guardia Nacional mexicana, grupo militarizado que originalmente había sido creado para combatir al crimen organizado, a la cual se le otorgaron las facultades de la desaparecida Policía Federal, pero que ha sido colocado estratégicamente para la contención migratoria desde entonces.

Rápidamente, la política migratoria promovida por el gobierno de López Obrador, pasó de buscar mitigar las causales que expulsan a las personas de Centroamérica, propuesta que estaba alineada con el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, a la militarización de la migración.

A partir de junio de 2019 las imágenes de la Guardia Nacional haciendo uso excesivo de la fuerza contra las personas migrantes (incluso contra niña, niños y adolescentes) se volvieron recurrentes. Circulan imágenes y testimonios donde este cuerpo con equipamiento y

¹⁶ Islas Colín, A. (2019) Caravanas de migrantes y refugiados en México. BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, núm. Esp.25, pp. 131-146, 2019, Asociación Castellano Manchega de Sociología, Recuperado de: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/3221/322161623010/html/index.html>

¹⁷ Mars, A. (31 de mayo de 2019) Trump anuncia un arancel general del 5% a México como castigo por la inmigración irregular. El País. Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2019/05/31/estados_unidos/1559256743_016777.html

¹⁸ Sandoval Hernández, E. (2019) Los migrantes centroamericanos: entre las amenazas de Trump y las promesas de AMLO. Cahiers des Amériques latines 91 | 2019. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/cal/9336>

formación militar no sólo trata de evitar el ingreso de las personas migrantes en la frontera sur de México, también trata de evitar que crucen a EUA. La Ley de la Guardia Nacional, en su artículo 9 incisos XXXV y XXXVI, la faculta para realizar inspección de documentos migratorios en coordinación con el INM, así como para poyar el aseguramiento que realice el Instituto Nacional de Migración y a petición del mismo, resguardar las estaciones migratorias y a los extranjeros que en ellas se encuentren.

Como señalan Ortega Ramírez y Morales Gámez¹⁹, en los primeros meses del despliegue de la Guardia Nacional a las fronteras norte y sur de México con fines de control migratorio, se presentaron más de 24 quejas a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por violación a los derechos humanos en operativos de seguridad y hasta octubre de 2018, se mantenían 27 000 agentes de la Guardia Nacional desplegados en las fronteras norte y sur, que habían detenido a alrededor de 67 057 migrantes.

Además, en el mismo año fue proclamado el *Migrant Protection Protocols* mejor conocido como “MPP” o “Quédate en México”, una política migratoria del gobierno de los Estados Unidos vigente desde enero de 2019 y hasta febrero de 2021, que obligó a las personas que ingresaron a EUA (sin importar cómo entraron al país) y aquellas que manifestaron interés en pedir asilo, a esperar en México todo lo que

duraba su proceso en la corte de inmigración estadounidense.

Es en este contexto de contención migratoria en México y con un bagaje de prácticas institucionales violatorias a los derechos de las personas migrantes, en específico de derecho al acceso a la salud, fue que en marzo de 2020 la pandemia por COVID 19 alcanzó a las personas migrantes y a las solicitantes de protección internacional en México.

Los siguientes días, la Comisión Nacional de Derechos Humanos solicitó al INM “implementar medidas cautelares para salvaguardar la integridad física, psicológica, estado de salud y la vida, de personas migrantes alojadas en estaciones migratorias, estancias provisionales y albergues de ese instituto²⁰” ante el COVID 19. El mismo día, el INM respondió señalando que el Instituto “tiene una capacidad para alojar 6 mil 728 personas extranjeras en estaciones y estancias migratorias y, a la fecha, la ocupación es de 3 mil 59, lo que representa un 45.46 por ciento; ninguno de los recintos migratorios del instituto registra hacinamiento de personas extranjeras²¹”, señala-

20 Comisión Nacional de Derechos Humanos - CNDH. (17 de marzo de 2020) Exige CNDH acciones urgentes para evitar hacinamiento y contagio masivo de coronavirus en personas migrantes alojadas en estaciones del Instituto Nacional de Migración (INM). Recuperado de: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-03/COM_2020_081.pdf

21 Instituto Nacional de Migración – INM, (17 de marzo de 2020). Acepta INM medidas cautelares emitidas por la CNDH, Boletín No. 091/2020, Recuperado de: <https://www.gob.mx/inm/prensa/acepta-inm-medidas-cautelares-emitidas-por-lacndh-238199>

19 Ortega A. y Morales, L. (2021). (In)seguridad, derechos y migración. La Guardia Nacional en operativos migratorios en México. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n47/1870-2147-rius-15-47-157.pdf>

ron incluso que desde enero habían tomado medidas para prevenir los contagios en las estaciones migratorias.

Sin embargo, la incertidumbre entre las personas migrantes y solicitantes de protección internacional en México creció y en las siguientes semanas toda respuesta que obtuvieron por parte del gobierno mexicano estaba lejos de las promesas de trabajo, planes de desarrollo y brazos abiertos. El Grupo de Trabajo de Política Migratoria en su comunicado de prensa, hace una síntesis de los hechos que siguieron al anuncio de la Jornada Nacional de Sana Distancia:

“el 23 de marzo, al menos 50 migrantes que se manifestaban en la estación migratoria Siglo XXI en Tapachula, Chiapas, fueron reprimidos por la Guardia Nacional y la Policía Federal, mediante el uso de mangueras de agua, gas lacrimógeno y abuso de la fuerza de la Guardia Nacional. El 29 de marzo se registró una manifestación al interior del centro de detención migratoria ubicado en Villahermosa, Tabasco, por los mismos motivos. Finalmente, el 31 de marzo hubo otra protesta en la estación migratoria de Tenosique, nuevamente a causa de la incertidumbre e insalubridad en que el INM mantiene a las personas en detención migratoria. Un hombre de origen guatemalteco murió y por lo menos 14 personas fueron heridas. Según testimonios de las personas sobrevivientes, la represión fue ejercida por agentes del INM y, nuevamente, miembros de la Guardia Nacional, quienes además impidieron la evacuación de las personas

para escapar del incendio al interior del centro.”²²

Adicionalmente, se reportó otra protesta y motín el 2 de abril de 2020 en las instalaciones del INM en Hermosillo, Sonora, las personas detenidas exigían pruebas diagnósticas para descartar el virus de Covid 19 entre las personas detenidas y la agilización de los trámites de repatriación así como de las solicitudes de protección internacional. El testimonio de un migrante que participó en la manifestación retomado en el *Informe sobre los efectos de la pandemia del COVID-19 en las personas migrantes y refugiadas*²³, señala que detuvieron a 314 personas indocumentadas en un espacio habilitado para apenas 100 personas, lo que causó especial preocupación ante las indicaciones de mantener la distancia.

Los reclamos de la población migrante fueron legítimos. Mientras el gobierno hacía un llamado a la sana distancia y a maximizar las me-

²² Grupo de Trabajo de Política Migratoria –GTPM, (2 de abril de 2020). Ante los riesgos por el COVID -19: Exigimos la libertad inmediata de todas las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo en detención migratoria. Comunicado de prensa. Recuperado de: <https://gtpm.mx/ante-los-riesgos-por-el-covid-19-exigimos-la-libertad-inmediata-de-todas-las-personas-migrantes-refugiadas-y-solicitantes-de-asilo-en-detencion-migratoria/>

²³ Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho FJEDD, Asylum Access México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Instituto para las Mujeres en la Migración, Sin Fronteras, Alma Migrante (2020) Informe sobre los efectos de la pandemia del COVID-19 en las personas migrantes y refugiadas. Recuperado de: <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-informe-migracion-y-covid-19.pdf>

didadas de higiene, en los centros de detención migratoria seguían las condiciones insalubres que imperaban desde hace años. Aunque INM aseguraba públicamente que tomaba las acciones necesarias para prevenir los contagios entre la población migrante en detención, las carencias del Instituto y su despreocupación por garantizar el derecho a la salud para las personas migrantes se hicieron más evidentes que nunca. Adicionalmente, el manejo de la seguridad en los centros de detención migratoria por parte de la Guardia Nacional y la Policía Estatal de Tabasco, terminaron en tragedia.

Los siguientes meses, organizaciones de la sociedad civil en México interpusieron ocho juicios de amparos en seis ciudades de la República (Tenosique, Tabasco; Tapachula, Chiapas; Acayucan, Veracruz; Monterrey, Nuevo León; Ciudad de México y Tijuana, Baja California). Como se señala en el *Informe sobre los efectos de la pandemia del COVID-19 en las personas migrantes y refugiadas*, en la mayor parte de los casos, la actuación del poder judicial no fue satisfactoria, emitiéndose medidas limitadas y -en algunos casos- ineficaces para resolver a favor de la población migrante y solicitante de protección internacional privada de libertad en los centros de detención migratoria. No obstante, se destaca la suspensión dictada por el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México, que solicita el cumplimiento por parte de las autoridades migratorias y de salud de las medidas que favorecen y garantizan la vida, salud e integridad de la población migrante y solicitante de asilo ²⁴ Sin embargo, las autoridades demandadas siguieron obstaculizando el acceso a la

²⁴ Ibídem

información y generaron informes incompletos del cumplimiento de las medidas cautelares.

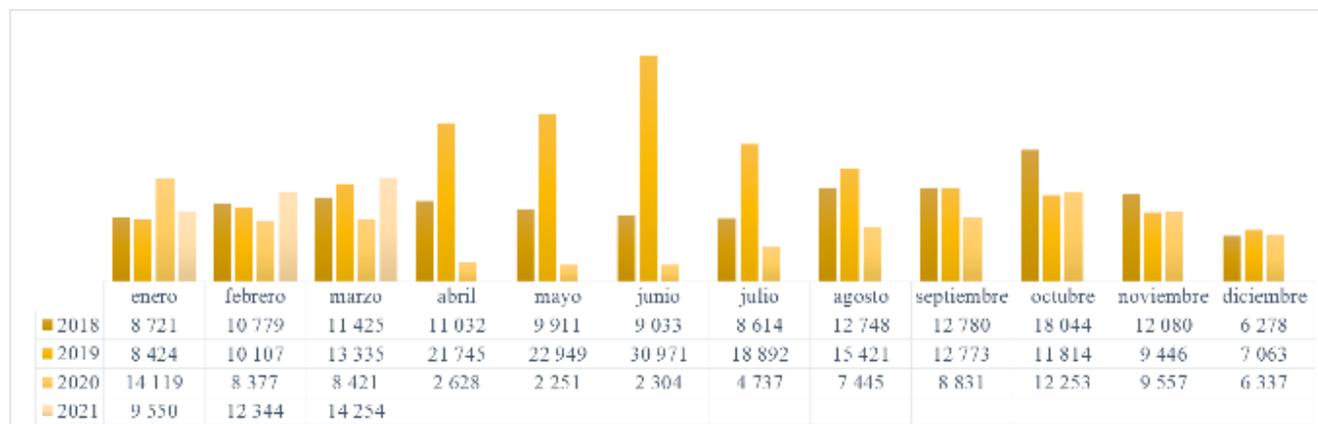
Además, durante el mes de agosto, Asylum Access realizó visitas de revisión a estaciones migratorias en Villahermosa, Tabasco, Iztapalapa, en Ciudad de México, y Tijuana en Baja California, donde constató que no se eran respetadas las medidas de higiene dictadas por la Secretaría de Salud para el cuidado y prevención del COVID 19²⁵.

Las cifras presentadas por la Unidad de Política Migratoria (2019 - 2021) muestran que el ritmo de la detención migratoria incrementó ferozmente los siguientes meses pese a la pandemia. De hecho, solo en los meses de abril, mayo y junio de 2020 se reportó una baja sustantiva en las detenciones migratorias con respecto a los mismos periodos de años anteriores. En los siguientes meses el control migratorio de endureció nuevamente como se muestra en la Figura 1, de hecho, si comparamos el primer trimestre desde el año 2018 (con 30,925 detenciones), podemos notar que el año 2021 es el trimestre que más detenciones migratorias ha reportado el INM en los últimos cuatro años, con un total de 36,148 detenciones, pese a que en diciembre de 2020 y enero de 2021 México experimentó un incremento sostenido en los casos confirmados por COVID 19 ²⁶, como muestra la Figura 2.

²⁵ Ibídem

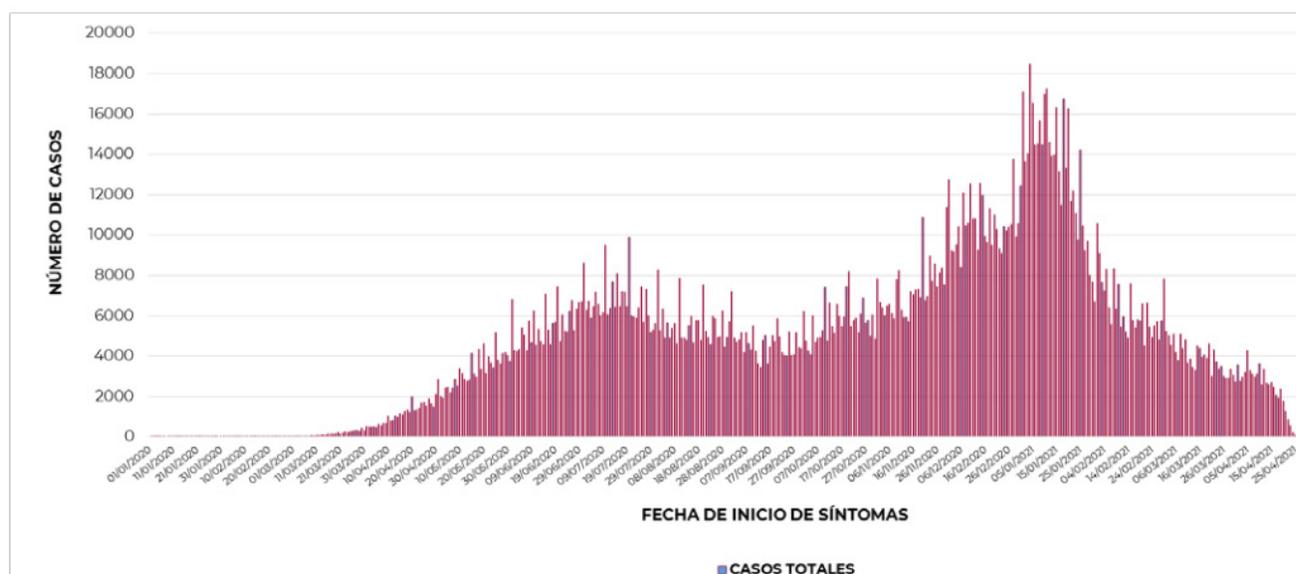
²⁶ Secretaría de Salud, (26 de abril de 2021). 17° Informe epidemiológico de la situación de COVID-19. Secretaría de Salud - Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud Dirección General de Epidemiología. Recuperado de: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/633382/Informe_COVID-19_2021.04.26.pdf

Figura 1. Eventos de extranjeros presentados ante la autoridad migratoria comparativa mensual de enero de 2018 a marzo de 2021.



*Elaboración propia con datos de la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación.

Figura 2. Distribución de casos confirmados totales de COVID-19 por fecha de inicio de síntomas.



*Fuente: SSA/SPPS/DGE/DIE/InDRE/Informe. COVID-19 /México- 26 de abril de 2021(corte 9:00hrs), tomado de 17° Informe epidemiológico de la situación de COVID-19, 26 de abril de 2021

El 21 de febrero de 2021, el gobierno federal reportó durante una de las conferencias de prensa COVID 19, que al 31 de diciembre de 2020 se habían identificado 3,863 casos de personas migrantes con sospecha de COVID 19, de los cuales, fueron confirmados 984

casos y 50 defunciones (originarios principalmente de EUA). Los principales países de origen fueron Estados Unidos (15%), Honduras (11%), Venezuela (11%) y Colombia (10%). Señaló también que al 15 de febrero de 2021, se registraron 4,869 personas migran-

tes sospechosas de COVID 19, de las cuales fueron confirmados 1,208 casos, provenientes de Venezuela (17.1%), Estados Unidos (14.8%), Colombia (10.8%), Honduras (8.1%), Cuba (7.5%), El Salvador (5.4%), Guatemala (3.9%) entre otras nacionalidades, reportaron también 55 defunciones confirmadas de personas migrantes²⁷. Sin embargo, durante la conferencia, hicieron hincapié en que consideran migrante a cualquier persona que ha cambiado de residencia por cualquier motivo y que se encuentra en territorio mexicano, ya sea con estatus migratorio regular o irregular. Por lo que los datos presentados no responden luz sobre las condiciones de salud entre las personas migrantes en los centros de detención migratoria del INM. La versión escenográfica y la presentación de estos datos se encuentran disponibles en el portal de la Secretaría de Salud.

Durante la misma conferencia, el director general de Epidemiología, José Luis Alomía Zegarra, afirmó que las personas migrantes están contempladas en el programa de vacunación y que sin importar su estatus migratorio, podrán acceder a la vacuna cuando lleguen al municipio de su residencia según el esquema de vacunación por edades y profesiones. (Ibídem) Sin embargo, en los siguientes días, fue reportado el caso de Cuajimalpa, alcaldía donde se colocaron letreros para advertir que no vacunarían a personas extranje-

ras ni siquiera si cuentan con FM2, el formato que les acredita como residentes documentados en el país²⁸.

Ante las respuestas generales y pro derechos humanos brindadas por el gobierno mexicano, no hay claridad sobre si los esquemas de vacunación están siendo aplicados en los centros de detención migratoria, aun cuando silenciosamente han incrementado el número de detenciones en los últimos meses.

CONCLUSIÓN

Los hechos presentados en este artículo muestran que las violaciones a los derechos de las personas en detención migratoria no son hechos aislados. En general, estamos ante una política migratoria que durante decenios de años ha operado con la lógica de contención migratoria desde una perspectiva de seguridad nacional o como moneda de cambio ante las presiones socioeconómicas de Estado Unidos, y que se ha valido cada vez más de cuerpos militarizados para realizar esa contención. Aunque no hemos abordado la política migratoria del presidente Joe Biden de Estados Unidos, quien tomó el cargo en enero de 2021, no ha cambiado la relación ni los acuerdos bilaterales para promover que México mantenga los niveles de detención migratoria, ya que ha incrementado sustancialmente en los últimos meses.

²⁷ Secretaría de Salud (21 de febrero de 2021) 079. Personas migrantes en territorio mexicano también recibirán vacuna contra COVID-19. Comunicado de Prensa. Recuperado de: <https://www.gob.mx/salud/prensa/079-personas-migrantes-en-territorio-mexicano-tambien-recibiran-vacuna-contra-covid-19>

²⁸ Espinosa, G., (23 de febrero de 2021). ¿Qué pasa con la vacunación de extranjeros residentes contra covid en México?, Recuperado de: <https://www.sopitas.com/noticias/extranjeros-vacunas-residentes-mexico-covid-secretaria-salud-plan-vacunacion/>

A nivel institucional, queda claro que las prácticas del Instituto Nacional de Migración tampoco son hechos aislados. Se trata de prácticas institucionalizadas, es decir, prácticas que si bien no necesariamente son fomentadas por quienes lideran las instituciones, tampoco son sancionadas, por lo que hay un común entendimiento de que así es como ha operado la institución y que es así como puede seguir operando.

En consecuencia, tomar medidas paliativas no será suficiente ya que existen condiciones de fondo por las que no es posible garantizar el acceso al derecho a la salud dentro de las estaciones migratorias. Algunas condiciones institucionales son: falta de incentivos para impulsar buenas prácticas de atención a las personas migrantes; vejaciones a los derechos laborales de quienes laboran en la institución expresadas en exhaustivas jornadas y bajos salarios; ausencia de protocolos claros para la ruta a seguir en caso de presentarse una necesidad de atención médica; ausencia de personal médico y psicológico mínimo para atender las 24 horas cada centro de detención según la capacidad de cada uno; ausencia de procedimientos claros para que las víctimas de agresiones o violaciones a derechos puedan iniciar una denuncia sin poner en riesgo su integridad, ausencia de sistemas de sanciones administrativas, y en su caso, vinculaciones a proceso penal a las y los agentes que violen los derechos de las personas detenidas y, finalmente, la poca voluntad política para que la detención migratoria sea la excepción y no la regla. Es evidente que menos voluntad política han tenido para considerar prohibir la detención migratoria en el contexto de pandemia, aun cuando es claro que el INM no cuenta con la infraestructura ni

con la intención de garantizar la salud de las personas migrantes bajo su custodia.

Subsanar estas carencias requiere de un proceso de reestructuración institucional desde la perspectiva de derechos humanos, además de contar con un presupuesto asignado para poder impulsar la remodelación de los espacios y la modernización de los procesos y procedimientos, así como realizar la contratación de personal necesario para cubrir la atención médica en sus centros de detención, o en su caso, garantizar que personal médico adscrito al sector salud estatal se encuentren dentro de las estación migratoria las 24 horas para atender a la población detenida. A la par deben existir metas e indicadores claros de mejora institucional, así como sistemas de monitoreo y evaluación internos y externos que permitan dar cuenta de que los cambios ocurren. Por ejemplo, con la ampliación de permisos de ingreso a las organizaciones de sociedad civil a las estaciones migratorias para recopilar información cualitativa y cuantitativa sobre el trato que reciben las personas detenidas y las condiciones de las instalaciones.

Los cambios no pueden esperar más y demandan, como se ha dicho aquí, que se priorice el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes, haciendo de la transparencia y la rendición de cuentas un proceso efectivo de vigilancia y evaluación ciudadana necesario para prevenir y corregir los abusos de poder, sobre todo en el contexto de pandemia.

BIBLIOGRAFÍA

Andrade Galindo, J. A., Avila Morales, G.A. y Díaz de León, L., (2017) *Informe sobre las condiciones de la estación*

- migratoria del INM en Acayucan, Veracruz*. Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C., Insyde, México. Recuperado de: www.observatoriodemigracion.org.mx/media/files/Informe%20Acayucan%20DMDH%20Insyde%20junio%202017.pdf
- Animal Político, (7 de agosto de 2019). *Migrante de Haití no recibió ayuda y murió en estación migratoria de Chiapas, denuncian ONG*. Recuperado de: <https://www.animalpolitico.com/2019/08/migrante-haiti-estacion-migratoria-chiapas/>
- Avila Morales, G. A., Andrade Galindo, J. y Díaz de León, L., (2017) *En el umbral del dolor: Acceso a los servicios de salud en estaciones migratorias*. Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C., Insyde, México. Recuperado de: www.observatoriodemigracion.org.mx/media/files/En%20el%20umbral%20del%20dolor_INSYDE_2017.pdf
- Comisión Nacional de Derechos Humanos - CNDH. (17 de marzo de 2020) *Exige CNDH acciones urgentes para evitar hacinamiento y contagio masivo de coronavirus en personas migrantes alojadas en estaciones del Instituto Nacional de Migración (INM)*. Recuperado de: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-03/COM_2020_081.pdf
- Espinosa, G., (23 de febrero de 2021). *¿Qué pasa con la vacunación de extranjeros residentes contra covid en México?*, Recuperado de: <https://www.sopitas.com/noticias/extranjeros-vacunas-residentes-mexico-covid-secretaria-salud-plan-vacunacion/>
- Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho FJEDD, Asylum Access México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Instituto para las Mujeres en la Migración, Sin Fronteras, Alma Migrante (2020) *Informe sobre los efectos de la pandemia del COVID-19 en las personas migrantes y refugiadas*. Recuperado de: <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-informe-migracion-y-covid-19.pdf>
- Grupo Impulsor contra la Detención Migratoria y la Tortura -GICDMT, y el Colectivo de Observación y Monitoreo de Derechos Humanos en el Sureste Mexicano (08 de agosto de 2019) *Muere una persona interna en el centro de detención migratoria de Tapachula* Recuperado de: <https://cdhfraymatias.org/muere-una-persona-interna-en-el-centro-de-detencion-migratoria-de-tapachula/>
- Grupo de Trabajo de Política Migratoria –GTPM, (2 de abril de 2020). *Ante los riesgos por el COVID -19: Exigimos la libertad inmediata de todas las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo en detención migratoria*. Comunicado de prensa. Recuperado de: <https://gtpm.mx/ante-los-riesgos-por-el-covid-19-exigimos-la-libertad-inmediata-de-todas-las-personas-migrantes-refugiadas-y-solicitantes-de-asilo-en-detencion-migratoria/>
- Islas Colín, A. (2019) *Caravanas de migrantes y refugiados en México*. BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, núm. Esp.25, pp. 131-146, 2019, Asociación Castellano Manchega de Sociología, Recuperado de: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/3221/322161623010/html/index.html>
- Instituto Nacional de Migración – INM, (17 de marzo de 2020). *Acepta INM medidas cautelares emitidas por la CNDH*, Boletín No. 091/2020, Recuperado de: <https://www.gob.mx/inm/prensa/acepta-inm-medidas-cautelares-emitidas-por-lacndh-238199>
- Mandujano I, y Tourliere, M., (12 de junio de 2019) *Migrante guatemalteco muere por infarto tras ser detenido por agentes del INM en Chiapas*. Proceso.com.mx, Recuperado de: <https://www.proceso.com.mx/587911/migrante-guatemalteco-muere-por-infarto-tras-ser-detenido-por-agentes-del-inm-en-chiapas>
- Martínez, A., (17 de julio de 2019). *Muere indocumentado en Instituto Nacional de Migración*. Milenio.com, Recuperado de: <https://www.milenio.com/policia/causa-movilizacion-muerte-persona-instituto-migracion>
- Mars, A. (31 de mayo de 2021) *Trump anuncia un arancel general del 5% a México como castigo por la inmigración irregular*. El País. Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2019/05/31/estados_unidos/1559256743_016777.html
- Observatorio de Migración. (2019) *Consulta de casos*, Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C., México, Recuperado de: www.observatoriodemigracion.org.mx/

buscador

Organización de las Naciones Unidas (2018) Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular. Recuperado de: https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf

Ortega A., (21 de octubre de 2018) *AMLO abre la puerta a migrantes: "Donde come uno, comen dos"*, Política Expansión, Recuperado de: <https://politica.expansion.mx/presidencia/2018/10/21/amlo-abre-la-puerta-a-migrantes-donde-come-uno-comen-dos> Ortega A. y Morales, L. (2021). *(In)seguridad, derechos y migración. La Guardia Nacional en operativos migratorios en México*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. E - ISSN : 1870 - 2147. nueva época, Vol. 15, núm . 47, ENE R O - JUNIO 2021 / pp 157-182. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n47/1870-2147-rius-15-47-157.pdf>

Político.mx, (17 de mayo de 2019). *Encinas asegura que niña migrante murió por una caída*. Recuperado de: <https://politico.mx/minuta-politica/minuta-politica-gobierno-federal/encinas-asegura-que-ni%C3%B1a-migrante-muri%C3%B3-por-una-ca%C3%ADda/>

Sandoval Hernández, E. (2019) *Los migrantes centroamericanos: entre las amenazas de Trump y las promesas de AMLO*. Cahiers des Amériques latines 91 | 2019. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/cal/9336>

Secretaría de Gobernación – Instituto Nacional de Migración, (2019). *Tarjeta informativa*. Recuperado de: https://twitter.com/INAMI_mx/status/1129082163872190464

Secretaría de Gobernación – Secretaría de Salud, (24 de marzo de 2020) *Sana distancia COVID-19*, Recuperado de: <https://www.gob.mx/salud/hospitalgea/documentos/jornada-nacional-de-sana-distancia>

Secretaría de Salud (21 de febrero de 2021) 079. Personas migrantes en territorio mexicano también recibirán vacuna contra COVID-19. Comunicado de Prensa. Recuperado de: <https://www.gob.mx/salud/prensa/079-personas-migrantes-en-territorio-mexicano-tambien-recibiran-vacuna-contra-covid-19>

Secretaría de Salud, (26 de abril de 2021). *17° Informe epidemiológico de la situación de COVID-19*. Secretaría de Salud - Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud Dirección General de Epidemiología. Recuperado de: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/633382/Informe_COVID-19_2021.04.26.pdf

Unidad de Política Migratoria (2019) *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2019*, Secretaría de Gobernación. Recuperado de: http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Boletines_Estadisticos/2018/Boletin_2018.pdf

Unidad de Política Migratoria (2020) *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2019*, Secretaría de Gobernación. Recuperado de: http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Boletines_Estadisticos/2019/Boletin_2019.pdf

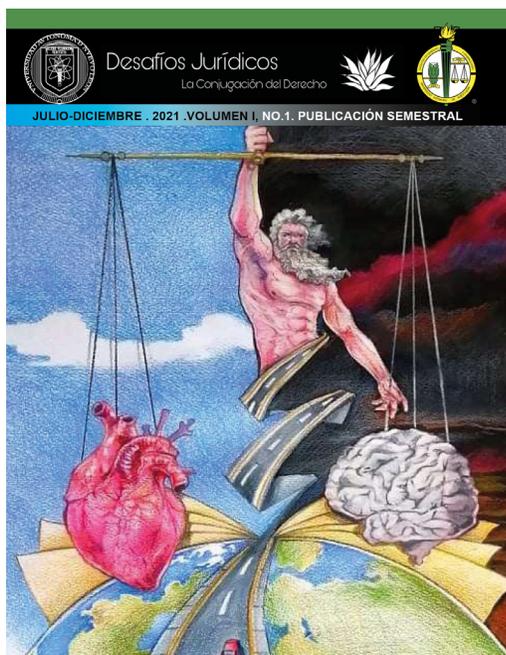
Unidad de Política Migratoria (2021) *Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias 2020*, Secretaría de Gobernación. Recuperado de: http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Boletines_Estadisticos/2020/Boletin_2020.pdf

Legislación

LEY DE MIGRACIÓN. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011

LEY DE LA GUARDIA NACIONAL. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2019





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Idalia Patricia Espinosa Leal (Universidad de Hankuk para Estudios Extranjeros)

Evolución legislativa del delito de cohecho en México. pp. 28-53
Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021.

Publicado en Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Revista de temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana. Volumen 1, No. 1, julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología, editada en la Ciudad Universitaria, N.L., México. Con dirección en Cd. Universitaria, Av. De los Rectores s/n, San Nicolás de los Garza, N.L. C.P. 66451, Página electrónica de la revista: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Editora en jefe: Dra. Amalia Guillén Gaytán Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título Volumen 1, No. 1, juliodiciembre de 2021 ISSN: en trámite ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dra. Karina Soto Canales.

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho aborda temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, tiene como propósito constituirse en un foro de discusión académica que aborda la compleja, contradictoria y multicausal relación entre el derecho y la vida social. Desafíos Jurídicos se inscribe en el debate académico nacional e internacional en el ámbito de Derecho y su giro especial en las ciencias sociales e invita al análisis de diversas prácticas sociales y formas de organización y acción política desde una perspectiva multidisciplinaria que ponga énfasis en la defensa de los derechos y su aplicación. Los textos publicados incorporan métodos y problemas tratados desde el derecho, la sociología, la ciencia política, la economía, los estudios urbanos, la geografía, los estudios culturales, la antropología, la literatura y el feminismo, entre otros. Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del comité editorial.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización expresa de la revista.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: ING. ROGELIO GARZA RIVERA CASTRO

SECRETARIO GENERAL: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

PINTURA DE LA PORTADA: José Luis Rodríguez Alemán "La Racionalidad del Derecho" © 2021

Evolución legislativa del delito de cohecho en México

Legislative evolution of Mexico's corruption offence in Mexico

Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021

Por: Idalia Patricia Espinosa Leal*

*Universidad de Hankuk para Estudios Extranjeros

Resumen. El objetivo del presente trabajo consiste en mostrar las diferentes transiciones jurídicas del delito de cohecho desde la época precortesiana hasta nuestros días, para identificar qué era lo que se protegía y de qué manera. Asimismo analizar si durante las modificaciones a este delito, los legisladores tomaron alguna idea jurídica de las legislaciones de nuestros antepasados o bien, si hubo influencia de legislaciones extranjeras y en qué época. Para ello, con la vista puesta en el delito de cohecho, partiremos desde la revisión de usos y costumbres registradas en las leyes de Nezahualcóyotl, de la época precortesiana, pasando por las leyes de la Nueva España, para finalmente revisar las diversas modificaciones surgidas en el México independiente hasta nuestro sistema jurídico penal vigente. Se discutan la evolución de los castigos dentro de este contexto.

Palabras clave: Delito de cohecho; corrupción; soborno.

Abstract. The objective of this work is to show the different legal transitions of corruption offense from precortesian times to the present day, to identify what it was protecting and in what way. In addition, to examine whether and when the legislators took any legal insight into the laws of our ancestors or those of foreign influence during the amendments to this crime. To do this, with an eye on the crime of corruption, we start from the review of uses and customs recorded in the laws of Netzahualcoyotl, of the precortesian era, through the laws of New Spain, to see the various modifications that arose in independent Mexico to our current criminal judiciary and legal system. The evolution of punishments within this concept are discussed.

Keywords: Bribery offense; corruption; bribery.

INTRODUCCIÓN

La corrupción es un problema que siempre ha existido, son muchos los motivos para su comisión y se presenta en todas las áreas de la actividad humana; pero la figura básica de esta conducta delictiva es el delito de cohecho.

Para comprender el concepto del delito de cohecho recurriremos a varios autores clásicos así como lo que nuestro máximo tribunal entiende por este concepto. Carrara afirma que el cohecho consiste en la “venta que de un acto perteneciente a sus funciones y que por regla general debería ser gratuito, le hace un funcionario público a una persona privada”¹. Y por otra parte, Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, definen al cohecho como “el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio”².

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, menciona que los elementos constitutivos del delito de cohecho son los siguientes:

Tesis: COHECHO, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. “Primero. Intervención de una persona encargada de un servicio público. Segundo. Que ésta solicite por sí o por interpósita persona o reciba indebidamente

te dinero o cualquier otra dádiva o acepte una promesa directa o indirectamente, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto. Tercero. Que el acto u omisión estén relacionados con sus funciones, y Cuarto. Que la acción o la omisión se verifiquen precisamente por virtud del dinero o de la dádiva recibida de la promesa hecha”³.

Después de haber revisado el concepto dogmático del delito de cohecho, pasaremos a su análisis legislativo. Como veremos, la regulación del delito de cohecho se fue transformando de acuerdo con las necesidades de la época, quedando plasmadas las distintas derogaciones realizadas a esta figura delictual en el Código Penal, evidenciando las diferentes percepciones que sobre este concebía el legislador de su tiempo. Nuestro objetivo es revisar la regulación del delito de cohecho desde antes de la conquista hasta la actualidad, con un enfoque legislativo para desentrañar qué protege y cómo, cuál es el castigo aplicado, a quienes se aplica, para finalmente concluir si hay algún aspecto a mejorar.

ÉPOCA PRECORTESIANA

Durante el último siglo, antes de la conquista de los españoles a lo que hoy conocemos como México, el territorio era gobernado por la triple alianza política: los Aztecas de Tenochtitlán, los Tecpanecas de Tlacopan y los Alcohuas de Texcoco, la hegemonía del pueblo azteca en esta triple alianza, era por naturaleza guerrera, este pueblo tenía una sociedad

1 Carrara, F., Programa de Derecho criminal. Parte especial, V. Quinto, 4ª Edición, Temis, Bogotá, 1993, p. 94.

2 Antón Oneca/Rodríguez Muñoz, Derecho Penal, Madrid, t II, 1949, p. 214; asimismo, Etcheberry, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, t IV, 3ª Edición, p. 252.

3 COHECHO, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE; [T]; Quinta Época; Primera Sala; SJF; Tomo CXXVIII; p. 449.

con estructura vertical, lo que condujo a una estratificación en clases sociales⁴.

Además, había toda una organización judicial, “los jueces administraban justicia con la mayor rectitud, todos llevaban en la cabeza una corona real, dando á (sic) entender que la justicia se administra en nombre del soberano, teniendo las sentencias tanta autoridad como si el rey las pronunciara”⁵

En esa época, los jueces recibían como parte de su paga prestaciones suficientes para que sólo se dedicaran a la aplicación de la justicia de aquella época, según la forma en que la entendían, porque:

“los jueces tenían señalado salario, tierras bastantes para sustentar una familia holgadamente, en las cuales había labradores que las sembraban dando cierta porción de las cosechas, suministrando además, agua, leña y servicios personales. Al morir los jueces, pasaban las tierras a sus sucesores en el cargo, no a su familia, con las gentes que las beneficiaban”⁶.

En la administración de justicia, contaban con un sistema de gravedad del delito para el efecto de la aplicación de la pena: **cuando los jueces recibían cohecho**, sin estar relacionado necesariamente al delito de sentenciar injustamente, **o se desmandaban en la bebida o cuando descuidaban sus obligaciones**, se procedía *de oficio* contra los jueces que se dejaban sobornar, en los casos leves eran los otros jueces quienes amonestaban ásperamente al culpable; y al reincidente, es decir, **si a la tercera amonestación no se enmendaba se le destituía de su cargo y además le trasquilaban el cabello** en público mercado, cosa de mucha afrenta. **Los casos graves se castigaban irremisiblemente con la muerte: degollados**⁷; Estas regulaciones regían hasta antes de la conquista y estaban expresadas en signos gráficos para representar ideas a menara de pinturas, porque la escritura como tal no existía en aquella época⁸. En este mismo sentido afirma Esquivel Obregón, que el derecho penal azteca, se representaba cada uno de los delitos y las penas mediante escenas pintadas⁹.

Según lo rescatado por los historiadores de los textos principales de las leyes aztecas: Las ochenta leyes de Nezahualcóyotl¹⁰, Leyes

4 Trinborn, Herman, El delito de las altas culturas de América, trad. del Alemán al Español, por José León Herrera y Ernesto More, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 1968, p.15-16. <https://catalog.hathitrust.org/Record/000600577>

5 Orozco y Berra, Manuel, Historia antigua de la conquista de México, Tomo Primero, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, San Juan de Letrán No. 6, México, 1880, p. 268.

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/historia-antigua-y-de-la-conquista-de-mexico-tomo-primero-846972/>

6 Ídem.

7 Veytia, Mariano, Historia antigua de México, Imprenta a cargo de Juan Ojeda, México, 1836, t III, p. 423, https://archive.org/details/historiaantiguad00veyt_0/page/422/mode/2up; Orozco y Berra, Manuel, op.cit., 5 ; Trinborn, Herman, op.cit., 4, pp. 756-757.

8 Orozco y Berra, Manuel, Historia antigua... op. cit., 5, p. 391.

9 Obregón, Esquivel, Apuntes para la Historia del Derecho en México, Edición polis, s.l.i., 1937, t I, p. 81 <http://biblio.upmx.mx/library/index.php/7487>

10 Alva Ixtlilxochitl, Fernando De, Historia Chichimeca, s.e.,

de los indios de Anáhuac¹¹, entre otras leyes consuetudinarias del Código de Mendocino¹², nos percatamos que al cotejar estos textos, la información es muy similar entre ellas, por lo que se constata que es verdadera. Entre estas similitudes encontramos que, en la mayoría de los castigos por cometer delitos graves, en general eran merecedores de la pena de muerte o reducción a esclavos, a algunos les aplicaban las penas hasta la cuarta generación, asimismo, perdían sus pertenencias en favor del ofendido, las penas impuestas eran muy severas, era un derecho penal ejemplar y seguramente por temor a sufrir tales castigos, las personas eran muy respetuosos de las leyes: “fueron los mexicanos muy leales y obedientes a sus reyes y no se haya que les hayan hecho traición”¹³.

Resulta comprensible que las conductas de los ciudadanos de esa época no fueran tan fre-

cuentes en la comisión del delito de cohecho, ya que el derecho penal era muy riguroso.

Por la forma en que los aztecas regulaban el delito de cohecho, se desprende que lo que pretendía proteger era que la administración de justicia se impartiera con eficacia y rapidez, porque se establecía pena para el juez que fuera cohechado o que descuidara su empleo, y por cometer delito grave de cohecho el castigo era irremediamente la muerte, este lineamiento iba dirigido para regular la conducta del juez dentro de sus funciones, no se contemplaba castigo para el particular que sobornara al juez. Esta conducta delictiva procedía de oficio y en contra de sentencias injustas producto del soborno del juez o bien, por descuidar sus obligaciones, es decir, porque el juez no hacía lo que debía de hacer, o por recibir cohecho.

ÉPOCA COLONIAL

Con la caída del Imperio Tenochtitlán, 13 de agosto de 1521, hubo muchos cambios en el territorio mexicana, dejando de tener vigencia las leyes penales consuetudinarias y las que estaban estampadas en los pergaminos que ilustraban la forma de juzgar de los aztecas.

Después de la conquista y hasta antes de la independencia de México, la regulación al delito de cohecho la regían las fuentes provenientes directamente de España, dejando para el recuerdo y sin fuerza de aplicación legal todo el derecho consuetudinarias de los aztecas, con todos sus avances en esta ciencia: la distinción entre delito doloso y culposo, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reinci-

México, 1892, Tomo II, pp. 187-193. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/obras-historicas-de-don-fernando-de-alva-ixtlilxochitl-tomo-2/html/588554a4-a415-11e1-b1fb-00163ebf5e63_189.html

¹¹ Orozco y Berra, Manuel, op. cit., 5, pp. 269-275.

¹² *Ibidem*, pp. 275-277.

¹³ De Acosta, Joseph, *Historia natural y moral de las Indias*, en que se tratan las cosas notables del cielo, y elementos, metales, plantas y animales, de ellas: los ritos, ceremonias, leyes y gobiernos y guerras de los indios. Imperio de Sevilla, en casa de Juan de León, Sevilla, 1590, p. 440. [https://books.google.co.kr/books?id=Pw5TAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=De+Acosta,+Joseph.+\(1590\).+Historia+natural+y+moral+de+las+Indias,&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwi6jIX5h8_rAhVEM94KHUVSDmoQ6AEwAHoECAAAQAg#v=onepage&q=De%20Acosta%2C%20Joseph.%20\(1590\).%20Historia%20natural%20y%20moral%20de%20las%20Indias%2C&f=false](https://books.google.co.kr/books?id=Pw5TAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=De+Acosta,+Joseph.+(1590).+Historia+natural+y+moral+de+las+Indias,&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwi6jIX5h8_rAhVEM94KHUVSDmoQ6AEwAHoECAAAQAg#v=onepage&q=De%20Acosta%2C%20Joseph.%20(1590).%20Historia%20natural%20y%20moral%20de%20las%20Indias%2C&f=false)

dencia, el indulto y la amnistía¹⁴.

Durante el virreinato, rigieron las leyes penales de la Metrópoli, a pesar de la disposición del emperador Carlos V, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes a menos que fueran contrarios a la fe y a la moral, cosa que no se dio y en general, la legislación aplicada en la Nueva España fue netamente española y entre las más relevantes se encuentran: Las ordenanzas reales de Castilla expedida en España en 1484, las Leyes de Toro, expedida en España en 1505, la Nueva Recopilación de 1567, la Novísima Recopilación de 1805 y las Siete Partidas, entre otras¹⁵; pero como estas regulaciones no concordaba con la situación económica ni social de la Nueva España fue necesario realizar un nuevo sistema jurídico para dicho territorio, de lo cual surgió el derecho indiano¹⁶.

Respecto al delito de cohecho, dentro las primeras obras del Derecho penal español moderno, aplicado tanto en España como en la Nueva España, se tutela el delito de cohecho de funcionarios públicos como de los particulares y el objeto tutelado en este delito es la integridad, la limpieza, la lealtad y la conciencia pública, así lo señala la Novísima recopilación de 1805, en los puntos 9 y 10 de la Ley IX (Observancia de las Leyes prohibitivas de

que los jueces y oficiales de justicia reciban dádivas y regalos), en el Título I (De los jueces ordinarios), del Libro XI, (De los juicios civiles, ordinarios y ejecutivos), se consideraban como intereses tutelados en el cohecho pasivo, la integridad y la limpieza de los funcionarios o jueces, estableciendo lo siguiente:

“9. La recta administración de justicia es inseparable de la integridad y limpieza de los jueces; por cuyo motivo les está prohibido tan seria y repetidamente en las leyes el recibir dones ni regalos de cualquiera naturaleza que sean, de los que tuvieren pleito ante ellos, o probablemente pudieren tenerle, aunque no lo tengan en la actualidad: por tanto se recomienda con toda especialidad a los corregidores la puntual observancia de este capítulo; en la inteligencia de que no se les disimulará nada en esta parte, y los contraventores serán irremisiblemente castigados, probado que sea el delito, con privación de oficio, inhabilitándolos perpetuamente para ejercer ninguno otro que tenga administración de justicia, y en volver el cuatro tanto de lo que hubieren recibido”¹⁷.

También, se preveía la existencia del delito de cohecho cometido a través de otras personas en nombre del servidor público; cosa que imposibilitaba ejercer sus funciones de forma íntegra y pura, y se establecía de la siguiente manera, en el punto 10 del citado ordenamiento:

¹⁴ Obregón, Esquivel, op.cit., 9, pp. 82-85.

¹⁵ Castellanos, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 43-44.

¹⁶ Nava Garcés, Alberto Enrique, 200 años de justicia penal en México, Primera parte 1810-1910, Primeras leyes penales, UNAM, México, 2019, p. 345. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4074/12.pdf>

¹⁷ Boletín Oficial, Novísima Recopilación, Mandada formar por el señor Don Carlos IV, Madrid, 1805. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2

“10.De poco serviría que los jueces procediesen por sí con integridad y pureza en la administración de justicia, si indirectamente se dejasen cohechar por medio de sus familiares y dependientes: en cuyo concepto serán responsables los corregidores, como si por sí mismos recibiesen dones y regalos prohibidos, é incurrirán las mismas penas, siempre que se les probare que por malicia, o misión o condescendencia permitan que los reciban sus mujeres, hijos y demás familias y domésticos. Por la misma razón deberán celar también con el mayor cuidado que los oficiales de justicia, dependientes de su tribunal, procedan con la misma integridad y pureza, castigándolos en caso de contravención con las mismas penas impuestas por las leyes; y estarán siempre a la mira de que las justicias de su distrito se porten como corresponde en esta parte, amonestándolas si no lo ejecutasen; y no bastando, darán cuenta con justificación al Tribunal superior correspondiente”¹⁸.

De la anterior legislación podemos encontrar una rigurosa regulación en cuanto a la conducta del funcionario público de no recibir cohecho ni directa ni indirectamente, con la intención de proteger la integridad de la función de la Administración Pública, es decir, que la idea del legislador era que el funcionario estuviera libre de compromiso o de deuda proveniente de la aceptación de cualquier tipo de obsequio, razón por la que estaba prohibido que aceptaran regalos, y así pudieran juzgar de forma íntegra; y en cuanto a las penas el castigo es grave, puesto que de comprobarse

el cohecho del funcionario perdía su empleo de manera perpetua y además debía entregar el soborno recibido.

MÉXICO INDEPENDIENTE

El pensamiento que predominaba antes de la independencia de México, partía de la idea de que el corrupto siempre era el particular y el corrompido siempre tenía que ser el funcionario; por lo que se reservó la expresión de cohecho activo **para aludir a la conducta del particular que realiza el delito**, que en este entonces se le consideraba así únicamente al ciudadano quien corrompía al funcionario público; y la expresión cohecho pasivo se dejaba para referirse a la conducta del funcionario público que se deja corromper por el ciudadano¹⁹.

Esa es la razón por la cual a partir desde ese entonces y hasta nuestros días se utiliza la expresión cohecho activo para referirse al particular que comete este delito y cohecho pasivo para referirse al funcionario público que comete cohecho, pero ahora se acepta que también el funcionario público puede solicitar soborno al particular para realizar alguna conducta ilícita.

Posterior a la Independencia de México, seguían vigentes las leyes penales españolas, pero a partir del 28 de abril de 1835, se promulga el primer Código Penal para el Estado de Veracruz, este ordenamiento tomo sus bases del Código Penal español de 1822²⁰.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Labatut, Glenda, Derecho penal, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t II, 7ª edición, p. 90.

²⁰ Nava Garcés, Alberto Enrique, 200 años de justicia penal... op. cit., 16, p.349.

La tipificación del delito de cohecho, en el sistema jurídico del México independiente, en materia federal, ha transitado por diversos cuerpos normativos, por lo que aquí se verán los aspectos evolutivos del delito de cohecho, desde el Código Penal de 1871 hasta el del año de 1931 porque es el código que continúa vigente, para posteriormente ir analizando las diversas reformas hasta llegar a la actual tipificación del delito de cohecho.

CÓDIGO PENAL DE 1871 (CÓDIGO MARTÍNEZ DE CASTRO)

Sin lugar a dudas, este código, forma parte del inicio de la evolución histórica del delito de cohecho en el México independiente. De conformidad con la exposición de motivos del Código Penal de 1871, donse se deja de manifiesto que en ese entonces era necesario formular una legislación penal porque no se contaba con una que fuera *a doc* con las necesidades del momento, y que los ciudadanos estaban:

“enteramente entregados a la discreción y prudencia de los jueces, que se hallaban en la dura alternativa de aplicar leyes bárbaras ó desautorizadas por su inobservancia, ó de imponer penas arbitrarias, como llevaban tiempo haciéndolo, con total infracción al artículo 14 de la Constitución federal, en que se manda expresamente que nadie sea juzgado ni sentenciado si no por leyes exactamente aplicadas al hecho de que se le acusa”²¹.

²¹ Editor Miramontes, Donato. Exposición de motivos del Código Penal de 1871. En: Código Penal para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California sobre delitos del Fuero común y para toda la República Mexicana sobre delitos

Recordemos que el presidente de la República mexicana de esa época era Benito Juárez y con él inicia la restauración de la República en 1867, siendo que el país había atravesado por un período de guerras de intervenciones extranjeras contra: España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos, entre los años 1825 a 1867; con estos datos podemos imaginar la tragedia que se vivía en el país, posteriormente, vuelto el país a la normalidad republicana, los trabajos de la Comisión redactora del Código Penal quedaron designados el 28 de septiembre de 1868²²; y al frente Don Antonio Martínez de Castro como presidente de dicha comisión, Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio María Ortega como miembros de la misma y de Indalecio Sánchez Gavito como secretario²³.

El Código Penal fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre de 1871 y entró en vigor el 1° de diciembre de 1872 en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California, sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delito contra la federación; conocido bajo el nombre de Código de Martínez de Castro, pues este ilustre jurista presidió la comisión que elaboró su proyecto. El Código se componía de 1152 artículos referentes a delitos y faltas, divididos en cuatro libros y, éstos a su vez, en títulos y luego en capítulos. Al final llevaba añadida una Ley Transitoria sobre procedimiento penal en 28 artículos.

contra la Federación. 1883, p. 70. <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020013105/1020013105.PDF>

²² *Ibidem*, p. 8.

²³ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la parte general de derecho penal I, Porrúa, México, 1989, 20a. ed., pp.43-6.

Este código, consideró en el Libro Tercero, Título Undécimo a los “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones” y estableció algunos lineamientos, los cuales se reflejan a continuación: Capítulo I. Anticipación o prolongación de funciones públicas. Ejercicio de las que no competen a un funcionario. Abandono de comisión, cargo o empleo. Capítulo II. Abuso de autoridad. Capítulo III. Coalición de funcionarios. **Capítulo IV. Cohecho.** Capítulo V. Peculado y concusión. Capítulo VI. Delitos cometidos en materia penal y civil. Capítulo VII. Sobre algunos delitos de los altos funcionarios de la Federación.

Se estableció en el Código penal de 1871, en el Libro Tercero, Título undécimo: “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”, Capítulo IV. Cohecho, los delitos de cohecho, sus artículos a la letra decían:

“Artículo 1014. Toda persona encargada de un servicio público, sea ó no funcionario, que acepte ofrecimientos ó promesas, ó reciba dones ó regalos, ó cualquiera remuneración, por ejecutar un acto justo de sus funciones que no tenga retribución señalada en la ley, sera castigado con suspensión de empleo de tres meses a un año, y una multa igual al duplo de lo que reciba.

Artículo 1015. El cohechado por ejecutar un acto injusto, ó por dejar de hacer otro justo, propio de sus funciones, será castigado con la pena de tres meses de arresto á dos años de prisión, multa igual al duplo del cohecho, y suspensión de empleo de tres meses á un año, sin perjuicio de lo prevenido en la fracción única

del artículo 148, si el acto ó la omisión no hubieren llegado á verificarse. En caso contrario, sufrirá de uno á tres años de prisión, pagará la multa susodicha, y será destituido de su empleo ó cargo, é **inhabilitado perpetuamente** para obtener otro en el mismo ramo.

Artículo 1016. Lo prevenido en el artículo anterior, se entiende del caso en que el culpable acepte el cohecho por ejecutar un acto injusto que no sea en sí delito. Si lo fuere, se aplicarán las penas de que se habla al fin del artículo anterior, por la sola aceptación del cohecho, y cuando el delito llegare á ejecutarse, se observarán las reglas de acumulación.

Artículo 1017. En todo caso en que el cohecho consista en ofrecimientos, promesas, ó cosas que no sean estimables en dinero, en lugar de las multas de que hablan los artículos anteriores, se impondrá una de segunda clase.

Artículo 1018. Se tendrán como circunstancias agravantes de cuarta clase: I. Ser el cohechado juez, jurado, asesor, árbitro, arbitrador ó perito. II. Que el cohecho se verifique á instancia del cohechado.

ART. 1019. No se librará de las penas del cohecho el que lo reciba por medio de otro, ni el que, por faltar á sus deberes, estipule que se dé alguna cosa, ó se preste un servicio á otra persona.

Artículo 1020. El que por un acto ejecutado en desempeño de funciones públicas, reciba de la persona interesada en

dicho acto, o de otra en su nombre, un presente, regalo ó agasajo, será castigado con extrañamiento y una multa igual al duplo de lo recibido.

Artículo 1021. En todos los casos de los artículos anteriores, caerá en comiso lo que haya recibido el cohechado, y se aplicará al fondo de indemnizaciones.

Artículo 1022. El corruptor, en los casos de que hablan los artículos que preceden, sufrirá por regla general, las mismas penas del cohechado, ménos las de suspensión de empleo, é inhabilitación.

Artículo 1023. Se exceptúa de lo prevenido en el artículo anterior, el caso en que la pretensión del corruptor sea justa, y haya hecho el soborno á instancia del cohechado. Entonces solo se le impondrá una multa igual al monto del cohecho.

Artículo 1024. La tentativa del cohecho se castigará con la pena de ocho dias á seis meses de arresto, y multa de 100 á 1,000 pesos.

Artículo 1025. Las personas que intervengan en el cohecho á nombre del corruptor ó del cohechado, serán castigados como cómplices”²⁴.

La comisión redactora del Código Penal de 1871, también conocido como Código Martínez de Castro, tomó las bases del código penal español de 1870 que, a su vez se inspiró

en sus antecesores de 1850 y 1848. Además, se basó en la doctrina de Ortolán para la Parte General (Libros I y II) y en Chauveau y Hélie para la Parte Especial, Libro III²⁵, lugar en donde se ubica al delito de cohecho.

Como mencionó el redactor del Código, que para el apartado de los delitos, y entre ellos el de cohecho, tomó en cuenta las teorías de Chauveau y Hélie, señalando que para su codificación se basó en la ofensa grave que los actos provocan como consecuencia en el reposo de la sociedad, esa era la ideología del legislador en México.

Mientras, en la sociedad alemana surgía la idea del bien jurídico, término acuñado por Birnbaum, allá se discutía sobre este tema como concepto de protección de los delitos; pero de esto no hay mención en la exposición de motivos del Código penal analizado, esto significa que en esa época, no se contemplaba la idea del bien jurídico en nuestro sistema de justicia penal, pero sí tenían un objetivo para la legislación de los delitos, se basaban en aquellos actos que al mismo tiempo eran contrarios a la justicia moral y a la conservación de la sociedad para considerarlos y tipificarlos, mientras que todos aquellos actos que, aunque envolvieran una muy grave ofensa a la moral y no perturbaran el reposo público, no deberían ser delitos, sino cuando ofendieran el pudor, cuando causaran escándalo, o se ejecutaran por medio de la violencia. Entonces, según el legislador, si había razón para castigar a quie-

²⁴ Editor Miramontes, Donato, Exposición de motivos..., op. cit. 21, pp. 226-28.

²⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl, Martínez de Castro y el Código Penal de 1871, Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1942, p.215.

nes realizaban actos delictuosos, porque entendía que había un agravio a las personas, y porque ofendían a la sociedad.

Además, continúa explicando Martínez de Castro, en la exposición de motivos, que era preciso no perder de vista el doble objeto que el legislador se proponía, a saber: que las penas fueran correccionales y ejemplares al mismo tiempo, pero dando la preferencia a esta segunda circunstancia, de que jamás debe prescindirse; porque según él la corrección moral no puede obrar sino sobre el individuo, y el ejemplo obra en toda la masa de la sociedad; y porque no siempre se logra la enmienda del delincuente, pero siempre puede conseguirse la intimidación, si las penas son proporcionadas a los delitos; y para que lo sean, deben imponerse tomando en cuenta la gravedad del daño que aquellos causen.

Por otra parte, el legislador consideró al daño como una de las bases de la penalidad; sosteniendo que en todo delito hay dos violaciones, y por consiguiente dos elementos que lo forman; lo violación de un deber que tiene el delincuente, y la violación de un derecho del ofendido; y si la primera es invariable, supuesta la intención de su autor, la segunda aumenta en gravedad, tanto como aumenta el perjuicio que se infiere²⁶.

También, en la exposición de motivos se hace referencia a los delitos de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, en específico sobre el delito de cohecho, recordemos que anteriormente a la existencia del código que se analiza, se tenía la idea equivocada

de que el funcionario público no podía ser corruptor, sólo el particular era el corrupto, por lo que Martínez de Castro consideró que en esa época era necesario que las autoridades estuvieran rodeadas del prestigio y del respeto de los ciudadanos, justificando la aplicación de las penas a estos delitos, pudiendo ser el sujeto activo un funcionario así como un particular, además sostenía que era conveniente aplicar el mismo rigor de la ley a los particulares en cuanto a la represión de los delitos que los servidores públicos cometían contra los particulares, sin observarse la suspensión de puesto, ya que no aplica en ellos.

Martínez de Castro, tenía claro que no sólo por el hecho de ser servidor públicos, había que confiarse únicamente de su honor y su virtud, ni considerarlos incapaces de cometer corrupción. Sin embargo, no dudaba en que la garantía principal de una buena administración de justicia debía buscarse, no en el temor del castigo, sino en las virtudes de los magistrados y jueces, en su rectitud, en su ciencia, en su independencia de carácter, en su prudencia, energía y desinterés. Admitía que “si éstos carecían de dichas dotes, para conferirles sus puestos, entonces deberían ser removidos de ellos a toda hora y por cualquier motivo, porque de lo contrario habría magistrados y jueces que en vez de ser los custodios de la sociedad, la tendrían en continua zozobra”²⁷.

En general, los fundamentos en que se apoya la redacción del cuerpo del proyecto del Código penal de 1871, fueron los Códigos Penales de Francia, de Bélgica de 1867, el Proyecto de Código de Portugal de 1864, el Código Penal

²⁶ Editor Miramontes, Donato, Exposición de motivos... op. cit., 21, pp. 42-5.

²⁷ Íbidem, pp. 63-65.

Portugués de 1852, el Código de la Luisiana, el Código de Baviera de 1813 (Alemania), el de Prusia de 1851, el Código Penal Español de 1848, la Novísima Recopilación de 1805, el Código Civil de Veracruz, el Código Civil Español, las ideas de Mittermaier (en su artículo sobre el duelo, inserto bajo el número XVIII de la obra *Revue des revues de droits*, 1838), Renazzi (*Elementa iuris criminalis*), Julio Claro (*Praxis*), Ortolan, Rossi, Chaveau y Hélie, Bentham, Laboulaye, Tocqueville y Beaumont, León Vidal, Boneville, Merlin y Sourdat²⁸. Como se puede ver en la elaboración de este código fue notable la influencia extranjera, aun cuando la Comisión redactora se esforzó por hacerlo lo más adecuado para el pueblo mexicano.

Ideológicamente, el Código Penal de 1871 se inspiró en la corriente doctrinaria del clasicismo penal. De acuerdo a los fundamentos doctrinales, el Código Penal combina las teorías de la justicia absoluta y la de la utilidad social; respecto a la responsabilidad penal, admite el libre albedrío. Establece atenuantes y agravantes de la pena, y algunas disposiciones correccionales.

Entre las instituciones importantes que incluye este código penal, está la figura del delito intentado, llamado actualmente tentativa, en el cual se siguen todas las etapas del hecho delictivo, pero la consumación no se presenta por tratarse de un hecho imposible, o porque

se emplean métodos y medios inadecuados para lograr el resultado; y se habla del delito frustrado y del conato.

Se hace también mención de la libertad preparatoria, concedida a los reos que presentan buena conducta, con la posibilidad de revocarla, o de confirmarla con la libertad definitiva. Estas instituciones, se anticiparon a la pena indeterminada y a la condena condicional, posteriormente consagradas por las legislaciones contemporáneas.

La expedición de un Código Penal exigía la emisión de un código instrumental sobre la materia, puesto que:

“...sin uno, el otro pierde su razón de ser: sin el Derecho procesal las disposiciones normativas se convierten inmediatamente en letra muerta, porque no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial (o administrativa) correspondiente para exigir el respeto de sus derechos; en tanto que sin derecho sustantivo, tampoco tiene razón de ser el derecho procesal, se convierte en un formalismo absolutamente hueco”²⁹.

Fue en el año de 1880, cuando se promulgó el primer Código de Procedimientos Penales mexicano, descrito como monumento de orgullo nacional por lo avanzado de sus principios, la bondad de su método y su dicción clara y correcta; contemplaba el cuerpo del delito, la búsqueda y aportación de pruebas, además de contemplar derechos del acusa-

28 Cruz Barney, Óscar, “Influencias del código penal de Martínez de Castro en la codificación penal mexicana, Reforma judicial”, *Revista mexicana de justicia*, número 17, s.f., p. 109. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HRCgzeeTT9wJ:https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/download/8789/10840+&cd=2&hl=en&ct=clnk&gl=kr>

29 Cuenca Dardón, Carlos E., *Manual de Derecho Procesal penal*, Porrúa, México, 2015, p. 15.

do previstos desde la Constitución liberal de 1857³⁰.

En 1894, se promulga un nuevo Código de Procedimientos Penales³¹, que mantiene gran parte de los postulados teóricos del anterior, pero introduce disposiciones orientadas a nivelar la situación del Ministerio Público frente a la defensa. Un tercer Código Federal de Procedimientos Penales, aún bajo la vigencia del Código Penal de 1871, fue publicado el 18 de diciembre de 1908³².

Es importante mencionar que el Código Martínez de Castro fue derogado por el Código Penal de 2 de septiembre de 1929, en vigor desde el 15 de diciembre del mismo año y derogado a su vez por el hoy vigente, de 14 de agosto de 1931.

CÓDIGO PENAL DE 1929 (CÓDIGO DE ALMARAZ)

En 1903, el gobierno de Porfirio Díaz encabezó una comisión que tenía por objeto revisar

³⁰ Baranda, Joaquín, "Memoria que en cumplimiento del precepto constitucional presenta al Congreso de la Unión el C. Lic. Joaquín Baranda Secretario de Estado y del despacho de Justicia e Instrucción Pública, 1887, 31 de marzo", en: Soberanes Fernández, José Luis, Memorias de la Secretaría de Justicia, UNAM, 1997, p. 379. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TLXXt9s52qQJ:https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/546/1.pdf+&c-d=1&hl=en&ct=clnk&gl=kr>

³¹ Edición del Boletín Judicial, Imprenta y Litografía, Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales, México, 1894.

³² Edición Oficial, Imprenta de Antonio Enríquez, Código Federal de Procedimientos Penales, México, 1908.

el Código penal de 1871; su proyecto fue entregado hasta el año de 1912, y por las evidentes vicisitudes derivadas del movimiento revolucionario no fue aprobado. Las modificaciones contempladas en el proyecto, se limitaban meramente a adaptar algunos principios del Código, retocar otros, o eliminar aquellos obsoletos.

Concluida la violenta etapa revolucionaria, y tras la emisión de una nueva Carta Magna, la Constitución de 1917, la necesidad de nuevas instituciones se reflejó en el ámbito del Derecho Penal, haciéndose patente una vez más la exigencia de crear una nueva legislación punitiva.

Fue hasta el año de 1925, cuando el Presidente en aquel entonces, Plutarco Elías Calles, designó una nueva comisión que se encargase de la revisión del anterior código penal y la elaboración de uno más acorde a las necesidades sociales del país. La comisión redactora, que se integró, estuvo formada por José Almaraz, Enrique Gudiño, Ignacio Ramírez Arriaga, Manuel Ramos Estrada y Antonio Ramos Pedrueza. Los trabajos de la comisión terminaron en 1929; el Presidente Emilio Portes Gil promulgó el Código Penal el 30 de septiembre de 1929, el cual entró en vigor el 15 de diciembre del mismo año. El código de 1929 es conocido comúnmente como Código Almaraz, por ser dicho autor uno de los principales redactores. Este ordenamiento jurídico inició como la primera codificación postrevolucionaria³³.

³³ Speckman Guerra, Elisa, La justicia penal en el siglo XIX y las primeras décadas del XX, Los Legisladores y sus propuestas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, México, 2013, p. 433.

En este Código, los delitos que implican a funcionarios públicos, estaban regulados en el Libro Tercero, Título Noveno “De los Delitos cometidos por funcionarios públicos”, a través de los siguientes: Capítulo I. De la anticipación o prolongación de funciones. Del ejercicio de las que no competen a un funcionario. Del abandono de comisión, cargo o empleo; Capítulo II. Del abuso de autoridad; Capítulo III. De la coalición de servidores públicos; Capítulo **IV. Del cohecho**; y Capítulo V. De los delitos cometidos por los altos funcionarios de la Federación. La regulación del delito de cohecho de este código penal se encuentra en los artículos siguientes:

“ARTÍCULO 582. Toda persona encargada de un servicio público, sea o no funcionario, que acepte ofrecimiento o promesa, o reciba dones o regalos, será destituido de su empleo, pagará una multa igual al duplo de lo que reciba y quedará inhabilitado o cinco años para cualquier empleo en la administración pública.

ARTÍCULO 583. Al cohechado por ejecutar un acto injusto o por dejar de hacer otro justo, propio de sus funciones, si el acto o la omisión no hubiere llegado a verificarse, se le aplicarán de tres meses de arresto a dos años de segregación, pagará una multa igual al duplo de la cantidad dada u ofrecida por el cohechador y será destituido del empleo. Si el acto u omisión se llevaran a cabo, además de la multa requerida y de la destitución de empleo

*o cargo, se aplicará: segregación de uno a tres años e **inhabilitación por veinte años para obtener otro empleo.***

ARTÍCULO 584. Lo prevenido en el artículo anterior se aplicará al caso en que el culpable acepte el cohecho por ejecutar un acto injusto que no sea en sí delito. Si lo fuere, se aplicarán las sanciones de que se habla al final del artículo anterior, por la sola aceptación del cohecho, y las reglas de acumulación.

ARTÍCULO 585. En todo caso en que el cohecho consista en ofrecimientos, promesas o cosas que no sean estimables en dinero, en lugar de las multas de que hablan los artículos anteriores, se impondrá una de quince a treinta días de utilidad.

ARTÍCULO 586. Se tendrán como circunstancias agravantes de cuarta clase:
I. Ser el cohechado funcionario judicial, jurado, asesor, árbitro, arbitrador o perito, y
II. Que el cohecho se verifique a instancias del cohechado.

ARTÍCULO 587. No se liberará de las sanciones del cohecho, el que, por interpósita persona, reciba lo prometido ni el que por faltar a sus deberes estipule que se dé alguna cosa o se preste un servicio a otra persona.

ARTÍCULO 588. El que, por un acto ejecutado en el desempeño de funciones públicas, reciba de la persona interesada en dicho acto, o de otra en su nombre, un

presente, regalo o agasajo, pagará una multa igual al duplo de lo recibido.

ARTÍCULO 589. Al cohechador, en los casos de que hablan los artículos que preceden, no se le aplicará sanción alguna, salvo cuando el cohechado no admita y denuncie el delito; entonces se aplicará al primero la sanción que correspondería al cohechado.

ARTÍCULO 590. Cuando la petición del cohechador sea justa, sólo se le hará una amonestación.

ARTÍCULO 591. A las personas que intervengan en el cohecho a nombre del corruptor o de cohechado, se les aplicará la mitad de la sanción que corresponda a estos. Mas si denunciaren al cohecho antes de que se pronuncie sentencia, no se les aplicará sanción alguna.

ARTÍCULO 592. En todos los casos de los artículos anteriores caerá en comiso lo que hubiere recibido el cohechado, y se remitirá al Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social para aumentar el fondo de indemnizaciones”³⁴.

Este Código Penal, tuvo una vigencia muy corta y la regulación del delito de cohecho fue muy similar a la anterior co-

dificación; según los propios autores del Código, el ordenamiento **responde a los postulados de la escuela positivista**.

Es uno de los primeros cuerpos de leyes que inicia la lucha consciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones. De acuerdo con la inspiración positivista, la responsabilidad penal se basó en la responsabilidad social, misma que sin embargo, no fue establecida adecuadamente por los legisladores, al grado que la misma se contradice y opone a otros principios incluidos dentro del mismo texto legal. Por otra parte, se critica este código en su contenido general, porque tenía graves defectos de redacción, numerosas repeticiones y contradicciones por lo que no permitía su correcta aplicación³⁵.

CÓDIGO PENAL DE 1931

En virtud de los defectos que presentaba el Código Penal de 1929, el Presidente Emilio Portes Gil nombró una nueva Comisión para la elaboración de un tercer Código Penal, que fue promulgado el 14 de agosto de 1931, por el Presidente Pascual Ortiz Rubio y puesto en vigor el día 17 de septiembre del mismo año.

Este último ordenamiento, es el que actualmente sigue vigente en materia penal federal. Han existido diversos anteproyectos posteriores al del año 1931, pero no han tenido éxito en su promulgación: 1948, 1958, 1963 y 1984.

³⁴ Diario Oficial, Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, Órgano de Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Sección Tercera, Poder ejecutivo, Secretaría de Gobernación, México, D.F. 1929, pp. 138-9.
https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186990&pagina=1&seccion=3

³⁵ Indicador Político, Breve historia de la codificación penal en México, 2011. <http://www.indicadorpolitico.mx/?p=4595>

La Comisión redactora del Código Penal de 1931 se conformó por: José Ángel Ceniceros, José López Lira, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido y Ernesto Garza. Como no fue publicada la exposición de motivos, podemos recurrir a las bases generales las cuales se localizan en las Actas de la Secretaría de la Comisión Redactora, consistentes en:

*“a) Aplicación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) Disminución del casuismo; c) **Simplificación de sanciones**; d) Efectividad de la reparación del daño; e) Simplificación del procedimiento; f) Organización del trabajo de los presos; g) **Establecimiento de un sistema de responsabilidades, fácilmente exigibles, a los funcionarios que violen la ley. Es el complemento indispensable del arbitrio judicial**; h) Dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa, e i) Completar la función de las sanciones, por medio de la readaptación a la vida social de los infractores”³⁶.*

Como veremos más adelante, estos lineamientos fueron aplicados en la regulación del delito

³⁶ Díaz-Aranda, Enrique. L, Lecciones de Derecho Penal para el nuevo sistema de justicia en México, UNAM e IJ, México, 2014, p. 13. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3805/7.pdf>; asimismo, García Ramírez, Sergio, “La academia mexicana de ciencias Penales y Criminalia. Medio siglo en el desarrollo del derecho Penal mexicano, una aproximación”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 765. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3535/29.pdf>

de cohecho, pero a nuestro juicio, desprotege jurídicamente a la Administración Pública.

El delito de cohecho regulado en el Código Penal de 1931 del 14 de agosto quedó redactado en el Libro Segundo, Título décimo “Delitos cometidos por funcionarios públicos”, Capítulo IV Cohecho, y a la letra dice:

*“Artículo 217: Comete el delito de cohecho: I. **La persona encargada de un servicio público**, que por sí o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente dinero o cualquier otra dádiva, o acepte una promesa **directa o indirectamente** para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto, relacionado con sus funciones, y II. El que **directa o indirectamente** dé u ofrezca dádivas a la persona encargada de un servicio público, sea o no funcionario, para que haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.*

*Artículo 218. El delito de cohecho se castigará con tres meses a **cinco años de prisión** y una **multa hasta de dos mil pesos**”³⁷.*

Llama mucho la atención que la nueva regulación del Capítulo del Cohecho quedó reducida a tan sólo dos artículos. Pero, como se señaló en los incisos c y g de las bases del Código Penal de 1931, contenidas en las Actas de la Secretaría de la Comisión Redactora, el legislador

³⁷ Código Penal mexicano, 14 de agosto de 1931. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_orig_14ago31_ima.pdf

las aplicó y como consecuencia, desapareció del catálogo de penalidades a la comisión del delito de cohecho: la destitución, inhabilitación como servidor público, la agravante por calidad del sujeto, al igual que la regulación de decomisar lo cohechado.

Al ser aplicados los fundamentos que sirvieron de bases generales para la redacción del Código penal, las penas para el delito de cohecho quedaron reducidas a multa y prisión. Pero, lo más grave, a nuestro parecer, es que con esta forma de regular el delito de cohecho, en lugar de proteger la administración pública, se dejó en total desamparo su buen funcionamiento (actividad legislativa, partidos políticos, hacienda pública, sector salud, sector educación, sector de comunicaciones y transportes, etc.), y sobre todo en el desamparo jurídico del funcionamiento de la administración de justicia, ya que un funcionario judicial, jurado, asesor, árbitro, arbitrador o perito, podían sobornar o ser sobornados y lucrar con la función que ejercían y continuar con su empleo, puesto que podían librarse de la pena correspondiente al delito de cohecho con el pago de las multas y fianza, porque la gravedad por causas de calidad del sujeto desapareció de la regulación del cohecho, así como la inhabilitación para ejercer la función pública y la regulación del decomiso. En consecuencia, esta no adecuada protección a la función pública, preparo el terreno para el caldo de cultivo de una red de corrupción imparable en los años siguientes y repercutiendo hasta nuestros días.

REFORMA DE FECHA 5 DE ENERO DE 1983

Pasaron 52 años desde la publicación del Có-

digo Penal de 1931, hasta la siguiente reforma al delito de cohecho.

El 5 de enero de 1983, en el Diario Oficial de la Federación, se publica el Decreto de Reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, contemplando al delito de cohecho dentro del Capítulo X, de la siguiente manera:

Artículo 222: Comete el delito de cohecho: I. **El servidor público**, que por sí o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente **para sí o para otro**, dinero o cualquier otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto, relacionado con sus funciones, y II. El que **de manera espontánea** dé u ofrezca **dinero o cualquier otra dádiva a algunas de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público** haga u omita un acto **justo o injusto** relacionado con sus funciones.

Al que comete el delito de cohecho se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando la cantidad o el valor de la dádiva o promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea evaluable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar orto empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, promesa o prestación exceda de quinientas veces

el salario mínimo diario vigente en el Distrito federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

En ningún caso se devolverá a los responsables del delito de cohecho, el dinero o dádivas entregadas, las mismas se aplicarán en beneficio del Estado³⁸.

Comparando este texto con el anterior, identificamos que agregaron la penalidad de destitución e inhabilitación del empleo, pero con menor duración que la establecida en el Código Penal de 1929, que era permanente, además agrega unos pequeños conceptos, por ejemplo, que en caso de ser el servidor público el sujeto que inicia la acción corrupta sea para sí o para otro el beneficio ya sea en dinero o en especie, y también en la segunda fracción se agrega la expresión “de manera espontánea” dar u ofrecer el dinero que pudiera ejercer un particular con el objeto de que un servidor público haga u omita un acto justo o injusto en relación con sus funciones.

Cabe señalar que a nivel mundial y posterior a la reforma anterior, se crearon tres Convenciones Internacionales Anticorrupción, en donde México forma parte, estos son: La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Or-

ganización de los Estados Americanos (OEA), firmada el 26 de marzo de 1996, el cual entró en vigor el 1 de julio de 1997; la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), firmada el 17 de diciembre de 1997, la cual entró en vigor el 26 de julio de 1999; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, firmada el 9 de diciembre de 2003, en Mérida, Yucatán, entrando en vigor el 14 de diciembre de 2005, conocida también como Convención de Mérida.

Estos instrumentos jurídicos internacionales contienen disposiciones para que los Estados Parte tipifiquen como delito tanto el cohecho doméstico como el cohecho internacional en sus legislaciones nacionales. Por lo tanto, fue necesario realizar una revisión de la tipificación del delito de cohecho establecido en el Código penal mexicano, a la luz de los anteriores estándares internacionalmente establecidos, donde se llegaron a varias e importantes conclusiones y entre estas la recomendación de la OCDE, respecto a la creación de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones públicas.

Esa ley entró en vigor en el año 2006, siendo uno de los más importantes logros en el marco de las Convenciones Internacionales en contra de la corrupción; dicha ley establece las sanciones que deben imponerse a personas físicas o morales, de nacionalidad mexicana o extranjera, por posibles infracciones en que incurran, con motivo de su participación en las contrataciones públicas de carácter federal, asimismo, prevé sanciones para personas físicas o morales de nacionalidad mexicana

³⁸ Diario Oficial de la Federación, Reforma 45 del Código Penal Federal, 1983, p. 6. http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/ref/cpf/CPF_ref45_05ene83_ima.pdf

y por infracciones cometidas al participar en transacciones comerciales internacionales.

REFORMA DE FECHA 12 DE MARZO DE 2015

Debido a los compromisos internacionales, y a las recomendaciones de las comisiones revisoras de los Convenios en materia de anticorrupción, se estableció que era necesario realizar una reforma a la redacción de la figura del delito de cohecho, por tal motivo fue que en el Diario Oficial de la Federación, **el día 12 de marzo de 2015**, se publica el decreto de reforma al Libro Segundo, Título décimo de los “Delitos cometidos por funcionarios públicos, del Capítulo X, artículo 222 del código penal federal para quedar como sigue:

“Artículo 222. Cometén el delito de cohecho: I. El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de **realizar un acto** relacionado con sus funciones **inherentes a su empleo, cargo o comisión**, y II. El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público haga u omita un **acto** relacionado con sus funciones, **a su empleo, cargo o comisión**.

Artículo 222 Bis.... I. A un servidor público extranjero, en su beneficio o el de un tercero, para que dicho servidor público gestione o se abstenga de gestionar la tramitación o resolución de asuntos relacionados con las

funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión; II. A un servidor público extranjero, en su beneficio o el de un tercero, para que dicho servidor público gestione la tramitación o resolución de cualquier asunto que se encuentre fuera del ámbito de las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión, o III. ...”³⁹.

La modificación que sufre este artículo consiste en la supresión de los términos “justo” e “injusto”, pues de mantenerlos se calificarían las conductas relacionadas con el cohecho, lo que daba cabida a juicios de valor, dificultando la acreditación del tipo penal en comento. Pero al suprimir los términos “justo” e “injusto”, únicamente serán sancionados los actos relacionados con las funciones del servidor público como agente del delito, sin imponer ninguna calificación a la conducta en cuestión. Lo anterior, debido a que en materia penal subsiste el principio de legalidad: no debe imponerse por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada o una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. De ahí que en el caso concreto se pretenda evitar todos aquellos actos cuyo origen proviene de motivaciones ajenas al adecuado desempeño de la función pública y, al mismo tiempo, se impida que la valoración del contenido de la actuación del servidor público influya en la configuración del tipo⁴⁰.

³⁹ Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforman los artículos 222 y 222 bis del Código Penal Federal, 12 de marzo de 2015. https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2015&month=03&day=12

⁴⁰ Gaceta Parlamentaria, Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 222 y 222 Bis del Código Penal Federal, Cámara de Diputados, 4 de marzo de 2014, p. 2. http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/228_DO-

En cuanto al artículo 222 Bis, presenta un nuevo planteamiento y hace referencia al cohecho a servidores públicos extranjeros, donde únicamente se constriñe a la persona que ofrece, promete o da, por sí o por interpósita persona, dinero o cualquier otra dádiva, en bienes o servicios a favor de quien tenga la calidad de servidor público extranjero para obtener de éste ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales⁴¹.

Y en relación a las penas aplicadas por la comisión del delito de cohecho, no hay modificación alguna, quedando como lo que se establecía en la anterior reforma, siendo la pena más grave la de inhabilitación para ejercer la función pública por 14 años más prisión y multa.

REFORMA DEL 18 DE JULIO DE 2016, CONTEMPLA EL ACTUAL DELITO DE COHECHO EN EL ARTÍCULO 222 DE CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO

Posteriormente, siguió la reforma al Código Penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio del 2016, quedando las partes modificadas como sigue: Título Décimo “Delitos por hechos de corrupción”, Capítulo X del Cohecho:

“Artículo 222: ... I. El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o

reciba ilícitamente para sí o para otro, dinero o cualquier beneficio, o acepte una promesa, para hacer o dejar de realizar un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión; II. El que dé, prometa o entregue cualquier beneficio a alguna de las personas que se mencionan en el artículo 212 de este Código, para que haga u omita un acto relacionado con sus funciones, a su empleo, cargo o comisión, y III. El legislador federal que, en el ejercicio de sus funciones o atribuciones, y en el marco del proceso de aprobación del presupuesto de egresos respectivo, gestione o solicite: a) La asignación de recursos a favor de un ente público, exigiendo u obteniendo, para sí o para un tercero, una comisión, dádiva o contraprestación, en dinero o en especie, distinta a la que le corresponde por el ejercicio de su encargo; b) El otorgamiento de contratos de obra pública o de servicios a favor de determinadas personas físicas o morales. Se aplicará la misma pena a cualquier persona que gestione, solicite a nombre o en representación del legislador federal las asignaciones de recursos u otorgamiento de contratos a que se refieren los incisos a) y b) de este artículo.

...

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, de los bienes o la promesa no excedan del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva

F_12mar15.pdf

⁴¹ Orozco Torres, Axel Francisco, *Vademécum de Derecho Penal Mexicano*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, p. 46. <https://editorial.tirant.com/mex/libro/vademecum-de-derecho-penal-mexicano-axel-francisco-oro-zco-torres-9788491437475>

va, los bienes, promesa o prestación exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión, y de cien a ciento cincuenta días multa”⁴².

En la presente tipificación se reforma la denominación del título décimo (Iniciativa con proyecto de decreto que deroga el título décimo y agrega el título vigésimo séptimo del código penal federal, 12 de abril de 2016) debido a que el legislador consideró necesario ser más específico y estar en coordinación con el Sistema Nacional Anticorrupción, que se estableció en la reforma a la Constitución, publicada en el año 2015, en materia de combate a la corrupción y conforme a lo establecido por el Senado de la República en la LXIII Legislatura sobre el dictamen de las comisiones unidas de justicia y de estudios legislativos, donde se convino reformar y adicionar diversas disposiciones del Código Penal Federal en materia de combate a la corrupción. (Reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 27 de mayo de 2015, p. 6); y conforme a las convenciones internacionales de las que México forma parte, como son la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁴² Diario Oficial de la Federación, Reforma al Código penal Federal en Materia de Combate a la Corrupción, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 2016, p. 6. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445043&fecha=18/07/2016

Además, se plantean tres situaciones, en la fracción I se hace referencia al servidor público que recibe o solicita por sí o por interpósita persona, para sí o para un tercero, cualquier tipo de beneficio o inclusive la promesa para hacer o dejar de hacer un acto que corresponda a su desempeño público, en este supuesto se requiere la participación de dos personas, sin importar si el particular accede a las peticiones del servidor público; en la fracción II, se hace referencia a alguien que da, promete o entrega el beneficio con la intención de que se haga o se deje de hacer el acto que corresponde al servidor público⁴³.

En cuanto a la fracción III, por la preocupación expresada en múltiples sectores de la sociedad mexicana en torno a posibles malas prácticas de legisladores federales en el proceso de aprobación del decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación, el legislador estimó necesario garantizar la imparcialidad que debe prevalecer en el diseño de tal instrumento mediante la inhibición de aquellas conductas que tengan por finalidad obtener beneficios ilícitos. Por esta razón, el legislador agregó la fracción III para establecer como delito el que un legislador federal, en el ejercicio de sus funciones o atribuciones, y en el marco del proceso de aprobación del presupuesto de egresos respectivo, gestione o solicite la asignación de recursos a favor de un ente público, exigiendo u obteniendo, para sí o para un tercero, una comisión, dádiva o contraprestación, en dinero o en especie, distinta a la que le corresponde por el ejercicio de su encargo; o bien, el otorgamiento de contratos de obra pública o de ser-

⁴³ Orozco Torres, Axel Francisco, *Vademécum...* op.cit., 42, p. 45.

vicios a favor de determinadas personas, sean físicas o morales. Y para cubrir los diversos aspectos de tal conducta, se estimó conducente señalar que también se aplicarían las mismas penas, a cualquier persona que gestione o solicite a nombre o en representación del legislador federal, las asignaciones de recursos por otorgamiento de los contratos referidos en dicha fracción⁴⁴.

En el Capítulo I, art. 212, se explica lo que se debe entender por servidor público, el cual a la letra dice:

“... es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en el Poder Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de

Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal”⁴⁵.

Asimismo, en dicho artículo se establece como pena adicional a la correspondiente del cohecho la destitución y la inhabilitación para desempeñarse en la administración Pública por un plazo máximo de 20 años. Y más adelante continúa con las agravantes del delito de cohecho en razón de la calidad del sujeto que delinque; y en el artículo 213 se establece el procedimiento para la individualización de la pena.

Como hemos podido ver la regulación jurídica del delito de cohecho a través del tiempo, y en base a lo analizado concluimos que el derecho penal azteca se aplicaba con excesiva severidad, pues se castigaba con la muerte al juez que recibía soborno.

Después, durante la época colonial, la mayoría de las leyes provenían de España y su legislación era muy detallada respecto a la regulación de la conducta de quienes trabajaban en el servicio público, si cometían cohecho los segregaban y los inhabilitaban perpetuamente del servicio público. Las penas más graves consistían en la inhabilitación para ejercer funciones de servidor público, además de prisión y multas.

En México independiente, fue riguroso dictar un código penal federal a la altura de las necesidades de la sociedad, éstos fueron tres, el de 1871, el de 1929 y el de 1931, y en éste último

⁴⁴ Senado de la República, Dictamen de las comisiones unidas de justicia y de estudios legislativos, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del código penal federal en materia de combate a la corrupción, LXIII Legislatura, 14 de julio de 2016, pp.74-75. https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/reu/docs/dictamen_140616_1.pdf

⁴⁵ Diario Oficial de la Federación, Reforma al...op. cit., 43.

han realizado tres reformas en atención al delito de cohecho.

Lo más sobresaliente de la historia de la legislación del delito de cohecho en México, es que la penalidad la han ido reduciendo, con los aztecas la pena era la muerte, en la Nueva España, y en los Códigos de 1871 y 1929, la pena más grave era la inhabilitación permanente en el servicio público, pero en el Código de 1931, debido a la ideología con la que se basaron para redactar el código, decidieron simplificar muchos aspectos entre ellas las sanciones, por ejemplo en el caso del delito de cohecho, eliminaron las circunstancias agravantes por calidad del sujeto, quitaron la regulación de decomisar lo cohechado y la penalidad se redujo significativamente, tanto que su penalidad máxima sólo consistía en prisión y multa, desapareciendo la penalidad de destitución e inhabilitación para ejercer cargos públicos y así permaneció la regulación al delito de cohecho durante 52 años. Además, llama la atención que los redactores de este código, eran expertos en materia penal y todos eran funcionarios públicos de altos mandos, tales como: ministros de la Suprema Corte de Justicia, magistrados, jueces federales y estatales, entre otros.

Después, el 5 de enero de 1983, se publica una reforma al Código penal federal, en dicha reforma se establece como pena máxima por la comisión de este delito, prisión de 14 años, multa y destitución e inhabilitación por 14 años en la administración pública; regulan el decomiso de lo cohechado y la individualización de la pena es en base a la calidad del sujeto.

Posteriormente, y en base a los compromisos internacionales en materia de anticorrupción, el

12 de marzo de 2015, se publica otra reforma al delito de cohecho, donde la modificación es la creación de la figura del cohecho de servidores públicos extranjeros.

En la última reforma al delito de cohecho, la de fecha 18 de julio de 2016, se modifica el nombre del título décimo, lugar en donde se encuentra ubicada la regulación del delito de cohecho, quedando como “Delitos por hechos de corrupción”; y en el artículo 212 se aumenta la duración de inhabilitación para ejercer servicio público como máximo 20 años, a los servidores que cometan cohecho.

CONCLUSIONES

En este trabajo, hemos podido ver la regulación jurídica del delito de cohecho a través del tiempo, y de lo analizado concluimos que el derecho penal azteca se aplicaba con excesiva severidad, pues se castigaba con la muerte al juez que recibía soborno.

Después, durante la época colonial, la mayoría de las leyes provenían de España y su legislación era muy detallada respecto a la regulación de la conducta de quienes trabajaban en el servicio público, si cometían cohecho los segregaban y los inhabilitaban perpetuamente del servicio público. Las penas más graves consistían en la inhabilitación para ejercer funciones de servidor público, además de prisión y multas.

En la época de México independiente, fue riguroso dictar un código penal federal a la altura de las necesidades de la sociedad, éstos fueron tres, el de 1871, el de 1929 y el de 1931, y en éste último se han realizado tres reformas en atención al delito de cohecho.

Lo más sobresaliente de la historia de la legislación del delito de cohecho en México, es que la penalidad la han ido reduciendo; con los aztecas la pena era la muerte, en la Nueva España, y en los Códigos de 1871 y 1929, la pena más grave era la inhabilitación permanente en el servicio público; pero en el Código de 1931, debido a la ideología con la que se basaron para redactar el código, decidieron simplificar muchos aspectos entre ellas las sanciones, por ejemplo en el caso del delito de cohecho, eliminaron las circunstancias agravantes por calidad del sujeto, quitaron la regulación de decomisar lo cohechado y la penalidad se redujo significativamente, tanto que su penalidad máxima sólo consistía en prisión y multa, desapareciendo la penalidad de destitución e inhabilitación para ejercer cargos públicos y lo peor de esto es que esta regulación permaneció sin cambios durante 52 años; esto permitió el paso a la construcción de una red de corrupción. También, llama la atención que los redactores de este código fueron designados por el presidente de la República de esa época, porque eran expertos en materia penal, y además todos eran funcionarios públicos de altos mandos, tales como: ministros de la Suprema Corte de Justicia, magistrados, jueces federales y estatales, entre otros, es decir, los redactores no eran personas ordinarias. Como consecuencia a la regulación del referido delito de cohecho, se sembró una excelente coartada para la producción de un caldo de cultivo de corrupción desmedida y sin precedentes.

Después, el 5 de enero de 1983, se publica una reforma al Código penal federal, en la que se establece como pena máxima por la comisión de este delito, prisión hasta por 14 años, multa y destitución e inhabilitación hasta por 14 años

en la administración pública; regulan el decomiso de lo cohechado y la individualización de la pena es en base a la calidad del sujeto.

Posteriormente, y en base a los compromisos internacionales en materia de anticorrupción, el 12 de marzo de 2015, se publica otra reforma al delito de cohecho, donde la modificación es la creación de la figura del cohecho de servidores públicos extranjeros.

En la última reforma al delito de cohecho, la de fecha 18 de julio de 2016, se modifica el nombre del título décimo, lugar en donde se encuentra ubicada la regulación del delito de cohecho, quedando como “Delitos por hechos de corrupción”; y en el artículo 212 se aumenta la duración de inhabilitación para ejercer servicio público como máximo 20 años, a los servidores que cometan cohecho.

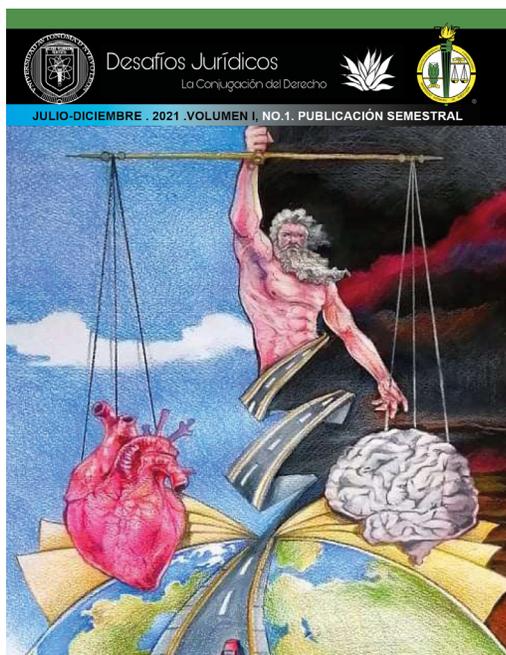
En general, no hemos tenido una adecuada regulación del delito de cohecho, que permita repeler las conductas no adecuadas de los servidores públicos, en razón del daño al buen funcionamiento de la Administración pública. Y en lo personal consideramos que con base en las consecuencias devastadoras de la corrupción en nuestro país, la penalidad máxima por la comisión de cohecho debería ser entre otras, la inhabilitación permanente para desempeñarse dentro de la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA

ALVA IXTLILXOCHITL, Fernando De, *Historia Chichimeca*, s.e., México, 1892, t II. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/obras-historicas-de-don-fernando-de-alva-ixtlilxochitl-tomo-2/html/588554a4-a415-11e1-b1fb-00163eb-f5e63_189.html

- BARANDA, Joaquín, "Memoria que en cumplimiento del precepto constitucional presenta al Congreso de la Unión el C. Lic. Joaquín Baranda Secretario de Estado y del despacho de Justicia e Instrucción Pública (1887, 31 de marzo)", en: SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Memorias de la Secretaría de Justicia*, UNAM, 1997. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:T-LXXt9s52qQJ:https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/546/1.pdf+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=kr>
- BOLETÍN OFICIAL, *Novísima Recopilación*, Mandada formar por el señor Don Carlos IV, Madrid, 1805. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Martínez de Castro y el Código Penal de 1871*, Escuela Nacional de Jurisprudencia, s.l.i., 1942.
- CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- CONGRESO DE LA UNIÓN, *Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales*, Edición del Boletín Judicial, Imprenta y Litografía de Francisco Díaz de León, Sucesores, S.A., México, 894, 3 de junio.
- Congreso de la Unión, *Código Federal de Procedimientos Penales*, Edición Oficial, Imprenta de Antonio Enríquez, s.l.i., 1908.
- CRUZ BARNEY, Óscar. "Influencias del código penal de Martínez de Castro en la codificación penal mexicana, Reforma judicial", *Revista mexicana de justicia*, s.f., número 17, pp. 99-128. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HRCgzeeTT9wJ:https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/articulo/download/8789/10840+&cd=2&hl=en&ct=clnk&gl=kr>
- CUENCA DARDÓN, Carlos E., *Manual de Derecho Procesal penal*, Porrúa, México, 2015.
- DE ACOSTA, Joseph, *Historia natural y moral de las Indias, en que se tratan las cosas notables del cielo, y elementos, metales, plantas y animales, de ellas: los ritos, ceremonias, leyes y gobiernos y guerras de los indios*. Imperio de Sevilla, en casa de Juan de León. Impreso en Sevilla en la casa de Juan de León, 1590. [https://books.google.co.kr/books?id=Pw5TAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=De+Acosta,+Joseph.+\(1590\).+Historia+natural+y+moral+de+las+Indias,&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwi6jIX5h8_rAhVEM94KHUVSDmoQ6AEwAHoECAAQAg#v=onepage&q=De%20Acosta%2C%20Joseph.%20\(1590\).%20Historia%20natural%20y%20moral%20de%20las%20Indias%2C&f=false](https://books.google.co.kr/books?id=Pw5TAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=De+Acosta,+Joseph.+(1590).+Historia+natural+y+moral+de+las+Indias,&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwi6jIX5h8_rAhVEM94KHUVSDmoQ6AEwAHoECAAQAg#v=onepage&q=De%20Acosta%2C%20Joseph.%20(1590).%20Historia%20natural%20y%20moral%20de%20las%20Indias%2C&f=false)
- DIARIO OFICIAL, *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales*, Órgano de Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Secretaría de Gobernación, México, D.F., 1929, 5 de octubre, Sección Tercera, Poder Ejecutivo. https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186990&pagina=1&seccion=3
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Reforma 45 del Código Penal Federal*, 5 de enero de 1983, p. 6. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref45_05e-ne83_ima.pdf
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Decreto por el que se reforman los artículos 222 y 222 bis del Código Penal Federal*, 12 de marzo de 2015. https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2015&month=03&day=12
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción*, Senado de la República, 27 de mayo de 2015, LXIII Legislatura. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Reforma al Código penal Federal en Materia de Combate a la Corrupción*. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 222, 18 de julio de 2016. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445043&fecha=18/07/2016
- DÍAZ-ARANDA, Enrique. L., *Lecciones de Derecho Penal para el nuevo sistema de justicia en México*, UNAM e IJ, México, 2014. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3805/7.pdf>
- EDICIÓN DEL BOLETÍN JUDICIAL, *Código de Procedimien-*

- tos Penales del Distrito y Territorios Federales, Imprenta y Litografía, México, 1894.
- EDICIÓN OFICIAL, *Código Federal de Procedimientos Penales*, Imprenta de Antonio Enríquez, México, 1908.
- EDITOR MIRAMONTES, Donato. “Exposición de motivos del Código Penal de 1871”, en: *Código Penal para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California sobre delitos del Fuero común y para toda la República Mexicana sobre delitos contra la Federación*, original publicado en 1871, 1883. <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020013105/1020013105.PDF>
- GACETA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA, *Iniciativa con proyecto de decreto que deroga el título décimo y agrega el título vigésimo séptimo del código penal federal*, 12 de abril del 2016. https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/reu/docs/dictamen_140616_1.pdf
- GACETA PARLAMENTARIA, *Iniciativa con proyecto de decreto que reforma los artículos 222 y 222 Bis del Código Penal Federal*, Cámara de Diputados, 4 de marzo de 2014. http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/228_DO_12mar15.pdf
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “La academia mexicana de ciencias Penales y Criminalia. Medio siglo en el desarrollo del derecho Penal mexicano, una aproximación”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 2013, p. 759-802. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3535/29.pdf>
- HERMANN, Trimborn. “El derecho penal en las altas culturas de la América precolombina”. *Boletín de la academia de la Historia*, s.f., pp. 739-782. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-derecho-penal-en-las-altas-culturas-de-la-america-precolombina/>
- INDICADOR POLÍTICO, “Breve historia de la codificación penal en México”, 11 de noviembre de 2011. <http://www.indicadorpolitico.mx/?p=4595>
- LABATUT, Glenda, *Derecho penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t II, 7ª edición.
- NAVA GARCÉS, Alberto Enrique, *200 años de justicia penal en México, primera parte, 1810-1910, Primeras leyes penales*. UNAM, México, 2019. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4074/12.pdf>
- OBREGÓN, Esquivel, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Edición polis, 1937, t I. <http://biblio.upmx.mx/library/index.php/7487>
- OROZCO TORRES, Axel Francisco, *Vademécum de Derecho Penal Mexicano*, Tirant Lo Blanch, México, 2017. <https://editorial.tirant.com/mex/libro/vademecum-de-derecho-penal-mexicano-axel-francisco-orozco-torres-9788491437475>
- OROZCO Y BERRA, Manuel, *Historia antigua de la conquista de México*, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, México, 1880, t I. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/historia-antigua-y-de-la-conquista-de-mexico-tomo-primer-846972/>
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal I*, Porrúa, México, 1989, 20a. ed.
- COHECHO, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN; Quinta Época; Primera Sala; Tomo CXXVIII, p. 449.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, *Dictamen de las comisiones unidas de justicia y de estudios legislativos, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del código penal federal en materia de combate a la corrupción*. 14 de julio de 2016, LXIII Legislatura, pp.74-47. https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/reu/docs/dictamen_140616_1.pdf
- SPECKMAN GUERRA, Elisa. *La justicia penal en el siglo XIX y las primeras décadas del XX. Los Legisladores y sus propuestas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas e Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2013. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3535/18.pdf>
- TALLERES GRÁFICOS DE LA NACIÓN, *Código Penal mexicano*, 14 de agosto de 1931. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_orig_14ago31_ima.pdf
- TRINBORN, Herman, *El delito de las altas culturas de América*. Universidad Mayor de San Marcos, Perú, 1968, trad. del Alemán al Español, por José León Herrera y Ernesto More. <https://catalog.hathitrust.org/Record/000600577>
- VEYTIA, Mariano. *Historia antigua de México*. Imprenta a cargo de Juan Ojeda, México, 1836, Tomo III. https://archive.org/details/historiaantiguad00veyt_0/page/422/mode/2up



Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Diana Rocío González Vázquez & Juan Antonio Caballero Delgado (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Aportaciones a la metodología para la investigación ministerial eficaz del delito de homicidio. pp. 54-79 Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Revista de temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, Volumen 1, No. 1, julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología, editada en la Ciudad Universitaria, N.L, México. Con dirección en Cd. Universitaria, Av. De los Rectores s/n, San Nicolás de los Garza, N.L. C.P. 66451, Página electrónica de la revista: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Editora en jefe: Dra. Amalia Guillén Gaytán Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título Volumen 1, No. 1, juli-diciembre de 2021 ISSN: en trámite ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dra. Karina Soto Canales.

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho aborda temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, tiene como propósito constituirse en un foro de discusión académica que aborda la compleja, contradictoria y multicausal relación entre el derecho y la vida social. Desafíos Jurídicos se inscribe en el debate académico nacional e internacional en el ámbito de Derecho y su giro especial en las ciencias sociales e invita al análisis de diversas prácticas sociales y formas de organización y acción política desde una perspectiva multidisciplinaria que ponga énfasis en la defensa de los derechos y su aplicación. Los textos publicados incorporan métodos y problemas tratados desde el derecho, la sociología, la ciencia política, la economía, los estudios urbanos, la geografía, los estudios culturales, la antropología, la literatura y el feminismo, entre otros. Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del comité editorial.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización expresa de la revista.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: ING. ROGELIO GARZA RIVERA CASTRO

SECRETARIO GENERAL: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

PINTURA DE LA PORTADA: José Luis Rodríguez Alemán "La Racionalidad del Derecho" © 2021

Aportaciones a la metodología para la investigación ministerial eficaz del delito de homicidio

Contributions to the methodology for the efficient ministerial investigation of homicide crime

Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021

Por: Diana Rocío González Vázquez*
Juan Antonio Caballero Delgadillo*

*Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. La efectiva y exitosa investigación del delito de homicidio a cargo del Agente del Ministerio Público está ligada al conocimiento de los factores que inciden en sus procesos, la metodología empleada y los instrumentos internacionales que la sustentan. Estos aspectos son relevantes por el impacto que representan en la percepción del nivel de seguridad ciudadana. En el presente trabajo se darán a conocer las principales teorías sobre los factores que inciden en la resolución de homicidios, la metodología y los instrumentos internacionales aplicables, más significativos.

Palabras clave: Investigación Ministerial, homicidio, investigación del delito, metodología de la investigación criminal.

Abstract. The effectiveness and success of a criminal homicide investigation by the prosecutor are linked to the knowledge of the factors that affect its processes as well as the methodology, and supporting international tools. These issues are important due to their high impact on the level of the security perception by the citizen. In this paper the main theories with bearing on factors that affect the resolution of homicides as well as methodologies and the most significant current international tools are noted.

Keywords: Ministerial Investigations, homicide, criminal investigation, methodology of the criminal investigation.



INTRODUCCIÓN

El matar favorece la supervivencia de la especie, permite protegerse de los ataques contra sí y los de su grupo, satisfacer los instintos de ingesta y garantizar la procreación. Sin embargo, la violencia es una expresión primordialmente humana. La guerra, el homicidio por razones económicas, la tortura, entre otras manifestaciones, son exclusivas del hombre, pero la constante en el homicidio es el sentimiento de temor y desconfianza entre la población, lo cual no solo es provocado por la pérdida o sed de venganza que fomenta más violencia, sino también porque reduce la confianza en el Estado que debió proteger a sus ciudadanos.

El derecho a la vida consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹ artículo 3, reconoce que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y la Convención Americana de Derechos Humanos³ reseñan además que este derecho debe ser protegido por la ley.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cabe notar que el derecho a la vida no aparece como derecho fundamental

en las primeras líneas, como lo hace en los instrumentos internacionales. Es hasta el artículo 29 cuando menciona que

“en los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida...” y el artículo 21 agrega que “la seguridad pública es una función del Estado... cuyos fines son salvaguardar la vida...”.

La seguridad pública es un elemento fundamental para garantizar el estado de derecho y una de las exigencias más puntuales de la ciudadanía, es

“una cualidad de los espacios públicos y privados que se caracteriza por la inexistencia de amenazas que socaven o supriman los bienes y derechos de las personas y en la que existen condiciones propicias para la convivencia pacífica y el desarrollo individual y colectivo de la sociedad”.⁴

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo destaca la importancia de la seguridad para el desarrollo humano, entendiéndolo como un proceso de mejora de las condiciones y calidad de vida de las personas, mediante la satisfacción no solo de las necesidades básicas, sino otras complementarias como son el vivir en un entorno en el que se

1 Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948.

2 Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 Diciembre 1966.

3 Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, 22 Noviembre 1969.

4 García Ramírez, Sergio, “En torno a la seguridad pública. Desarrollo penal y evolución del delito”, Los desafíos de la seguridad pública en México, Universidad Iberoamericana, UNAM, PGR, México, 2002, p. 81.

garanticen el respeto a los derechos humanos, la seguridad y el bienestar, por lo que, los objetivos del desarrollo sostenible consideran una de sus metas

”reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo”⁵.

El estudio del Homicidio, nos refiere Arroyo Juárez⁶ es

“una de las formas más útiles de conocer el grado de seguridad, respeto a las normas y en general, el grado de cohesión que existe en una sociedad”,

ya que nos permite visibilizar que la problemática de la violencia incide con altos índices de homicidio intencional, lo que provoca graves daños a la cohesión social, impiden el desarrollo humano y deterioran las condiciones de seguridad en las ciudades.

La Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen UNODC publicó la clasificación internacional de homicidio intencional para propósitos estadísticos⁷ donde lo defi-

⁵ Organización de las Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. Objetivos del desarrollo sustentable, disponible en <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html#targets> (consultada el 15 de Marzo de 2021).

⁶ Arroyo Juárez, Mario, “Características y situación del homicidio en la zona metropolitana de la Ciudad de México 1993-1997”, Papeles de población, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, vol. 7, núm. 30, p. 233.

⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito,

ne como la “muerte ilegal infligida sobre una persona con la intención de causar la muerte o heridas graves”. Esta concepción contiene tres elementos, uno objetivo, que es la acción de matar; uno subjetivo que es la intención de matar o causar lesiones graves; y un elemento legal que es la falta de legitimidad de la muerte, –que permite diferenciarlo de las ocurridas por legítima defensa o pena de muerte, pero incluir la derivada de conflictos armados– quedando clasificados los homicidios internacionalmente como relacionados a actividades criminales, interpersonales y socio-políticos.

Numerosos países con diversos sistemas de justicia convergen en la problemática de incrementos en la tasa de homicidios y la disminución de los índices de resolución. Para asegurar la justicia y la seguridad de la comunidad, las fiscalías deben fomentar y supervisar que las instituciones policiales y periciales den prioridad a la identificación y aprehensión de los autores de homicidios aplicando la investigación científica y procedimientos metodológicos de investigación criminal.

Datos relevantes a nivel internacional proporcionados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito⁸ establecen que en el año 2017 las actividades criminales causaron más muertes que los conflictos armados y terrorismo juntos, además que las armas de fuego estuvieron involucradas en más de la mitad de los homicidios a nivel mundial.

Clasificación internacional de delitos con fines estadísticos. Versión 1.0, Vienna, UNODC, 2015, p. 17.

⁸ United Nations Office on Drugs and Crime. Global study on homicide. Executive summary [Estudio global sobre homicidio. Resumen ejecutivo], Vienna, UNODC, 2019, p. 12.

A nivel mundial, la base de datos de estadísticas de homicidios internacionales de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito a través del sitio del Banco Mundial⁹ permitieron el comparativo de México con cuatro países de América y cinco de Europa en cuanto a tasas de homicidio. Encontrando que en los países europeos, las tasas de homicidio son mínimas, mientras en América, México se encuentra al nivel de Colombia y Guatemala, contrastando con países como Chile y Estados Unidos.

Tabla 1. Homicidios intencionales en países seleccionados, 2017.

País de América	Tasa/100 mil hab	País de Europa	Tasa/100 mil hab
Colombia	25	Alemania	1
Chile	4	España	1
Estados Unidos	5	Noruega	1
Guatemala	26	Suecia	1
México	25	Reino Unido	1

Fuente: Grupo Banco Mundial

En Chile de acuerdo a investigaciones periódicas de Labrin¹⁰ el 51.9% de los casos de homicidio fueron resueltos, en Estados Unidos en el mismo año de acuerdo a reportes del FBI Buró Federal de Investigaciones¹¹ el

porcentaje de resolución fue del 61.6%, mientras en México el índice de resolución en promedio de la última década es calculado apenas en un 5.1% con base en datos de INEGI¹², calculado al dividir la cantidad de casos con sentencia entre la cantidad de homicidios totales por cien.

El IGI Índice Global de impunidad¹³ proporciona una mejor estadística cuando se trata de comparar entre países ya que contempla no solo información respecto a homicidios sino a diferentes aspectos del sistema de justicia. En ese año el IGI situó a México en el cuarto lugar de impunidad a nivel mundial y el primero en Latinoamérica.

1. REVISIÓN DE LA LITERATURA

El estado del arte en la investigación del delito de homicidio

A raíz de la reforma constitucional del 2008 se facultó al Ministerio Público y a las Policías para realizar la investigación de los delitos. Por un lado, el cambio consistió en conmutar para el Ministerio Público, la sola incumbencia en la investigación por una función con correspondencia tajante. Por otro lado, se contempló que no existiera solamente una policía ministerial que le auxi-

⁹ <https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5>

¹⁰ Labrín, Sebastián. Las cifras rojas detrás de las investigaciones por homicidios en Chile, 2017, disponible en <https://www.latercera.com/noticia/las-cifras-rojas-detras-las-investigaciones-homicidios-chile/> (consultada el 15 de Marzo de 2021).

¹¹ Federal Bureau of Investigation. Crime in the United States 2017. Offenses cleared [Crimen en los Estados Unidos de América 2017. Casos resueltos]. U.S. Department of Justice,

2017, disponible en <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2017/crime-in-the-u.s.-2017/topic-pages/clearances> (consultada el 15 de Marzo de 2021).

¹² Véase <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=5958> y https://www.inegi.org.mx/programas/cni-je/2020/#Datos_abiertos.

¹³ Universidad de las Américas Puebla UDLAP. Índice global de impunidad 2017. Dimensiones de la impunidad global. Puebla: Fundación Universidad de las Américas, 2017, p. 9.

liara en su labor, sino que todas las policías debían actuar bajo su conducción y mando en el ejercicio de la investigación.

Esta misma transición generó cambios en la función y actuar de la defensa penal en relación con la proactividad en la realización de investigaciones y obtención de pruebas de su intención. Actualmente los defensores públicos y privados destacan el deber de construir su propia teoría del caso y aportar pruebas cuando no es suficiente emplear una defensa pasiva que se limite a negar las afirmaciones del fiscal y confiar que no sea capaz de generar convencimiento en el juzgador.

En esta nueva función nos dicen Fix-Fierro y Suárez Ávila¹⁴ se requiere “el apoyo de traductores, peritos, investigadores y demás personal auxiliar” y con esta oposición ejerciendo una defensa activa, las personas investigadas, imputadas, acusadas inclusive las sentenciadas por el delito de homicidio tienen la posibilidad de demostrar su inocencia, la existencia de causas de justificación, de inimputabilidad o bien, características de vulnerabilidad que resulten útiles para su defensa, para la obtención de algún beneficio procesal o la reducción de la sentencia.

El imperativo del Ministerio Público, de ser el conductor de la investigación, le demanda un alto nivel de capacitación en aspectos

¹⁴ Fix-Fierro, Héctor, Suárez Ávila, Alberto Abad, “El nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República Mexicana”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 32 2015, p. 198.

que rebasan la materia jurídica, como son la operatividad policial y pericial, que le exigen capacidades y conocimientos que no se encuentran dentro de su formación académica, que no se adquieren con un simple curso de capacitación, sino que requerirían ser obtenidos como un grado académico de especialidad.

Sin embargo, Palmieri¹⁵ señala que la fiscalía ve a la policía como una masa de personas cuya función es meramente de auxiliares, por lo que, en reacción el discurso policial dice que a ellos no habría que demandarles proactividad. Pero se trata de áreas del saber distintas, que requieren formación distinta, por lo que un actor con otro perfil no puede sustituirles. Esta falta de coordinación y de trabajo en equipo se ve reflejada en los resultados de la investigación del delito.

La disminución de la resolución de homicidios fue estudiada por Wellford y Cronin¹⁶ fundados en los estudios de Cardarelli y Cavanaugh¹⁷, Rie-

¹⁵ Palmieri, Gustavo. *Temas y debates en la reforma de la seguridad pública. Una guía para la sociedad civil. Investigación criminal*. Washington: WOLA Washington Office On Latin America, 1998, p. 12.

¹⁶ Wellford, Charles, Cronin, James, *An analysis of variables affecting the clearance of homicides: A multistate study* [Un análisis de las variables que afectan la resolución de homicidios: Un estudio multiestatal], Washington, Justice Research and Statistics Association, 1999.

¹⁷ Cardarelli, A. P., Cavanaugh D., “Uncleared homicides in the United States: An exploratory study of trends and patterns [Homicidios no aclarados en Estados Unidos: Un estudio Exploratorio de Tendencias y Patrones].” *Annual meeting of the American Society of Criminology*. San Francisco, 1992.

del y Rinehart¹⁸ y de la Asociación Internacional de Jefes de Policía¹⁹, atribuyendo las posibles explicaciones a tres aspectos, la naturaleza cambiante del homicidio, la naturaleza de los recursos policiales y el comportamiento de los espectadores.

La naturaleza cambiante del homicidio nos explican los autores, se deriva de que mientras en el pasado los crímenes involucraban a familiares o conocidos, en la actualidad se dan más delitos entre extraños, especialmente aquellos relacionados con el consumo o venta de drogas. Sobre los recursos policiales disponibles mencionan que no aumentan a la par del crecimiento del delito. En relación a los testigos, estos son cada vez más reticentes a verse involucrados y cooperar con la policía. Estas explicaciones redundan en motivos para la disminución de los índices de resolución de casos.

El Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad²⁰ destaca otro aspecto importante en cuanto a la resolución de homicidios, pues las autoridades aseguran que la incidencia delictiva va a la baja, pero

no aclaran que la estadística de homicidios dolosos no representa la totalidad de los homicidios cometidos en el país, sino que hay “un sub-registro importante como resultado de debilidades institucionales, de malas actuaciones del personal operativo de las procuradurías y de que se trata de minimizar de un plumazo la crisis de desapariciones forzadas e involuntarias que enfrentamos y del posible vínculo que puede existir con el hallazgo de múltiples fosas clandestinas en nuestro país”.

En nuestro país y en América Latina, los factores que inciden en la resolución de homicidios han sido poco explorados. Los escasos estudios se centran primordialmente en la crítica a las instituciones del Estado con miras a su deslegitimización y a la búsqueda del cambio de paradigma por uno de seguridad ciudadana como sustituto de la seguridad pública. Diversos autores Brodeur, Ouellet, y Cusson²¹, Skogan y Frydl²², Wellford y Cronin²³ concuerdan en que, en general, la investigación criminal a nivel internacional ha sido poco explorada, mientras Meneses Reyes y Quintana Navarrete²⁴ llaman la aten-

¹⁸ Riedel, Marc, Rinehart A., “Clearance, missing data, and murder [Resolución, datos perdidos y homicidio].” Annual meeting of the Academy of Criminal Justice Sciences. Chicago, 1994.

¹⁹ International Association of Chiefs of Police. Murder in America: Recommendations from the IACP murder summit [Asesinato en Estados Unidos: Recomendaciones de la cumbre sobre asesinatos de la IACP], Virginia, 1995.

²⁰ Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad. Homicidio: Una mirada a la Violencia en México, México, Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad, 2015, p. 7.

²¹ Brodeur, Jean Paul et al, “L’enquête criminelle (2005) [La Investigación Criminal (2005)].” Criminologie, Les Presses de l’Université de Montréal, 2011, vol. 44, núm. 1, p. p. 197-223.

²² National Research Council, Fairness and effectiveness in policing: The evidence [Justicia y efectividad policial: La evidencia]. Washington, D.C.: The National Academies Press, 2004.

²³ Wellford, Charles, Cronin, James, “Clearing up homicide clearance rates [Aclarando la resolución de homicidios]”, National Institute of Justice Journal, Washington: 2000, p.p. 1-7.

²⁴ Meneses Reyes, Rodrigo, Quintana Navarrete, Miguel. “Homicidios e investigación criminal en México.” Perfiles Latinoamericanos, Flacso México, 2016, vol. 24, núm. 48 p. p.

ción sobre la particular falta de preocupación por el estudio del homicidio.

Factores que inciden en la resolución de homicidios

Las teorías que abordan el estudio de los factores que inciden en la resolución de homicidios son limitadas, así como la cantidad de investigaciones que las soportan. Enseguida se resumen la teoría de Black sobre los factores discrecionales en el comportamiento de la ley, su reacción mediante la teoría de Gottfredson y Hindelang²⁵ de los factores no discrecionales, la teoría de los factores dentro y fuera del control policial y una aportación personal sobre los factores internos y externos al investigador.

La teoría de Black²⁶ sobre el comportamiento de la ley buscó predecirla desde aspectos cuantitativos, encontró que “la cantidad de ley varía inversamente a la cantidad de control social”, esto significa que la ley se aplica con diferente intensidad de acuerdo a factores discrecionales de estratificación, morfología, cultura, organización, y control social, por ejemplo un joven con ambos padres en casa tiene mayor control social que otro que vive en la calle, un hombre con esposa e hijos en casa, una persona de clase social alta, tienen mayor control social que un soltero que vive solo, o que una persona de clase baja y esa reducción en la cantidad de control social per-

mite el aumento de la aplicación de la ley, es decir, incrementa la posibilidad de que un policía arreste a un joven de la calle, a un hombre solo o a una persona de bajos recursos, por sobre quienes no los son.

En el mismo sentido Goldman²⁷ analizaba como los factores extralegales incidían en la toma de decisiones de los policías o “selección diferencial” de los menores de edad que serían llevados ante la justicia derivados de la raza, el sexo y la clase social. Esos factores extralegales son coincidentes con los factores discrecionales de Black.

Por discrecionalidad McLaughlin and Muncie²⁸ entienden “el poder conferido a los profesionales de la justicia criminal de usar su juicio para decidir qué acción tomar en una determinada situación. Incluyendo la decisión de no tomar acción alguna”. En ese sentido los factores discrecionales son los que el investigador decide cómo y sí se tomaran en cuenta para formular sus hipótesis, decidir líneas de investigación y tomar decisiones.

Estos factores discrecionales relacionados con las víctimas, también inciden en la resolución de casos de homicidio. Algunos estudios indican que los testigos y familiares de clase social baja ven a la policía y a la autoridad en

297-318.

²⁵ Gottfredson, Michael R., Hindelang, Michael J., “A study of the behavior of law [Un estudio del comportamiento de la ley].” *American Sociological Review*, 1979, vol. 44, p. p. 3-18.

²⁶ Black, Donald. *The behavior of law [El comportamiento de la ley]*. Nueva York: Academic Press, 1976, p. 6.

²⁷ Goldman, Nathan, *The differential selection of juvenile offenders for court appearance [La selección diferencial de ofensores juveniles para comparecer ante la corte]*, National Research and Information Center National Council on Crime and Delinquency, 1965.

²⁸ McLaughlin, Eugene, Muncie, John, *The Sage dictionary of criminology [El diccionario Sage de criminología]*. London: Sage, 2001.

general con desconfianza y son aprehensivos respecto a involucrarse en las investigaciones. Mientras Corsianos²⁹ afirma que la víctima juega un papel importante para determinar si el caso será considerado o no como de alto impacto.

Más allá de esta afirmación Cooney³⁰ afirma que los indicios son valorados dependiendo de quién los aporta, por ejemplo, un testigo proveniente de una clase social baja tendría menos credibilidad que uno de alta. En nuestra experiencia esto resulta especialmente cierto cuando rinde su testimonio un policía y contradice lo dicho por un testigo civil, se ha observado que el juzgador premia la credibilidad del servidor público, solo por tener esa calidad, dando por sentada su imparcialidad, objetividad y veracidad.

En oposición a la anterior, Gottfredson y Hindelang³¹ propusieron la preeminencia de factores no discrecionales o relacionados con circunstancias del evento –tipo de arma, localización geográfica, asociación con drogas o alcohol, gravedad– a la vez que distinguieron el impacto de las decisiones de las víctimas en las estadísticas de criminalidad, ya que los ciudadanos al decidir si denuncian o no un delito del que fueron víctimas o tes-

tigos, aumentan no solo los índices de criminalidad, sino también definen quien será arrestado, perseguido y encarcelado.

Otros autores, por su parte, pusieron a prueba combinaciones de factores de ambas teorías, prevaleciendo el apoyo a la teoría de los factores no discrecionales, por ejemplo, Korosec³² encontró que el uso de armas de fuego, armas desconocidas, agresor masculino, víctimas pertenecientes a minorías, el tamaño de la población y regiones occidentales, se asocian con bajos índices de resolución de homicidios.

Posteriores estudios de Puckett and Lundman³³ sin embargo, establecen que la “visibilidad del homicidio y la importancia de su resolución, provocan que los investigadores trabajen más agresivamente para resolverlos sin importar donde hayan ocurrido o las características de las víctimas”.

En 1975 se realizó el más grande estudio en materia de efectividad de la policía por el Grupo RAND que determinó que las actividades investigativas tenían poco impacto en

29 Corsianos, Marilyn. “Discretion in detectives’ decision making and ‘high profile’ cases [Discreción en la Toma de Decisiones de los Detectives y Casos de Alto Impacto].” *Police Practice and Research: An International Journal*, 2003, p. p. 301-314.

30 Cooney, Mark, “Evidence as partisanship [La evidencia y su parcialidad].” *Law & Society Review*, 1994, vol. 28, núm. 4, p. p 833-858.

31 Gottfredson, Michael R., Hindelang, Michael J. op cit 24.

32 Korosec, Lauren, “The changing nature of homicide and its impact on homicide clearance rates: A quantitative analysis of two trends from 1984-2009 [La naturaleza cambiante del homicidio y su impacto en su índice de resolución: Un análisis cuantitativo de dos tendencias].” *Electronic Thesis and Dissertation Repository*, 2012.

33 Puckett, Janice L., Lundman, Richard J., “Factors affecting homicide clearances: Multivariate analysis of a more complete conceptual framework [Factores que afectan la resolución de homicidios: Análisis multivariado de un más completo marco conceptual].” *Journal on Research in Crime and Delinquency*, 2003, vol. 40, núm. 2, p. 171.

la resolución de casos y que “la mayor parte del tiempo de los investigadores era dedicado a labores de escritorio, hacer informes, archivar, localización y entrevista de testigos”, además que “se recolectaba más evidencia de la que se podía procesar productivamente”.

En el reporte de conclusiones del citado estudio Greenwood³⁴ encontró que solo el 20% de los casos podían considerarse resueltos por actividades investigativas, pero la mayoría de éstas eran de rutina que pudieron ser realizadas por simple personal de escritorio, atribuyendo apenas un 2.7% de resolución de casos a las técnicas especiales de investigación. Los resultados son consistentes con lo observado en países como el nuestro, en los que se ha demeritado la importancia de la investigación del delito, de la investigación criminal y la profesionalización de los investigadores, aún hoy los estudios de Zepeda Lecuona³⁵, Meneses Reyes y Quintana Navarrete³⁶ revelan que la mayoría de los homicidios que se llegan a resolver en México se deben a detenciones en flagrancia.

³⁴ Greenwood, Peter W., *The RAND criminal investigation study: Its findings and impacts to date* [El estudio RAND de investigación criminal: Sus resultados e impactos a la fecha], Santa Monica, The Rand Corporation, 1979, p. p. 1-14.

³⁵ Zepeda Lecuona, Guillermo. “La investigación de los delitos y la subversión de los principios del subsistema Penal en México.” USMEX 2003-04 Working Paper Series, Project on Reforming the Administration of Justice in Mexico. La Jolla: Center for U.S.-Mexican Studies, 2003, p. p. 1-16.

³⁶ Meneses Reyes, Rodrigo, Quintana Navarrete, Miguel, op cit 23.

En el mismo sentido Eck³⁷ primero concluyó que “es poco probable que las mejoras en la forma en que se conducen o manejan las investigaciones tengan un efecto dramático sobre el crimen o la justicia penal”, pero posteriormente, Eck y Rossmo³⁸ redefinieron sus conceptos para reconocer la importancia de la investigación criminal en la resolución de casos, por la forma en que el crimen ha variado, considerando poco probable que mientras los detectives continúen operando como lo han hecho y solo se hagan algunos cambios en la organización, la gestión o los procedimientos, se logren cambios significativos.

El estudio del grupo RAND aportó una apreciación práctica y adecuada al lugar y el tiempo en que fue desarrollada, sin embargo, sus alcances ya no resultan válidos en una comunidad global, donde la problemática del crimen organizado trasciende fronteras, los índices de homicidios son sumamente elevados, el miedo se apodera de los posibles testigos, las ciudades son tan grandes que se fusionan con otras y donde la tecnología avanza creando nuevas formas de criminalidad, pero aportando también nuevas formas de combatirla.

Durante los años 1994 y 1995 se llevó a cabo un estudio de Investigadores de la Universidad de Maryland, en conjunto con la Asocia-

³⁷ Eck, J. E., “Criminal investigation [investigación criminal].” *En What works in policing? Operations and administration examined*, editado por G. Cordne y D. Hale, Cincinnati: Anderson, 1992 p. 33.

³⁸ Eck, John E., Rossmo, Kim, “The new detective. Rethinking criminal investigations [El nuevo detective. Repensando la investigación criminal].” *Criminology & Public Policy*, University of Cincinnati, 2019, vol. 18 p. p. 601–622.

ción de Investigación Judicial y Estadística en cuatro ciudades de Estados Unidos que de acuerdo a Wellford y Cronin³⁹ aportaron una nueva forma de clasificar los factores que intervienen en la resolución de casos de homicidio. Los dividieron en prácticas y procedimientos en los cuales tiene control la policía y en características del caso sobre las cuales no se tiene control.

Los factores dentro del control de la policía se refieren a las acciones del primer respondiente en el lugar, protección, reporte al personal forense, búsqueda de testigos; acciones de los policías de investigación, arribo inmediato al lugar, cantidad de asignados para trabajar el caso, si se toman notas, entrevistan testigos, acuden al examen postmortem; otras acciones, como búsquedas en bases de datos sobre los sospechosos, arma y testigos, la existencia de testigos directos de los hechos o las aportaciones de conocidos, amigos y familia de la víctima, si se aporta el informe de autopsia, se entrevista a los médicos forenses o se usan informantes confidenciales.

Los factores fuera del control de la policía incluyen que el sospechoso pertenezca a alguna etnia, que ocurra en lugar público o privado, que haya testigos directos, que se encuentre un arma, que la víctima pertenezca a una pandilla, que esté relacionado con drogas o que involucre motivos económicos.

Los estudios más recientes en la materia, realizados por Wellford, Lum, Scott, Vovak, y Scherer⁴⁰ indican que las diferencias que se

encuentran entre los índices de resolución de casos de homicidio entre diversas instituciones se deben a las circunstancias del caso, las prácticas investigativas y las diferencias organizacionales.

Autores como Meneses Reyes y Quintana Navarrete⁴¹ apuntan a que existen “ciertas características propias del evento delictivo que dificultan la investigación de ciertos casos, en ese contexto de carencia técnica, inercias autoritarias y saturación laboral”, contexto que deviene de estudios críticos sobre el actuar de las instituciones del sistema de justicia en México.

Evaluando los resultados de la reciente transformación de las procuradurías de justicia en fiscalías autónomas, Novoa⁴² ha encontrado “cambios inerciales y nominales, que no significan innovaciones en la forma de investigar y perseguir los delitos” apuntando a la investigación criminal como un antídoto contra la impunidad.

Los factores bajo el control de la policía y fuera del control de la policía, pueden subdividirse, seleccionando aquellos que son circuns-

organizacional, case, and investigative dimensions [Resolución de homicidios. El rol de la organización, el caso y dimensiones investigativas].” *Criminology & Public Policy*, University of Maryland, 2019, vol. 18 p. p. 553–600.

⁴¹ Meneses Reyes, Rodrigo, Quintana Navarrete, Miguel, op cit 23, p. 300.

⁴² Novoa, María. “Investigación Criminal, Antídoto Contra la Impunidad.” *Animal Político*. Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2019, disponible en <https://www.animalpolitico.com/lo-que-mexico-evalua/investigacion-criminal-antidoto-contra-la-impunidad/> (consultada el 29 de abril de 2020).

³⁹ Wellford, Charles, Cronin, James, op cit 22.

⁴⁰ Wellford, Charles F. et al, “Clearing homicides. Role of or-

tancias relacionadas al investigador criminal en lo individual, distinguiendo entre factores internos y externos.

Los factores externos están fuera del control del investigador consisten en procesos administrativos por los cuales se le asigna una determinada carga de trabajo, se le instruye en determinadas formalidades y lineamientos en la elaboración de informes, se le cambia de adscripción, se le asignan labores fuera de las oficiales, como se le contrata, como se le capacita, como son las relaciones y la formalidad institucional en relación con los otros intervinientes en la investigación criminal y aún el hecho de portar uniforme para realizar las labores de investigación.

Los factores internos al investigador no sería fácil determinar si cuentan o no verdaderamente con un control total de éste, pues comprenden procesos cognoscitivos, tales como sus habilidades natas o ejercitadas para la investigación, su sistemático y lógico proceso de pensamiento, su salud mental y estado emocional dado por circunstancias dentro y fuera de la investigación, incluyendo los procesos relacionados con la discriminación que puede sufrir dentro de la institución donde labora, derivado de su sexo, edad, preferencias sexuales, etnia, etc.

Otros factores internos que si están dentro del control del investigador comprenden procesos operativos y administrativos tales como su desempeño, su dedicación al caso, su acatamiento de los protocolos, su proactividad en la realización de las tareas de investigación. Aunque se podría argumentar que la salud física y mental también podrían afectar estos

factores, por lo que cada vez resulta de mayor trascendencia en las instituciones que realizan actividades relacionadas con la justicia y la seguridad, la evaluación de riesgos psicosociales en el personal.

Instrumentos internacionales y su relación con la investigación del delito

Existe gran preocupación a nivel internacional por promover la adecuada investigación y el combate al delito con miras a reducir la violencia y sus efectos para lograr el bienestar de la sociedad. Diversos instrumentos que se enunciaran en éste apartado abordan el tema desde diversos aspectos, tales como los principios que deben premiar en su desarrollo, la imparcialidad de los jueces y fiscales, la adecuada defensa técnica, el respeto a los derechos humanos y estándares probatorios, metodológicos y procedimentales.

El Protocolo de Minnesota de Naciones Unidas⁴³ enfocado a la investigación de muertes potencialmente ilícitas, es una de las principales guías; destaca que el derecho internacional “exige que las investigaciones sean: i) prontas; ii) efectivas y exhaustivas; iii) independientes e imparciales; y iv) transparentes”.

En el mismo sentido se establece en nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales en el artículo 212, que la investigación del delito “deberá realizarse de manera inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orienta-

⁴³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas (2016), ONU, Nueva York y Ginebra, 2017, p. 7.

da a explorar todas las líneas de investigación posibles”.

El deber de prontitud deviene de la obligación del Estado de garantizar no solo el derecho a la vida, sino a su protección, en las cuales ha fallado, por lo que se demanda el acceso a la justicia que tienen la víctima y los ofendidos mediante una investigación sin dilaciones, pero sin menoscabo de la calidad y diligencia. La obligación de debida diligencia es, de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁴, la obligación del Estado, de facilitar el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos, es decir, no basta la prontitud si se afecta con ello la minuciosidad en la recolección y procesamiento de los datos que permitirán la resolución del homicidio.

El deber de efectividad y exhaustividad implica la minuciosa recolección de datos y su correspondiente corroboración mediante triangulación de pruebas testimoniales, documentales y materiales. En este rubro debemos considerar la importancia del agotamiento del procesamiento forense de los indicios, el seguimiento de las posibles líneas de investigación, la obtención de pruebas de cargo y en su caso, de descargo, a la vez que se debe garantizar la preservación de dichas pruebas, por medios como el almacenaje adecuado de los indicios físicos, la documentación por fotografía y video o la protección de los testigos.

Un aspecto trascendental para garantizar el acceso a la justicia lo constituye la identifica-

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Me-soamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc.63. 2011.

ción de la víctima, pues sin una identificación positiva, los esfuerzos por investigar su homicidio serán infructuosos. Esto es común cuando se trata de cuerpos hallados en fosas que tienen alto nivel de putrefacción debido a la exposición al terreno por periodos largos.

En nuestro país la identificación de cadáveres ha constituido una problemática politizada, pues indagando sobre una base de datos de ADN, su existencia ha sido imposible de determinar, ya que diversos medios periodísticos nacionales han señalado por una parte la existencia de una base de datos subutilizada y por otra la necesidad de crear una.

Al respecto un medio periodístico en el país⁴⁵ refiere que “en septiembre de 2013, la Cruz Roja Internacional donó a México una plataforma tecnológica ya desarrollada en otros países, denominada sistema AM/PM, la cual facilita la ubicación e identificación de personas, gracias al cruce de datos forenses (entre ellos ADN) de cuerpos no identificados con los de familiares de desaparecidos”. Al mismo tiempo, Corral y Rivera⁴⁶ refieren que “el gobierno de Estados Unidos desarrollará en México dos bases de datos genéticos para impulsar que las autoridades mexicanas co-

⁴⁵ Ángel, Arturo. “Pese a miles de cuerpos sin identificar, estados no usan plataforma forense donada por la Cruz Roja”, 15 de mayo de 2019, disponible en <https://www.animalpolitico.com/2019/05/cruz-roja-donacion-sistema-identificacion-forense/> (consultada el 16 de marzo de 2021).

⁴⁶ Corral, Adyr, Rivera, Carolina, “México y EU preparan vigilancia genética de criminales y ‘polleros’”, 26 de Diciembre de 2019, disponible en <https://www.milenio.com/policia/mexico-eu-crearan-base-datos-geneticos-criminales-polleros> (consultada el 16 de marzo de 2021).

mienten a emplear el ADN como una herramienta en el combate al crimen y a la trata de personas”.

Al desconocer la identidad de un cadáver y no realizar los esfuerzos que corresponden a las instituciones de procuración de justicia y no a los particulares por identificarlos, se atenta contra el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y ofendidos, se perpetúa la inseguridad en el país, pues si no se sabe que hubo un homicidio, pues entonces no se investiga el homicidio.

Un aspecto que no se prioriza en las investigaciones del delito en nuestro país, es el del establecimiento del móvil y la definición del modus operandi, esto incide directamente en la construcción de una teoría del caso carente de significado, que no permite a la familia de la víctima conocer la verdad de los hechos e impide percibir deficiencias lógicas en el proceso de razonamiento por el cual se arriba a la determinación de señalar a una persona como autora de un delito.

Lo anterior incide además en fomentar la no existencia de bases de datos sobre modus operandi que permita la detección de patrones delictivos en zonas geográficas, horarios o con firmas similares, por lo que difícilmente estaremos en posibilidad de resolver delitos complejos o asociados.

Sobre el deber de independencia e imparcialidad, el protocolo de Minnesota señala que las investigaciones no deben estar condicionadas por la calidad de los investigados o las instituciones a que pertenecen, ni someterse a intereses políticos, pero a la vez se debe

garantizar dicha independencia y la no sanción por la toma de decisiones siempre que se apeguen a los lineamientos, normatividad y a los principios de la ética.

Los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura⁴⁷ en consonancia con las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales⁴⁸, señalan la imparcialidad con la que los jueces y fiscales deben resolver los asuntos, fundando sus acciones y decisiones en los hechos y su relación con el derecho, sin presiones o amenazas, destacando además la importancia de su calidad de personas íntegras con la formación jurídica idónea.

La imparcialidad, por otro lado, se garantiza cuando en las investigaciones se corroboran tanto los datos que perjudican como los que favorecen al sospechoso. El artículo 129 del Código Nacional de Procedimientos Penales deja en claro que la investigación debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo, por lo que, una petición de la defensa para la corroboración de un dato favorable al investigado, no es opcional o dependiente de la autorización de un superior, es un mandato legal, por lo que no debe ser rechazada, ni desestimada, pues el objetivo de la investigación criminal y la investigación del delito⁴⁹ jamás deberá ser llevar a proceso

⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas, Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, Milán, 1985.

⁴⁸ Organización de las Naciones Unidas, Directrices sobre la Función de los Fiscales, Cuba, 1990.

⁴⁹ La diferencia entre los términos deriva de la finalidad que se pretende alcanzar: descubrir la verdad objetiva de los hechos, o bien, la recopilación de datos que sustenten una acu-

a la mayor cantidad de personas, sino descubrir la verdad de los hechos y acusar a quien sea el verdadero autor del delito.

La recompensa o el reconocimiento para fiscales por la mayor cantidad de personas acusadas, o a los policías por mayor cantidad de personas arrestadas en flagrancia, son fomentadores de malas prácticas que dañan la imagen de las instituciones y que no contribuyen en el combate al crimen, antes bien son el cimiento del fenómeno de fabricación de culpables, por el cual se destinan “cantidades enormes de recursos públicos para destruir la vida de personas que nunca debieron ser alcanzadas por la mano del sistema penal”⁵⁰.

Por último, el deber de transparencia en la investigación, nos refiere a los procesos y a sus resultados, permitiendo que exista una crítica y una participación activa tanto de los implicados, como sus familias y la opinión pública, mediante el conocimiento de los cargos y los fundamentos fácticos y jurídicos por los cuales se señala a una persona como autora de un homicidio. A esto debe agregarse la necesidad de crear bases de datos y estadísticas transparentes sobre la resolución de los delitos, fuera de intereses políticos, con miras a evaluar las instituciones de seguridad y procuración de justicia para mejorar su desempeño. Otro de los aspectos que se destacan entre

sación.

⁵⁰ Del Pozo R., Víctor A., Sánchez C., Juan F.” Destruir al enemigo: el Estado y la fabricación de culpables”, 22 de febrero, 2021, disponible en <https://www.animalpolitico.com/verdad-justicia-y-reparacion/destruir-al-enemigo-el-estado-y-la-fabricacion-de-culpables/> (consultada el 21 de marzo de 2021).

las recomendaciones de los instrumentos internacionales en relación a la investigación de los delitos es el tema del respeto a los derechos humanos, en ese sentido el artículo 214 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece los principios que rigen a las autoridades investigadoras “legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad y respeto a los derechos humanos”.

El Código de Conducta de las Naciones Unidas para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley⁵¹ se refiere a todos los agentes de la ley que ejercen funciones de policía, quienes deben respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos de todas las personas cumpliendo las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁵², la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial⁵³, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁵⁴, así como los Principios Básicos sobre el

⁵¹ Organización de las Naciones Unidas, Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, 1979.

⁵² Organización de las Naciones Unidas, Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 9 de diciembre de 1975.

⁵³ Organización de las Naciones Unidas, Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 20 de noviembre de 1963.

⁵⁴ Organización de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Ginebra, 1955.

Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley⁵⁵, adoptados en Cuba en 1990.

Las orientaciones para comisiones de investigación y misiones de determinación de los hechos en derechos humanos y derecho internacional humanitario de Naciones Unidas⁵⁶, reseñan aspectos metodológicos para las investigaciones de violaciones en materia de derechos humanos. En el caso de las organizaciones no gubernamentales, las Directrices de Lund-Londres⁵⁷, aportan lineamientos sobre entrevistas y obtención de datos, conclusiones y estándares probatorios, así como de los Informes de investigación que pueden aplicarse a las investigaciones del delito de homicidio.

Los Principios de Siracusa⁵⁸ establecen además, las disposiciones de posible limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo cual ha servido

recientemente para manejar los efectos de la pandemia y que incide en las formas de investigar un caso de posible homicidio bajo éstas circunstancias extraordinarias.

Por otra parte, en los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados⁵⁹, señalan las obligaciones de los abogados para con sus clientes que incluyen el asesoramiento con respecto a sus derechos y obligaciones, adopción de medidas jurídicas para defender sus intereses, asistirlos ante los tribunales, procurando que se garantice el respeto a los derechos humanos, con libertad y diligencia en su actuar y acorde a la ley y los principios de ética que rigen su profesión. Atendiendo a lo reseñado destacamos la importancia de la labor de investigación llevada a cabo por la defensa en casos penales.

Los instrumentos internacionales mencionados nutren a protocolos nacionales de diversos países, más especializados en el tema de la investigación de homicidios, por lo que procedimos a realizar un análisis del contenido de un protocolo para la investigación de Femicidio en España, en el cual se destacan algunos procedimientos distintos a los que se realizan en las investigaciones en México y que constituyen las recomendaciones para la eficiente investigación del delito y la forma de contrarrestar, hasta cierto punto, los efectos de los factores que obstaculizan la investigación de los homicidios.

Recomendaciones metodológicas para la investigación ministerial del delito de homicidio

⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Cuba, 1990.

⁵⁶ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisiones de investigación y misiones de determinación de los hechos en derechos humanos y derecho internacional humanitario, Naciones Unidas, 2015.

⁵⁷ International Bar Association, Directrices sobre visitas investigativas de derechos humanos internacionales y reportes por parte de organizaciones no gubernamentales, Directrices Lund-Londres, International Bar Association, Londres, 2009.

⁵⁸ Instituto Internacional de Estudios Superiores en Ciencias Penales, Principios de Siracusa para los organismos internacionales, regionales y nacionales de investigación, Italia, 2013.

⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas, Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Cuba, 1990.

Se ha tomado como modelo una guía de investigación de feminicidio, pues se considera que los procedimientos en materia de investigación criminal propuestos, han avanzado gracias a los estudios con métodos de abordaje con perspectiva de género, siendo por ello más minuciosos que los enfocados al homicidio en general, debiendo solamente cuidarse que las perspectivas con que se investiga no sean transformadas en sesgos.

Las principales deficiencias detectadas por la Oficina de Derechos Humanos⁶⁰ para la Investigación del Feminicidio de España, son entre otras la falta de análisis del contexto de las estructuras sociales de violencia en el que se produjeron los hechos, la carencia exhaustiva en la recolección de los datos de prueba y su procesamiento científico que conllevan a su valoración arbitraria y parcial.

Entre las deficiencias más frecuentes durante el procesamiento de la escena del crimen, se señaló el retraso en el arribo de los investigadores, que se traduce en la pérdida de indicios. También se hace hincapié en la importancia y obligatoriedad de la cadena de custodia y en el control de los accesos al lugar que se debe registrar e informar al responsable de la escena del crimen.

El objeto del procesamiento de la escena es recolectar, preservar y custodiar la totalidad de indicios, por lo que cuando se investigan

homicidios es importante documentar el patrón de distribución de las manchas de sangre, antes de intentar recolectar este indicio biológico, cuidando describir la morfología de las manchas de sangre y su dinámica, es decir, si se trata de una mancha por proyección, caída, contacto, escurrimiento, etc. por lo que se requiere contar con profesionales capacitados en esta experticia.

Especialmente en los casos de sospecha de feminicidio o femicidio es trascendental el estudio de la víctima con miras a detectar antecedentes de victimización, tal como casos de violencia familiar, agresiones sexuales, pues se asumen razones de género siempre que haya signos de agresión sexual previa a la muerte, o se encuentren escenas sexualizadas, el cuerpo esté desnudo o semidesnudo, con mensajes misóginos o cuando se haya tratado de borrar la identidad o destruir la morfología del cuerpo.

En estos casos es imperativo el análisis del contexto personal y familiar a través de una perspectiva de género o mediante el análisis interseccional, que permitan como refiere la Asociación para los Derechos de las Mujeres y el Desarrollo, AWID⁶¹ exponer diferentes tipos de discriminación y desventajas y su relación con la violencia.

Para cumplir lo anterior es necesario que el personal tal como policías, peritos, ministerio público y personal de emergencias, cuente con conocimientos de las funciones que reali-

⁶⁰ Oficina de Derechos Humanos. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Guía de Recomendaciones para la Investigación Eficaz del Crimen de Feminicidio, Madrid, Oficina de Información Diplomática. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014.

⁶¹ AWID. "Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica." Derechos de las mujeres y cambio económico, 2004, núm. 9, p. 1-8.

zan los demás en la escena del crimen con la finalidad de no entorpecer las labores simultáneas o secuenciales durante la investigación. Siendo imprescindible que cada uno de estos intervinientes, participen informando, asesorando y colaborando desde su personal campo de conocimiento al agente del Ministerio Público con miras a la adecuada resolución del caso.

Entre las actividades periciales que determinan el fracaso de la investigación se encuentran las autopsias incompletas o que al carecer de contexto sobre los hechos, omiten datos trascendentales en la resolución de la causa de la muerte y las circunstancias en las que se produjo. Esto sucede porque en el país, la presencia de un médico forense en el lugar de los hechos no es exigida, mientras los protocolos de otros países destacan que su ausencia puede generar grandes deficiencias en la investigación y su resultado final.

Al respecto Wellford y Cronin⁶² consideran la falta de acercamiento del encargado de la investigación con el médico forense, como uno de los factores que afecta en la resolución de homicidios, por lo que los protocolos aconsejan durante el examen postmortem, la presencia de un criminalista que haya procesado la escena del crimen, para empatar los hallazgos de un experto contra otro.

El médico forense no solo debe investigar desde el punto de vista médico, sino que requiere encuadrar sus objetivos hacia la obtención de datos de interés judicial, para ello debe iniciar su actuación en la escena del crimen, estar

presente durante el procesamiento y velar por la protección y preservación del cuerpo y los indicios asociados, como son la ropa, residuos de disparo de arma de fuego o los indicios de ataduras, informando al coordinador de la investigación sobre los hallazgos previos que pueden auxiliar a construir las primeras hipótesis sobre el caso, por lo que además, requiere que le sean comunicados los resultados periciales de otros indicios que puedan auxiliarle a emitir una opinión más completa no solo sobre la causa, sino sobre la mecánica de la muerte, el cual es otro tema que poco se aborda cuando no existe una investigación científica exhaustiva del delito.

En relación a las malas prácticas forense y la falta de científicidad en la investigación de los delitos, la escuela de leyes Benjamin N. Cardozo⁶³ reporta que a través del Proyecto Inocencia se ha detectado como “la negligencia forense y las malas prácticas resultan en condenas erróneas; los verdaderos perpetradores cometen crímenes adicionales mientras gente inocente está en prisión; y los problemas en los laboratorios no se corrigen, debilitando más el sistema de justicia criminal”.

Otro aspecto metodológico que se descuida en la investigación de homicidios es la modelación de datos la cual mediante la construcción de una cronología puede proporcionar una visión más amplia de los hechos, ayudar a comprender su secuencia y las relaciones

62 Wellford, Charles, Cronin, James, op cit 22, p. 4.

63 Benjamin N. Cardozo School Of Law, Investigating Forensic Problems in the United States: How the Federal Government can Strengthen Oversight through the Coverdell Grant Program [Investigando Problemas Forenses en los Estados Unidos], 2009.

entre causa y efecto, que permiten desarrollar otras líneas de investigación, así como contar con una historia coherente sobre los acontecimientos.

Otro aspecto considerado por los protocolos es el proceso de información y apoyo a los familiares de las víctimas tanto por escrito, como verbalmente, por lo que aconseja se realice por profesionales capacitados para tal fin, o bien, se capacite a los investigadores en el tema para que ellos cumplan dicha función. La ausencia de pericias sobre los sospechosos también incide negativamente en la investigación, esto en ocasiones por temor a encontrar datos que les favorezcan, y dificulten su proceso de acusación, obligando a realizar una investigación más minuciosa, por lo que se requiere regular sobre este tipo de pericias con miras a la obtención de la verdad objetiva de los hechos.

En caso de homicidio o feminicidio es imperativo que al sospechoso capturado se le recaben las ropas que pudieran o no estar impregnadas de fluidos biológicos, fibras, pelos u otros indicios derivados del intercambio que ocurre durante la comisión del delito y por otra parte, la atención y el reconocimiento médico son imperativos no solo para valorar el estado físico y psíquico de la persona detenida, recolectar muestras en caso necesario y previo consentimiento informado, sino para velar por la integridad psicofísica de la persona, evitando suicidios, autolesiones, intentos de fuga.

Los puntos reseñados fueron el resultado del contraste de la Guía de Recomendaciones para la Investigación Eficaz del Crimen de Feminicidio ya citada, contra la información

que aportan el Protocolo de Actuación en la Investigación del Delito de Homicidio desde la Perspectiva del Feminicidio⁶⁴, el Protocolo de Investigación de Homicidio y Homicidio Múltiple⁶⁵, el Acuerdo A/002/10 del Procurador General de la República⁶⁶ y el Protocolo de Cadena de Custodia de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia⁶⁷.

2. MÉTODO

Se realizó un estudio cualitativo de alcances exploratorios, enfocado en la revisión de la literatura especializada, destacando estudios empíricos e instrumentos normativos, con el enfoque enmarcado en la solución de problemas propuesto por Pólya⁶⁸, mediante la heurística y a través de sus primeras etapas: entender el problema y crear un plan de acción. El estudio se desarrolló como una revisión bibliográfica de los factores que inciden en la

⁶⁴ Consejo Estatal de la Mujer y Bienestar Social, Protocolo de Actuación en la Investigación del Delito de Homicidio desde la Perspectiva del Feminicidio, Estado de México, 2011.

⁶⁵ Protocolo de Investigación de Homicidio y Homicidio Múltiple, s/f. disponible en http://biblioteca.setec.saas.readyportal.net/content/published/1421/Reorganizacion/AT_Prot_Inv_Homicidio.pdf/rp:attachment/AT_Prot_Inv_Homicidio.pdf.pdf (consultada el 21 de marzo de 2021).

⁶⁶ Procuraduría General de la República, Acuerdo A/002/10 por el que se establecen los lineamientos que deberán observar todos los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito.

⁶⁷ Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, Protocolo de Cadena de Custodia, México, 2011.

⁶⁸ Polya, George, Cómo plantear y resolver problemas, México, Trillas, 1965.

resolución de homicidios y los instrumentos internacionales que dictan procedimientos metodológicos para la investigación del delito, se realizó un análisis comparativo, discriminando los aspectos que no se señalan claramente en los instrumentos nacionales y que en la práctica no se ven implementados, esto a través de un análisis heurístico y argumentativo.

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los estudios enunciados constituyen los más destacados de los existentes en materia de factores que inciden en la resolución de homicidios. Existen entonces, fuentes limitadas que aporten información sustanciosa para un Agente del Ministerio Público que busca estar al día de los avances científicos y metodológicos que pueden auxiliarle a desarrollar sus funciones de una manera más efectiva y alineada a estándares internacionales.

En cuanto a los instrumentos internacionales existentes se hace notar la suficiencia en su texto, pero la problemática del no acatamiento a cabalidad de los lineamientos establecidos cuando se trata de incorporarlos a los protocolos nacionales, notándose exhaustivos en unos temas y no abordando otros de trascendencia, especialmente aquellos que traen aparejados la necesidad de recursos humanos y materiales que algunas instituciones no están en posibilidad de costear y que por lo tanto, se tornan como no prioritarios.

Se destacó como una operación de significativa trascendencia en la investigación de homicidios, la obligatoria presencia de un médico forense responsable de velar por la integridad

de los indicios asociados al cadáver, desde que se encuentra en la escena del presunto crimen, siendo éste quien autoriza trasladar y bajo qué condiciones, el cuerpo. El haber estado presente en la escena le permite conocer el contexto y realizar autopsias más exhaustivas, aportando resultados más orientadores para las líneas de investigación.

Se destacó también una problemática relacionada con la coordinación de los intervinientes en la investigación criminal, ya que al ser el Agente del Ministerio Público, el encargado de la misma, si no fomenta la participación activa de acuerdo a las competencias de cada perfil, la falta de trabajo en equipo queda de manifiesto. Esto se complica considerando que el perfil del Ministerio Público es el de un abogado que recibe capacitaciones en materia pericial y policial, al cual su función que debiera limitarse a una mera coordinación y supervisión de la legalidad del actuar de los otros intervinientes con perfiles especializados, ha quedado desdibujada por la redacción constitucional.

La falta de protagonismo de peritos y policías⁶⁹ puede ocasionar un desdén por la minuciosidad y el ahínco en sus labores de investigación criminal, o bien, éstos pueden verse mermados por la falta de experiencia y desconocimiento de quien la dirige, especialmente cuando a su cargo se deja la responsabilidad de ordenar que actividades periciales o policíacas habrán de realizarse y cuáles omitirse.

⁶⁹ Especialmente la policía judicial, ministerial o de investigación, dependiente orgánicamente de una Fiscalía de Justicia.

En ese sentido las modificaciones realizadas al sistema de justicia, aunque pretendiendo subsanar deficiencias en el actuar histórico de la policía judicial, que era la encargada de facto de investigar los delitos, han culminado desatinadamente en preservar ya no solo una dependencia orgánica con el ministerio público, sino establecer una dependencia funcional que afecta la operatividad e incide sobre las tasas de efectiva resolución de homicidios. Los peritos y policías demandan que las peticiones se les realicen mediante oficio donde consten las actividades que se les autoriza realizar, esto también como un medio para justificar cualquier deficiencia que se les recrimine, pues ellos solo siguen órdenes. Sucede entonces que se tiende a burocratizar la integración de la carpeta de investigación, volviendo imperativo que se modernicen de forma estratégica los procedimientos⁷⁰ en este caso los administrativos y operativos.

Al igual que en España⁷¹ tanto para el homicidio como el feminicidio, la falta de análisis del contexto en el que se produjeron los hechos, la determinación del móvil del delito, la falta de exhaustividad en la recolección de los datos de prueba y su procesamiento técnico o científico, conducen a una valoración arbitraria y parcial que desemboca en la fabricación de culpables, la consiguiente desconfianza en las instituciones y la afectación a los sectores vulnerables de la sociedad.

⁷⁰ Caballero Delgadillo, Juan Antonio, Aproximación al patrullaje focalizado en México. Hacia un nuevo modelo de proximidad, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2020, p. 122.

⁷¹ Oficina de Derechos Humanos. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, op cit p. 50.

En contraparte, la investigación por parte de la defensa hace las veces de un control y supervisión de la legalidad, cientificidad y apego a estándares de las actividades de la fiscalía, al mismo tiempo que evidencia las deficiencias. La investigación realizada para la defensa de un acusado, tiene por finalidad no solo demostrar inocencia, cuando esto es materialmente imposible, sino evidenciar errores del procedimiento de la fiscalía, actos violatorios de derechos humanos y malas prácticas que traigan por consecuencia un beneficio legítimo para el presunto autor del homicidio cuando se invoca su ilicitud o ilegalidad, especialmente por haber sido obtenidos mediante violación de derechos fundamentales.

CONCLUSIÓN

Si bien existen limitados estudios que aporten lineamientos al investigador ministerial para profundizar en el tema de la resolución de homicidios, los instrumentos internacionales se abocan a reunir los estándares mínimos para una adecuada investigación del delito. Sin embargo, algunas metodologías reseñadas en dichos instrumentos no se están aplicando a nivel nacional, con ello se evidencian faltas al deber de diligencia en la investigación de los delitos y la no uniformidad en los protocolos nacionales a seguir.

El contexto social en nuestro país ha cambiado y se requiere generar respuestas, primando el respeto por los derechos humanos para una investigación científica del delito que no requiera incurrir en prácticas de arraigo o encarcelamiento para poder investigar; realizar detenciones aleatorias de ciudadanos para poder detectar delitos; amedrentar testigos

o sembrar indicios para sostener una acusación.

Con una investigación criminal basada en indicios físicos y análisis científicos llegará el momento en que no sea tan decisivo contar con testigos para lograr una condena o absolución, sino que esto se pueda determinar más confiablemente por medios forenses. Esto se logrará abonando a construir investigaciones orientadas al procesamiento de los datos obtenidos de las investigaciones criminales para la construcción de información que permita procesos de inteligencia y retroalimentación.

La existencia de delitos complejos, como los homicidios y feminicidios seriales es difícil de detectar por las autoridades si se carece de herramientas de análisis delictivo y personal especializado en perfiles criminológicos; por ende, los delitos no se investigan como tales. Es común que sea la prensa o las familias de las víctimas quienes llamen la atención sobre las correlaciones de los delitos, obligando a las autoridades a tomar acción, sin embargo, en ocasiones puede suceder lo contrario, cuando se pretende investigar una serie de eventos con la finalidad de abocarse a señalar a un solo asesino.

Se considera que la capacitación constituye el medio primordial para la corrección de las deficiencias encontradas, pues los susten- tos legales no contradicen los lineamientos encontrados para la investigación del delito, sino que queda a responsabilidad del con- ductor de la investigación, el Agente del Mi- nisterio Público, el ordenar que se cumplan a cabalidad dichos lineamientos sin hacer mo-

dificaciones basadas en disminuir tiempos de resolución o aumentar las estadísticas.

Para lograrlo también se requiere enfatizar en el estudio de los factores que afectan la reso- lución de los homicidios, mediante investiga- ciones de campo, evaluando la metodología actual de investigación para realizar correc- ciones a los procedimientos, apegándolos a los lineamientos internacionales sin excusar falta de capacitación o de recursos materia- les, pues ello debe ser garantizado por el Es- tado Mexicano como parte del deber de debi- da diligencia, para garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁNGEL, Arturo. "Pese a miles de cuerpos sin identificar, es- tados no usan plataforma forense donada por la Cruz Roja", 15 de mayo de 2019, disponible en [https://www. animalpolitico.com/2019/05/cruz-roja-donacion-siste- ma-identificacion-forense/](https://www.animalpolitico.com/2019/05/cruz-roja-donacion-siste- ma-identificacion-forense/) (consultada el 16 de marzo de 2021).
- ARROYO JUÁREZ, Mario, "Características y situación del homicidio en la zona metropolitana de la Ciudad de Mé- xico 1993-1997", *Papeles de población*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, vol. 7, núm. 30, p. p. 233-245.
- AWID. "Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica." *Derechos de las mu- jeres y cambio económico*, 2004, núm. 9, p. 1-8.
- Benjamin N. Cardozo School Of Law, *Investigating Forensic Problems in the United States: How the Federal Govern- ment can Strengthen Oversight through the Coverdell Grant Program [Investigando Problemas Forenses en los Estados Unidos]*, 2009.
- Black, Donald. *The behavior of law [El comportamiento de la ley]*. Nueva York: Academic Press, 1976.

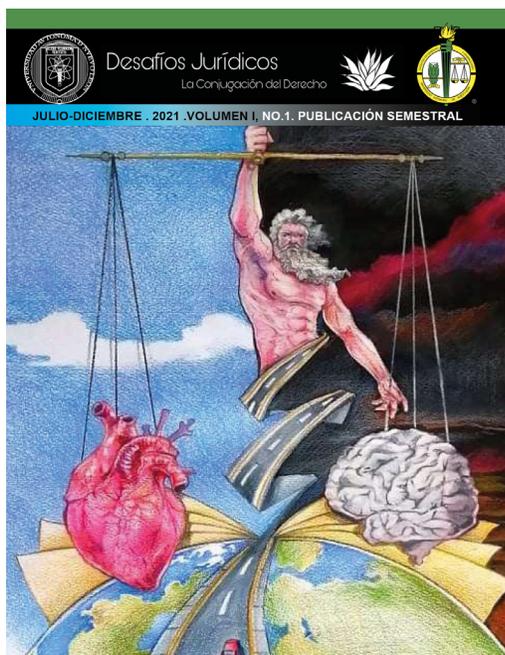
- BRODEUR, Jean Paul et al, "L'enquête criminelle (2005) [La Investigación Criminal (2005)]." *Criminologie*, Les Presses de l'Université de Montréal, 2011, vol. 44, núm. 1, p. p. 197-223.
- CABALLERO DELGADILLO, Juan Antonio, *Aproximación al patrullaje focalizado en México. Hacia un nuevo modelo de proximidad*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2020.
- CARDARELLI, A. P., CAVANAUGH D., "Uncleared homicides in the United States: An exploratory study of trends and patterns [Homicidios no aclarados en Estados Unidos: Un estudio Exploratorio de Tendencias y Patrones]." *Annual meeting of the American Society of Criminology*. San Francisco, 1992.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc.63*. 2011.
- Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, Protocolo de Cadena de Custodia, México, 2011.
- Consejo Estatal de la Mujer y Bienestar Social, *Protocolo de Actuación en la Investigación del Delito de Homicidio desde la Perspectiva del Femicidio*, Estado de México, 2011.
- COONEY, Mark, "Evidence as partisanship [La evidencia y su parcialidad]." *Law & Society Review*, 1994, vol. 28, núm. 4, p. p. 833-858.
- CORRAL, Adyr, Rivera, Carolina, "México y EU preparan vigilancia genética de criminales y 'polleros'." 26 de Diciembre de 2019, disponible en <https://www.milenio.com/policia/mexico-eu-crearan-base-datos-geneticos-criminales-polleros> (consultada el 16 de marzo de 2021).
- CORSIANOS, Marilyn. "Discretion in detectives decision making and high profile cases [Discreción en la toma de decisiones de los detectives y casos de alto impacto]." *Police Practice and Research: An International Journal*, 2003, p. p. 301-314.
- DEL POZO R., Víctor A., SÁNCHEZ C., Juan F." Destruir al enemigo: el Estado y la fabricación de culpables", 22 de febrero, 2021, disponible en <https://www.animalpolitico.com/verdad-justicia-y-reparacion/destruir-al-enemigo-el-estado-y-la-fabricacion-de-culpables/> (consultada el 21 de marzo de 2021).
- ECK, John E., "Criminal investigation [investigación criminal]." En *What works in policing? Operations and administration examined*, editado por G. Cordne y D. Hale, Cincinnati: Anderson, 1992.
- ECK, John E., ROSSMO, Kim, "The new detective. Rethinking criminal investigations [El nuevo detective. Repensando la investigación criminal]." *Criminology & Public Policy*, University of Cincinnati, 2019, vol. 18 p. p. 601–622.
- Federal Bureau of Investigation. *Crime in the United States 2017. Offenses cleared [Crimen en los Estados Unidos de América 2017. Casos resueltos]*. U.S. Department of Justice, 2017, disponible en <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2017/crime-in-the-u.s.-2017/topic-pages/clearances> (consultada el 15 de Marzo de 2021).
- FIX-FIERRO, Héctor, SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad, "El nuevo diseño institucional de las defensorías públicas en las entidades federativas de la República Mexicana", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 32 2015, p. p. 157-200.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "En torno a la seguridad pública. Desarrollo penal y evolución del delito", *Los desafíos de la seguridad pública en México*, Universidad Iberoamericana, UNAM, PGR, México, 2002.
- GOLDMAN, Nathan, *The differential selection of juvenile offenders for court appearance [La selección diferencial de ofensores juveniles para comparecer ante la corte]*, National Research and Information Center National Council on Crime and Delinquency, 1965.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, Diana Rocío, tesis doctoral "La Producción de Información en la Investigación Criminal para la Resolución de Homicidios Dolosos en Nuevo León, en el Periodo 2016-2018", Universidad Autónoma de Nuevo León, 2021.
- GOTTFREDSON, Michael R., HINDELANG, Michael J., "A study of the behavior of law [Un estudio del comportamiento de la ley]." *American Sociological Review*, 1979, vol. 44, p. p. 3-18.

- GREENWOOD, Peter W., *The RAND criminal investigation study: Its findings and impacts to date [El estudio RAND de investigación criminal: Sus resultados e impactos a la fecha]*, Santa Monica, The Rand Corporation, 1979, p. p. 1-14.
- Grupo Banco Mundial, *Homicidios intencionales (por cada 100.000 habitantes)*, disponible en <https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5> (consultada el 15 de Marzo de 2021).
- Instituto Internacional de Estudios Superiores en Ciencias Penales, *Principios de Siracusa para los organismos internacionales, regionales y nacionales de investigación*, Italia, 2013.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2020*, disponible en https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2020/#Datos_abiertos (consultada el 15 de Marzo de 2021).
- *Datos preliminares revelan que en 2019 se registraron 36 mil 476 homicidios Información a nivel nacional y por entidad federativa*, disponible en <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=5958> (consultada el 15 de Marzo de 2021).
- International Association of Chiefs of Police. *Murder in America: Recommendations from the IACP murder summit [Asesinato en Estados Unidos: Recomendaciones de la cumbre sobre asesinatos de la IACP]*, Virginia, 1995.
- International Bar Association, *Directrices sobre visitas investigativas de derechos humanos internacionales y reportes por parte de organizaciones no gubernamentales, Directrices Lund-Londres*, International Bar Association, Londres, 2009.
- KOROSEC, Lauren, "The changing nature of homicide and its impact on homicide clearance rates: A quantitative analysis of two trends from 1984-2009 [La naturaleza cambiante del homicidio y su impacto en su índice de resolución: Un análisis cuantitativo de dos tendencias]." *Electronic Thesis and Dissertation Repository*, 2012.
- LABRÍN, Sebastián. *Las cifras rojas detrás de las investigaciones por homicidios en Chile*, 2017, disponible en <https://www.latercera.com/noticia/las-cifras-rojas-de-tras-las-investigaciones-homicidios-chile/> (consultada el 15 de Marzo de 2021).
- MCLAUGHLIN, Eugene, MUNCIE, John, *The Sage dictionary of criminology [El diccionario Sage de criminología]*. London: Sage, 2001.
- MENESES REYES, Rodrigo, QUINTANA NAVARRETE, Miguel. "Homicidios e investigación criminal en México." *Perfiles Latinoamericanos*, Flacso México, 2016, vol. 24, núm. 48 p. p. 297-318.
- National Research Council, *Fairness and effectiveness in policing: The evidence [Justicia y efectividad policial: La evidencia]*. Washington, D.C.: The National Academies Press, 2004.
- NOVOA, María. "Investigación Criminal, Antídoto Contra la Impunidad." *Animal Político*. Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2019, disponible en <https://www.animalpolitico.com/lo-que-mexico-evalua/investigacion-criminal-antidoto-contra-la-impunidad/> (consultada el 29 de abril de 2020).
- Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad. *Homicidio: Una mirada a la Violencia en México*, México, Observatorio Nacional Ciudadano de Seguridad, Justicia y Legalidad, 2015.
- Oficina de Derechos Humanos. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. *Guía de Recomendaciones para la Investigación Eficaz del Crimen de Femicidio*, Madrid, Oficina de Información Diplomática. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Comisiones de investigación y misiones de determinación de los hechos en derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Naciones Unidas, 2015.
- *Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas (2016)*, ONU, Nueva York y Ginebra, 2017.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Clasificación internacional de delitos con fines estadísticos. Versión 1.0*, Vienna, UNODC, 2015.

- Organización de las Naciones Unidas, *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, 1979.
- *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, 20 de noviembre de 1963.
- *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 9 de diciembre de 1975.
- *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948.
- *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, Cuba, 1990.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 Diciembre 1966.
- *Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*, Milán, 1985.
- *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, Cuba, 1990.
- *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, Cuba, 1990.
- *Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. Objetivos del desarrollo sustentable*, disponible en <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html#targets> (consultada el 15 de Marzo de 2021).
- *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, Ginebra, 1955.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Pacto de San José, 22 Noviembre 1969.
- PALMIERI, Gustavo. *Temas y debates en la reforma de la seguridad pública. Una guía para la sociedad civil. Investigación criminal*. Washington: WOLA Washington Office On Latin America, 1998.
- POLYA, George, *Cómo plantear y resolver problemas*, México, Trillas, 1965.
- Procuraduría General de la República, *Acuerdo A/002/10 por el que se establecen los lineamientos que deberán observar todos los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito*.
- Protocolo de Investigación de Homicidio y Homicidio Múltiple, s/f. disponible en http://biblioteca.setec.saas.readyportal.net/content/published/1421/Reorganizacion/AT_Prot_Inv_Homicidio.pdf/rp:attachment/AT_Prot_Inv_Homicidio.pdf.pdf (consultada el 21 de marzo de 2021).
- PUCKETT, Janice L., LUNDMAN, Richard J., "Factors affecting homicide clearances: Multivariate analysis of a more complete conceptual framework [Factores que afectan la resolución de homicidios: Análisis multivariado de un más completo marco conceptual]." *Journal on Research in Crime and Delinquency*, 2003, vol. 40, núm. 2, p. p. 171-193.
- RIEDEL, Marc, RINEHART, A., "Clearance, missing data, and murder [Resolución, datos perdidos y homicidio]." *Annual meeting of the Academy of Criminal Justice Sciences*. Chicago, 1994.
- United Nations Office on Drugs and Crime. *Global study on homicide. Executive summary [Estudio global sobre homicidio. Resumen ejecutivo]*, Vienna, UNODC, 2019.
- Universidad de las Américas Puebla UDLAP. *Índice global de impunidad 2017. Dimensiones de la impunidad global*. Puebla: Fundación Universidad de las Américas, 2017.
- WELLFORD, Charles F., LUM, Cynthia, SCOTT, Thomas, VOVAK, Heather, SCHERER, Amber, "Clearing homicides. Role of organizational, case, and investigative dimensions [Resolución de homicidios. El rol de la organización, el caso y dimensiones investigativas]." *Criminology & Public Policy*, University of Maryland, 2019, vol. 18 p. p. 553-600.
- WELLFORD, Charles, CRONIN, James, *An analysis of variables affecting the clearance of homicides: A multistate study [Un análisis de las variables que afectan la resolución de homicidios: Un estudio multiestatal]*, Washington, Justice Research and Statistics Association, 1999.
- "Clearing up homicide clearance rates [Aclarando la resolución de homicidios]", *National Institute of Justice Journal*, Washington: 2000, p.p. 1-7.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo. "La investigación de los delitos y la subversión de los principios del subsistema Penal en México." *USMEX 2003-04 Working Paper Series, Project on Reforming the Administration of Justice in Mexico*. La Jolla: Center for U.S.-Mexican Studies, 2003, p. p. 1-16.





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

José Rogelio Alanís García (Magistrado de Circuito adscrito al Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito)

Estructura formal (sintáctica) de los derechos fundamentales.

pp. 80-107 Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Revista de temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana. Volumen 1, No. 1, julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología, editada en la Ciudad Universitaria, N.L., México. Con dirección en Cd. Universitaria, Av. De los Rectores s/n, San Nicolás de los Garza, N.L. C.P. 66451, Página electrónica de la revista: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Editora en jefe: Dra. Amalia Guillén Gaytán Reserva de Derechos al

Uso Exclusivo del Título Volumen 1, No. 1, juliodiciembre de 2021 ISSN: en trámite ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dra. Karina Soto Canales.

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho aborda temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, tiene como propósito constituirse en un foro de discusión académica que aborda la compleja, contradictoria y multicausal relación entre el derecho y la vida social. Desafíos Jurídicos se inscribe en el debate académico nacional e internacional en el ámbito de Derecho y su giro especial en las ciencias sociales e invita al análisis de diversas prácticas sociales y formas de organización y acción política desde una perspectiva multidisciplinaria que ponga énfasis en la defensa de los derechos y su aplicación. Los textos publicados incorporan métodos y problemas tratados desde el derecho, la sociología, la ciencia política, la economía, los estudios urbanos, la geografía, los estudios culturales, la antropología, la literatura y el feminismo, entre otros. Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del comité editorial.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización expresa de la revista.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: ING. ROGELIO GARZA RIVERA CASTRO

SECRETARIO GENERAL: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

PINTURA DE LA PORTADA: José Luis Rodríguez Alemán "La Racionalidad del Derecho" © 2021

Estructura formal (sintáctica) de los derechos fundamentales

Formal (synthetic) structure of fundamental rights

Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021

Por: José Rogelio Alanís García*

*Magistrado de Circuito adscrito al Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito

Resumen. Este artículo pretende exponer, describir y proponer sucintamente una estructura formal o sintáctica de los derechos fundamentales, que aquí se tratan como sinónimos de los derechos humanos. Para hacerlo, se considera un punto de vista semiótico y de teoría de sistemas sociales. Se considera que los derechos son funciones de tercer orden compuestas por tres funciones: la del titular, la del objeto y una tercera, llamada relacional. Entre las primeras dos funciones y la tercera existe una relación diferencial, la cual se conceptualiza conforme a la lógica de Spencer Brown y Luhmann.

Palabras clave: Derechos fundamentales, teoría de sistemas, lógica deóntica, estructura formal, desacoplamiento estructural.

Abstract. This article aims to present, describe and propose a formal or syntactic structure of fundamental rights, which are here treated as synonymous of human rights. To achieve this goal, a semiotic and a theory-of-social-systems point of view is adopted. It is considered that fundamental rights are third order functions, composed of three functions: rightholder, object and the third called relational. There is a differential relationship between the first two functions and the third which is conceptualized according to Spencer Brown and Luhmann logic.

Key words: Fundamental rights, system's theory, deontic logic, formal structure, syntactic structure, decoupling structure.



I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Luigi Ferrajoli, al criticar el principialismo defendido por Dworkin, Alexy, Atienza, Ruiz Manero y Zagrebelsky, cuestiona la distinción entre principios y reglas. Esta crítica se puede reducir, por lo menos para lo interesante en este artículo, a dos puntos:

a) La distinción entre reglas y principios es oscura. Las reglas son aplicables en la forma de todo o nada, son normas que pueden ser realizadas o no realizadas, por lo que si una regla es válida, es obligatorio hacer exactamente lo que reclama, o se caracterizan por prever los supuestos de hecho subsumibles en ellas; mientras los principios no indican las consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se den las condiciones previas, son mandatos de optimización que se cumplen en la medida de lo posible en cada caso, del cual derivará una regla o configuran el caso de forma abierta. Sostiene Ferrajoli que esto se aclara de mejor manera con la distinción entre reglas deónticas, por un lado, y principios directivos y principios regulativos (los derechos fundamentales son de este tipo), por otro. En los principios regulativos, principios y reglas son la cara de una misma moneda¹.

b) Los principios regulativos son “nomogénéticos”. Dice:

En cuanto normas de rango constitucional, son normas sustanciales sobre la

producción jurídica, que comportan para el legislador: a) la prohibición de su lesión, es decir, de la producción de leyes contrarias a ellos, que de violarse dará lugar a antinomias y b) la obligación de su actuación, es decir, de producir leyes que los garanticen, que en el caso de ser violada ocasionará lagunas”².

Estas leyes, entonces, establecerán garantías primarias de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales tienen una “feliz” ambivalencia: vistos desde abajo, son derechos de los que todos, en cuanto personas son titulares. Desde arriba, son reglas, esto es, prohibiciones u obligaciones que tienen por destinatarios los poderes públicos³.

Nos parece que la crítica de Ferrajoli es acertada en cuanto a que la distinción de principios y reglas referida es rígida y mantiene ambos conceptos en el mismo orden de discurso (abstracción), lo cual no es posible si, como el mismo Alexy⁴ sostiene, de la aplicación de los primeros, mediante ponderación, deriva una regla. Es decir, cuando la distinción entre principios y reglas parte de que ambas son especies de normas, que difieren en cuanto a alguno de sus componentes, pero no en cuanto a que tienen objeto y modalidad deóntica (permisión, obligación o prohibición), es claro que están en el mismo orden o nivel formal de abstracción, aunque su contenido sea más

1 Ferrajoli, Luigi, 2014, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2014, pp. 110.

2 Ibid. 112.

3 Cfr. ibid. 113-114.

4 Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 607.

abstracto⁵, lo cual deja inexplicado cómo, a su vez, pueden producir reglas. Tampoco Ferrajoli aclara –aunque correctamente apunta este problema– cuál es la estructura formal de los derechos fundamentales que permite esta nomogénesis y que, al tiempo, la limita (de otra forma, no sería una estructura).

Además, de los principios pueden derivar otros principios o subprincipios. Por ejemplo, como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia obligatoria, del principio de presunción de inocencia (que a su vez deriva del principio de debido proceso) emergen los subprincipios de regla de trato intraprocesal y extraprocesal, de regla de prueba y de estándar de prueba.

Consideramos que se requiere explicitar una estructura formal de los principios que clara y racionalmente permita este carácter complejo de los derechos fundamentales: como principios nomogénicos que generan principios de menor grado formal de abstracción (de otro orden), así como reglas que los garantizan.

Esta estructura formal también debe dar cuenta de las condiciones racionales necesarias para derivar de tales principios los subprincipios y reglas que los desarrollan y garantizan, lo cual no puede ser cuando por principio se entiende una norma de características similares a los de las reglas, sólo que con falta de algunos componentes (v.gr. condición de apli-

⁵ También es problemático cómo determinar la abstracción del contenido y si esto distingue reglas de principios. En este trabajo se clarifica este punto mediante consideraciones formales, principalmente en lo que denominamos función relacional de los derechos fundamentales.

cación) o matización de sus consecuencias (dentro o no dentro de lo posible).

A lo anterior se suma que en los últimos años hemos experimentado un incremento de pretensiones que, tanto por parte de diversos grupos de la sociedad civil, como por desarrollo jurisprudencial, se ostentan no sólo como derivados de los derechos fundamentales, sino como derechos fundamentales en sí mismos. Estas pretensiones tienen orígenes distintos, tan variados como los grupos de las cuales derivan. Su diversidad tiene sustento, por lo menos en parte, en la pluralidad propia de las sociedades occidentales actuales. Esta pluralidad, además, tiene distintos ejes: ideológicos, culturales, regionales, sociales, económicos, étnicos, etc. Es necesario contar con herramientas conceptuales en materia de derechos humanos que permitan articular esta pluralidad.

Otro punto es importante resaltar. Es una nota compartida entre concepciones positivistas del Derecho partir principalmente de consideraciones formales o sintácticas para establecer la validez de las normas jurídicas. La formalidad permite el cambio constante de dichas normas, lo cual es acorde con la deriva y la gestión de la contingencia propia de las sociedades complejas⁶. Es decir, esta manera de considerar la validez es causa y explicación de la contingencia relativamente alta de las normas jurídicas. Se sienta en el imaginario, entonces, una relación entre formalidad y contingencia.

⁶ De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, México, UIA, 1998.

Las normas de derechos humanos positivas (derechos fundamentales) tienen la clara pretensión de sustraerse en alguna forma a esta contingencia “catalizada” y “administrada”. Esta pretensión frecuentemente se busca satisfacer más bien con aspectos semánticos de las normas, con significados que trascienden el tiempo⁷.

Sin embargo, el hecho de que la formalidad –la sintaxis del Derecho– tienda a relacionarse con la contingencia, no impide que desde la propia estructura sintáctica de los derechos fundamentales se pueda sustentar mecanismos que la resistan y favorezcan cierta perennidad de su existencia y contenidos. De hecho, si aludimos a una teoría semiótica como la de Peirce⁸, Morris⁹ y Eco¹⁰, así como a una teoría de la comunicación como la de Luhmann¹¹, conforme a las cuales se puede sostener que el plano de expresión (sintáctica), el del con-

tenido (semántica) y la pragmática conforman a la semiosis y a la comunicación como una unidad de diferencias, que se afectan entre sí; entonces es plausible que la propia sintaxis del derecho fundamental permite e incentive su permanencia y, en alguna forma, sea intangible para el poder.

Creemos que la estructura sintáctica aquí propuesta, explica desde la formalidad del derecho fundamental, su relativa distancia frente a la contingencia, cosa que, nos parece, no ha sido suficientemente estudiada precisamente por la asociación entre formalidad y contingencia, por un lado, y semántica y permanencia (para algunos incluso necesidad), por el otro.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMPRENDEN PRINCIPIOS Y REGLAS

II.1. Un concepto de norma

Alexy¹² reconoce la difícil tarea de aportar una definición de norma. Para no perderse en el tema, establece como criterio de identificación de norma, la asignación a alguna conducta de algún operador deóntico, es decir, de mandato u obligación, prohibición o permisión. Entonces, para Alexy, se está frente a una norma si se asigna una modalidad deóntica a alguna conducta.

Asimismo, Alexy¹³ expone su teoría semántica de la norma, conforme a la cual, ésta es el contenido semántico o significativo de un enunciado o texto normativo. Por ejemplo, en el texto normativo “comete el delito de homi-

⁷ Alexy, op. cit. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

⁸ Chandler, Daniel, *Semiotics. The basics*, 2a. ed., New York, Taylor & Francis Group, 2007.

⁹ Morris, Charles, *Fundamentos de la teoría de los signos*, trad. Rafael Grasa, Ediciones Paidós, Barcelona, 1985.

¹⁰ Eco, Umberto, *Tratado de semiótica general*, trad. Carlos Manzano, México, Lumen, 2005 y *Semiótica y Filosofía del Lenguaje*, trad. Helena Lozano, México, Lumen, 1990.

¹¹ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. Torres Nafarrate et al. México, UIA, ITESO, UNAM, IJ, Teoría Social, 2002 y *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Torres Nafarrate et al. Barcelona-México-Santa Fe de Bogotá, Anthropos, UIA, CEJA, 1998.

¹² Alexy, op. cit. 51-55.

¹³ Op. cit.

cidio quien priva de la vida a otro”, la norma significada es “está prohibido matar personas”.

Por su parte, von Wright¹⁴ sostiene que los elementos nucleares de las normas (norm-kernel) son el carácter, el contenido y la condición de aplicación. El carácter es la modalidad deóntica asignada, es decir, la obligación o permisión (en Norm and Action, nuestro autor prescinde de prohibición [must not], por ser definible a partir de obligación [ought to], al ser su negación). El contenido es la conducta o, más precisamente, la transformación (T) de un estado de cosas a otro a partir de un acto positivo (comisión) (d) o una omisión (f: forbear): es decir, el contenido se expone, por ejemplo, como $d(pT\sim p)$ o $f(p\sim T\sim p)$. La condición de aplicabilidad es aquello que debe satisfacerse para la existencia de una oportunidad efectiva para realizar el contenido de la norma.

Para complementar el concepto de norma hasta aquí esbozado, conviene referir a Hohfeld¹⁵. Éste propone un cuadro de oposiciones y correlaciones simétrico de los conceptos jurídicos fundamentales. El cuadro es el siguiente:

derecho	privilegio	poder	inmunidad
no derecho	deber	incompetencia	sujección
derecho	privilegio	poder	inmunidad
deber	no derecho	sujección	incompetencia

Por derecho entiende reclamo o pretensión exigible (claim) de alguien frente a otra persona. Son los derechos *in personam*¹⁶. Su opuesto es carecer de derecho y su correlativo es la obligación o deber. Esta relación es la que, en nuestro derecho civil, se tiene entre derecho subjetivo y obligación, en la cual uno es la contracara de otro¹⁷.

El privilegio corresponde a lo que, en von Wright, es la conjunción de permisión de hacer y permisión de no hacer. Se trata de las libertades. En palabras de Hohfeld “una ‘libertad’ considerada como una relación jurídica (o ‘derecho’ en el sentido lato del término) debe significar, si acaso tiene algún contenido definido, precisamente lo mismo que ‘privilegio’”¹⁸. Un privilegio existe si el titular puede válidamente tanto realizar como omitir la misma conducta. Por ende, es el contrario de un deber. Asimismo, el privilegio es el correlativo de un no derecho, pues si alguien tiene la posibilidad tanto de hacer como de omitir determinada acción, entonces nadie más puede tener un derecho frente a él en relación con esa misma acción.

¹⁴ Von Wright, Henrik, Norm and Action, en <https://www.giffordlectures.org/lectures/norm-and-action>, 1960, visitada por última vez el doce de febrero de dos mil diecinueve.

¹⁵ Hohfeld, W.N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*, New Haven, Yale University Press, 1923, 420 pp.

¹⁶ Ibid. 72.

¹⁷ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 11^a ed., México, Porrúa, 2006, tomo 1.

¹⁸ Hohfeld, op. cit. 42.

Las inmunidades o exenciones existen cuando la situación jurídica de una persona no puede válidamente ser variada por la voluntad de otra. Su contrario es la sujeción y su correlativo es la incompetencia.

Con estas bases, para efectos de este artículo, definiremos como norma de primer *orden* una función u operación¹⁹ que adscribe a una conducta (comisiva u omisiva) obligatoriedad, permisibilidad o prohibición (aun cuando puede reducirse esta última a la negación de la primera), de acuerdo con alguna condición de aplicación (aunque esta última, a priori, se encuentre vacía en los principios). También consideramos que hay una norma, cuando se dan derechos, libertades, poderes, inmunidades, sus correlativos y sus contrarios, según la terminología de Hohfeld.

Es importante mencionar que von Wright²⁰ habla de normas de *segundo orden*, por las cuales entiende aquellas cuyos contenidos son actos normativos. Los actos normativos son aquellos a partir de los cuales se crean, generan o promulgan normas. En una noción más general, es asignar a una norma, algún carácter o modalidad deóntica. Entonces, las normas de segundo o mayor orden también tienen, para este autor, los elementos nucleares de carácter, contenido y condición de aplicación.

II.2. Función

Partimos del concepto de función de Gottlob

Frege, aunque diferiremos de él en cuanto a que, por argumentos u objetos, entenderemos necesariamente otras funciones. Esto, en virtud de que el argumento de cualquier función es un signo y éste es una función semiótica²¹. Según Jesús Mosterín,

Para Frege, todo lo que hay, todo acerca de lo que hablamos, es objeto o es función. Hay objetos y hay funciones. No hay nada más. Función es todo lo que no es objeto; objeto es todo lo que no es función. Las personas, los vegetales, los planetas son objetos. También lo son los puntos espacio-temporales, los números naturales e incluso los valores veritativos (la verdad y la falsedad, o, como Frege dice, lo verdadero y lo falso)²².

Una función se distingue de sus argumentos. Así, en la función $2 * x^3 + x$, "2" y "x" son los argumentos, mientras que los vínculos aditivo, multiplicativo y exponencial entre ellos, son la función.

Por tanto,

el argumento no forma parte de la función, sino que constituye, junto con la función, un todo completo; pues la función, por sí sola, debe denominarse incompleta, necesitada de complemento no-saturada. Y ésta es la diferencia entre las funciones y los números. Y por esta naturaleza de la función se explica que,

¹⁹ Por función entendemos operación (en oposición a argumento), como lo hace Frege, Gottlob, *Estudios sobre semántica*, Barcelona, Ediciones Folio, 2002.

²⁰ Op. cit.

²¹ Eco, Umberto, *Tratado de...*, op. cit.

²² Frege, Gottlob, *Estudios sobre semántica*, trad. D U Moulines, Introducción de Jesús Mosterín, Barcelona, Ediciones Folio, 2002, p. 10.

por una parte, reconozcamos la misma función en $'2*1^3+1'$ y $"2*2^3+2"$, a pesar de que estas expresiones se refieran [designen] números distintos, mientras que, por otra parte, en $'2*1^3+1'$ u $'4-1'$, a pesar de su mismo valor numérico, no encontremos la misma función²³.

Así, la función es la forma vacía de una operación y el argumento es aquello que la satura y completa. Frege llama a la conjunción de función y argumento, valor de la función para ese argumento.

Frege distingue entre las de primer y segundo orden. Son funciones de primer orden, aquellas que son saturadas por objetos, mientras que son de segundo orden aquellas "cuyos argumentos son y deben ser funciones"²⁴.

II. 3. Reglas y principios

Aunque en el discurso jurídico contemporáneo podemos atribuir a Dworkin²⁵ la aplicación del concepto de los principios para los derechos fundamentales, a nuestro parecer es en Alexy donde encontramos una mejor y más clara exposición de éstos, de su carácter normativo y de su distinción respecto a las reglas.

Alexy elabora una primera distinción fundamental para su teoría, a saber, aquella entre disposición de derecho fundamental, derecho fundamental y norma de derecho fundamental.

Todo derecho fundamental –afirma– es soportado por una norma de derecho fundamental, pero no toda norma de derecho fundamental refiere a un derecho fundamental; por ejemplo, existen normas de derecho fundamental que no otorgan derecho subjetivo alguno²⁶.

Por otro lado, una disposición de derecho fundamental es un enunciado que expresa una norma de derecho fundamental. La norma de derecho fundamental es el significado de la disposición de derecho fundamental. Se trata aquí de la diferencia entre plano de expresión y plano de contenido de Saussure²⁷. La disposición o texto de derecho fundamental es el plano de expresión de la norma de derecho fundamental.

Dada la preeminencia del concepto de norma, los criterios para su identificación no deben buscarse, dice Alexy, en el nivel del enunciado normativo, sino en el del significado. Estos criterios no son otros que las modalidades básicas de la lógica deóntica: mandato (obligación), permisión y prohibición. Entonces, para Alexy, es norma aquella función en la cual se asigne a una conducta algún operador deóntico (O, obligación, P, permisión o F, prohibición).

Siguiendo con Alexy, las disposiciones de derecho fundamental tienen una estructura se-

²³ Ibid. 20.

²⁴ Ibid. 43-44.

²⁵ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1978.

²⁶ Alexy, op. cit. 47.

²⁷ Saussure, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, trad. Amado Alonso, Buenos Aires, Editorial Losada, 1945. Esta diferencia se encuentra también en la lógica, cuando se distingue entre proposición y enunciado. La primera es el significado de la segunda (von Wright, op. cit.).

mántica abierta, por cuanto presentan equivo-
 cidad y ambigüedad. Estas características de
 los enunciados de derecho fundamental, lleva
 a que, si bien es indudable que expresan nor-
 mas, es difícil saber qué tipo de norma contie-
 nen y si son de derecho fundamental. Por eso,
 es necesario postular normas que relacionen
 el contenido de las distintas disposiciones fun-
 damentales y permitan su aplicación concreta.
 Estas normas, no estatuidas directamente por
 el texto constitucional, sino adscritas a éste,
 son llamadas, precisamente, normas ad-
 critas²⁸. Las normas adscritas presentan el
 problema de saber qué normas pueden con-
 siderarse como tales. Alexy considera como
 norma adscrita válida, aquella que se adscri-
 be conforme a Derecho, pero para determinar
 cuándo la adscripción es de esta cualidad, no
 se puede apelar a su positivación (procedi-
 miento legislativo o de reforma constitucional,
 por ejemplo). Por ello, la validez de una norma
 adscrita **depende de la validez de la argu-
 mentación conforme a la cual fue obtenida**.
 Sobre estas bases, Alexy formula su teoría de
 los principios y las reglas en relación con los
 derechos fundamentales.

Para el autor alemán, *tanto los principios
 como las reglas son normas*, porque expre-
 san lo que debe ser conforme a las modali-
 dades deónticas básicas (obligación, permi-
 sión y prohibición). Ambos son razones para
 juicios concretos de deber ser. Por ende,
 son dos tipos de normas: están en el mismo
 orden de abstracción, aunque difieren en
 cuanto a sus componentes²⁹ y la manera en

que se solucionan los conflictos normativos
 respectivos.

Los principios “son normas que ordenan que
 algo sea realizado en la mayor medida po-
 sible. Dentro de las posibilidades jurídicas y
 reales existentes”, por lo que son “mandatos
 de optimización, que están caracterizados por
 el hecho de que pueden ser cumplidos en di-
 ferente grado y que la medida debida de su
 cumplimiento no sólo depende de las posibili-
 dades reales, sino también de las jurídicas”³⁰.
 Por otro lado, “las reglas son normas que sólo
 pueden ser cumplidas o no. Si una regla es
 válida, entonces [debe] hacerse exactamente
 lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tan-
 to, las reglas contienen determinaciones en el
 ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”³¹.
 Entonces, “los principios ordenan que algo
 debe ser realizado en la mayor medida posi-
 ble, teniendo en cuenta las posibilidades ju-
 rídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen
 mandatos definitivos sino sólo prima facie”,
 mientras las reglas “exigen que se haga exac-
 tamente lo que en ellas se ordena”³².

Podemos observar, en primer lugar, que el
 concepto de norma de primer orden expuesto
 en el apartado anterior es compatible con lo
 expuesto por Alexy, pues éste no sólo toma en
 cuenta los operadores deónticos de mandato,

llas carecen de condición de aplicación. Comparten los
 demás componentes que refiere von Wright. Entonces,
 podemos decir, que están en el mismo nivel de abstrac-
 ción sintáctico. Véase Atienza, Manuel, et. al., *Las Pie-
 zas del Derecho*, 2ª. ed., España, Ariel, España, 2004.

²⁸ Alexy, op. cit. 70.

²⁹ Atienza y Ruiz Manero consideran que, formalmen-
 te, la diferencia entre principios y reglas, es que aque-

³⁰ Ibid. 86.

³¹ Ibid. 87.

³² Ibid. 99.

permisión y prohibición, sino también alude a conceptos muy similares a los de Hohfeld. En su caso, sólo serían normas de segundo orden respecto de las reglas derivadas de la ponderación, pero no respecto de otras reglas. Sin embargo, como a continuación exponemos, no puede considerarse que los derechos fundamentales, en sí mismos, sean principios o reglas, sino más bien son campos de argumentación jurídica, que se regulan por expectativas normativas para generar normas (reglas y principios), de tal forma que estas últimas no saturan todo el contenido del derecho fundamental y, por tanto, no pueden confundirse con él. Estas normas generadas a partir de los derechos fundamentales, a las cuales se aplica la argumentación jurídica (a la manera en que Alexy aduce que deben obtenerse las normas adscritas), son **garantías**³³.

II.4. Estructura formal de los derechos fundamentales

El problema que debe resolverse para plantear una estructura sintáctica general de los derechos fundamentales, es el consistente en cómo la redacción de éstos en términos abstractos y categóricos, puede traducirse a proposiciones normativas, es decir, a enunciados hipotéticos (es decir, con condición de aplicación, saturada o no a priori) relacionados con conductas más o menos concretas a las

cuales se atribuye un operador deóntico (v.gr. obligatorio reconocer personalidad, no matar, respetar ámbitos de privacidad, proveer medicamentos o servicios de salud, establecer condiciones generales de acceso a la vivienda). Este tema tiene estrecha relación con el de la fuerza normativa de la constitución³⁴.

Es fácil concebir los derechos fundamentales como compuestos, por lo menos, por dos elementos, a saber, el sujeto y el objeto. El sujeto de estos derechos es toda persona humana y su objeto, generalmente expuesto en términos abstractos, es aquello sobre lo que recae el derecho: la vida, la libertad, la personalidad, la propiedad, etc.³⁵.

Sin embargo, podemos afirmar que la estructura de los derechos fundamentales es mucho más compleja que esta. Un primer indicio sobre este punto es, precisamente, la proliferación de pretensiones de variadísimos contenidos y orígenes que se ostentan o a veces incluso se reconocen como derechos fundamentales. Esta proliferación y el hecho mis-

³³ Ferrajoli define: “garantía primaria es la obligación de prestación o la prohibición de lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo”; “garantía secundaria” es la obligación de anulación o de condena predispuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito”. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2011, tomo I, p. 631.

³⁴ Landa, César, “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”, en Bazán, Víctor, et al.. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza Normativa de la Constitución*. Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad de Chile, 2010. Versión web http://www.kas.de/wf/doc/kas_23684-1522-4-30.pdf?110823001053, visitada por última vez el 12 de febrero de 2019. Este autor dice: “En efecto, la aparición de la fuerza normativa de los derechos fundamentales solo es concebible en el Estado democrático constitucional, lo que constituye una constante histórica y teórica contemporánea en todas las latitudes”, op. cit. 29.

³⁵ Picard, Edmund, *El Derecho puro*, Madrid, Librería Guttemberg, 1911. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 494.

mo de su novedad en cada sentencia, opinión consultiva, opinión general, etc., en las cuales se sustentan, permite considerar que no existe a priori una articulación perfecta entre el derecho fundamental, por un lado, y alguna obligación, sujeción o incompetencia concretas (a posteriori, precisamente en las sentencias, se concreta la obligación, sujeción o incompetencia específicas)³⁶. Tampoco hay una relación analítica entre el derecho fundamental y alguna obligación, sujeción o incompetencia concretas; es decir, del primero no se desprende con necesidad matemática o lógica lo segundo, sino se requiere de argumentación sintética adicional (lo cual, además, permite que el derecho fundamental mantenga relevancia a pesar de cambios sociales).

Otro indicio de este desacoplamiento estructural entre derechos y obligaciones, está en el hecho de que, como se ve con Alexy, los textos donde se encuentran previstos los derechos fundamentales no precisan cuál o cuáles son las obligaciones generales y concretas que se asignan a cada derecho fundamental, de tal forma que esto último se obtiene, generalmente, hasta dictada la sentencia del tribunal constitucional o con atribuciones de jurisdicción constitucional.

Pero hay más. Von Wright en *Norm and Action*³⁷, da a la permisón un trato diferente a

la permisón que a la prohibición y, por ende, no reduce su significado al de obligación. Entonces, las libertades no necesariamente están complementadas por deberes, sin que ello apodícticamente reste su carácter de libertad ni su carácter normativo.

Por otro lado, las relaciones correlativas simétricas y perfectas entre derechos y obligaciones expuestas por Hohfeld e, indirectamente, por von Wright, implican que tanto los primeros como los segundos tengan una misma configuración sintáctica, de tal forma que compartan sujetos (acreedor/deudor) y objetos (crear, modificar, transmitir, extinguir, dar, hacer o no hacer), sólo que los ubiquen en una posición distinta. Por ende, si se conoce el contenido completo de un derecho, libertad, poder o inmunidad automáticamente (analíticamente, no sintéticamente) se implica el deber, no derecho, sujeción o incompetencia correlativos.

Empero, esta simetría ha sido cuestionada por la teoría de la obligación que distingue *die Schuld* de *die Haftung*, de tal forma que las obligaciones no han de tener necesariamente y en todo momento precisado el sujeto activo (es decir, el deudor), el cual en un primer momento basta con ser determinable y sólo cuando se actualice el incumplimiento, se necesita que también esté determinado³⁸.

³⁶ Un ejemplo muy reciente, es la promoción de juicios de amparo indirecto contra la actividad del Estado respecto del desabasto de combustible, derivado del derecho fundamental al libre tránsito. O bien, sustentar en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a cultivar y poseer cannabis para consumo personal.

³⁷ Op. cit.

³⁸ “Doctrinas más avanzadas de corte germánico indican que por ningún motivo es estrictamente indispensable que los sujetos de la relación jurídica sean determinados al momento de nacer la obligación, aunque sí al momento de llevar a cabo o exigir su cumplimiento. Los sujetos per se, como elemento de la obligación, deben existir, pues el derecho regula conductas huma-

Esto tiene relación con los derechos humanos precisamente en que éstos no sólo tienen al Estado como su destinatario, sino también a todas las personas, de tal manera que las obligaciones correspondientes no necesariamente se determinan *ex ante* en cuanto al sujeto destinatario, sino que éste podría determinarse plenamente hasta que surja la exigibilidad por incumplimiento (muy común esto en ejecución de sentencias de amparo). Esto significa que los derechos no tienen la misma estructura sintáctica que las obligaciones, lo cual en alguna medida relativiza la simetría entre ambos.

Hay otra razón para sostener la asimetría entre derechos y obligaciones, de la cual sí da cuenta Hohfeld. Se trata de los derechos que, en realidad, son una acumulación de diversos conceptos fundamentales (derechos/obligaciones; libertades/no derecho; poder/sujeción; inmunidad/incompetencia). En la época de Hohfeld, el prototipo de estos derechos era el de propiedad, pero el autor norteamericano,

nas y la relación jurídica es una especie de la relación social, pero esto no implica que deban ser individualizados los sujetos desde la creación del vínculo, sino que sólo deben serlo al momento de cumplir o de exigir el cumplimiento. En síntesis, los sujetos pueden ser indeterminados, pero deben ser determinables". Rico Álvarez, Fausto, et al., "Sobre la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones", en Adame Goddard, Jorge, *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México, UNAM, 2006, p. 264. Esto se traduce en que la función del sujeto de obligación existe desde el vínculo, aunque esté insaturada, siempre que al momento del cumplimiento se sature con un argumento, es decir, con la individualización de un sujeto específico.

con la agudeza que lo caracterizó, fue más allá, para analizarlos bajo el nombre de "derechos multilaterales" (*multital right*). Los derechos *in re* tienen esta estructura, lo cual no significa que sólo estos derechos la tengan.

Un derecho multilateral es uno de una amplia clase de derechos distintos pero pertenecientes a una misma clase por su similitud fundamental. Estos derechos pueden ser actuales o potenciales. Tienen por titulares a una persona individual o a un grupo de personas, aunque pueden hacerse valer, respectivamente contra personas que constituyan una amplia e indefinida clase de personas.

En este tipo de derechos es aún más clara la desarticulación analítica estructural entre derechos y obligaciones. Por esto se entiende que, si bien existe una relación necesaria entrambos, ésta no es simétrica ni analítica: conocer el derecho no implica conocer la obligación, sólo implica conocer que debe haber una obligación. *Establecer la existencia de un derecho multilateral no implica establecer la existencia de determinado deber (conducta y operador deóntico), aunque sí la necesidad de que haya cuando menos alguno, sin importar que sea actual o potencial.*

Tenemos, entonces, que se emplea la palabra "derecho" en dos niveles u órdenes formales diferentes. En el primero, "derecho" tiene cuatro recorridos semánticos posibles: derechos en sentido estricto, libertades, poderes e inmunidades. Son los derechos-norma (pues tienen actualmente determinados los tres elementos esenciales de las normas: condición de aplicación, carácter y contenido). Las relaciones entre la noción de "derechos"

de este primer nivel, con las obligaciones (que también tienen cuatro recorridos semánticos: deber, no derecho, sujeción e incompetencia), es analítica.

En el segundo nivel, los “derechos” son agrupaciones de derechos del primer nivel. Son los derechos multilaterales. Son funciones que operan sobre otras funciones. Los derechos fundamentales son derechos de este tipo, aunque tienen mayor complejidad que el modelo de Hohfeld sobre los derechos multilaterales.

Para explorar esta mayor complejidad, es preciso referir al trabajo de John Finnis sobre los derechos fundamentales.

Finnis considera que un problema con la postura de Hohfeld consiste en determinar cuándo puede hablarse de la existencia de un derecho *strictu sensu*, ante la actualización de un deber correlativo. Sobre esta cuestión hay dos posturas, nos dice. La primera considera que existe un derecho en sentido estricto correlativo a un deber, si y sólo si hay una persona determinada a favor de la cual se instituyó el deber, es decir, si el deber existente fue impuesto a B para beneficiar a A. El beneficio a A se entiende en el sentido de que A es el destinatario de la ventaja obtenible por el cumplimiento del deber. La segunda postura consiste en que existe un derecho-exigencia a favor de A correlativo a un deber de B, si y sólo si existe una persona A con el poder de ejercitar una acción en caso de que B incumpla con tal deber³⁹.

³⁹ Finnis piensa que Hohfeld se hubiera decantado por la segunda opción, aunque no lo explicitó, Finnis, John, *Natural*

Por tanto, Finnis sostiene que se está en presencia de derechos humanos siempre que

un principio básico o requerimiento de la razonabilidad práctica o una regla derivada de ahí, da a A y a todos y cada uno de los miembros de la clase a la cual pertenece A, el beneficio de (i) un requerimiento (obligación) positivo o negativo impuesto a B (incluyendo, entre otros, cualquier requerimiento de no interferir con la actividad de A o con el disfrute de A de alguna otra forma de bien, o (ii) la aptitud de exponer que B es sujeto de tal requerimiento, o (iii) la inmunidad derivada de ser deudor de B sobre cualquier de estos requerimientos⁴⁰.

Finnis sostiene que el discurso moderno sobre los derechos

está construido sobre el modelo implícito de una relación entre dos individuos. Así, en su significación primaria (como distinto de su inherente alcance lógico), el discurso moderno de los derechos más ajustadamente se refiere a beneficios o ventajas para individuos (en casos límite, a todos los individuos), ‘no simplemente como miembros de una colectividad, disfrutando un beneficio difuso común en el cual todos participan de porciones indistintas e inasignables⁴¹.

Por esta razón, Finnis estima que los derechos humanos “afirman dos relaciones entre una (clase de) personas y una (clase de)

Law and Natural Rights, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 202.

⁴⁰ Ibid. 215.

⁴¹ Ibid. 206.

objeto material (vida, cuerpo, libre expresión, propiedad o titularidad de propiedad)... Antes de que tales afirmaciones puedan razonablemente ser puestas en práctica, deben ser traducidos a relaciones de tres términos⁴². Así, considerar los derechos humanos con dos términos o con tres, puede resumirse en la concepción de dos términos (titular-objeto), por ser estos el punto central de tales derechos⁴³. En otras palabras, *en el discurso moderno⁴⁴ de los derechos, su peso radica en los primeros dos elementos: el titular y el objeto, los cuales son relacionados con los deberes a cargo de otro sujeto.*

Tenemos, pues, a priori determinados sólo el titular y el objeto abstracto del derecho y, a posteriori, es decir, *a través de un desarrollo legislativo o jurisdiccional (pudiera ser doctrinal), los deberes concretos a cargo de otro sujeto.*

Del pensamiento del ilustre jurista australiano, se puede derivar (aunque él no lo dice así), que los derechos fundamentales tienen una estructura triádica no lineal, en la cual los primeros dos términos tienen un relación ambivalente con la tercera. Esta ambivalencia consiste en que, por un lado, si han de ser normativos los

derechos, entonces necesariamente deben estar relacionados con un tercer término; mientras que, por otro, *este tercer término es sólo una traducción o un desenvolvimiento contingente de los primeros dos términos*, tal que, en caso de no darse, no se afecta la existencia del derecho. *Por un lado, los derechos necesitan forzosamente el tercer término; por otro, pueden desvincularse de él en la medida de que su contenido se obtiene a posteriori o ex post y puede variar en el tiempo.*

Esta desarticulación analítica, que implica un acoplamiento sintético (no analítico) que relacione estos tres elementos, también se verifica en dos fenómenos estrictamente jurídicos actuales relacionados con los derechos fundamentales: los derechos económicos, sociales y culturales (ambientales), así como en el desempaque de los derechos⁴⁵.

Considerar que los derechos fundamentales comprenden no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales y, además, su complementación con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, ha llevado a tratadistas como Abramovich y Courtis a sostener, con base en la jurisprudencia internacional (principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), que

⁴² Ibid. 218.

⁴³ "As I said in relation to the lawyer's preference for two-term rights-talk (VIII.2), shifting and even competing specifications in terms of three-term rights can be intelligibly unified by their shared relationship to one topic, the two-term right (e.g. to life, or to a fair trial)" Ibid, 219.

⁴⁴ Finnis, al desarrollar estas ideas, da cuenta del lenguaje moderno de los derechos como subjetivos, que no se encuentra en la Edad Media, sino aparece en el siglo XVI, op. cit.

⁴⁵ Dworkin expone que la relación entre derechos y deberes no necesariamente es la que existe entre dos lados de una forma lógica; que en ocasiones existe una relación de correspondencia entre derechos y deberes; y que en muchos casos, los derechos y deberes relacionados entre sí no tienen relación de correspondencia, porque uno se entiende como derivado del otro. Cfr. op. cit.

surge con claridad que ya no puede afirmarse que exista un tipo de obligación que corresponda a la naturaleza de una determinada categoría de derechos, pues las pautas más modernas de interpretación de los instrumentos en materia de derechos civiles y políticos ponen a cargo de los Estados cada día mayores obligaciones, y muchas de ellas implican directamente la necesaria adopción de acciones positivas⁴⁶.

En tesis similar, se pronuncian Manuel Sánchez Moreno⁴⁷ y Ariel Dulitzky⁴⁸.

Hay, pues, dos notas de la relación existente entre el binomio “titular-objeto” y el tercer término. La primera es que necesariamente debe haber una relación general entre ambos extremos: siempre que se actualice del binomio “titular-objeto”, debe haber algún tercer término, *aun cuando su contenido no esté precisado ex ante o no lo esté totalmente*. Esta relación necesaria sólo se da entre el binomio

“titular-objeto” y la forma vacía (o parcialmente vacía) a priori de un tercer término que lo relacione con obligaciones, prohibiciones y permisiones⁴⁹. La segunda nota es que la relación con este tercer elemento es asimétrica, precisamente porque la relación necesaria se da con un tercer elemento no necesariamente delimitado o definido total o parcialmente a priori. Su contenido no se obtiene analítica, sino sintéticamente.

Entonces los derechos fundamentales *deben emplear la palabra “derecho” en un nivel u orden de abstracción distinto al de los derechos relacionados con los deberes* (derechos strictu sensu, libertad, poder e inmunidad). Los derechos fundamentales, por ende, sólo pueden ser derechos multilaterales.

Resulta que *los derechos fundamentales son una función que opera y relaciona tres funciones*: la función del titular (es decir, la atribución de personalidad jurídica a algo); la función del objeto (la atribución a algo de ser objeto de un derecho) y la función que denominamos relacional, es decir la que relaciona a las dos primeras funciones con deberes, prohibiciones y permisiones en distintos grados de abstracción (incluye los principios y reglas en el nivel de abstracción que maneja Alexy, es decir, al nivel de las reglas como normas en el mismo sentido). Es decir, esta función es, a su vez, una función de tercer orden, pues las funciones del titular, objeto y relacional son de segundo orden.

46 Abramovich, Víctor, et al., “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a ed., México, Porrúa / UNAM, 2001, pp. 144-145.

47 Sánchez Moreno, Manuel, *Enfoque de derechos humanos en el desarrollo. Aspectos teóricos y metodológicos*, Revista de Fomento Social, número 261, volumen 66, enero-marzo 2011, pp. 39-71.

48 Dulitzky, Ariel, *Alcance de las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos*, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, 2004.

49 Se dice que está vacía, porque le falta lo que, en términos de Frege (2002), sería el argumento de la función. La forma es la función misma, es decir, la necesidad de atribuir obligación o prohibición a algo.

Consecuentemente, los derechos fundamentales tienen varios órdenes de abstracción: son normas de tercer grado, que van desde su redacción abstracta general (derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, etc.), hasta su concreción y determinación de los deberes, sujeciones o sometimientos específicos que correspondan en determinados casos. Esta concreción puede ser a través de la actividad legislativa, por ejemplo, a través de leyes que prevean reglas específicas (por ejemplo, las previstas en los códigos procedimentales, que concretan el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso) o por sentencias donde también se resuelven y determinan reglas concretas (v.gr. condena a alguna autoridad a actuar u omitir determinada acción en un fallo de amparo). Puede haber otras maneras (v.gr. doctrinalmente, mediante reglamentos, circulares, contratos, etc.).

Así, el derecho fundamental se encuentra en un nivel de abstracción superior al de las reglas y principios. Es más bien un campo de argumentación y, en ese sentido, se rige de forma similar que las reglas de los juegos o de la gramática, que limitan el uso correcto. No todo es posible. Entonces, no son normas en el sentido que trata Alexy y que aquí definimos aludiendo a von Wright, lo que **no** significa que no sean normativas.

Esto se relaciona con que las expectativas normativas no son normas⁵⁰, sino que éstas

⁵⁰ Alexy, op. cit. p.49, lee a Luhmann en el sentido de considerar que la expectativa normativa es una norma, lo cual nos parece equivocado según las obras del sociólogo alemán aquí citadas. Para Luhmann, las normas jurídicas (leyes, reglamentos, etc.) se encuentran en el Programa del subsiste-

son condensaciones específicas de aquellas: el Derecho no es sólo normas, aunque su estructura indudablemente es de expectativas normativas, es decir, de aquellas que se mantienen ante la decepción (frente a las cognitivas, que aprenden de ésta para adaptarse y cambiar)⁵¹.

III DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS (REGLAS CONCRETAS DERIVADAS DE AQUELLOS)

Es conveniente aludir a la doctrina del desempaquetamiento de los derechos desarrollada por

ma social del Derecho, el cual es el apoyo para la aplicación del código (Derecho-no Derecho). La estructura del subsistema del Derecho se compone de expectativas normativas. De esta estructura emerge el Programa. Entonces, las expectativas normativas no son normas.

⁵¹ Ferrajoli, sobre los por él denominados principios regulativos, dice que están formulados “en términos de expectativas y no de obligaciones o prohibiciones, que son al mismo tiempo principios y reglas” (Derechos... op. cit. 110), lo cual es similar a lo que nosotros sostenemos. Sin embargo, inmediatamente después sostiene que la mayor parte de los derechos fundamentales y el principio de igualdad son principios regulativos, “que son normas en las cuales principios y reglas son caras de la misma moneda” (ibid.110-111). Queda claro, pues, el carácter tentativo y aún poco desarrollado de las ideas de Ferrajoli sobre este tema, que nosotros apuntalamos aquí. El uso de expectativas normativas en este sentido, es ampliamente desarrollado en la teoría funcionalista del delito, concretamente en la prevención general positiva (Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1997; Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, t.I.).

Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez. Estos autores sostienen que:

los instrumentos internacionales establecen principios más que pautas concretas de conducta y, sólo en algunos casos, tienen la doble característica de ser reglas y principios. Por tanto, para trabajar en torno a determinado derecho-principio se requiere previamente “desempacarlo” o “desenvolverlo” a partir de los “sub-derechos” específicos que engloba y de las obligaciones que conlleva.”⁵².

Los elementos del desempaque son: “1) derechos-principios, 2) subderechos, 3) obligaciones particulares, 4) obligaciones generales, y 5) alcance de los derechos, subderechos y obligaciones (más adelante se especifica en qué consiste cada uno de ellos)”⁵³.

Para estos doctrinarios, es imprescindible una “relectura conjunta de derechos y obligaciones”, la cual “no se ha elaborado de forma sistemática”⁵⁴. Precisamente eso hacemos en este trabajo y en uno previo⁵⁵.

⁵² Serrano, Sandra, et al., “Formulación de estándares internacionales: el desempaque de los derechos humanos”, en Vázquez, Daniel Coord., *Metodología II*, México, Flacso, 2013, p. 75.

⁵³ Ibid. 77.

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Alanís García, José Rogelio, *La estructura sintáctica de los derechos fundamentales*, tesis de maestría, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2014.

Así, queda establecido que desde la abstracción de los derechos fundamentales, han de obtenerse reglas específicas de mandato u obligación y prohibición, que sustenten deberes, sujeciones o incompetencias de sujetos distintos al titular del derecho. Los autores aquí citados, llaman subderechos a estas reglas derivadas, pero consideramos que, para hacer referencia a una terminología más generalizada, convendría mejor denominarlos “garantías”, en el sentido de Ferrajoli⁵⁶.

En criterio reciente, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acoge una diferencia similar a la que aquí defendemos, entre derechos fundamentales y garantías⁵⁷.

IV CONSECUENCIAS DE LA DIFERENCIA ENTRE DERECHO FUNDAMENTAL Y GARANTÍAS

En el apartado anterior mostramos que los derechos fundamentales tienen una estructura tripartita, multilateral, compleja y compuesta de tres funciones (sujeto, objeto y relación con deberes concretos). Los derechos fundamentales son una función u operación de tercer orden consistente en conjuntar tres funciones: la del titular, la del objeto y la relacional (esta es la que contiene el desarrollo racional, tanto legislativo como jurisprudencial, de los derechos fundamentales para concretarlos en

⁵⁶ Principia iuris, op. cit.

⁵⁷ Se trata de la tesis “DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS. SUS DIFERENCIAS.”, No. de registro 017890 [TA], 10ª. Época; Segunda Sala; Gaceta del S.J.F., libro 58, septiembre de 2018, tomo I, página 1213.

principios normativos⁵⁸ y reglas concretas de prohibición o mandato y que, por ende, “relacionan” los derechos con deberes o prohibiciones a cargo de personas distintas a los titulares del derecho fundamental).

Entonces, la primera operación de la función de tercer orden es determinar que siempre que se hable de derechos fundamentales, necesariamente se dan las tres funciones (titular, objeto y relación). *Siempre se dan las tres funciones*: en toda ocasión que se esté frente a un derecho fundamental, se dará la función u operación de atribuir personalidad a algo, la función de atribuir la calidad de objeto a algo y la función u operación de atribuir diferencial y desacoplamiento a las primeras dos funciones, un conjunto abierto de derechos, libertades, poderes e inmunidades, con sus respectivos contrarios (no derecho, deber, incompetencia, sujeción) y correlativos (deber, no derecho, sujeción e incompetencia)⁵⁹.

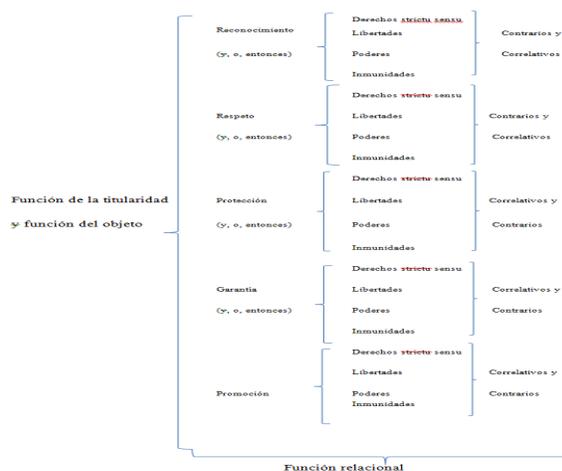
⁵⁸ Los principios entendidos como normas también implican siempre su desarrollo para generar reglas concretas. Siempre que existe una ponderación entre principios, el resultado es una regla [Alexy, op. cit. y Aienza, op. cit. 301-306]

⁵⁹ Algunos años después de proponer esta estructura, tuve conocimiento de la tesis de Francisco Laporta al respecto (Laporta, Francisco, “El concepto de derechos humanos”, en *Doxa* No. 4, 1987, pp. 23-46. Se puede consultar en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10896>). Se trata de una feliz convergencia en cuanto a la estructura formal de los derechos, pero hay algunas diferencias, en mi opinión importantes, entre su modelo y el que aquí defendemos. Francisco Laporta también sostiene el desacoplamiento estructural entre derecho y obligaciones, pero no le da este nombre. Critica la “correlatividad en sentido fuerte” de los derechos y obligaciones, lo cual equivale al acoplamiento

estructural entre derechos y obligaciones que aquí también criticamos. Laporta también cita a Hohfeld, pero solamente su tesis sobre los derechos/obligaciones; libertades/no derecho; poder/sujeción; inmunidad/incompetencia, no así respecto a los “multital rights”. Propone ese autor que “mediante una disección analítica y a efectos meramente conceptuales una propuesta de noción de ‘derecho’, cuyos componentes aislados podrían ser los siguientes:--- a) La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de... ---b) una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc.--- c)... que se considera por el sistema normativo un bien tal que constituye una razón fuerte...--- d) para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc.” (Laporta: 31). El inciso a) se parece, pero no es igual, a la función del titular. Los incisos b) y c) son similares, pero no idénticos, a la función del objeto. El inciso d) es análoga, pero mucho más limitada, que la función relacional. Hasta aquí las convergencias entre ambos modelos. Una primera diferencia, es el marco teórico empleado. En el artículo citado, Laporta deja ver su filiación ius naturalista y, por ende, un trasfondo metafísico. Nosotros, por el contrario, tenemos un marco teórico semiótico (Eco) y de teoría de sistemas (Luhmann), que rehúye de toda metafísica: de hecho, empezar por la sintáctica, significa que estamos iniciando sobre la expresión de los derechos, que es necesariamente inmanente y, en este punto, no muy alejado del postivismo, al cual no podemos dejar de reprochar su tendencia a limitar la estructura del derecho a las normas (Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. Torres Nafarrate et al. México, UIA, ITESO, UNAM, IJJ, Teoría Social, 2002; del mismo autor *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Torres Nafarrate et al. Barcelona-México-Santa Fe de Bogotá, Anthropos, UIA, CEJA, 1998; Alanís García, José Rogelio, *El derecho al reco-*

Con estas bases y otras más detalladas, nocimiento de la personalidad. Su carácter tautológico y criterios racionales para su desarrollo, tesis de maestría, México, Universidad Panamericana, 2013). Otra diferencia, es que Laporta no observa que se requiere una operación para relacionar los cuatro incisos que propone, es decir, no observa que el derecho fundamental es una función de ulterior grado que las tres funciones que relaciona. También hay diferencia en el contenido de las funciones. El inciso a) de Laporta no tiene exactamente el mismo contenido que la función de la titularidad: esta, veremos, coincide con la definición de persona de Kelsen y la atribución de universalidad no se da en la función de la titularidad, sino en la de el derecho fundamental (esto es, la función que relaciona las tres). En cuanto al objeto (incisos b) y c) de Laporta y función del objeto en nuestra postura) nosotros aclaramos que se trata de un ius in valore, precisamente basados en los derechos multilaterales de Hohfeld, que son in re. Por valor no entendemos algo obtenido de la moral (que puede ser uno de los orígenes metajurídicos del objeto de un derecho fundamental), sino que, precisamente la estructura formal e inmanente del derecho fundamental determina que ese objeto sea valor, como distinto a una mera cosa que puede ser objeto de una garantía o subderecho y porque ese valor se va a entender también como el analogado principal del cual, por analogía de atribución (Beuchot, Mauricio, 2014, *Hermenéutica, analogía y símbolo*, Herder, 2ª. ed., México, pp. 15-22), se derivarán los objetos de las garantías como analogados secundarios. Esta derivación por analogía es parte de la función que relaciona las otras tres. En Laporta el objeto es una razón para generar obligaciones concretas; en nosotros, el objeto es un valor y no sólo es una razón para generar obligaciones (lo cual es solo una parte de la función que relaciona las otras tres), sino operaciones rectoras de operaciones argumentativas principalmente de analogía, para generar, entre otras cosas, los objetos de las garantías (también generan el carácter deóntico, las condiciones

así como con mayores desarrollos, hemos propuesto en otro trabajo⁶⁰, la siguiente estructura general de los derechos fundamentales:



BREVE EXPLICACIÓN DE CADA UNA DE LAS FUNCIONES QUE INTEGRAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

V.1 La función de la titularidad

La función u operación de la titularidad coincide con la definición kelseniana⁶¹, recogida y ampliada por Ferrajoli⁶², de personalidad jurí-

de aplicación, el sujeto obligado –que no solamente es el Estado, etc.). Por último, aunque el inciso d) de Laporta es parecido a la función relacional, esta es mucho más compleja que la propuesta de aquél. Para empezar, entre las primeras dos funciones y la tercera, hay una relación diferencial (Spencer Brown, op. cit.), consistente en que para pasar de las primeras dos a la tercera se requiere tiempo y hacer algo: no por afirmar las primeras dos se afirman automáticamente la tercera ni nada de su contenido.

⁶⁰ La estructura sintáctica, op. cit.

⁶¹ Teoría Pura... op. cit. y Teoría General del Derecho y del Estado, 2ª ed., México, UNAM, 1958.

⁶² Principia iuris, op. cit.

dica. Entonces la operación consiste simplemente en la atribución de la categoría jurídica de personalidad a algo.

Kelsen refiere que, según la teoría tradicional, “sujeto de derecho” se identifica con el concepto de “persona”, por lo que persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones. Esta postura descansa –según nuestro autor– en que “‘ser persona’, o ‘tener personalidad jurídica’ es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos”⁶³, lo cual significa que la persona sea igual a las obligaciones y derechos de las que se dice que es portadora.

Por tanto, para Kelsen, “la persona no es más que la personificación de esa unidad”⁶⁴ de derechos y obligaciones.

V.2 Función del objeto

Esta función es más simple. Consiste en atribuir la calidad de objeto del derecho a algo. Para desarrollar una tautología y evitar que no diga nada⁶⁵, y permitir la operación del derecho fundamental, es preciso que el argumento que sature la función del objeto tenga un significado diverso al argumento que sature la función del titular. En palabras llanas, los titulares no pueden ser objetos y los objetos no

pueden ser titulares, pues de serlo, entonces las funciones del titular y del objeto significarían lo mismo y, por ende, se fundirían en una sola función: desaparecería el derecho fundamental. Esta es la muestra (en oposición a demostración) sintáctica del segundo categórico kantiano⁶⁶.

Por otro lado, la función del objeto también establece que aquello que la sature, tenga un nivel elevado de generalidad. Por ende, aquello que se cosifica para atribuirse a la personalidad del titular, no puede ser una cosa concreta.

Aún más, dado que los derechos fundamentales deben su carácter multilateral a una visión del Derecho que no lo limita a ser un conjunto de normas, sino que lo considera como un sistema complejo de semiosis o de comunicación (estructura, código, símbolos generales de validez y de justicia, programa y metalenguajes continentes de su semántica: teoría y dogmática jurídicas), y que los derechos fundamentales cumplen una función social valiosa (impiden la desdiferenciación de la sociedad diferenciada y, por ende, el totalitarismo económico y político⁶⁷); entonces se puede decir que la función del objeto determina que éste sea un **valor** general y abstracto.

Por tanto, gracias a la función del objeto, se puede decir que los derechos fundamentales,

⁶³ Teoría Pura, op. cit. 181-182.

⁶⁴ Ibid. 183.

⁶⁵ Para el primer Wittgenstein, las tautologías, a fuerza de ser necesariamente verdaderas, no dicen nada sobre el mundo: uno es igual a uno no dice nada sobre qué es uno. Un perro es un perro tampoco dice nada. Para que estas oraciones puedan decir algo, se necesita que el significado de los dos términos sea distinto. Wittgenstein, Ludwig, Tractatus logicus philosophicus. Alianza Editorial, Madrid, 2003.

⁶⁶ También se podría decir que el segundo categórico kantiano es la condición ya histórica, teórica o ética, de los derechos fundamentales, de tal forma que lo aquí expuesto sería la proyección en el nivel sintáctico de esta prelación del segundo categórico sobre los derechos humanos.

⁶⁷ Luhmann, Niklas, Los derechos fundamentales..., op. cit.

con estructura multilateral, lejos de ser *ius in re*, son *ius in valore*.

Es importante hacer aquí la aclaración de que la estructura formal aquí expuesta de los derechos fundamentales tiene como excepción la estructura del derecho fundamental a la igualdad. La igualdad no es un concepto similar a la personalidad, la vida, la libertad, el trabajo, la vivienda, el agua, la nacionalidad, etc., por cuanto no puede atribuirse a la personalidad en la misma forma que estos últimos⁶⁸.

⁶⁸ Como bien expone Luhmann (Los derecho fundamentales, op. cit.) y reconoce Alexy (op. cit.), la igualdad no es tanto algo que puede atribuirse a algo más, como una forma bifaz que requiere, en todo momento, de una comparación. La igualdad es una forma o diferencia en el sentido de Spencer Brown (op. cit.), es decir una continencia perfecta que, como tal, implica automáticamente la desigualdad. Nada de los que se pueda hablar es idéntico o igual a otra cosa, ni completamente diferente, lo que requiere de un parámetro de identificación o de diferenciación. Alexy propone uno valorativo (op. cit.).

Por tanto, se puede preferir operar tanto en el lado de la igualdad como el de la desigualdad, de tal forma que los derechos fundamentales, si bien por lo general prefieren operar con la igualdad, no es tan infrecuente que lo hagan en el de la diferencia, aun cuando se pretenda con ello, arribar algún día a una situación de igualdad (por ejemplo, acciones afirmativas y en la determinación de condiciones fácticas, más relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales, a favor de sectores tradicionalmente discriminados) (Luhmann, derechos fundamentales... op. cit.; Alexy, op. cit.; Dworkin, op. cit.).

Entonces, la igualdad y su necesariamente implicado, la desigualdad, no son objetos que puedan predicarse como atributos de la personalidad, en la misma forma

III.3. Relaciones entre la función del titular y la función del objeto

La primera relación entre las funciones del titular y del objeto, operada por la función de tercer orden de los derechos fundamentales, es la conjunción. En todo derecho fundamental necesariamente se dan ambas funciones. Si se da un derecho fundamental, entonces se dan ambas funciones. Siempre se dan. Si sólo se da una, entonces no se da el derecho fundamental.

La segunda relación es atributiva. La función del objeto se atribuye a la función del titular. Es decir, objeto del derecho fundamental se atribuye y, por ende, enriquece, el significado de la personalidad atribuida, a su vez, al argumento de la función del titular.

La tercera relación está estrechamente vinculada con la anterior. Consiste en la forma en que el objeto se atribuye al titular. Aquel se atribuye a éste bajo los modos de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad. El primer modo afecta principalmente a la función del titular. Los dos restantes, a la función del objeto⁶⁹.

que se hace respecto de otros bienes como la misma personalidad, la vida, el nombre, la nacionalidad, la vivienda, la salud, etc. Luego, el derecho fundamental a la igualdad no tiene la misma estructura sintáctica de los demás derechos fundamentales, por lo cual su construcción se dejará para otro trabajo.

⁶⁹ La progresividad entra en la estructura sintáctica en su carácter abierto, determinado por su multilateralidad y el desacomplamiento o desarticulación entre derechos y obligaciones, es decir, entre la función relacional, por un lado, y las funciones del titular y del objeto, por otro.

La universalidad consiste en que el objeto se atribuye al titular, considerado éste como una clase, de tal forma que la atribución se hace a la totalidad de dicha clase. Es esta relación la que formalmente hace que los derechos fundamentales se refieran a la totalidad de una clase, por lo cual el argumento (contenido) de la función del titular necesariamente será una clase.

Aquí retomamos la noción de Ferrajoli⁷⁰ sobre la universalidad, pues es formal y, por ende, consistente con el alcance sintáctico de este trabajo. Para este jurista italiano, la diferencia específica de los derechos fundamentales en relación con los demás derechos subjetivos, es su universalidad, la cual se determina en relación con los sujetos titulares, en oposición específica a los derechos patrimoniales, que sólo son de determinadas personas con exclusión de las demás.

La interdependencia consiste en que la manera en que se atribuye el objeto a la personalidad del titular, es en el sentido de que aquél esté en relación de dependencia con el objeto de otros derechos fundamentales.

La indivisibilidad consiste en que la forma de atribución del objeto a la personalidad del titular, significa que aquél se considere como una parte de un todo, en el cual también se encuentran los objetos de los demás derechos fundamentales.

Estas relaciones no son obligatorias en sí mismas, pues se encuentran en las funciones del titular y del objeto, mientras que los de-

beres se encuentran en la función relacional. Sin embargo, devienen principios-norma (no en sentido multilateral) por medio del deber general del reconocimiento de los derechos. También pueden considerarse como parte de las reglas (entendidas a la manera de von Wright, es decir, similares a las de la gramática) implicadas por el derecho multilateral (el derecho fundamental es multilateral o multital), *entendido como un campo de interpretación, aplicación y generación de normas en sentido estricto (nomogénesis)*.

El reconocimiento es, junto con el respeto, la protección, garantía y promoción, un aspecto general de los derechos fundamentales, que consiste precisamente en reconocer que la conjunción de funciones del titular, del objeto y relacional, así como sus relaciones, son derecho fundamental, de donde se sigue que, a través del deber general de reconocimiento, la universalidad, interdependencia y la indivisibilidad devienen principios en sentido normativo (no en sentido multilateral). Entonces, estos principios normativos implican el deber de interpretar los derechos humanos considerando estos principios, son un derecho en estricto sentido que se encuentra relacionado con el reconocimiento⁷¹.

⁷¹ De forma análoga se forma el deber de interpretar y aplicar los derechos humanos conforme al principio pro homine. Éste significa, desde la perspectiva sintáctica aquí desarrollada, reconocer que el objeto y, como veremos, la función relacional, están dirigidos a enriquecer su personalidad, de tal forma que estos derechos deben interpretarse en el sentido de favorecer, en lo posible fáctica y jurídicamente, la interpretación que en mayor forma reconozca, respete, proteja, garantice o promueva los derechos fundamentales.

⁷⁰ Principia iuris, op. cit.

V.4. Función relacional y sus relaciones con las funciones del titular y del objeto

Esta es la función más compleja integrante de los derechos fundamentales. Tiene dos niveles: el de los deberes generales (objeto directo de las obligaciones) y deberes específicos (objeto indirecto de las obligaciones, la cosa o hecho a dar, hacer y no hacer). En el primer nivel se encuentra el reconocimiento, respeto, protección, garantía y promoción. En el segundo, los subderechos o garantías propiamente hablando, es decir, aquello a lo que concretamente se tiene derecho en cada caso específico al amparo del derecho fundamental. *Los subderechos o garantías* sí guardan relaciones simétricas de correlación y contrariedad con los deberes correspondientes, a la manera en que lo *expuso Hohfeld*.

Esto nos lleva a otra conclusión relevante. Siempre que se infringe un subderecho o garantía, se infringe el derecho fundamental, pero no siempre que se da el derecho fundamental, se dan todos los subderechos o garantías. Incluso, pueden derogarse o silenciarse algunas de éstas, sin afectar a aquél.

La ponderación puede tener como resultado que no se dé una prohibición, permisión u obligación concretos, es decir, que no se dé, actualice o exista un subderecho o garantía en el caso concreto (silenciamiento, si la garantía estaba previamente reconocida como derivada del derecho fundamental; en otro caso, simplemente no se daría).

Entonces, sí existe la ponderación de principios, pero esta se da en el nivel de los subderechos o garantías, no en el de los derechos fundamentales, de tal manera que sólo en ca-

sos sumamente raros y, por ende, realmente trágicos, se podría dar que se infrinjan al mismo tiempo dos derechos fundamentales y deba preferirse uno. La ponderación de principios, como bien sostiene Alexy⁷², se refiere a normas en sentido estricto (según la definimos en el apartado II.2) y, por ende, a permisiones, prohibiciones u obligaciones; pero los derechos fundamentales, en su estructura multilateral que asimetriza estructuralmente derechos y obligaciones, la ponderación no trasciende a la totalidad del derecho fundamental. Así, que un subderecho no se dé o se silencie en un caso concreto, en nada, pero absolutamente en nada, afecta la validez, vigencia y observancia del derecho fundamental, porque sólo habría inobservancia de él en caso de infracción del subderecho y, si éste no se da o se silencia en el caso concreto, entonces no es posible infracción alguna. *El derecho fundamental multilateral no se silencia*. El objeto del derecho fundamental forma parte y determina, por lo menos en una parte fundamental o inherente, el significado del objeto sobre el cual recae la conducta de cada subderecho. Para este punto, adoptamos la semántica interpretativa de Rastier principalmente.

Es por la estructura sintáctica del derecho fundamental, que existe una relación de analogía, en el sentido en que la entiende Mauricio Beuchot⁷³, entre el significado del objeto del subderecho y el significado del objeto del de-

⁷² Op. cit.

⁷³ Beuchot, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 2008 y "Hermenéutica, analogía y símbolo", op. cit.

recho fundamental. En razón de esta relación analógica entre ambos significados, se permite que:

a) El subderecho o garantía sea diferente al derecho fundamental y, por ende, que lo enriquezca. Esto significa que el estudio de los derechos fundamentales no puede reducirse a meros análisis, pues en el significado del objeto del derecho fundamental no estará nunca previa y plenamente fijados los significados posibles del objeto del subderecho. El derecho fundamental, así, está abierto al futuro y a las cambiantes situaciones sociales.

b) El objeto del subderecho debe siempre mantener alguna igualdad con el objeto del derecho fundamental. Pero no cualquier igualdad, sino una igualdad en cuanto a un componente semántico inherente o esencial al significado de ambos objetos. Por ello, el derecho fundamental mantiene su unidad a pesar de las tres diferencias o funciones que lo componen. El derecho fundamental, entonces, tendrá identidad frente al futuro y a las cambiantes situaciones sociales. En otras palabras, *está en condiciones de modular su propia contingencia para hacer menos probable su desaparición*.

También hay una relación de analogía entre el significado de la conducta del subderecho o garantía y el significado de cada deber general (reconocimiento, respeto, protección, garantía o promoción), pues el significado de estos debe estar contenido en el significado de la conducta del subderecho. Las garantías son especies y los géneros son cada uno de los deberes generales, en el entendido de

que el significado de éstos no agota el de los primeros.

Por otro lado, la función relacional se vincula con las funciones del titular y del objeto de la siguiente manera:

1. Es asimétrica estructuralmente de las otras dos funciones, en el sentido expuesto en el apartado anterior, es decir como una diferencia dentro de una unidad. El contenido de la función relacional no está del todo contenida en el de las funciones del sujeto y del objeto, sino que se determina por medio de argumentación (pragmática) en alguna de sus esferas (legislativa, judicial, dogmática). Por tanto, existe entre las funciones del sujeto y del objeto, por un lado, y la relacional por otro, una relación diferencial a la manera de la lógica de Spencer Brown⁷⁴. No se pasa de forma automática de las primeras dos funciones a la tercera: para generar garantías se requiere tiempo y pragmática.

2.vAl mismo tiempo, la función relacional está en conjunción con las otras dos funciones. Siempre se dan las tres funciones, o no se está frente a un derecho fundamental. Es una diferencia dentro de una unidad.

3.vLos objetos de las garantías deben compartir por lo menos un sema o componente semántico inherente con el significado del objeto del derecho fundamental. En ambos significados el sema o componente semántico compartido debe ser inherente.

⁷⁴ Op. cit.



VI. FÓRMULA DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Lo anterior lleva a la siguiente fórmula:

$$f_d \mid \{ [f_r((\text{subd} \rightarrow \text{corr} \rightarrow \text{contr}) \in \text{Rec}) \cdot \forall \mathcal{V} \rightarrow \leftrightarrow \downarrow \Rightarrow ((\text{subd} \rightarrow \text{corr} \rightarrow \text{contr}) \in \text{Res}) \cdot \forall \mathcal{V} \rightarrow \leftrightarrow \downarrow \Rightarrow ((\text{subd} \rightarrow \text{corr} \rightarrow \text{contr}) \in \text{Prot}) \cdot \forall \mathcal{V} \rightarrow \leftrightarrow \downarrow \Rightarrow ((\text{subd} \rightarrow \text{corr} \rightarrow \text{contr}) \in \text{Gar}) \cdot \forall \mathcal{V} \rightarrow \leftrightarrow \downarrow \Rightarrow ((\text{subd} \rightarrow \text{corr} \rightarrow \text{contr}) \in \text{Prom}) \cdot \forall \mathcal{V} \rightarrow \leftrightarrow \downarrow \Rightarrow (\text{Rec}(\text{subd} \rightarrow \text{corr} \rightarrow \text{contr}))] \{f_o(y)\} \in [f_t(x)] \}$$

Donde f_d es la función de tercer orden del derecho fundamental. f_r es función relacional. f_o es función del objeto y f_t es función del titular.

La función relacional es la más compleja. Rec es reconocimiento. Res, respeto. Prot, protección. Gar, garantía. Prom, promoción. \cdot es y. \vee es disyunción incluyente. \forall disyunción excluyente. \rightarrow condición suficiente. \leftrightarrow identidad o bicondicionalidad. \downarrow doble negación. \Rightarrow condición necesaria. \in es atribución. expresa la relación diferencial entre la función relacional y las otras dos funciones del objeto y del titular. Subd es subderecho, corr es correlativo y contr es contrario.

Entre cada subconjunto de reconocimiento, respeto, protección, garantía, promoción, se precisan los conectores $\cdot \vee \forall \rightarrow \leftrightarrow \downarrow \Rightarrow$. Esto es así, porque a priori y formalmente, no es posible decir cuál es la relación que, en cada caso, tendrán entre sí. Son selecciones semánticas y pragmáticas las que determinan cuál es el conector que se actualizará. (Rec(subd \rightarrow corr \rightarrow contr)) se repite al final de la función relacional, para mostrar que esas relaciones se dan entre todos los subconjuntos.

VII. CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales tienen sujeto y objeto abstracto. Su estructura es similar a la de los derechos multilaterales de Hohfeld.
2. Los derechos fundamentales tienen número limitado y necesariamente menor al de las garantías que deriven de aquellos correctamente.
3. Los derechos fundamentales son diferentes a los subderechos o garantías que deriven de él correctamente. Crear subderechos o garantías **no** es crear nuevos derechos fundamentales.
4. La derivación correcta de los subderechos o garantías, depende de la argumentación jurídica racional que se emplee para el efecto. La mera positivación de algún subderecho o garantía, ya sea por actividad legislativa o jurisdiccional, es insuficiente para determinar la validez de dicha derivación: la sola decisión es mero ejercicio de poder y de imposición ideológica.
5. Los subderechos o garantías pueden derivar de más de un derecho fundamental.
6. Los subderechos o garantías no tienen la misma extensión abstracta y temporal de los derechos fundamentales, porque sus objetos sólo son análogos a los objetos de los derechos fundamentales y, además, son más contingentes que éstos.
7. Las pretensiones concretas implican una demanda de alguna prohibición o mandato

concretos, por tanto, las pretensiones que se hacen valer ante tribunales, siempre son postulaciones sobre subderechos o garantías que quieren sustentar o derivar de derechos fundamentales.

8. No toda pretensión puede dar pie a un subderecho o garantía.

9. Al no poderse confundir los subderechos o garantías con los derechos fundamentales y ser más contingentes que éstos, las posibilidades de variación o, incluso, de superación en o eliminación del sistema jurídico, son relativamente altas: que una pretensión alcance, por medio de una sentencia o de una decisión legislativa, el carácter de garantía o subderecho derivado de un derecho fundamental, no significa que vaya a considerarse para siempre y para todo individuo, como parte de un derecho fundamental. Esto explica los cambios legislativos sobre reglas que desarrollan derechos fundamentales, así como los cambios de criterios jurisprudenciales que con cierta frecuencia experimentamos (los códigos de procedimientos son garantías del debido proceso).

10. Todas las reglas específicas que implican mandato, prohibición o permisión respecto a una conducta más o menos concreta, **no** son derechos fundamentales, sino, en su caso, sólo pueden llegar a ser subderechos o garantías de éstos.

11. Al ser análogos los objetos de las garantías y subderechos a los derechos fundamentales, admiten distintos grados entre ellos, conforme tengan mayor similitud o no al objeto de los derechos fundamentales. Es decir, los sub-

derechos o garantías se pueden jerarquizar conforme se sustenten más o menos en derechos fundamentales. **No todas las garantías y subderechos valen lo mismo.**

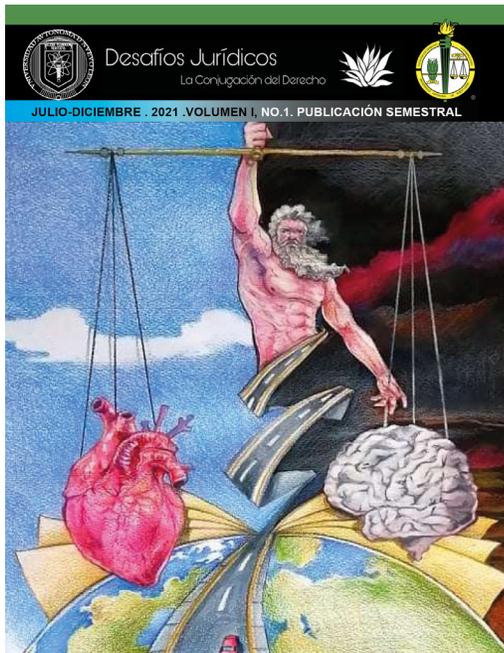
BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, et al., "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en Miguel Carbonell, et. al., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a ed., México, Porrúa / UNAM, 2001.
- , *Los Derechos Sociales como Derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
- , "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Miguel Carbonell et al., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa/UNAM, 2001.
- Alanís García, José Rogelio, *El derecho al reconocimiento de la personalidad. Su carácter tautológico y criterios racionales para su desarrollo*, tesis de maestría, México, Universidad Panamericana, 2013.
- , *La estructura sintáctica de los derechos fundamentales*, tesis de maestría, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2014.
- Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, 2ª. ed., Granada, Editorial Comares, 2010.
- , *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 607.
- Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- et. al., *Las Piezas del Derecho*, 2ª. ed., España, Ariel, España, 2004.
- Beuchot, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 2008.
- , 2014. "Hermenéutica, analogía y símbolo", Herder, 2ª. ed., México.

- Bolaños, Bernardo, *El contenido moral de las decisiones judiciales*, en Granja Castro Dulce María et al., coordinadoras, *Moral y Derecho. Doce ensayos filosóficos*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UAM, 2011, pp. 33-64.
- , "La estructura de las expectativas jurídicas", en Carbonell, compilador, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, IJ-UNAM, 2005, pp. 293-318.
- Brown, Spencer, *Laws of form*, Nueva York, The Julian Press, Inc., 1972.
- Chandler, Daniel, *Semiotics. The basics*, 2a. ed., New York, Taylor & Francis Group, 2007.
- Colomer, Eusebi, *El Pensamiento Alemán de Kant a Heidegger*, Barcelona, Herder, 1995, tres tomos.
- De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, México, UIA, 1998.
- Dulitzky, Ariel, *Alcance de las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos*, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, 2004.
- Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1978.
- Eco, Umberto, *Tratado de semiótica general*, trad. Carlos Manzano, México, Lumen, 2005.
- , *Semiótica y Filosofía del Lenguaje*, trad. Helena Lozano, México, Lumen, 1990.
- Ferrajoli, Luigi, 2014, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2014, pp. 259.
- , *Principia Iuris*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2011, tomo I, 952 pp.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 494.
- Frege, Gottlob, *Estudios sobre semántica*, trad. D U Moulines, Introducción de Jesús Mosterín, Barcelona, Ediciones Folio, 2002.
- Hart, H.L.A., *The concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2004.
- Hohfeld, W.N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*, New Haven, Yale University Press, 1923, 420 pp.
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. de Pedro Ribas, 8ª ed., España, Taurus, 1993.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 11ª ed., trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000.
- , *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., México, UNAM, 1958.
- Landa, César, "La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales", en Bazán, Víctor, et al.. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza Normativa de la Constitución*. Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad de Chile, 2010. Versión web http://www.kas.de/wf/doc/kas_23684-1522-4-30.pdf?110823001053, visitada por última vez el 12 de febrero de 2019.
- Laporta, Francisco, "El concepto de derechos humanos", en Doxa No. 4, 1987, pp. 23-46. Se puede consultar en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10896>.
- Luhmann, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución*, México, UIA, ITESO, Teoría Social, 2010, 344 pp.
- , *El derecho de la sociedad*, trad. Torres Nafarrate et al. México, UIA, ITESO, UNAM, IJ, Teoría Social, 2002.
- , *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Torres Nafarrate et al. Barcelona-México-Santa Fe de Bogotá, Anthropos, UIA, CEJA, 1998.
- Morris, Charles, *Fundamentos de la teoría de los signos*, trad. Rafael Grasa, Ediciones Paidós, Barcelona, 1985.
- Picard, Edmund, *El Derecho puro*, Madrid, Librería Guttenberg, 1911.

- Rastier, Francois, *Semántica Interpretativa*, México, siglo XXI, 2005.
- Rico Álvarez, Fausto et al, "Sobre la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones", en Adame Goddard, Jorge, *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México, UNAM, 2006.
- Rodríguez, Gabriela, "Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados", en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, 2004.
- Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 11ª ed., México, Porrúa, 2006, 4 tomos.
- Rosales Gramajo, et al., *Lógica Jurídica*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2010.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, t.I.
- Salmón, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, 2004, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>, visitada por última vez el doce de febrero de dos mil diecinueve.
- Sánchez Moreno, Manuel, "Enfoque de derechos humanos en el desarrollo. Aspectos teóricos y metodológicos", *Revista de Fomento Social*, Córdoba, número 261, volumen 66, enero-marzo 2011, pp. 39-71.
- Saussure, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, trad. Amado Alonso, Buenos Aires, Editorial Losada, 1945.
- Serrano, Sandra, et al., "Formulación de estándares internacionales: el desempaque de los derechos humanos", en Vázquez, Daniel Coord., *Metodología II*, México, Flacso, 2013.
- Von Wright, Henrik, Norm and Action, en <https://www.gifford-lectures.org/lectures/norm-and-action>, 1960, visitada por última vez el doce de febrero de dos mil diecinueve.
- Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logicus philosophicus*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Miguel Garza (Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C.)

Las graves consecuencias de la militarización de la seguridad ciudadana. pp. 108-125 Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Revista de temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana. Volumen 1, No. 1, julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología, editada en la Ciudad Universitaria, N.L., México. Con dirección en Cd. Universitaria, Av. De los Rectores s/n, San Nicolás de los Garza, N.L. C.P. 66451, Página electrónica de la revista: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Editora en jefe: Dra. Amalia Guillén Gaytán Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título Volumen 1, No. 1, juliodiciembre de 2021 ISSN: en trámite ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dra. Karina Soto Canales.

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho aborda temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, tiene como propósito constituirse en un foro de discusión académica que aborda la compleja, contradictoria y multicausal relación entre el derecho y la vida social. Desafíos Jurídicos se inscribe en el debate académico nacional e internacional en el ámbito de Derecho y su giro especial en las ciencias sociales e invita al análisis de diversas prácticas sociales y formas de organización y acción política desde una perspectiva multidisciplinaria que ponga énfasis en la defensa de los derechos y su aplicación. Los textos publicados incorporan métodos y problemas tratados desde el derecho, la sociología, la ciencia política, la economía, los estudios urbanos, la geografía, los estudios culturales, la antropología, la literatura y el feminismo, entre otros. Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del comité editorial.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización expresa de la revista.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: ING. ROGELIO GARZA RIVERA CASTRO

SECRETARIO GENERAL: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

PINTURA DE LA PORTADA: José Luis Rodríguez Alemán "La Racionalidad del Derecho" © 2021

Las graves consecuencias de la militarización de la seguridad ciudadana

The grave consequences of militarization of the citizen's security

Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021

Por: Miguel Garza*

*Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C.

Resumen. La militarización de la seguridad y la función policial en nuestro país es un fenómeno que tiene por lo menos 20 años, el texto pretende mostrar el impacto en términos del incremento de violaciones a los derechos humanos. El camino del actual Gobierno Federal ha consistido en aumentar el número de personal militar y de la marina por medio de la figura de la Guardia Nacional que solo en su diseño es civil, y podría iniciar su operación con militares por la falta de personal pero el proceso para consolidarla como una institución policial civil llevará muchos años de trabajo.

Palabras clave: Militarización, seguridad pública, función policial, guardia nacional, fuerzas armadas.

Abstract. The militarization of the security and public policy in our country is a 20 year-old phenomenon, this investigation attempts to demonstrate this impact in terms of the violations of the human rights. The strategy of the current government consists in increasing the number of the military and marine personnel represented by figure of the National Guard which is civil only in its design, and it could initiate its operation with military personnel due to the lack of manpower, however, its consolidation as an institution of civil police will take many years of efforts.

Key words: Militarization, public security, police function, national guard, armed force.



INTRODUCCIÓN

En el siguiente texto abordaré las consecuencias de militarizar la seguridad y la función policial. Desde hace por lo menos 3 sexenios las fuerzas militares fueron desplegadas en el territorio mexicano bajo el supuesto de que las policías municipales y estatales requerían consolidarse como instituciones con la capacidad de combatir en especial al cada vez más creciente fenómeno del crimen organizado, así, poco a poco también se fueron incorporando mandos de extracción militar (en activo o en retiro) para dirigir instituciones de seguridad municipales o estatales. En los párrafos que siguen se muestran algunos de los terribles efectos que ha tenido esta serie de decisiones.

ALGUNOS ANTECEDENTES

En el libro de Wilbert Torre, *Narcoleaks. La alianza México – Estados Unidos en la guerra contra el crimen organizado*, se describe con gran detalle la colaboración del Departamento de Defensa de los Estados Unidos con las fuerzas armadas mexicanas durante la administración del ex presidente Felipe Calderón (2006-2012). El autor se refiere a la capacitación e intercambio de información en materia de inteligencia para coordinar operaciones estratégicas contra importantes líderes del crimen organizado: el acuerdo en aquellos años permitió el uso de tecnología de punta para realizar sofisticadas operaciones para reaccionar contra grupos delictivos. La militarización del país se establecía con gran fuerza y llegaba para no irse en un buen rato.

En la administración del ex presidente Enrique Peña Nieto (2012-2018), las fuerzas armadas

permanecieron desplegadas en el país, hasta llegar a tener presencia en por lo menos 28 estados y el número de efectivos en las calles ya era cerca de los 54,980.¹

Los fallidos resultados de esta estrategia de militarización de la seguridad pública durante esos doce años han sido documentados ampliamente por organizaciones nacionales e internacionales. Para las elecciones de 2018 era claro para muchas mexicanas y mexicanos que algo debía cambiar en la estrategia de seguridad. Es por ello que, cuando el Gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador anunció que su estrategia para mejorar los niveles de seguridad tendría dentro de sus componentes clave la creación de la Guardia Nacional² - un cuerpo que aunque en el papel es de naturaleza civil, sería conformado en el momento de su creación por las divisiones de la Policía Militar del Ejército Mexicano y la Policía Naval de la Marina Armada de México- provocó gran desconcierto en quienes suponían que el presidente retiraría a los militares de la lucha contra el crimen. El 27 de mayo de 2019, se publicó la Ley de la Guardia Nacional³, donde se establece que este cuerpo de seguridad tiene como funciones principales: la prevención de faltas y delitos, salvaguardar la integridad de las per-

¹ Ver nota completa en el enlace: <https://lasillarota.com/nacion/amlo-despliega-mas-militares-que-e-pn-y-calderon-andres-manuel-lopez-obrador-presidente/317636>.

² Ver nota completa en el enlace: <https://www.efe.com/efe/usa/mexico/obrador-anuncia-creacion-de-guardia-nacional-para-combatir-la-violencia/50000100-3813406>

³ Se puede consultar una versión completa de la Ley de la Guardia Nacional en el enlace: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5561285&fecha=27/05/2019

sonas y su patrimonio, garantizar, mantener y restablecer el orden y la paz social, informar a la persona al momento de su detención sobre sus derechos, poner a disposición de las autoridades competentes a las personas detenidas, realizar el registro de la detención y preservar el lugar de los hechos, entre otras. Es decir, realizar las funciones de primer respondiente que realizan todos los días las policías municipales y estatales.

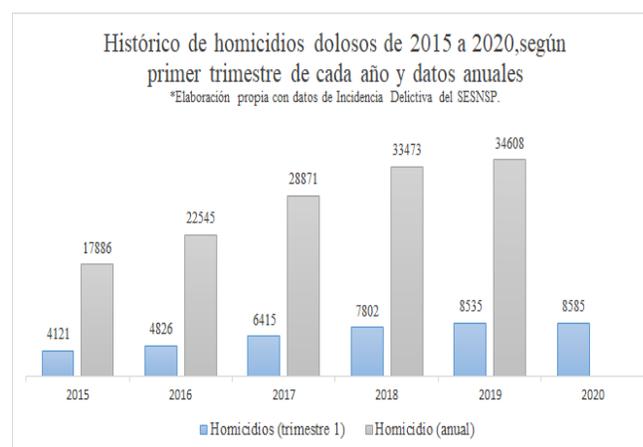
Unos meses antes de esto, en el decreto publicado el 26 de marzo de 2019 con el que se modificó la Constitución y se establecieron las características de la Guardia Nacional, también se incluyó un artículo transitorio, el ya famoso “Quinto transitorio”, que señala que “durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto, en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial, el Presidente de la República podrá disponer de la Fuerza Armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria”.

Y ese día tenía que llegar. El pasado 11 de mayo de 2020, fue publicado en el DOF el Acuerdo por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública.

El argumento posiblemente más contundente, refiere que la presencia de los militares se requiere, ya que las instituciones policiales no se encuentran preparadas ni son lo suficientemente sólidas como para enfrentar la dimensión del problema criminal. Pero, si esa es la lógica, entonces a partir de la presencia de las fuerzas armadas, ¿cuáles son los resultados?

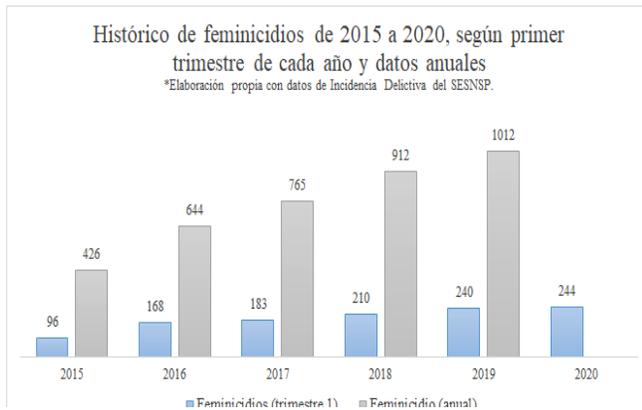
ALGUNOS DATOS

En los datos que presenta el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP)⁴, podemos observar, por ejemplo, que en el primer trimestre de 2020 los casos de homicidios dolosos se han duplicado con respecto al mismo periodo de 2015, así como los feminicidios que se duplicaron también entre 2015 y 2019. No sólo las cifras de homicidio se incrementan cada año, la prevalencia delictiva en los hogares ha estado por encima del 30% desde 2012, según los datos de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre la Seguridad Pública (ENVIPE) 2019.⁵



⁴ En el portal del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública es publicado cada día 20 del mes en curso una actualización que da seguimiento por medio de carpetas de investigación que las fiscalías de los estados y la general de la república reportan a dicha instancia: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005>

⁵ La encuesta nacional de victimización y percepción es publicada en México por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía cada año, los resultados se pueden consultar en el enlace: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf



Pero veamos, con detalle, ¿qué implica el hecho de que las Fuerzas Armadas participen en el circuito del sistema penal como Primer Respondiente?

Desde al año 2016, las Fuerzas Armadas impulsaron una inédita legislación conocida como Ley de Seguridad Interior⁶. Uno de los principales objetivos de dicha legislación sería regular la posibilidad de que los militares y marinos actuaran como primer respondiente⁷, situación que por aquellos días era una demanda incluso de los propios mandos militares.

El entonces Secretario de Seguridad y Protección Ciudadana, Alfonso Durazo, señaló que el recién publicado decreto tiene como finalidad facultar a las fuerzas armadas para

funcionar como “primer respondiente”⁸. Y aquí surge, entre muchas otras, una pregunta. En el caso de que, efectivamente, la Guardia Nacional esté bajo las órdenes de la SSPC, como se establece en la estructura orgánica de la institución, ¿será el Secretario quien instruya a los soldados y marinos para que actúen? Justo en este punto se pone en entredicho la palabra “subordinada”, criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora veamos, ¿qué significa ser “primer respondiente”? Se refiere a que, ante la comisión de un delito, los militares y marinos deberán ejecutar las acciones que se refieren en el Protocolo Nacional de Primer Respondiente⁹ y, si es el caso, realizar detenciones de personas para presentarlas ante el Ministerio Público porque, aunque usted no lo crea, a pesar de los años y a que las Fuerzas Armadas se encuentren desplegadas en por lo menos 28 estados del país, ser primer respondiente es una actividad que prácticamente no realizan. Por el contrario, se siguen haciendo acompañar de un policía local (estatal o municipal) que realice la puesta a disposición, es decir la documentación que incluye, por ejemplo, el Informe Policial Homologado que, a pesar de que es elaborado por miembros de las fuerzas armadas, en la práctica es firmado por algún agente policial que, en muchos de los

⁶ Para consultar el documento completo ver el siguiente enlace:

<https://nuso.org/articulo/mexico-los-militares-en-tiempos-de-cambio/>

⁷ La nota que se muestra en el enlace describe la situación que ocurría en aquellos días con respecto a la posibilidad de que el Ejército y la Marina realizarán una detención e hicieron las funciones de primer respondiente y pusieran a disposición del Agente del Ministerio Público Investigador a las personas: <https://www.milenio.com/policial/limitan-facultades-de-militares-para-llevar-a-detenido-ante-el-mp>

⁸ En la nota es posible leer que la intención del decreto es que las fuerzas armadas realicen funciones de primer respondiente: http://puentelibre.mx/noticia/ejercito_en_las_calles_primer_respondiente_bajo_la_guardia_nacional_alfonso_durazo/

⁹ Se puede consultar el Protocolo Nacional de Primer Respondiente en el siguiente enlace: <https://www.gob.mx/sesnsp/documentos/protocolo-nacional-de-actuacion-primer-respondiente-160551>

casos, ni siquiera participó en los hechos que dieron lugar a la detención.

Pero, ¿cuál es la consecuencia?, una vez que el fiscal que va a recibir a la persona detenida empieza a realizar preguntas al agente y se da cuenta que él no participó directamente en lo relatado en el informe, lo usual es que decreta la libertad inmediata de la persona presentada. De hecho, precisamente por esta razón, un gran número de detenciones no llega a presentarse ante el juez de control.

Otra razón para preocuparse es el tiempo que tardan en la puesta a disposición. Si bien las instituciones policiales en muchos lugares del país llevan a las personas detenidas a un cuartel o jefatura en donde realizan la documentación necesaria para la presentación ante el MP, el Ejército y la Marina han tenido comportamientos muy delicados en este sentido, ya que trasladan a la persona detenida a una instalación militar antes de llevarla a la sede ministerial, lo que supone un riesgo mucho más alto y aumenta la posibilidad de que las personas sufran actos de tortura que podrían ir desde golpes, asfixia, descargas eléctricas, hasta otras violaciones graves a derechos humanos.¹⁰

Los datos muestran que las cifras de impunidad (98%) no han mejorado a lo largo de los años y el proceso penal frecuentemente

¹⁰ En el estudio Monitor de Fuerza Letal se ha documentado un mayor índice de letalidad, así como de modalidades de tortura por parte de integrantes de las fuerzas armadas: http://www.monitorfuerzaletal.com/uploads/studies/militarizacion-y-uso-de-la-fuerza-durante-y-despues-de-la-detencion-sobre-la-poblacion-privada-de-la-libertad-en-mexico_1565802836.pdf

depende de la actuación apegada a derecho del primer respondiente. Al respecto, Amnistía Internacional documentó hace poco más de un par de años, el impacto en materia de impunidad a causa de arrestos y detenciones arbitrarias¹¹

Si la estrategia no cambia, los resultados no cambian. Y, por desgracia, todo indica que la estrategia no ha cambiado.

A todo lo anterior, se suman otras preocupaciones como ¿quién supervisa las labores de las Fuerzas Armadas? ¿Será posible que realicen las tareas de seguridad con apego a DDHH? ¿Ante quién rendirán cuentas los soldados que incumplan las normas y que consecuencias disciplinarias habrá? Es decir, ¿cómo fiscalizar la actuación de las fuerzas armadas?

El 12 de abril de 2019, el Presidente Andrés Manuel López Obrador se refirió a la Guardia Nacional y afirmó que no se violarían los derechos humanos en materia de seguridad, habrá un giro en el funcionamiento de las fuerzas armadas para que “*nos ayuden con su profesionalismo, su honestidad, para enfrentar la inseguridad y la violencia, sin violar derechos humanos. Vamos a garantizar al mismo tiempo la seguridad y la vida*”.¹²

En el artículo 4 de la Ley General de la Guardia Nacional se lee: *La Guardia Nacional es una institución policial, armada, civil, discipli-*

¹¹ Ver documento completo en el siguiente enlace: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4153402017SPANISH.PDF>

¹² Ver la nota completa en <https://lajornadasanluis.com.mx/nacional/no-se-violaran-los-dh-con-la-guardia-nacional-garantiza-amlo/>

nada, profesional y permanente, con autonomía técnica, operativa y de mando. Estará adscrita, con carácter de órgano administrativo desconcentrado, a la Secretaría cuyo titular ejercerá el mando originario.

Si la política de seguridad del Gobierno Federal considera como uno de sus principales ejes la creación de una nueva institución policial civil que tendrá a su cargo la atención de delitos del fuero común y del fuero federal en todo el territorio nacional, propongo analizar algunos datos que permitan visualizar un panorama para los próximos años en materia de posibles violaciones graves a los derechos humanos, y es que la función policial por su propia naturaleza es proclive a que se comenten algunos actos arbitrarios por agentes que representan al estado y cuyas facultades permiten el uso de la fuerza. Y aquí algunas preguntas que podemos abordar en este texto:

¿Qué ha pasado por lo menos durante los últimos años con la participación de los militares y marinos haciéndose cargo de la seguridad pública?

¿Han aumentado las violaciones a derechos humanos a partir de que se aumenta el estado de fuerza de militares y marinos en el espacio público?

¿Es posible que la Guardia Nacional opere como un cuerpo de naturaleza civil mientras la conducción de dicha institución depende de un General en activo con adscripción en la Secretaría de la Defensa Nacional?

¿Si la función policial en el contexto mexicano facilita la comisión de violaciones

a los derechos humanos, esto se potencializa cuando se trata de militares y marinos?

¿Existen controles democráticos para la operación de la Guardia Nacional?

Algunas de las interrogantes se irán definiendo con el paso de los meses de trabajo de la recién creada Guardia Nacional, pero hay algunos antecedentes que muestran algunos resultados de la militarización de la seguridad pública y del funcionamiento de instituciones policiales que no cuentan con mecanismos de control democrático que garanticen la rendición de cuentas.

LA FUNCIÓN POLICIAL Y LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

En el mes de julio de 2018 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos publicó la cartilla “Principales derechos y deberes de las y los elementos policiales en el ejercicio de sus funciones”, con respecto a las obligaciones de las policías menciona:

1. Desempeñar sus funciones bajo los principios de legalidad, disciplina, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad y respeto a los derechos humanos y sus garantías, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, así como de los instrumentos internacionales en la materia.
2. Servir con respeto, diligencia y honor a la sociedad, salvaguardar la vida e integridad física, así como los bienes de las personas, permitiendo el libre ejercicio de sus

- derechos, preservando el orden y la paz pública.
3. Prestar al auxilio que le sea posible a quienes estén amenazadas (os) de un peligro personal y, en su caso, solicitar los servicios médicos de urgencia cuando dichas personas se encuentren heridas o gravemente enfermas, así como dar aviso a sus familiares o personas conocidas de tal circunstancia.
 4. En los casos de detenciones de delitos cometidos en flagrancia, presentar inmediatamente ante el Ministerio Público a quienes son presuntos (as) responsables.
 5. Abstenerse de realizar la detención de personas sin cumplir con los requisitos constitucionales y legales previstos para ello.
 6. Desempeñar con honradez, responsabilidad y veracidad el servicio encomendado, debiendo abstenerse de todo acto de corrupción, sin solicitar ni aceptar compensaciones, pagos o gratificaciones distintas a las previstas legalmente.
 7. Prevenir la comisión de delito y faltas administrativas que determinen las leyes.
 8. Abstenerse de cometer actos de agresión física o verbal, intimidación o cualquier otro que lesione la dignidad de las personas.
 9. Al momento de la detención de una persona, informarle a ésta sobre los derechos que en su favor establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 10. Usar el equipo a su cargo con el debido cuidado y prudencia en el cumplimiento de su deber, destinándolo exclusivamente al desempeño de sus funciones.
 11. No utilizar su credencial o uniforme para obtener privilegios personales.
 12. Usar en todo momento la persuasión verbal antes de emplear la fuerza y las armas.
 13. En toda detención debe conducirse dentro del marco de la legalidad y el respeto a los derechos humanos, así como velar por la vida, la dignidad, y la integridad física, psicológica y patrimonial del detenido y de la víctima.
 14. Abstenerse de infligir, tolerar o permitir actos de tortura u otros tratos o sanciones crueles, inhumanos o degradantes a aquellas personas que se encuentren bajo su custodia.
- En las instituciones de seguridad, la situación se complica porque no basta con solicitar que las y los agentes sujeten su actuación a un código de comportamiento que difícilmente es viable cuando los propios derechos de los integrantes de la policía no son respetados, con frecuencia los horarios de trabajo exceden por mucho los que establece una jornada de la ley federal del trabajo, la capacitación pocas veces ocurre en horario de servicio, etc.
- Una violación a los derechos humanos se da cuando el Estado, en cualquiera de sus niveles (federal, estatal o municipal) y poderes (ejecutivo, legislativo o judicial) incumple sus obligaciones de¹³ (Centro ProDH, 2018):
- ✓ Respetar, el Estado debe realizar acciones que permitan el disfrute de los derechos humanos y omitir acciones que los impidan.
 - ✓ Proteger, el Estado debe prevenir, cuidar y evitar que se violen derechos.

¹³ Centro de derechos humanos Miguel Agustín Pro Juárez. (2018). Manual sobre documentación de violaciones a los derechos humanos. México: Área de educación del Centro de derechos humanos Miguel Agustín Pro Juárez.

✓ Garantizar, el Estado debe prever mecanismos de justicia (verdad, reparación y medidas de no repetición) cuando se cometa alguna violación.

✓ Promover, dar a conocer los derechos que tenemos de una manera culturalmente adecuada a todas y a todos.

Las violaciones a derechos humanos se presentan principalmente cuando funcionarios o funcionarias, servidores públicos o autoridades gubernamentales vulneran los derechos de personas, comunidades, grupo y/o colectivos.

Algunas de las violaciones más graves cometidas por agentes del estado son: detenciones arbitrarias, tortura, trato cruel, inhumano y degradante, desaparición forzada, privación de la vida y ejecución arbitraria, sumaria o extrajudicial.

De acuerdo con cifras presentadas en el Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de Justicia Transicional en México publicado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y el Centro de Investigación de Docencia Económicas (CIDE), el total de quejas presentadas ante la CNDH por autoridad en el periodo que comprende el año 2006 a 2018¹⁴ la Secretaría de la Defensa Nacional tuvo 8791 quejas que representaron el 29% del total, seguida de la Policía Federal con un total de 6074 quejas que significaron una de cada cinco (20%) quejas presentadas en la CNDH en dicho perio-

¹⁴ Cifra total de quejas que comprende detención arbitraria, tortura, trato cruel, inhumano y degradante, desaparición forzada, privación de la vida y ejecución extrajudicial por autoridad.

do. En el caso de la Secretaría de Marina, se registraron 3220 quejas, lo que representó el 11% del total.

De acuerdo a los datos referidos, el Ejército y la Policía Federal (ahora Guardia Nacional) presentaron un preocupante incremento en el número de quejas presentadas ante la CNDH. Una de las razones del incremento de las quejas contra el Ejército obedece al aumento en el número de efectivos destinados a tareas de combate al crimen organizado y más recientemente a tareas de seguridad pública, en algunos lugares del país como Sinaloa, se volvió común ver soldados que abordan patrullas de policías municipales haciendo vigilancia que normalmente realizaba la policía local. Algunas expresiones de violencia grave cometida por agentes del Estado encargados de tareas de seguridad, militares, marinos y policías se exponen a continuación.

LAS DETENCIONES ARBITRARIAS

De acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales la policía puede detener a una persona bajo los siguientes supuestos:

1. La persona es sorprendida cometiendo un hecho delictivo (flagrancia)
2. La policía inicia una persecución de la persona de forma ininterrumpida porque tiene conocimiento de que cometió un hecho delictivo (flagrancia)
3. Una persona que vio los hechos y señala a la persona para que la policía la detenga (flagrancia)
4. La policía cuenta con una orden de aprehensión que emitió un juez penal
5. Y en el caso urgente en el que un fiscal emite la orden de aprehensión bajo el su-

puesto de que no es posible solicitarla al juez y podría evitarse que se evada de la acción de la justicia

Ante la puesta en marcha de un sistema penal acusatorio en donde el eje principal es la presunción de inocencia, la policía mexicana tiene ahora un gran problema, debe acreditar ante las fiscalías que ha detenido a las personas bajo el supuesto de flagrancia y si bien la mayoría de los arrestos que llegan a judicializarse corresponden a esta modalidad, en un gran número de casos no logran demostrar su legalidad ante fiscales y jueces que califican la detención. Las razones pueden ser desde el diseño de operativos policiales tipo retén o revisión aleatoria, no hay parte acusadora, la historia de los agentes que realizan la puesta a disposición no coincide con los hechos que relatan, y hasta la dificultad para realizar el informe policial homologado y la prontitud con que la persona es presentada ante la autoridad ministerial que en muchas ocasiones excede por mucho un plazo razonable.

Los arrestos en supuesta flagrancia han servido particularmente para legitimar la actuación de las autoridades, ya que transmiten la imagen de que la policía está realizando un trabajo eficaz de combate al delito (Amnistía Internacional, 2017), una consecuencia ante la necesidad de las instituciones de seguridad por mostrar resultados, pasan por prácticas de simulación de flagrancia, siembra de evidencia y pasar por alto algunos requerimientos legales.

Por lo menos hay dos ópticas para visualizar el problema, el hecho de por sí grave de que se cometen violaciones a los derechos humanos

de las personas detenidas, y la consecuencia en el proceso penal que se traduce en causas penales que no prosperan, la policía no ha sabido llevar ante la justicia a personas que incluso hay certeza de que han cometido un delito, una serie de errores de procedimiento policial impiden con frecuencia la judicialización de los casos.

LA TORTURA.

Uno de los casos más sensibles en nuestro país es la desaparición de los 43 estudiantes de la Escuela Normal Isidro Burgos de Ayotzinapa, en un fragmento de la información recopilada por la periodista de investigación Anabel Hernández se puede leer “Está tendido boca abajo y aún no comprende lo que le espera. Los minutos se hacen eternos, en cada tictac hay un nuevo dolor. Lo voltean boca arriba. Su cuerpo es una marioneta que los agentes manipulan como les place. Uno lo jala de los brazos con dirección a la cabeza para que su espalda quede pegada al piso, otro se sienta sobre su estómago y le pone una bolsa de plástico en la cabeza, mientras otro se sienta sobre sus piernas para inmovilizarlo por completo hasta que pierde el conocimiento...” (Cacho, et al., 2016). El testimonio describe con horribles detalles la tortura que dijo haber sufrido uno de los principales imputados por el crimen de la desaparición de los estudiantes, de acuerdo con su declaración lo hicieron firmar que era el líder de la organización Guerreros Unidos y las lesiones las corrobora un dictamen pericial.

Y al parecer la tortura es una práctica recurrente en las instituciones de seguridad ante la incapacidad técnica para realizar investiga-

ción criminal e incluso en ocasiones simplemente como “castigo” a las personas detenidas por haberse “portado mal”,

La tortura es el medio por excelencia que la policía mexicana utiliza para recopilar más información de un caso y de nuevo además de tratarse de violaciones graves a los derechos humanos, el proceso penal se ve impactado de forma negativa para lograr sentenciar a personas que posiblemente si participaron en hechos delictivos.

LAS EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES.

Una ejecución extrajudicial se produce cuando una autoridad pública priva arbitrariamente o deliberadamente de la vida a un ser humano, en circunstancias que no corresponden al uso legítimo de la fuerza (CNDH, 2016).

Algunos casos de privación del derecho a la vida por parte de agentes del estado y que son sin duda, emblemáticos de este tipo de violaciones graves, son los ocurridos en Tanhuato, Michoacán y en Tlatlaya, Estado de México, este último por cierto perpetrado por integrantes del Ejército Mexicano.

En el caso de Tanhuato ocurrido en 2015, la CNDH logró acreditar que integrantes de la Policía Federal que participaron en un operativo para detener a supuestos miembros del Cártel de Jalisco, cometieron violaciones al derecho a la vida por el uso excesivo de la fuerza que derivó en la ejecución arbitraria de 22 personas entre otras graves violaciones a los derechos humanos. De los hechos documentados por la Comisión, es posible verificar que los agentes de la Policía Federal llevaron

a cabo actos de venganza contra los que dijeron eran los sicarios responsables de haber derribado un helicóptero de las fuerzas federales apenas unos días atrás. ¿Cómo es que un agente del estado, responsable de garantizar la integridad física incluso de las personas que detiene, comete un acto de venganza?, ¿Qué lleva a los policías mexicanos a tener este tipo de comportamiento?, y aquí cabe recordar las palabras del Jefe de la Policía de Torreón en el año 2011, “¿para qué interrogarlo?, que le vaya a decir a San Pedro lo que hizo”¹⁵, por cierto, dicho mando policial tiene un origen castrense y después de dirigir la policía en Torreón recibió la encomienda de la Seguridad Pública en Quintana Roo en donde continuó su carrera como titular en una institución policial.

En el caso de Tlatlaya, Estado de México ocurrido en 2014, la madrugada del 30 de julio de 2014 ocurrió un enfrentamiento entre civiles y elementos del 102 Batallón de Infantería del Ejército. Murieron 22 personas y un soldado resultó con graves heridas, aunque inicialmente los hechos se presentaron como una acción exitosa de la Sedena que incluso fue aplaudida por el Gobernador del Estado de México, trabajos periodísticos, revelaron que habían ocurrido ejecuciones extrajudiciales, lo que se corroboró con el testimonio de sobrevivientes (Centro ProDH, 2017).

La CNDH reconoció entre 12 y 15 víctimas de ejecución arbitraria y la PGR ejerció acción penal contra 7 militares por el homicidio de 8 personas. Tres sobrevivientes fueron víctimas

¹⁵ Para revisar la nota completa de las declaraciones del general ver el enlace <https://www.jornada.com.mx/2011/03/13/politica/007n1pol>

de tortura, malos tratos e intimidación para auto inculparse de integrar una organización delictiva y para que no hablaran de lo que vieron. El Centro de derechos humanos Miguel Agustín Pro Juárez reveló que la unidad castrense involucrada en los hechos había recibido la orden de “abatir delincuentes en horas de oscuridad”.

El caso resulta en un hito para el seguimiento de las posibles violaciones a los derechos humanos derivadas de la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública, el documento que el Centro Pro mostró corrobora lo que hasta ese momento era una fuerte sospecha, la respuesta de los integrantes de las fuerza armadas contra grupos criminales tiene “permiso” por parte de sus titulares para tener una actuación mucho más violenta que la respuesta de instituciones policiales.

LA DESAPARICIÓN FORZADA.

En el marco de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, se entiende por desaparición forzada “el arresto, detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley” (Mastrogiovanni, 2014).

Posiblemente la expresión más lamentable y devastadora se puede encontrar en los rostros de los familiares de personas desapare-

cidas, no saben si su familiar sigue con vida o si ya falleció, no saben si está sufriendo y solo tienen la certeza de que en los hechos participaron agentes del estado, militares, marinos o policías.

En los últimos años las desapariciones de acuerdo con datos del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas (RNPED) pasó de 647 casos en 2007 a 4732 casos en el año 2016, actualmente según datos reportados por el propio Alejandro Encinas, Subsecretario de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, el pasado mes de marzo de 2019, declaró que el Gobierno heredó 40mil personas desaparecidas¹⁶, muchas de esas desapariciones pueden catalogarse como desapariciones forzadas, a continuación algunos casos emblemáticos en la que han participado agentes del estado:

- Nuevo León, en el año 2013, elementos de la Marina detuvieron a un hombre de 33 años, su padre presenció los hechos y luego llegó hasta el campamento de la Marina, enfrentó al capitán que participó en la detención, quién primero dijo que lo había detenido para interrogarlo y luego negó haberlo detenido, a los dos meses fue encontrado muerto. Por el hecho fueron procesados el capitán y 4 subalternos hasta el 2016 (Centro ProDH, 2017).
- Veracruz, en el año 2016, elementos del Ejército detuvieron a un hombre de 29 años, 24 horas después su camioneta apareció quemada y unos días después su

¹⁶ Para ver la nota completa revisar el enlace: <https://www.elsolde-mexico.com.mx/mexico/justicia/gobierno-heredo-40-mil-desaparecidos-asegura-alejandro-encinas-3226515.html>

cuerpo sin vida fue encontrado con signos de tortura, los hechos no han sido esclarecidos (Centro ProDH, 2017).

- Guerrero, en el año 2014, ocurre la desaparición forzada de 43 estudiantes de la Normal Rural Isidro Burgos de Ayotzinapa, entre los hechos más relevantes del caso se encuentran una serie de videos que muestran el traslado de los jóvenes en patrullas de la policía municipal, y hasta la fecha no se ha aclarado cual fue la participación en el suceso de la Policía Federal y del Ejército (Reveles, 2015).
- Morelos y Guerrero, en el año 2011, el joven Alan es privado de la libertad por un comando armando en una cancha de fútbol en Cuernavaca, luego de la desaparición el joven es encontrado por agentes de la Policía Municipal de Chilpancingo mientras escapaba de una casa de seguridad, los agentes lo trasladan a las instalaciones del Ministerio Público en Guerrero y de ahí Alan llama a sus padres, cuando ellos llegan a recogerlo, unas 3 horas después, el joven ya no está, según su abogado hay evidencia suficiente en el caso que demuestra que el propio agente del Ministerio Público entrego nuevamente al muchacho a miembros del crimen organizado. Finalmente, el cuerpo de Alan fue encontrado en una fosa clandestina en la carretera Zumpango – Iguala (Mastrogiovanni, 2014).

En cada una de las modalidades de violaciones graves a los derechos humanos con la participación de quién tiene la tarea de proteger a las personas, se puede verificar el impacto en las familias, en las comunidades, en las personas que fueron testigos y en quienes

han documentado casos similares, la sensación es de desesperanza, de derrota, de terror, de indignación y de frustración.

Los datos son contundentes, por varias fuentes es posible afirmar, en la medida que se ha aumentado la participación de militares y marinos, ya sea como mandos en instituciones policiales o bien como fuerzas armadas desplegadas en las localidades, se incrementa notablemente el número de violaciones graves a los derechos humanos.

El futuro no es alentador en la medida de que la Guardia Nacional sea controlada y comandada por altos mandos militares y desde la Secretaría de la Defensa Nacional, es importante garantizar su naturaleza civil y desprenderla lo más pronto que se pueda del estilo militar y sustituirlo por uno civil de gerencia policial.

El pasado 11 de mayo del 2020, se publicó el Acuerdo en que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria¹⁷.

El Acuerdo instruye al *Secretario de Seguridad y Protección Ciudadana para coordinarse con los secretarios de Defensa Nacional y de Marina para definir la forma en que las actividades de la Fuerza Armada permanente complementarían la función de la Guardia Nacional*, es decir que, aunque deben ejecutar tareas de seguridad pública como primer

¹⁷ Para revisar completo el acuerdo revisar el siguiente enlace: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593105&fecha=11/05/2020

respondiente, las fuerzas armadas no están subordinadas a las autoridades civiles. Adicionalmente, el Acuerdo establece que *las tareas que realice la Fuerza Armada permanente en cumplimiento del presente instrumento, estarán bajo la supervisión y control del órgano interno de control de la dependencia que corresponda*, en otras palabras, se supervisarán ellos mismos. En mi opinión, si las funciones que van a suplir las Fuerzas Armadas son las policiales, debemos hablar de la supervisión en la policía.

El órgano interno de control en las instituciones de seguridad, con frecuencia se denomina también Asuntos Internos, Inspectoría General y/o Supervisión General, y hace referencia a un área que recibe, investiga e integra expedientes con el objetivo de probar si se ha cometido una conducta desviada de la norma por una de las personas que son parte de la institución.

Además de las estrategias de control al interior de las instituciones, existe también una figura que ha demostrado que es posible mejorar los niveles de legitimidad y confianza en la policía: los mecanismos de supervisión civil, que son organismos externos a la institución que realizan procesos de control democrático de su actuación y además, revisan y sugieren por ejemplo, modificación a planes de formación. De acuerdo con datos de la Asociación Nacional de Supervisión Civil de la Policía (NACOLE), existen más de 144 mecanismos de supervisión civil en los Estados Unidos¹⁸. Los

primeros esfuerzos iniciaron entre los años de 1920 y 1960 y se lograron implementar algunos sistemas de revisión de quejas contra la policía; entre 1970 y 1980 surgen los primeros modelos de supervisión que investigan casos de abuso policial, y a partir de 1990, existen varias figuras que incorporan la recepción de quejas, la investigación de casos y la revisión de procesos institucionales.

Ahora bien, en un país con una cultura altamente punitiva, como México, donde la confianza a las policías municipales está por debajo del 40% y el 67.9% considera que esta autoridad es corrupta, sólo por debajo de la policía de tránsito con 76.6% según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2019 de INEGI¹⁹ y donde la política de seguridad pública que emana desde el gobierno federal sigue promoviendo que sean las Fuerzas Armadas quienes se hagan cargo de la seguridad pública, ¿por qué es tan importante hablar de supervisión civil?

La supervisión civil tiene por objetivo mejorar la confianza en las instituciones encargadas de la aplicación de la ley, asegurar mecanismos accesibles para presentar quejas en su contra, promover investigaciones justas, incrementar la transparencia y disminuir las conductas indebidas.

Se pueden identificar, al menos, tres tipos de mecanismos de supervisión civil de las instancias de seguridad:

¹⁸ Para consultar el documento completo se puede ver el siguiente enlace: [https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/nacole/pages/161/attachments/original/1481727974/NACOLE_AccessingtheEviden-](https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/nacole/pages/161/attachments/original/1481727974/NACOLE_AccessingtheEvidence_Final.pdf?1481727974)

[ce_Final.pdf?1481727974](https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/nacole/pages/161/attachments/original/1481727974/NACOLE_AccessingtheEvidence_Final.pdf?1481727974)

¹⁹ En el siguiente enlace es posible conocer los resultados de la encuesta <https://www.inegi.org.mx/temas/percepciondes/>

- Enfocados a la investigación de casos. Imaginen ustedes una instancia independiente integrada por personas especialistas, acompañando la investigación de casos de mala conducta que puede verificar que el proceso de investigación y sanción haya ocurrido bajo parámetros de justicia para las partes.
- Enfocados en la revisión de procesos. Imaginen ahora una instancia independiente que colabora en la revisión de procedimientos policiales constantemente para contribuir a que se desarrollen y adecuen de forma permanente en beneficio de los derechos humanos de todas las personas y el incremento de la eficiencia de la función policial.
- Enfocados en monitorear y auditar procedimientos, programas de entrenamiento. Imaginen, por último, una instancia independiente que hace seguimiento y auditoría de los procesos y sugiere modificaciones a los programas de capacitación que resulten fundados en evidencia.
- La Ley Nacional para el Uso de la Fuerza, deberá contar un reglamento y un protocolo que permitan establecer a los integrantes de la Guardia Nacional el equipamiento necesario y el procedimiento paso a paso para hacer uso de la fuerza.
- Procesos de aprendizaje al interior de la Guardia Nacional, por ejemplo retroalimentación entre la escuela encargada de formar a los nuevos agentes de la guardia y los comandantes que tienen a su cargo la operación.
- Desarrollar un sistema de alerta temprana. En la medida que la Guardia Nacional logre establecer un mecanismo de control interno de la actuación policial que tenga un funcionamiento preventivo y no solo reactivo y de represión de la mala conducta, estará en posibilidad de evitar un mayor número de violaciones graves a los derechos humanos que de acuerdo a la experiencia internacional pueden ser detectadas con antelación por medio de mecanismos oportunos que alertan desviaciones leves a las normas.

La Guardia Nacional debería contar con controles democráticos, por ejemplo:

- Mecanismo de supervisión civil. Instancia externa e independiente que garantiza entre otras cosas que su proceso de responsabilización (o proceso disciplinario) no tenga espacio para la discrecionalidad.
- Además del registro de detención que ahora se establece de acuerdo a una de las leyes secundarias de la Guardia Nacional, sería muy importante desarrollar un sistema que permita el acceso a un abogado desde los primeros momentos de la detención.

Las instancias policiales son civiles e idealmente sus agentes han sido debidamente capacitados durante años para el trato con civiles en problemas civiles. Las Fuerzas Armadas, en cambio, tienen formación castrense y su deber es acatar órdenes en contextos bélicos de alto riesgo. Adicionalmente, las instancias policiales han abierto espacios de diálogo con la ciudadanía que nos permite saber cómo operan (unas más y otras menos), los juicios a los que deben someterse en caso de abuso policial son civiles y la información es pública. En contraste, las Fuerzas Armadas son altamente herméticas y suelen postergar

(a veces por años) las explicaciones sobre su actuar, muchas veces escudándose en que son asuntos de seguridad nacional, pero, si son llamados a cumplir con deberes de seguridad pública y como primer respondiente, deberíamos poder saber cómo es que operan, deberían tener registros claros sobre el uso de la fuerza y deberían ser sometidos a mecanismos transparentes en caso de cometer abuso del uso de la fuerza pública.

Considerando la actuación de las Fuerzas Armadas desde que fueron llamadas a cumplir tareas de seguridad pública, es urgente establecer mecanismos de supervisión civil. Para contextualizar esta urgencia, en su Diagnóstico en Materia de Tortura y Malos Tratos publicado en 2019, la Comisión Nacional de Derechos Humanos señala que en un periodo de 10 años (2006-2016) habría recibido casi 10.000 denuncias de abusos cometidos por miembros del Ejército. Dentro de éstas, habría más de 100 casos de violaciones graves a derechos humanos cometidas por militares. En julio de 2017, la Unidad Especializada de Investigación del Delito de Tortura federal informó de 1847 investigaciones iniciadas contra integrantes del Ejército, de las cuales había judicializado sólo 443. En 2016, el Ejército informó a Amnistía Internacional que no se había suspendido del servicio a ningún soldado por violación o abusos sexuales entre 2010 y 2015; mientras que en la Marina sólo se habría suspendido a cuatro marinos. El informe indica también que uno de los marinos fue suspendido sólo temporalmente, y se reintegraría una vez cumplida su pena de prisión.²⁰

Al tener acceso a más información sobre la actuación policial e incluso auditar los procesos, los mecanismos de supervisión civil son una vía lógica para la rendición de cuentas de las instituciones de seguridad.

La supervisión civil debe estar orientada a garantizar los derechos de las víctimas del uso desproporcionado de la fuerza pública, así como a asegurar que los agentes señalados como supuestos perpetradores sean sometidos a mecanismos justos y transparentes que les permitan defenderse cuando sean inocentes, es decir, les da certeza jurídica, y sobre todo, se trata de evitar la repetición de estos hechos y evitar que sean prácticas institucionalizadas.

CONCLUSIÓN.

Si las fuerzas armadas van a cumplir con la función de la seguridad ciudadana en el ámbito local, se harán cargo como primer respondiente de delitos tales como robo a casa habitación, robo a las personas y robos a comercio, además de faltas administrativas, como por ejemplo, consumir alcohol o drogas en la vía pública, tirar basura en lugares prohibidos, hacer necesidades fisiológicas en la vía pública y otras conductas que, de hecho, ocupan la mayor parte del tiempo de las policías locales; por lo tanto, las Fuerzas Armadas deberían estar bajo controles democráticos propios de las tareas de seguridad ciudadana. Nuestra propuesta: los mecanismos de supervisión civil.

20 El informe completo de la CNDH se puede leer en el siguiente enlace: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-11/Diagnostico-Tortura-2019.pdf>



La Guardia Nacional, el Ejército Mexicano, la Marina Armada de México, las Policías Estatales y las Policías Municipales, tienen la muy importante responsabilidad de proteger a las personas, y una vez más tienen la oportunidad de comenzar un proceso de reforma policial democrática cuyos ejes fundamentales sean:

- Los derechos de las y los integrantes de las instituciones
- Los derechos humanos de todas las personas
- La disminución de la discrecionalidad en la toma de decisiones
- La implantación de sistemas de gerencia policial efectiva
- La transparencia y la rendición de cuentas

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional (2017) Falsas sospechas. Detenciones arbitrarias por la policía en México. Amnistía Internacional. [En línea] Disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4153402017SPANISH.PDF>
- Aguayo, S. y Bailey, J. (coord.), (1997). Las seguridades de México y Estados Unidos en un momento de transición. Ciudad de México. Siglo XXI editores.
- Amnistía Internacional. (2017). Falsas sospechas, detenciones arbitrarias por la policía en México. Londres: Amnistía Internacional Ltd.
- Benítez Manaut, R., (2018) "México: los militares en tiempos de cambio". Revista Nueva Sociedad NUSO, noviembre-diciembre 2018, No. 278, [En línea] Disponible en: <https://nuso.org/articulo/mexico-los-militares-en-tiempos-de-cambio/>
- Cacho, L. et al. (2016). La ira de México. México: Ed. Debate.
- Centro de derechos humanos Miguel Agustín Pro Juárez AC. (2017). Perpetuar el fallido modelo de seguridad, La ley de seguridad interior y el legado de una década de políticas de seguridad en México contrarias a los derechos humanos. México: Centro ProDH.
- Centro de derechos humanos Miguel Agustín Pro Juárez. (2018). Manual sobre documentación de violaciones a los derechos humanos. Mexico: Área de educación del Centro de derechos humanos Miguel Agustín Pro Juárez.
- CNDH (2016) Resultados de la Investigación realizada por la CNDH con motivo de los hechos acontecidos el 22 de mayo de 2015 en el "Rancho del Sol", Municipio de Tanhuato, Michoacán. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. [En línea] Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/OtrosDocumentos/Doc_2016_021.pdf
- CNDH. (Julio 2018). Cartilla derechos y obligaciones de la Policía. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1, 7.
- David, H. et al. (2010). The police in war, fighting insurgency, terrorism and violent crime. United States. Lynne Rienner Publishers.
- De Angelis, J. et al. (2016) Civilian Oversight of law enforcement. Assessing the evidence. National Association for Civilian Oversight of Law Enforcement NACOLE, OJP Diagnostic Center Data-Driven Justice Solutions. [En línea] Disponible en: https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/nacole/pages/161/attachments/original/1481727974/NACOLE_AccessingtheEvidence_Final.pdf?1481727974
- Domínguez Ruvalcaba, H., (2015). Nación Criminal, Narrativas del crimen organizado el estado mexicano. Ciudad de México. Ariel.
- Grillo, I., (2016). Caudillos del crimen, de la guerra fría a las narco guerras. Ciudad de México, Grijalbo.
- INEGI (2019) Percepción sobre el desempeño de las autoridades de seguridad pública y justicia. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, [En línea] Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/percepciones/>
- INEGI, (2019) Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2019. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, [En línea] Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf
- López Ayllón, S. et al. (2018). Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de Justicia Transi-

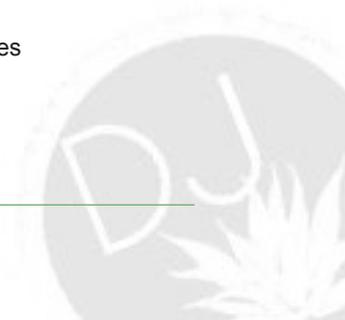
- cional en México. Ciudad de México: CIDE.
- López, L. (17 de junio de 2018) Limitan facultades de militares para llevar detenidos ante el MP. Milenio [En línea] Disponible en: <https://www.milenio.com/policia/limitan-facultades-de-militares-para-llevar-a-detenidos-ante-el-mp>
- Martínez, A. (13 de marzo de 2011) Si agarro un zeta lo mato; ¿para qué interrogarlo?: jefe policiaco. La Jornada. [En línea] Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2011/03/13/politica/007n1pol>
- Mastrogiovanni, F., (2014). Ni vivos ni muertos, La desaparición forzada en México como estrategia de terror. México: Grijalbo.
- Muñoz, A. et al. (9 de abril de 2019) No se violarán los DH con la Guardia Nacional, garantiza AMLO. La Jornada. [En línea] Disponible en: <https://lajornadasanluis.com.mx/nacional/no-se-violaran-los-dh-con-la-guardia-nacional-garantiza-amlo/>
- Redacción (12 de mayo de 2020) Ejército en las calles “será primer respondiente”: Alfonso Durazo. Puente Libre.mx [En línea] Disponible en: <http://puentelibre.mx/noticia/ejercito-en-las-calles-primer-respondiente-bajo-la-guardia-nacional-alfonso-durazo/>
- Redacción (24 de marzo de 2019) Gobierno heredó 40 mil desaparecidos, asegura Alejandro Encinas. El Sol de México. [En línea] Disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/justicia/gobierno-heredo-40-mil-desaparecidos-asegura-alejandro-encinas-3226515.html>
- Redacción, (14 de septiembre de 2019). AMLO despliega más militares que EPN y Calderón. La silla rota. [En línea] Disponible en: <https://lasillarota.com/nacion/amlo-despliega-mas-militares-que-epn-y-calderon-andres-manuel-lopez-obrador-presidente/317636>.
- Redacción, (15 de noviembre de 2018). Obrador anuncia creación de la Guardia Nacional para combatir la violencia. Agencia EFE. [En línea] Disponible en: <https://www.efe.com/efe/usa/mexico/obrador-anuncia-creacion-de-guardia-nacional-para-combatir-la-violencia/50000100-3813406>
- Revels, J., (2015). Échale la culpa a la heroína. México: Grijalbo.
- SESNSP (2018) Protocolo Nacional de Actuación. Primer Respondiente (IPH). Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. [En línea] Disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/documentos/protocolo-nacional-de-actuacion-primer-respondiente-160551>
- SESNSP, (2021). Incidencia Delictiva. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, [En línea] Disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005>
- Silva Forné, C. y Padilla Oñate, S. (2019) Militarización y uso de la fuerza durante y después de la detención sobre la población privada de libertad en México. Revista Desacatos, mayo-agosto 2019, No. 60, pp. 58-78 [En línea] Disponible en: http://www.monitorfuerzaletal.com/uploads/studies/militarizacion-y-uso-de-la-fuerza-durante-y-despues-de-la-detencion-sobre-la-poblacion-privada-de-la-libertad-en-mexico_1565802836.pdf
- Valdez Cárdenas, J., (2015). Huérfanos del naco, los olvidados de la guerra del narcotráfico. Ciudad de México. Penguin Random House Editorial.
- Wilbert Torre. (2013). Narcoleaks, La alianza México – Estados Unidos en la guerra contra el crimen organizado. Ciudad de México. Grijalbo.

Legislación

ACUERDO por el que se dispone de la Fuerza Armada permanentemente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 2020. [En línea] Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593105&fecha=11/05/2020

DECRETO por el que se expide la Ley de la Guardia Nacional. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2019. [En línea] Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5561285&fecha=27/05/2019

Código Nacional de Procedimientos Penales







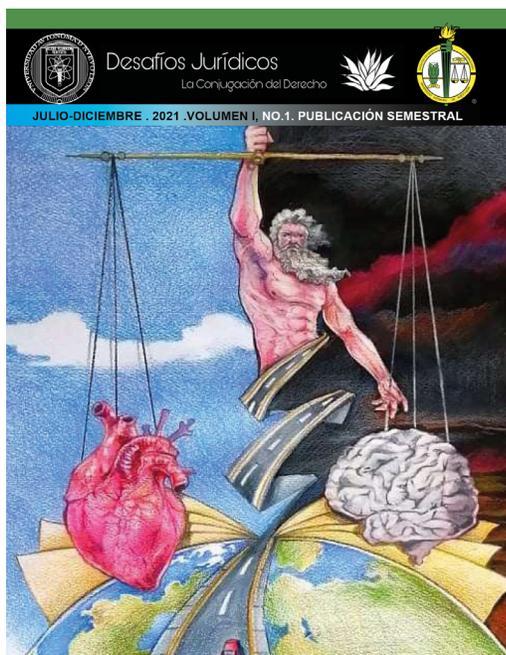
Fotografía Desierto Seco Cálido por Daniel Vázquez Azamar

CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Guadalupe Friné Lucho González; Francisco de Jesús Cepeda Rincón; Nancy Nelly González Sanmiguel (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Crítica: Amparo en revisión 564/2018: acceso a la información y versiones públicas. pp. 128-137 Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Revista de temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, Volumen 1, No. 1, julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología, editada en la Ciudad Universitaria, N.L, México. Con dirección en Cd. Universitaria, Av. De los Rectores s/n, San Nicolás de los Garza, N.L. C.P. 66451, Página electrónica de la revista: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Editora en jefe: Dra. Amalia Guillén Gaytán Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título Volumen 1, No. 1, juli-diciembre de 2021 ISSN: en trámite ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dra. Karina Soto Canales.

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho aborda temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, tiene como propósito constituirse en un foro de discusión académica que aborda la compleja, contradictoria y multicausal relación entre el derecho y la vida social. Desafíos Jurídicos se inscribe en el debate académico nacional e internacional en el ámbito de Derecho y su giro especial en las ciencias sociales e invita al análisis de diversas prácticas sociales y formas de organización y acción política desde una perspectiva multidisciplinaria que ponga énfasis en la defensa de los derechos y su aplicación. Los textos publicados incorporan métodos y problemas tratados desde el derecho, la sociología, la ciencia política, la economía, los estudios urbanos, la geografía, los estudios culturales, la antropología, la literatura y el feminismo, entre otros. Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del comité editorial.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización expresa de la revista.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: ING. ROGELIO GARZA RIVERA CASTRO

SECRETARIO GENERAL: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

PINTURA DE LA PORTADA: José Luis Rodríguez Alemán "La Racionalidad del Derecho" © 2021

Amparo en revisión 564/2018: acceso a la información y versiones públicas

Amparo in revision 564/2018: Access to information and public versions

Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021

Por: Guadalupe Friné Lucho González*

Francisco de Jesús Cepeda Rincón*

Nancy Nelly González Sanmiguel*

*Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. La militarización de la seguridad y la función policial en nuestro país es un fenómeno que tiene por lo menos 20 años, el texto pretende mostrar el impacto en términos del incremento de violaciones a los derechos humanos. El camino del actual Gobierno Federal ha consistido en aumentar el número de personal militar y de la marina por medio de la figura de la Guardia Nacional que solo en su diseño es civil, y podría iniciar su operación con militares por la falta de personal pero el proceso para consolidarla como una institución policial civil llevará muchos años de trabajo.

Palabras clave: Militarización, seguridad pública, función policial, guardia nacional, fuerzas armadas.

Abstract. The militarization of the security and public policy in our country is a 20 year-old phenomenon, this investigation attempts to demonstrate this impact in terms of the violations of the human rights. The strategy of the current government consists in increasing the number of the military and marine personnel represented by figure of the National Guard which is civil only in its design, and it could initiate its operation with military personnel due to the lack of manpower, however, its consolidation as an institution of civil police will take many years of effort.

Key words: Militarization, public security, police function, national guard, armed force.



INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la información pública es uno de los derechos que es vital para un Estado democrático y de derecho, ya que a través del mismo, los ciudadanos pueden tener acceso a información necesaria para la toma de decisiones que impacten en el sector público; así mismo es un pilar de la transparencia, es en la actualidad uno de los grandes indicadores de democracia en los países. Sin embargo, los límites que tiene este derecho se sustentan también en la seguridad pública y nacional, ya que la información que se puede requerir puede ser en muchos casos sensible ante estos rubros.

En este tenor, el derecho a la información y la transparencia se han convertido en dos elementos indisolubles que deben de estar en equilibrio en el Estado democrático de derecho con las limitantes que la propia información solicitada pueda requerir, así mismo la información por esencia “es un principio que genera un conjunto de obligaciones para las instituciones públicas, y especialmente a las judiciales y administrativas (información activa)”¹, que requiere de que los ciudadanos puedan acceder a la misma, pero que las entidades a cargo puedan proteger los pormenores que puedan afectar la privacidad, la información sensible, los derechos de terceros o aquella que sea de interés nacional.

¹ RUIZ-RICO, Gerardo, “La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa” en UNED. *Revista de Derecho Político* N.º 110, enero-abril 2021, págs. 47-78.

Para ello se ha establecido que, no sólo es importante el que se otorgue acceso a la información, sino cómo se otorga acceso a la misma, así se han establecido las *versiones públicas*, que en sí son los documentos a través de los cuales se otorga acceso a la información “en el que se testan partes o secciones clasificadas, indicando el contenido de éstas de manera genérica, fundando y motivando la reserva o confidencialidad, a través de la resolución que para tal efecto emita el Comité de Transparencia”².

En el presente analizaremos la sentencia al Amparo en Revisión 564/2018, en la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un análisis de los límites del derecho al acceso a la información que se configuran a través del interés público y la vida privada de las personas y cómo las versiones públicas se deben de sujetar a la prueba de daño correspondiente.

SÍNTESIS DEL CASO

En el año 2016 por parte del recurrente presentó catorce solicitudes de información dirigidas al Consejo de la Judicatura Federal, en las cuales se solicitaba información acerca de los procedimientos tramitados entre enero de 2013 y junio de 2016 ante los Juzgados Federales Penales especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de las Comunicaciones de:

² ACUERDO del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, por el que se aprueban los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas.

- (1) intervención de comunicaciones privadas,
- (2) localización geográfica en tiempo real y
- (3) acceso a datos conservados por concesionarias de telecomunicaciones.

Pese a que se cumplió a través de la solicitud de información de datos estadísticos, se le informó al solicitante que parte de la información que había requerido había sido clasificada como reservada y que no existían versiones públicas de la información requerida.

Ante la inconformidad, el quejoso presentó el recurso de revisión administrativa ante el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) alegando una vulneración al derecho de acceso a la información pública, sin embargo el INAI determinó que “la difusión de la información solicitada podía entorpecer la prevención y persecución de los delitos, así como poner en riesgo la investigación correspondiente”, por lo que determinó modificar la resolución para que el Consejo de la Judicatura Federal emitiera una nueva, aplicando una prueba de daño y una reserva por 5 años de las versiones públicas solicitadas.

El quejoso promovió un juicio de amparo indirecto en el Quinto de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, alegando una vulneración a distintos derechos previstos en los artículos constitucionales 1°, 6°, 14 y 16, así como los artículos 8 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el juez celebró audiencia y negó el amparo.

El quejoso presentó un recurso de revisión y el Quinto de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejerciera su facultad de atracción. La SCJN ejerció su facultad de atracción y aquí analizaremos la sentencia emitida por el máximo tribunal.

MARCO APLICABLE

Como se mencionó anteriormente, al respecto del acceso a la información encontramos un marco constitucional en el artículo 1, el artículo 6, 14 y 16, artículos a través de los cuales se establecen los mecanismos de acceso a la información que deben de ser procurados por las autoridades, así como el derecho de los ciudadanos a recibir esta información sin tener que acreditar interés o justificar su utilización.

Es interesante que en la jurisprudencia con número P./J.54/2008 del Tribunal Pleno cuyo rubro es “ACCESO A LA INFORMACIÓN. SU NATURALEZA COMO GARANTÍAS INDIVIDUAL Y SOCIAL”, se haga un análisis conforme a derecho del acceso a la información como garantía social e individual, ya que implica que si bien existe una relación de subordinación entre ciudadano y Estado, “el derecho a la información se convierte en una garantía social cuando los ciudadanos o gobernados, en su conjunto, necesitan de cierta información en poder del Estado para la correcta toma de decisiones”³, a la vez que se trata de

³ SOTO GAMA, Daniel, *Principios Generales del Derecho a la Información*. Obtenido de: https://www.infoem.org.mx/sipoem/ipo_capacitacionComunicacion/pdf/pet_tesis_003_2009.pdf

una garantía individual, pues su contenido se configura en cada uno de los sujetos y no en un grupo en específico.

Como sabemos el derecho al acceso a la información va de la mano del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, en ese sentido la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 13 establece que se debe de salvaguardar la “libertad de buscar, recibir y difundir la información e ideas de toda índole”⁴.

Así mismo, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en su artículo 19 establece que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que incluye el derecho a acceso a la información “entraña deberes y responsabilidades especiales”, que permiten que el mismo tenga restricciones en el mismo sentido que el mandato constitucional: Los derechos o reputación de los demás y la seguridad nacional, el orden público o la moral pública.

En México existe todo un corpus dedicado a la transparencia y acceso a la información, que incluye a la Ley federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública que busca:

I. Proveer lo necesario para que todo solicitante pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos;

II. Transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información oportuna, verificable, inteligible, relevante e integral;

III. Favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados;

IV. Regular los medios de impugnación que le compete resolver al Instituto;

V. Fortalecer el escrutinio ciudadano sobre las actividades sustantivas de los sujetos obligados;

VI. Consolidar la apertura de las instituciones del Estado mexicano, mediante iniciativas de gobierno abierto, que mejoren la gestión pública a través de la difusión de la información en formatos abiertos y accesibles, así como la participación efectiva de la sociedad en la atención de los mismos;

VII. Propiciar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, a fin de contribuir a la consolidación de la democracia, y VIII. Promover y fomentar una cultura de transparencia y acceso a la información pública”⁵.

El artículo 110 y el 113 de la Ley antes referida, establecen los límites al acceso a la información al considerar la reserva de información y la figura de información confidencial, asegurando la información que pueda comprometer alguno de los rubros antes mencionados, sin embargo, también establece en sus artículos 106 y 108 que para efectos de atender las solicitudes de información, existe el deber de elaborar una Versión Pública testando las

⁴ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Obtenida en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁵ Ley federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Obtenida de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf

partes o secciones clasificadas, indicando el contenido de manera genérica y motivando la clasificación de la información.

PROBLEMÁTICA DETRÁS DE LA SENTENCIA

Dentro de la exposición de la sentencia se hace referencia a la determinación expuesta por el juez de distrito que no observó varias cuestiones, entre ellas la importancia de las versiones públicas y el derecho al acceso a la información, sin embargo, sí se establece que:

1.- Se debe de determinar la clasificación de la información pública contenida dentro del expediente y de las versiones públicas, ya que si es reservada por fines de proteger otros derechos o facultades del Estado como la seguridad nacional, la reserva puede implementarse, pero no por ello debe de agravarse los derechos al acceso a la información.

El artículo 6° constitucional referente al acceso de la información, señala que se deberán observar las leyes que determinan el interés público y la seguridad nacional para proporcionar la información requerida, pero también marcando que en caso de reserva, la misma debe ser temporal, es decir, se debe de fijar el tiempo, y el porqué no se da a conocer o tener acceso a dicha información.

En la resolución del juez de distrito se estipuló a través del artículo 110 fracción VII de la Ley Federal de Transparencia y acceso a la información Pública el motivo ante la negativa para tener acceso a dicha información debi-

do a que consideraba que se podía obstruir el proceso, pero al respecto la Suprema Corte de Justicia determina que dicho numeral no era aplicable, ya que la reserva de información, así como el establecimiento de que la información es confidencial, debe de hacerse anterior a las solicitudes de información y a las versiones públicas, por lo que la reserva de dicha información no era procedente.

Adicionalmente la SCJN determina que es necesaria la prueba de daño para establecer que puede llegar a existir una obstrucción de los procesos de las funciones policiales y ministeriales, pero que se deben de aplicar los principios concernientes a la máxima publicidad, adoptando con ello los medios que se consideren más convenientes para no afectar el proceso y cumplir con los fines de la transparencia de la información a través del test de proporcionalidad para enfocar el daño que pudiera causar esto.

Esto obliga a la ponderación adecuada para determinar la proporcionalidad de las posibilidades jurídicas que puede causar el proporcionar dicha información, al respecto se señala “cuando mayor sea el gado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁶, dando con esto el paso a la Teoría de los Derechos Fundamentales y a la protección y justificación de la restricción de la libertad.

A través del test, lo que se pretende es determinar el mejor derecho y que esto no interfiera con los factores propios de los procesos para

⁶ Alexy, A. *Theory of Constitutional Rights* (n.2), pág. 201.

poder aplicar de esta manera dicha razonabilidad a raíz de la conexión entre la necesidad de dar acceso a dicha información y las consecuencias de proporcionarla, así como de cuál será la motivación que determine dicha negación y la fundamentación de esto.

Es decir, se debe de considerar que la obstrucción dentro del proceso es una cuestión suficiente para no brindar la información solicitada, pero que se tendría que justificar con la prueba de daño; a su vez la información de interés público es “la información que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente de interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados”, por lo que se debe de tender hacia el principio de máxima publicidad a través de versiones públicas testadas, ya que aquí “la transparencia se erige así en un «valor» constitucional por su condición de «valiosa» para el efectivo ejercicio de determinados derechos constitucionales y la materialización del principio democrático y el Estado de derecho”⁷.

2- Determinar el periodo de la clasificación de la información.

Dentro de la sentencia se realiza el cuestionamiento referente al periodo de reserva de

7 VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, El marco Constitucional de la Transparencia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, mayo/agosto 2019, No. 115, Pág. 173, Véase en: https://0-www-jstor-org.biblioteca-ils.tec.mx/stable/pdf/26897613.pdf?ab_segments=0%252Fbasic_search_gsv2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3A9c093fab-026fe32ae070bc7b45a5db7a

información a través del mecanismo del test de la prueba de daño, girando hacia la protección de la accesibilidad de la información y marcando cuándo se establece la reserva de la información, lo que determina la postura acerca del acceso a cierta información, que si bien puede sujetarse a la reserva de ley, dependerá de la propia naturaleza de la información lo que determine su clasificación.

Ello lleva a que se presenten dos pasos en la reserva de información, el primero, la reserva de ley en un proceso judicial y, segundo, el tiempo establecido para tal efecto.

3.- Testar los datos dentro del juicio que revelen información personal.

La importancia de los derechos fundamentales que son consagrados dentro de los procesos judiciales se deben de garantizar dentro de la actuación del proceso, así como a la hora de dar transparencia a dichas actuaciones, dándose así una doble protección: a las necesidades de información sociales e individuales y al propio proceso y a la efectividad del sistema judicial.

De esta forma y a través del principio de transparencia en los procesos judiciales se marca el principio de publicidad como una garantía dentro del propio proceso; ahora bien, dentro de la sentencia que se está analizando y referente al Estado de derecho y a la relevancia de este principio y las restricciones contenidas dentro de la normatividades referentes, se establece que “las restricciones o modulaciones a la publicidad podrán justificarse en la posibilidad de dar protección a otros derechos, o simplemente en necesidades de economía y

simplificación procesal, en ausencia de un interés público que justifique lo contrario”⁸.

Referente a la sentencia emitida por la SCJN y dentro de este punto, la forma para poder dar la información es testando la información de datos que se pueda considerar un obstáculo en el proceso, siendo de esta manera la versión pública de la sentencia, la forma que de una manera general da a conocer dicha información. Los criterios de esta sentencia conciben que en la versión pública el sujeto obligado debe otorgar la información solicitada, testando aquellos datos que han sido clasificados como reservados y que, debido al principio de máxima publicidad, la autoridad no puede justificar el no otorgar dicha información dando el supuesto de categoría de reserva de ley, debido a que como se ha especificado anteriormente, tiene que argumentar la motivación y la fundamentación de ello, así como ponderar las consecuencias con el test de la prueba de daño, siendo así que la información que no es confidencial tendrá que ser proporcionada a quien lo solicite de acuerdo a los lineamientos marcados.

4.- Tener un interés público para obtener dicha información, no es necesario.

Los propios principios de transparencia y publicidad en cuanto al derecho al acceso a la información establecen que no es necesario demostrar un interés público para la solicitud

⁸ LETURIA I, Francisco J. “La Publicidad Procesal Y El Derecho A La Información Frente A Asuntos Judiciales. Análisis General Realizado Desde La Doctrina Y Jurisprudencia Española”, en *Revista Chilena De Derecho*, Vol. 45. No.3 (2018 Septiembre- Diciembre), Pág. 654 Véase en: <https://www.jsotr.org/stable/10.2307/26618414>

de información, ya que el acceso a la misma compone uno de los pilares del estado democrático de derecho, en ese sentido el artículo 6to. constitucional Apartado 1, fracción III, que a la letra señala: “Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos”⁹, por lo que no se puede negar la información alegando la falta interés público para obtener dicha información.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que se encontraba fundado el concepto de violación del quejoso, por lo que concedió el amparo, para el efecto de que el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales dejara insubsistente la resolución recaída, dictando una nueva “en la que estime sustancialmente fundado el agravio esgrimido por el quejoso en relación con la indebida clasificación de la información y, sin emitir conclusión alguna sobre la clasificación de la información pública solicitada por el quejoso, ni sobre la temporalidad de la misma”¹⁰. Así mismo se debía de realizar la

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Obtenida de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

¹⁰ Amparo en revisión 564/2018. VERSIONES PÚBLICAS DE DOCUMENTOS RELACIONADOS CON EL EJERCICIO DE FACULTADES DE INVESTIGACIÓN COMO LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS O EL ACCESO A DATOS CONSERVADOS POR CONCESIONARIAS DE TELECOMUNICACIONES TEMA DE PROCEDENCIA: CUANDO UN DOCUMENTO O EXPEDIENTE CONTenga PARTES O SECCIONES RESERVADAS O CONFIDENCIALES, LOS SUJETOS OBLIGADOS A TRAVÉS DE SUS ÁREAS, PARA EFECTOS DE ATENDER UNA SOLICITUD

prueba de daño correspondiente a las versiones públicas solicitadas y con base en ellas determinar lo que en derecho corresponda a las solicitudes de información, sin que el sujeto obligado pueda invocar “nuevos supuestos legales de reserva de información ni tampoco reiterar aquellos cuya aplicabilidad ya haya sido descartada por el organismo garante”¹¹.

CONCLUSIÓN

La resolución emitida por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso de Información y Protección de Datos Personales, fue revocada por las referencias anteriores debido a que interpretó de manera gramatical la cuestión de la obstaculización de la información sin tomar en consideración que la versión pública solicitada no interfiere u obstaculiza la prevención y persecución de los delitos, y que el acceso a la información es un derecho a la vez que se conforma como uno de los pilares de la transparencia, indicador de la democracia en un Estado.

DE INFORMACIÓN, DEBERÁN ELABORAR UNA CON VERSIÓN PÚBLICA EN LA QUE SE TESTEN LAS PARTES O SECCIONES CLASIFICADAS, INDICANDO SU CONTENIDO DE MANERA GENÉRICA, FUNDANDO Y MOTIVANDO SU CLASIFICACIÓN; EMPERO, EN DICHAS VERSIONES NO PODRÁ OMITIRSE LA INFORMACIÓN QUE CONSTITUYA OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA PREVISTAS EN LA LEY. EMITIR UN PRONUNCIAMIENTO ACERCA DEL ALCANCE DE LA PUBLICACIÓN DE LAS VERSIONES PÚBLICAS SOBRE INFORMACIÓN CONSIDERADA COMO RESERVADA, MÁXIME CUANDO ESA CLASIFICACIÓN SE OTORGÓ PARA NO OBSTRUIR LA PREVENCIÓN O PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS. ROPEMAQ/GAGG

¹¹ Ibidem.

Ahora bien, como establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los supuestos legales de reserva de información deben de ser aplicados conforme a derecho, por lo que la clasificación de la información como reservada deberá de realizarse antes que las versiones públicas, en tanto que la información debe de catalogarse desde que se genera. Esto garantiza que los ciudadanos puedan realizar sus solicitudes y que la autoridad ante la negativa de brindar la información, no opte indiscriminadamente por clasificarla.

La falta de transparencia es una problemática que vulnera otros derechos necesarios para garantizar la democracia y el propio Estado de derecho, la participación de los ciudadanos debe promoverse y protegerse, de manera que brindar la información solicitada por estos, debe garantizarse por parte de las autoridades, y si bien, se debe mantener protegida la información que así lo requiera, esto no representa una vía libre para que las autoridades, una vez solicitada la información por el interesado, decidan clasificar dicha información, esto como quedó visto, representa una afectación a los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUERDO del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, por el que se aprueban los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas.*
- Amparo en revisión 564/2018. VERSIONES PÚBLICAS DE DOCUMENTOS RELACIONADOS CON EL EJERCICIO DE FACULTADES DE INVESTIGACIÓN COMO LA*

INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS O EL ACCESO A DATOS CONSERVADOS POR CONCESIONARIAS DE TELECOMUNICACIONES TEMA DE PROCEDENCIA: CUANDO UN DOCUMENTO O EXPEDIENTE CONTENGA PARTES O SECCIONES RESERVADAS O CONFIDENCIALES, LOS SUJETOS OBLIGADOS A TRAVÉS DE SUS ÁREAS, PARA EFECTOS DE ATENDER UNA SOLICITUD DE INFORMACIÓN, DEBERÁN ELABORAR UNA CON VERSIÓN PÚBLICA EN LA QUE SE TESTEN LAS PARTES O SECCIONES CLASIFICADAS, INDICANDO SU CONTENIDO DE MANERA GENÉRICA, FUNDANDO Y MOTIVANDO SU CLASIFICACIÓN; EMPERO, EN DICHAS VERSIONES NO PODRÁ OMITIRSE LA INFORMACIÓN QUE CONSTITUYA OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA PREVISTAS EN LA LEY. EMITIR UN PRONUNCIAMIENTO ACERCA DEL ALCANCE DE LA PUBLICACIÓN DE LAS VERSIONES PÚBLICAS SOBRE INFORMACIÓN CONSIDERADA COMO RESERVADA, MÁXIME CUANDO ESA CLASIFICACIÓN SE OTORGÓ PARA NO OBSTRUIR LA PREVENCIÓN O PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS. ROPE-MAQ/GAGG

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Obtenida de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Obtenida en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

LETURIA I, Francisco J. "La Publicidad Procesal Y El Derecho A La Información Frente A Asuntos Judiciales. Análisis General Realizado Desde La Doctrina Y Jurisprudencia Española", en Revista Chilena De Derecho, Vol. 45. No.3 (2018 Septiembre- Diciembre), Pág. 654 Véase en: <https://www.jsotr.org/stable/10.2307/26618414>

Ley federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Obtenida de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf

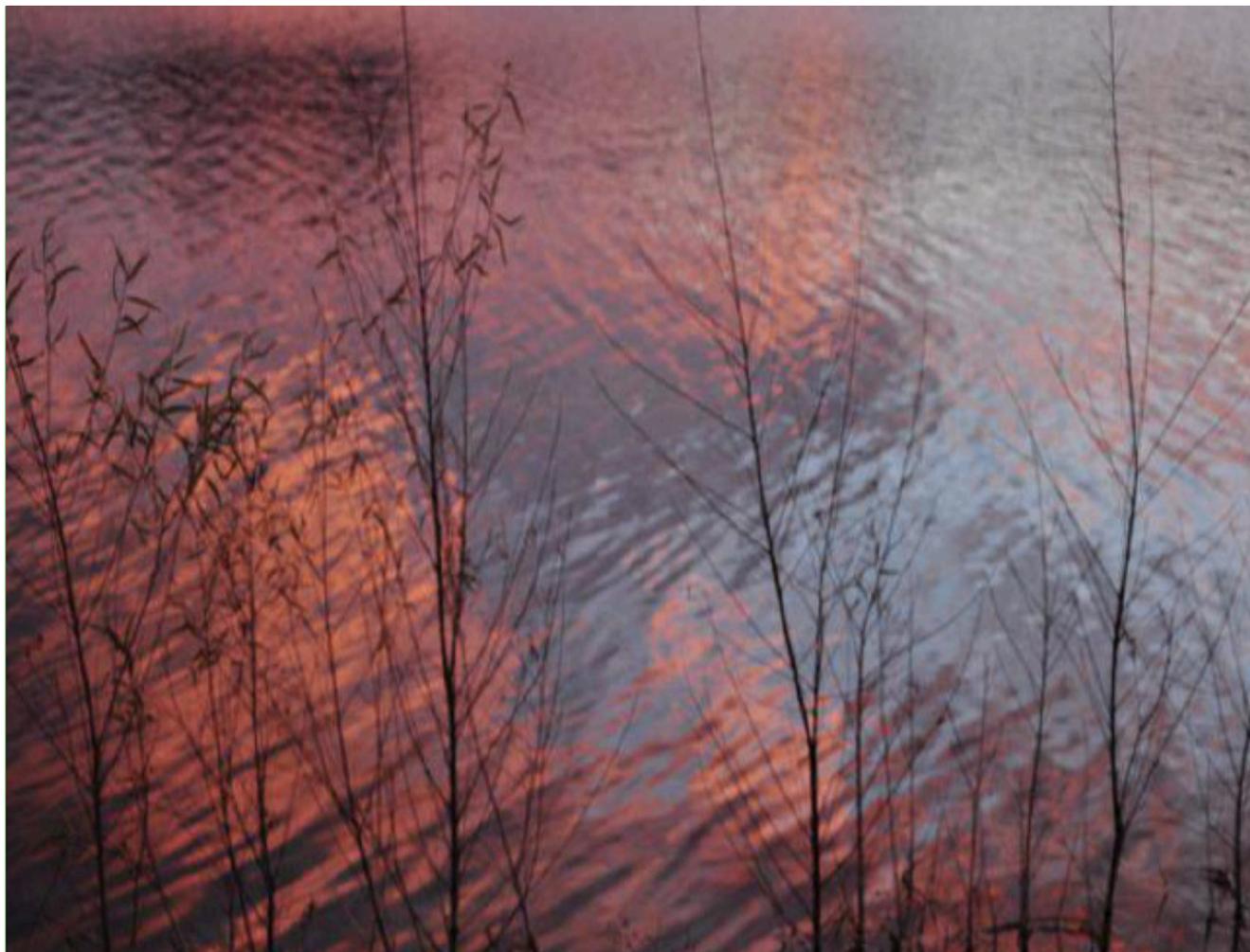
RUIZ-RICO, Gerardo, "La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa" en UNED. *Revista de Derecho Político* N.º 110, ene-

ro-abril 2021, págs. 47-78.

SOTO GAMA, Daniel, *Principios Generales del Derecho a la Información*. Obtenido de: https://www.infoem.org.mx/sipoem/ipo_capacitacionComunicacion/pdf/pet_tesis_003_2009.pdf

VILLAVEVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, El marco Constitucional de la Transparencia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, mayo /agosto 2019, No. 115, Pág. 173, Véase en: https://0-www-jstor-org.biblioteca-ils.tec.mx/stable/pdf/26897613.pdf?ab_segments=0%252Fbasic_search_gsv2%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3A9c093fab-026fe32ae070bc7b45a5db7a.





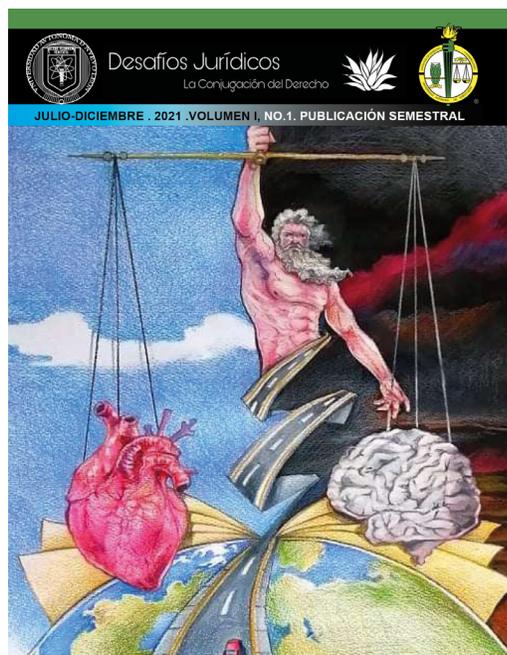
Fotografía México Paisaje impresionista por Daniel Vázquez Azamar

RESEÑA DE LIBRO

Desafíos Jurídicos

La Conjugación del Derecho





Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Humberto Pineda Acevedo (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

Reseña de libro: Obedezco pero no cumplo: Lecturas para los programas de historia constitucional en México, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2020, 541 pp, ISBN 978-84-1355-449-5. pp. 140-146 Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Revista de temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, Volumen 1, No. 1, julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral de la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología, editada en la Ciudad Universitaria, N.L, México. Con dirección en Cd. Universitaria, Av. De los Rectores s/n, San Nicolás de los Garza, N.L. C.P. 66451, Página electrónica de la revista: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Editora en jefe: Dra. Amalia Guillén Gaytán Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título Volumen 1, No. 1, juli-diciembre de 2021 ISSN: en trámite ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dra. Karina Soto Canales.

Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho aborda temas contemporáneos sobre derecho, y sus conexiones en la vida cotidiana, tiene como propósito constituirse en un foro de discusión académica que aborda la compleja, contradictoria y multicausal relación entre el derecho y la vida social. Desafíos Jurídicos se inscribe en el debate académico nacional e internacional en el ámbito de Derecho y su giro especial en las ciencias sociales e invita al análisis de diversas prácticas sociales y formas de organización y acción política desde una perspectiva multidisciplinaria que ponga énfasis en la defensa de los derechos y su aplicación. Los textos publicados incorporan métodos y problemas tratados desde el derecho, la sociología, la ciencia política, la economía, los estudios urbanos, la geografía, los estudios culturales, la antropología, la literatura y el feminismo, entre otros. Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del comité editorial.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización expresa de la revista.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: ING. ROGELIO GARZA RIVERA CASTRO

SECRETARIO GENERAL: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

PINTURA DE LA PORTADA: José Luis Rodríguez Alemán "La Racionalidad del Derecho" © 2021

Estrada Michel, Rafael, Obedezco pero no cumplo: Lecturas para los programas de historia constitucional en México, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2020, 541 pp, ISBN 978-84-1355-449-5

Fecha de publicación en línea: 31 de julio del 2021

Por: Humberto Pineda Acevedo*

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Resumen. Este libro escrito por el Doctor don Rafael Estrada Michel se está convirtiendo en parte fundamental de la materia de Historia del Derecho en México o la que antiguamente se conocía como Historia del Derecho Patrio en los programas de Licenciatura en Derecho de nuestro país.

Después de Cádiz nos trasladamos al Congreso de Anáhuac, el cual muestra el constitucionalismo revolucionario, y precisamente aún más revolucionario que Cádiz, en donde José María Morelos y Pavón – mediante vía epistolar – le mencionó a Ignacio López Rayón que removiera la máscara de la monarquía a la Nueva España en sus Elementos Constitucionales. Por un lado, el dilema codificadorio significó el resumen, la subsunción y la interpretación de la ley desde la perspectiva exclusiva de la voluntad del legislador – la volenté législative – como lo pretendía la modernidad del siglo XIX y parte del siglo XX. La experiencia codificatoria francesa apartó a la judicatura, a causa de la revolución que provocó la caída de la aristocracia y el surgimiento de la burguesía.

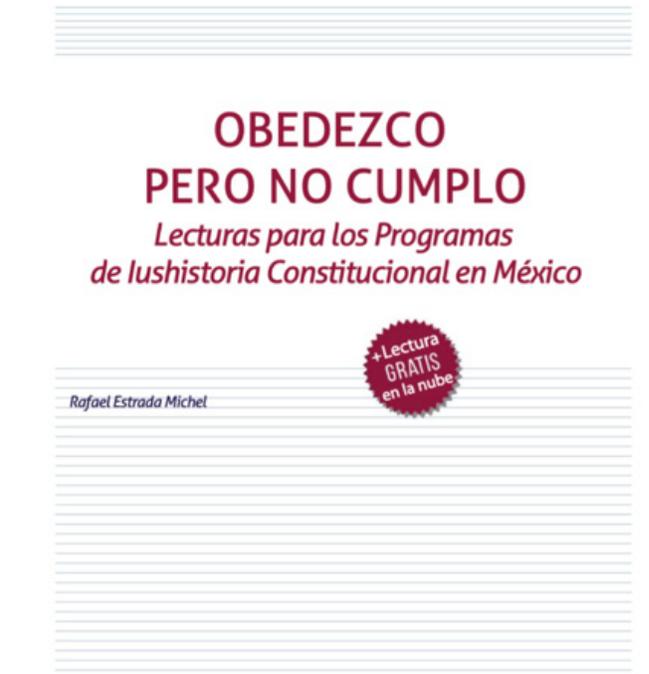


Este libro escrito por el Doctor don Rafael Estrada Michel se está convirtiendo en parte fundamental de la materia de Historia del Derecho en México o la que antiguamente se conocía como Historia del Derecho Patrio en los programas de Licenciatura en Derecho de nuestro país.

Obedezco pero no cumplo nos recuerda al recurso procesal del “Obedézcase, pero no se cumpla”, el cual implicaba mostrar al Rey de las Españas y de las Indias que su voluntad soberana resultaba imposible de ser aplicada a las circunstancias de los reinos y de las provincias del virreinato de la Nueva España. Así, el recurrente sostenía que obedecía para respetar, pero no cumpliría, ni aplicaría la instrucción regia hasta que el rey volviese a analizar las peculiaridades indianas y decidiera si su voluntad se hallaba viciada y por lo tanto debía modificarse, o si lo pertinente era mantener su instrucción. Esto permitía reconocer la autoridad del rey, pero dejando intocables aquellas disposiciones que se consideraban como justas y razonables para ciertas localidades del virreinato.

El contenido de *Obedezco pero no cumplo* es imprescindible para cualquier persona que se dedica al estudio del Derecho, para estudiantes e investigadores, al tener reflexiones acerca del contenido histórico jurídico de nuestro país, así como dejarnos una pista de lo que debería comprenderse en el aula y no una simple memorización de datos.

El Doctor Estrada aporta varias ideas principales: la oposición a lo rígido, a la legolatría, al legicentrismo y al estatismo, en virtud de que la historia constitucional mexicana mere-



ce una reflexión que incluya los diversos pensamientos de actores históricos principales, el pluralismo, legislación y principios o fundamentos históricos de la identidad mexicana. De esta forma, *Obedezco pero no cumplo* destaca nuestra tarea pendiente como mexicanos de identificarnos con un nacionalismo que se enfoque en el respeto y en la civilidad hacia nuestro “ser constitucional”.

La nota preliminar de este libro señala que busca desmontar dos mitos de los mexicanos: la fábula que pretende señalar que no podemos convivir en un Estado de Derecho, en función de que los españoles nos legaron la corrupción y “la mitología jurídica de la modernidad”, la cual ha pretendido señalar que

las diversas fuentes jurídicas se reducen a las normas, las cuales han corrido el gran peligro de ser monopolizadas por un dictador o por un legislador.

El libro está dividido en tres unidades. La unidad I corresponde a los “fundamentos y orígenes iushistóricos de la Nueva España” (siglos XVI – XVIII), en la unidad II se refiere a analizar “el siglo XIX”, y en la unidad III se revisa “el Novecientos jurídico mexicano” (el siglo XX). La unidad I expone la legolatría enseñada por muchos años en las aulas universitarias por pereza y mera simplificación de la maravilla que puede conformar la historia del derecho, sin tomar en cuenta un mejor método como el sapiencial, en donde la “Idea mestiza del derecho” pudiera ser analizada mejor a partir de la Bula “Sublimis Deus” – 2 de junio de 1537 –, aquella primera carta de derechos en cuanto a que los indios – decía el papa Paulo III – son seres capaces de razón, por lo que disfrutarían derechos de libertad y de propiedad, reconociéndoles implícitamente el derecho al mestizaje. En esta misma unidad, el Doctor Estrada nos transmite la idea del derecho indiano como aquel orden preestablecido – *ordo iuris* –, posiblemente un tipo de Constitución medieval que fue fragmentándose paulatinamente, hasta haber resultado en poco más de 200 años de tener una nación sin saber qué es, sin conocer ampliamente un derecho a la identidad histórica.

La unidad II expone las altísimas virtudes del texto *El ideario político constitucional de los criollos mexicanos de 1808* de don Felipe Tena Ramírez, en donde el criollismo constitucional mexicano, aquel ideario del año 8 del siglo XIX, no solo fue un asunto veraniego,

sino realmente aconteció como una experiencia constitucional moderna.

En la misma unidad II se encuentra también el experimento constitucional gaditano, el cual no resultó un mecanismo liberal como nos lo han enseñado muchas veces, porque la América Septentrional quedaba relegada en esa lucha hispánica peninsular por *el deseado* – y quien se convertiría en el *indeseado* – Fernando VII. Después de Cádiz nos trasladamos al Congreso de Anáhuac, el cual muestra nuestro constitucionalismo revolucionario, y precisamente aún más revolucionario que Cádiz, en donde José María Morelos y Pavón – mediante vía epistolar – le mencionó a Ignacio López Rayón que removiera la máscara de la monarquía a la Nueva España en sus *Elementos Constitucionales*. México, como parte del nuevo mundo, debía constituirse como una república, conforme a los valores extraídos del iusnaturalismo racionalista de la tradición europea continental. La obra jurídica del Generalísimo Morelos y del Congreso de Anáhuac contiene los Sentimientos de la Nación, el Acta de Independencia y el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana. Posteriormente, nos mudamos al pensamiento constitucional Iturbidista, recordando aquel Plan de Independencia de la América Septentrional – *Plan de Iguala* –, el cual resaltó el principio de la igualdad – garantía de la unión – y logró nuestra independencia por medio de los acuerdos y de las concesiones.

Una vez independizada nuestra nación, esta unidad II da un recorrido por las Constituciones de 1824, de 1836, las Bases Orgánicas de 1843, el Acta de Reformas de 1847, las

Leyes de Reforma y la Constitución del 1857, en donde se estudian los contrastes entre el liberalismo y el conservadurismo mexicano, los cuales producen el debate en torno a la interrogante: ¿Somos una nación? Resolver la identidad política de nuestra nación fue apremiante, la cual se encontraba entre una república y una monarquía. Después del definitivo triunfo republicano se estudia la presidencia dictatorial de Porfirio Díaz, en donde la herencia del siglo XIX radicó en el legicentrismo – fundamentación estatalista de las libertades –, el cual intentó erradicar al Estado jurisdiccional novohispano.

La unidad III comienza con el ensayo “Todos los hombres del presidente” en torno a la tragedia de Francisco I. Madero, quien estuvo rodeado de hombres como Victoriano Huerta y Henry Lane Wilson, en donde la eficacia de la Constitución de 1857 se había desgastado. México necesitaba una rebelión institucional y acudir a nuevos mecanismos jurídicos que le permitieran salir avante del Ochocientos jurídico. Finalmente, el resultado del proceso revolucionario fue la Constitución de 1917, la cual es comprendida por el profesor Estrada Michel a través de cuatro momentos puntuales que se desarrollarán durante el siglo XX: La continuidad federal, el mecanismo judicial, el rol de la mujer y los derechos humanos.

Actualmente contamos con pocos textos completos referentes a la historia constitucional de México, por lo que este libro de don Rafael Estrada Michel nos ayudará enormemente a la constante formación académica. Su lectura nos permite una mejor comprensión y una adecuada contextualización de nuestras profundas raíces históricas y de nuestra plurali-

dad de valores y de principios, lo que da como consecuencia la virtud de la renovada interpretación horizontal de la historia constitucional. Precisamente, la Constitución histórica se originó como una fuente de derechos y de límites, por lo que la interpretación moderna piramidal y vertical fue estableciéndose como producto del proceso de codificación – en los Códigos y en las Constituciones –.

El proceso codificador, traducido como la abstracción de la *lex*, tuvo la ligereza de olvidar el valor histórico de las fuentes primarias de la interpretación constitucional, a través de haber diluido la prudencia, los equilibrios del poder y la consistencia de las limitaciones institucionales de un régimen político. En este punto, *Obedezco pero no cumplo* como excelso elenco de artículos nos resalta dos asuntos esenciales: La codificación y la revaloración de la figura del juzgador.

Por un lado, el dilema codificador significó el resumen, la subsunción y la interpretación de la ley desde la perspectiva exclusiva de la voluntad del legislador – *la volonté législative* – como lo pretendía la modernidad del siglo XIX y parte del siglo XX. La experiencia codificatoria francesa apartó a la judicatura, a causa de la revolución que provocó la caída de la aristocracia y el surgimiento de la burguesía. La certeza de tener “absolutamente todo” en los Códigos y en las diversas Constituciones aseguraba el porvenir de una nación. No obstante, el tiempo y las situaciones mostraron que no todas las respuestas estaban previstas por la legislatura.

Nuestro particular siglo XIX, como lo analiza el profesor Estrada Michel, contiene el legado

europeo continental del proceso codificador, empezando por el Código Civil de Oaxaca – promulgado entre 1827 y 1829 – y por todas las Constituciones mexicanas que mencioné en párrafos anteriores. Nuestra historia marcada por líderes y facciones políticas, también se encuentra contrastada por la paulatina institucionalización que tuvo el régimen mexicano, el cual navegó y atravesó las dos Monarquías constitucionales (denominadas como Imperios), la República Federal y la República Centralista. Este cúmulo de acontecimientos manifestaron que la ley resguardaba la primacía y la exclusividad de cualquier tipo de relación en el ámbito jurídico, porque en el Código y en la Constitución se encontraban a salvo nuestros derechos y las soluciones a cualquier controversia.

El agotamiento de desentrañar y de encontrar un sentido a la voluntad legislativa, y por el simple hecho de no descifrar todos los enigmas jurídicos, derivó en la estricta necesidad de que los jueces formaran parte importante de los sistemas jurídicos. La interpretación de los juzgadores detonaría una nueva manera de entender al derecho, un proceso que no estaría acotado a la ley, sino se convertiría en una real válvula de escape para ampliar la dimensión jurídica y hallar las respuestas que el legislador o el constituyente no tuvieron en un momento determinado; como el Doctor Estrada Michel lo reivindica en este libro basándose en las visiones extraordinarias de Dworkin, Grossi y de Fioravanti, al afirmar rotundamente que “los derechos se toman en serio”.

Por lo tanto, la revaloración de la figura del juzgador ha jugado un papel clave en la cultura de los derechos y en una nueva manera

de interpretar cualquier asunto judicial, marcando una serie de precedentes – *stare decisis* – que lo involucran como una institución fundamental que detiene las arbitrariedades del poder público y en la mayoría de las situaciones como detentador de la última palabra. En el caso histórico mexicano, esta trascendental función constitucional de la judicatura se ha desarrollado por ciertos momentos – como sucedió con los Votos de Ignacio Vallarta – pero los cuales no han sido consistentes, y solamente han tenido mayor regularidad a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado, en donde nuestra Suprema Corte ha comenzado a transformarse en ese tribunal constitucional que tanto necesitamos.

Por todas las razones expuestas con anterioridad, el profesor Estrada Michel nos propone una nueva forma de entender nuestra historia constitucional, en donde las más recientes modificaciones sustantivas a la comprensión de los Derechos Humanos cobran sentido y enorme relevancia para contrastar la verticalidad del México del siglo XIX – la primacía de la ley – junto con la horizontalidad novohispana – pluralidad de fuentes jurídicas –, cuyo sitio intermedio y menos maniqueo nos ubica perfectamente para interpretar mejor el constitucionalismo.

Por ende, *Obedezco pero no cumplo* es un análisis serio y académico que debe estudiarse bajo una perspectiva comparada y no solamente desde la visión aislada del exclusivo constitucionalismo mexicano. Por supuesto que es una obra de la Historia del Derecho en México, cuya aportación abarca más disciplinas: Historia General del Derecho, Historia Constitucional, Teoría Constitucional y

Política, entre otras. Además de que recorre las más variadas latitudes posibles, desde el continente Americano hasta la Europa continental, pasando por las más enriquecedoras experiencias culturales y sociales en un estudio cosmopolita del constitucionalismo, cuyo resultado es un panorama complejo de lo que significa nuestra Constitución en el mundo.

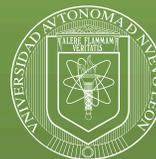




Vol. 01, Núm. 01, Julio 2021

Desafíos Jurídicos es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad de Autónoma de Nuevo León. Contribuye al debate de las ideas en torno al derecho y la interacción de temas jurídicos conjugados con otras disciplinas, fomenta el diálogo, análisis y reflexión de los procesos sociales contemporáneos desde una perspectiva que incluya una visión crítica tanto académica como científica en aras de acrecentar el conocimiento. Prioriza la publicación de artículos producto de investigación, escritos por autores nacionales y extranjeros. Promueve vínculos dentro la comunidad de investigación social. Está dirigido a investigadores sociales y en general, profesionales interesados en las áreas sociales del conocimiento.

desafiosjuridicos.uanl.mx



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN