



Revista de la Academia Neolonesa de Ciencias Penales

AÑO. 01. NO. 01 (ENERO - JUNIO 2025)



Extractividad de la norma penal
Interrupción del embarazo
Sufragio en las cárceles
Métodos alternos de solución de conflictos
Desaparición de personas
Fraude ocupacional

Dr. Julio César Martínez Garza
Director



REVISTA DE LA ACADEMIA NEOLONESA DE CIENCIAS PENALES

Año. 01 No. 01. Enero-junio 2025

Monterrey, Nuevo León
Enero 2025

La **REVISTA DE LA ACADEMIA NEOLONESA DE CIENCIAS PENALES** es una publicación semestral del Academia Neolonesa de Ciencias Penales AC, surge como una publicación académica de carácter permanente, destinada a promover y difundir el conocimiento en el ámbito de las ciencias penales y criminológicas. Se autoriza el uso de los artículos citando la fuente y su reproducción con permiso previo de la entidad editora.

© Academia Neolonesa de Ciencias Penales. Nuevo León, México. Enero, 2025.

La edición en línea está disponible en el Portal de Revistas de la ANCP:

<https://www.revistaanpc.net/>

Academia Neolonesa de Ciencias Penales | ANCP

Santiago Tapia 850, Oriente, Centro de Monterrey. Cód. postal 64000

Tels.: (52)8183745054

Toda correspondencia dirigirla a: revistaanpc@gmail.com

Esta obra está bajo una licencia de *Creative Commons* Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.



REVISTA DE LA ACADEMIA NEOLONESA DE CIENCIAS PENALES

Director

Julio César Martínez Garza

Editor

Mario Isaías Tórrez

Asistentes editoriales

Ricardo Javier Pérez Ramírez
Marco Antonio Baldizón Roa
Víctor Manuel Zurita de la Cruz

Consejo científico

Mario Alberto Garza Castillo
Universidad Autónoma de Nuevo León

Elena Nuñez Castellano
Universidad de Sevilla (España)

Ana Margarita Ríos Farjat
Ministra Suprema Corte de Justicia de la
Nación

Mayra Susana Cabrera González
Academia Neolonesa de Ciencias Penales

Gonzálo Rua
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

José Zaragoza Huerta
Academia Neolonesa de Ciencias Penales

Fernando Tribín Echeverry
Universidad Libre (Colombia)

Paola de la Rosa Rodríguez
Universidad Autónoma de San Luis
Potosí

Antonio Caballero Delgadillo
Universidad Autónoma de Nuevo León

Pares revisores

Jairo Iván Matus Contreras
Roberto N. Guerrero Vega
Dave Alexander Rodríguez

Equipo técnico

Corrección de textos y revisión de estilo
Mario Isaías Tórrez

Traducción de textos
Marco Aurelio Baldizón Roa

Diseño de portada
Mónica Valeria Silva González

Contenido

Editorial	I
Julio César Martínez Garza Presidente Academia Neolonesa de Ciencias Penales Director de la Revista de la ANCP	
Extractividad de la norma penal <i>Extractivity of the penal norm</i>	1
Julio César Martínez Garza	23
Casos trágicos: Interrupción del embarazo en el tercer trimestre de gestación <i>Tragic cases: Termination of pregnancy in the third trimester of pregnancy</i>	
Juan Nelson Churqui Aquino; Keyla Dennis Paz Choquemita	45
Nuevos paradigmas del sufragante carcelario mexicano <i>New paradigms of mexican prison suffrage</i>	
José Zaragoza Huerta; María Elizabeth Rodríguez Rodríguez; Mónica Lizbeth Tovar Vielma; Karen Cantú Cantú; Juan Daniel Romero Maldonado.	
Relaciones entre lo jurídico y lo alternativo en materia de solución de conflictos en el Siglo XXI. Hacia una Cultura de Paz <i>Relationships between the legal and the alternative in terms of conflict resolution in the 21st century. Towards a culture of peace</i>	57
Armando Castanedo Abay; Mayra Susana Cabrera González	
El impacto de la búsqueda independiente: entre el dolor y la preservación de la evidencia de personas migrantes desaparecidas <i>The impact of independent search: between grief and preservation of evidence of missing migrants</i>	77
Paola Iliana de la Rosa Rodríguez; Adriana Macías Madero	
Prevención del Fraude Ocupacional desde la perspectiva de la Criminología Ambiental <i>Prevention of occupational fraud from the perspective of environmental criminology.</i>	93
Jessica Alexandra Flores Páiz	
Reglas de Mallorca para la ilegalidad de la detención <i>Mallorca Rules on the Illegality of Detention</i>	125
Julio César Ortega González Normativa para la presentación de artículos	133

Editorial

Una revista para la Academia Neolonesa de Ciencias Penales

Con gran entusiasmo presentamos el número de lanzamiento de la Revista de la Academia Neolonesa de Ciencias Penales, un proyecto que materializa uno de los compromisos fundamentales que motivaron la creación de nuestra Academia: la investigación y la divulgación científica como pilares para el fortalecimiento del conocimiento jurídico y su impacto en la sociedad.

Este primer número refleja la diversidad de los temas que atraviesan el campo de las ciencias penales, criminología y ciencias forenses en la actualidad. En sus páginas, encontrarán análisis sobre problemáticas críticas como la extractividad penal, los debates en torno al aborto, el sufragio en las cárceles, y los desafíos en la búsqueda y desaparición de personas. Asimismo, se abordan con una mirada renovada los métodos alternos de solución de conflictos aplicados a la materia penal y el complejo fenómeno de los delitos corporativos, evidenciando la riqueza y la amplitud de enfoques que caracterizan a nuestra comunidad académica.

Con este esfuerzo, damos los primeros pasos para consolidar un espacio que aspire a trascender fronteras, contribuyendo no solo a la reflexión crítica en Nuevo León y México, sino también al debate académico internacional. Nuestra revista es un vehículo para el pensamiento, un espacio abierto al intercambio de ideas y al compromiso con la generación de conocimiento que impacte en la construcción de una mejor sociedades. Una revista para la Academia Neolonesa de Ciencias Penales es más que un lema: es la expresión de nuestra vocación y la convicción de que el saber jurídico tiene un papel fundamental en la transformación social. ¡Bienvenidos a este primer número, el inicio de un camino que seguiremos construyendo juntos!

Dr. Julio César Martínez Garza
Presidente Academia Neolonesa de Ciencias Penales
Director de la Revista ANCP

Monterrey, Nuevo León.
31 de enero de 2025

Extractividad de la norma penal

Extractivity of the penal norm

Julio C. Martínez-Garza¹
ORCID 0000-0001-9412-2129

Fecha de recibido: 11 de agosto de 2024 / Fecha de aprobación: 25 de septiembre de 2024

Resumen

La ley, como expresión humana, tiene desde su nacimiento una finalidad y vigencia determinada, dentro de la cual, en materia penal, tiende a cumplir una doble finalidad, la primera de "prevención general," tendiente a disuadir a los gobernados a no infligir las leyes penales, pues de hacerlo se les hace saber cuáles de sus actuaciones son delitos y las sanciones a que se haría acreedores si las realizan u omiten; y, en su segunda vertiente "prevención especial", en donde de haber infringido el derecho penal los gobernados son procesados a efecto de aplicarles el tipo descriptivo que trasgredieron y su respectiva consecuencia. Precisamente, al reconocerse que la ley es expresión humana, tenemos que reconocer que es evolutiva; es decir cambiante, para estar ajustada en todo momento a las exigencias sociales imperantes. De ahí, que tengamos que analizar las problemáticas que pueden surgir en torno a la aplicabilidad de la norma penal derivado de sus posibles sucesiones temporales.

Palabras Clave

Extractividad, Norma Penal, Vigencia, Ultractividad, Retroactividad.

Abstract

The law, as a human expression, has from its birth a specific purpose and validity, within which, in criminal matters, it tends to fulfill a double purpose, the first of "general prevention," tending to dissuade the governed from inflicting the penal laws, since if they do so they are made aware of which of their actions are crimes and the penalties to which they would be entitled if they carry them out or omit them; and, in its second aspect, "special prevention", where, if they have infringed criminal law, the governed are prosecuted in order to apply the descriptive type that they transgressed and its respective consequence. Precisely, when we recognize that law is human expression, we have to recognize that it is evolutionary; that is to say, changing, in order to be adjusted at all times to the prevailing social demands. Hence, we have to analyze the problems that may arise around the applicability of the criminal law derived from its possible temporal successions.

Keywords

Extraction, Penal Rule, Validity. Ultimacy, retroactivity.

¹ Doctor en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Pablo de Olavide de Sevilla, España. Presidente de la Academia Neolonesa de Ciencias Penales. Correo: juliomargar@hotmail.com



Tabla de contenido

Introducción. Metodología. Antecedentes. Vigencia de la Ley Penal. Aplicación de la Ley Penal en el tiempo. Ley Penal vigente. Momento de comisión del delito. Delito instantáneo, permanente y continuidad. Ley Penal más favorable. Leyes intermedias, temporales y excepcionales. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

Introducción

El derecho como creación humana tiende a regular conductas sociales para un lugar, personas; y, tiempo determinado (Fierro, 1978); de ello es que necesariamente se deba tener en cuenta su modificabilidad para estar siempre actualizada y atender o cuando menos tratar de atender cualquier fenómeno jurídico penal que pueda presentarse.

De dicho reconocimiento, modificabilidad normativa, es de donde se impone analizar la problemática aplicativa que pudiere generarse de la modificabilidad, abrogación o derogación, de ley-norma penal, para establecer: ¿Cuál es su estricto ámbito temporal aplicativo?

De entrada, reconocemos que la ley rige: (i) Para un periodo de tiempo concreto conforme al aforismo “*Tempus Regit Actum*”; y, (ii) Para regular conductas específicas que se estimen penalmente relevantes durante su vigencia. Así, la norma desde su creación hasta su modificación o extinción, genera a no dudarlo una verdadera problemática pragmática digna de discusión que amerita análisis, puesto que nos enfrenta a lo que se conoce en la praxis como “Extractividad aplicativa de la norma penal” de la que subyacen sus vertientes solucionadoras de: “Ultractividad”; y, “Retro-Irretroactividad”.

El rol determinativo respecto a la problemática planteada “extractividad de la norma” gira en relación directa al mayor beneficio que pudiere generarle al destinatario final, ya fuere así considerado por el aplicador de la norma, juez; o bien, incluso por el propio destinatario en caso de duda al respecto.

Metodología

El presente tiene por finalidad presentar las disyuntivas que presenta en la práctica la aplicabilidad de la norma penal derivado de su sucesión temporal, lo que implica de suyo el generar difusión cultural socio jurídica en torno al tema tratado para una solución eficaz.

El contenido, puntos de vista dogmáticos de autores; e, incluso el personal han sido cuidadosamente revisados, para determinar su utilidad, actualidad; y, sobre todo su pertinencia, ya que es de explorado derecho que el factor determinante en todo momento en el mundo del derecho penal lo es precisamente la determinación de la aplicabilidad de la norma sustantiva, misma que por imperativo del ordinal 21 del Pacto Federal está en manos del juzgador, el que atendiendo a la estricta legalidad exigible en nuestra materia, (artículos 14 y 16 de la Carta Magna) debe pronunciarse

en forma motivada y fundada respecto a la norma que ha de aplicar al justiciable tomando en cuenta el mayor o menor beneficio que le repara atento a la sucesión de la misma en el tiempo.

Antecedentes

La sucesión temporal normativa en su vertiente sustantivo penal, representa en la práctica una verdadera problemática para los juzgadores, ya que genera la aplicabilidad de sus mandatos fuera de su período normal de vigencia, ya sea porque se invoca en un fallo judicial que la hace aplicable estando ya derogada; o bien, porque se aplica una ley posterior a la comisión del hecho pero vigente en el momento del pronunciamiento de la resolución (Rodríguez Muñoz, 1955).

Respecto a las principales vertientes que puede presentar la problemática de sucesión de leyes penales en el tiempo Fierro (1978) apunta las siguientes: (i) La nueva ley incrimina un comportamiento anteriormente impune; (ii) La ley nueva destipifica un comportamiento anteriormente punible; (iii) La ley nueva agrava de algún modo un delito anteriormente menos grave, y, (iiii) La ley nueva atenúa de algún modo un delito anteriormente más grave.

Dos son las posibles soluciones que se presenta al respecto; la primera, denominada “Irretroactividad” que impide la aplicación de una norma posterior a la vigente cuando se realizó el hecho por ser ésta más gravosa al destinatario (regla general conforme al artículo 14 CPEUM) con excepción jurisprudencial referida a cuando dicha variación normativa si le beneficie; y, la segunda, conocida como aplicación “Ultractiva” de la norma derogada o abrogada, aun estando vigente ley posterior, derivado a que aquella conforme a la cual se desplegó el actuar criminal resulta benéfica al destinatario (Sainz Cantero J. A., 1990).

Ambas generan problemáticas a resolverse en materia de sucesión temporal de leyes penales, respecto de lo cual existen variadas posturas dignas de estudio; al respecto Creus (2003), establece dos:

a) “Tesis de la irretroactividad” que se inclina por aplicar la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho, la misma se subdivide en dos vertientes: (i) “Irretroactividad absoluta o estricta” que descansa en una concepción rígida de los principios de legalidad y reserva, que según Soler (1973) genera la aplicación irrestricta de la ley vigente al momento de la comisión del hecho; la misma impide hacer eco a modificaciones legales posteriores, puesto que se juzgará siempre conforme a la ley penal trasgredida en el momento de la conducta; y, (ii) “Irretroactividad relativa”, que dispone como principio que la ley aplicable debería ser la vigente en el momento del hecho, exceptuándose ello cuando entra en vigor una nueva legislación vigente al momento del fallo que resulta más beneficiosa para el imputado; y que puede ser aplicada a criterio del juzgador; y,

b) “Tesis de la retroactividad” que refiere la aplicación de una ley posterior a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia por ser la misma más favorable; de igual manera en ella se establecen las siguientes vertientes: (i) “Retroactividad irrestricta de grado máximo o absoluta” se produce cuando la nueva ley se aplica a un hecho acaecido conforme a una ley anterior, incluso siendo aquella no benéfica al destinatario, esta postura no encuentra eco en nuestra praxis nacional derivado a la prohibición expresa contenida en nuestro marco constitucional; (ii) “Retroactividad de grado medio”, se observa cuando la nueva ley respeta la relación

Extractividad de la norma penal

jurídica surgida bajo la ley anterior y sus efectos ya consumados, pero se aplica a los efectos ya nacidos que hayan de ejecutarse después de su entrada en vigor; y, c) “Retroactividad de grado mínimo” se caracteriza por el hecho de que la ley nueva se aplica a los efectos de la relación jurídica surgida bajo la ley anterior, que se produzcan después de su entrada en vigor.

De tales posturas dogmáticas se advierte indudablemente la problemática surgida por la sucesión temporal de las leyes penales; de ello, surge la invariable necesidad de advertir si en nuestro marco constitucional vigente se encuentra o no regulada la solución que deba dársele a tal problemática; de no estarlo, como sostenemos, cuál sería su posible solución práctica (Lara Espinoza, 2005); y, por último cual sería la sugerencia final para elevar tal situación integra a rango de herramienta constitucional de protección de derechos humanos, atento a los artículos 1º y 133º del Pacto Federal.

Estimamos que en nuestra materia todos aquellos principios que enaltezcan al derecho penal ameritan su expreso reconocimiento en la ley suprema para garantizar en forma eficaz la estricta legalidad derivada de las reglas del debido proceso; ya lo refirió Casabo Ruíz (1983) “nadie puede negar que una de las características más sobresalientes de la moderna doctrina jurídico penal es la de someter a estudio y revisión todos y cada uno de los principios informadores de la disciplina”, por lo que en tal sentido estimamos vale la pena el presente esfuerzo por concientizar la problemática propuesta; y, de advertirse deficiencias estructurales en la correcta regulación normativa de la problemática de la “extractividad de la norma penal” se hagan los esfuerzos necesarios tendientes a su correcta inclusión normativa para no dejar en planos subjetivos de los aplicadores de la norma tan importante resguardo a tal herramienta de protección de derechos humanos.

Vigencia de la ley penal

Constituye la ley una pretensión a regular conductas humanas conforme a las valoraciones vigentes en una época y lugar determinados, tratando de satisfacerse con ello múltiples necesidades surgidas en el seno de una comunidad.

Stammler (Fierro, 1978) estima que tales valoraciones son variables y contingentes, lo cual imprime a la ley una característica de historicidad; atento a lo anterior, estimamos que la misma origina la necesidad de realizar una correcta conceptualización y análisis de los cambios constantes que tenga la ley penal en los modelos conductuales y sancionadores para estar siempre actualizada.

La perdurabilidad de gran parte de nuestros principios jurídicos, que en el campo del derecho privado encuentran sus raíces en el derecho Romano, nos ponen claramente de relieve la sabiduría y grandeza que reposan en esas construcciones milenarias que todavía gozan de fresca vitalidad y siguen como antaño, regulando la vida humana (Beccaria, 2000); sin embargo ello irroga que de ordinario sea común que las leyes tengan una suerte de vida, es decir, que son engendradas, nazcan, vivan y mueran, se trata del período de “vigencia de la ley penal” esto es, el período temporal en que es aplicable.

Así, el proceso de desarrollo de una ley en general y no se diga la penal, consta de varias etapas gestativas a saber:

La presentación de una “Iniciativa”, respecto a ello nuestro pacto federal dispone que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, siendo que todo poder público dimana del mismo y se instituye para que éste ejerza su soberanía por medio de los poderes de la unión, los cuales residen en el poder ejecutivo, legislativo y judicial. Sobre esta trilogía, se dispone que la facultad de proponer iniciativas de leyes o decretos que se estimen necesarios para los fines operativos de la nación solo se reconoce en origen en el poder legislativo, cuyos integrantes pueden presentar dichas propuestas; o bien, hacer suyas las que se les formule por ciudadanos u entes públicos.

La “Discusión”, una vez recepcionada la iniciativa, de ser está acogida por el ente legislativo, se pasa a la fase de su discutibilidad ya fuere para desecharla, aceptarla parcial o totalmente; en esta etapa se da la mayor algidez del proceso legislativo, pues se escuchan las diversas posturas parlamentarias ahí representadas; no debemos olvidar que en un sistema legislativo bicameral como el Mexicano y como el de otras naciones en las que así está conformado su sistema legislativo, en la etapa de discusión del proyecto de ley, la cámara de origen tiene la función inicial de estudio de la misma, para que al ser pre aprobada pase a la otra cámara revisora para que realice labor similar.

La “Aprobación o Sanción”, implica la acción o labor del parlamento de aceptar como válido un proyecto de ley o decreto que haya sido sometido a su consideración (Carranca y Trujillo, 2004).

La “Promulgación”, mientras el ejecutivo no otorgue su decreto al proyecto aprobado por el legislativo, este aún no adquiere la cualidad de ley formalmente hablando, pues al respecto ha de recordarse que aquel cuenta con su derecho de “veto” al proyecto, a fin de regresarlo al legislativo para un segundo análisis.

El “Refrendo” en nuestro maco constitucional se señala que todos los reglamentos, decretos y órdenes del presidente, deberán estar firmados por el secretario del despacho, encargado del ramo al corresponder el asunto, puesto que sin ese requisito no serán obedecidos. Las finalidades de tal requisito, según Tena Ramírez (1980) se pueden limitar a tres: a) Certificar la autenticidad de la firma del poder Ejecutivo; b) Limitar la actuación del presidente mediante la coparticipación del secretario de Estado respectivo para validar la actuación de aquél; y, c) Trasladar la responsabilidad del poder Ejecutivo al secretario que hubiere refrendado el decreto.

La “Publicación”, el proyecto legislativo de ley o decreto, que adquiere la cualidad de “ley” al ser promulgada por el Ejecutivo, adolece aún, de una de sus principales cualidades; a saber; la obligatoriedad con que ha de constreñir a sus destinatarios y más tratándose de la materia penal; de ello emana la premisa fundamental de que para el derecho en general y en especial para las normas penales, la ley solamente deviene obligatoria para sus destinatarios cuando la misma, además de haber pasado por todo el proceso legislativo al que hemos hecho referencia, es debidamente publicada en los medios oficiales publicitarios “diario o periódico Oficial”, ello, porque es la única manera de garantizar la seguridad jurídica para sus destinatarios, vía la puesta en su conocimiento (Castellanos Tena, 1998).

“Entrada en vigor”, transcurridas todas las fases de formación y puesta en conocimiento de la ley que hemos referido, reconocemos como lo hace Muños

Conde (2010) que ha de hacer falta el último requisito que es el transcurso de la “*vacatio legis*” establecida en la propia ley; es decir, que se cumpla la condicionante temporal impuesta o deducida de la misma ley para que ello ocurra; ello puede establecerse de dos formas diferentes; la primera es aquella en la que la propia norma dispone un período de espera para que tanto sus destinatarios como sus aplicadores puedan imponerse de su contenido y cumplirla a cabalidad, situación que encuentra concordancia en nuestro sistema jurídico en el artículo 4° de la Ley Civil Federal y su par del Estado de Nuevo León que establecen que la ley, reglamento, circular o cualesquier otra disposición de observancia general que establezca la fecha de su entrada en vigor, comenzará a regir precisamente llegado el día señalado en la misma.

La segunda, relativa a que la recién aprobada y publicada ley no disponga nada en torno a su entrada en vigor, para lo cual sería preciso acudir supletoriamente a lo dispuesto por las reglas generales contenidas en las leyes civiles tanto federales como en el caso de Nuevo León, que establecen que en el caso de que la ley, reglamento, circulares o cualesquier otra disposición de observancia general no disponga específicamente una fecha concreta de entrada en vigor, deberá entenderse que ello sucederá a los tres días de su publicación en el medio informativo respectivo, situación a la cual se aumentará un día más por cada 40 kilómetros de distancia que exista entre el lugar en donde se hizo la publicación y el lugar en donde ha de aplicarse la norma.

La “Derogación”, al igual que un ser humano, la ley tiene dentro de sus etapas una terminal, que se identifica con la fecha en que la misma pierde su fuerza obligatoria y por ende deja de ser aplicada a sus destinatarios. Tradicionalmente se han manejado dos instituciones extintivas de la vida de una ley, la “abrogación”; y, la “derogación”; la primera quita fuerza obligatoria general, total y completa a una ley; mientras que la segunda quita fuerza obligatoria a una parte de ella. Es decir, la “abrogación” determina una extinción total de la ley, mientras que la “derogación” sólo implicaba la de una parte de esta.

Se denomina derogación expresa cuando es la misma ley derogatoria la que refiere quitar fuerza obligatoria a la que sustituye; es decir, es la nueva ley la que lo establece; por lo general, toda ley incluye a su final una serie de artículos o disposiciones que suelen llamarse derogatorias donde expresamente señala que precepto y/o que leyes se derogan; en tal sentido no hay ningún problema o duda frente a la vigencia de las normas que han sido derogadas de esta forma. A su vez, dentro de esta forma de derogación expresa podemos encontrar la “concreta” y la “genérica”; la primera es aquella en donde la nueva legislación de manera específica refiere que ley, leyes o normas concretas pierden fuerza vinculatoria; mientras que la genérica se da cuando la ley nueva no se establece que normas concretas pierden fuerza, sino que se recoge una cláusula genérica relativa a la derogación de todas aquellas que, por antonomasia, resulten incompatibles con la nueva ley.

La dificultad se presenta cuando la nueva norma no manifiesta expresamente la derogación de una norma anterior, pero que, al comparar la norma nueva con la anterior, resultan claramente opuestas y/o contradictorias, por lo que se hace necesario interpretar la vigencia o no de la norma anterior. Se trata de aquellos supuestos de derogación tácita, esto es, cuando la ley nueva no hace referencia expresa al respecto, pero de su contenido se advierte que se contrapone por

incompatibilidad con la ley anterior con la cual regula una materia común; a este respecto, es preciso constatar que entre ambas leyes se da identidad plena en cuanto al supuesto de hecho regulado; la derogatoria tácita, no necesariamente deroga toda la norma anterior, sino solo aquella parte que no sea posible conciliar, de manera que deja vigente en la norma anterior todo aquel aspecto que no riña directamente con la nueva norma; es por eso por lo que se da el caso en que una norma puede seguir parcialmente vigente, porque mientras que no sea contraria a la nueva norma, la anterior seguirá vigente en los aspectos conciliables con la nueva. Esto no sucede con la derogatoria expresa, en la cual la totalidad de la norma anterior queda derogada.

Como se ha advertido, el proceso de formación y obligatoriedad de una ley, imprime en el caso de México, como en la mayoría de los países que conservan como estado de derecho la forma de gobierno democrática, el pleno respeto al principio de legalidad, que impone la preexistencia de una ley cierta, escrita (reserva) y estricta, para cuya formación ha menester el cumplir una serie de escalones necesarios para que pueda tener fuerza vinculatoria para el destinatario de la misma, máxime en el derecho penal, que como sabemos, acorde a los diversos principio que lo animan (Carbonell Matéu, 1996), nadie puede ser sometido a proceso penal, mucho menos sancionado, sin la preexistencia de una ley que tipifique un hecho delictivo y a la que se le asocie una consecuencia jurídica.

Aplicación de la ley penal en el tiempo

Sorteados los escaños por los que un proyecto de ley debe pasar para llegar a ser obligatoria para sus destinatarios, surgen diversas problemáticas en torno a su exacta y debida observancia, tales como su alcance interpretativo y los diversos a sus ámbitos de validez, tanto el personal, como el espacial, pero en el que habremos de centrarnos, por parecernos presenta mayores problemáticas, es el referente al denominado por Fierro (1978) “Conflicto de Leyes Penales en el Tiempo”, o como cierto sector doctrinario ha preferido denominar como “Derecho Transitorio” o “Derecho Intemporal”.

La sucesión de leyes penales en el tiempo, ha generado en la praxis un sin número de cuestionamientos que no menos podrían ser considerados, como verdaderos problemas aplicativos de la norma, ya fuere la antigua o la nueva, incluso las leyes temporales, especiales e intermedias, que entre aquéllas hubiere existido, derivado ello de las diversas fases ejecutivas del delito, de procesamiento del responsable; e incluso, del cumplimiento de la sanción que se le impusiere, rompiendo con el paradigma de “*tempus regit actum*”, implícito en el principio de irretroactividad perjudicial de la norma elevado a garantía constitucional del debido proceso en el artículo 14 de la Constitución Política Mexicana.

Dicho principio se ve trastocado cuando, como sucede en constituciones que como la nuestra no regulan expresamente el lado opuesto de la irretroactividad perjudicial, es decir, la retroactividad beneficiosa, surge ella de interpretaciones a “contrario sensu” que han realizado los tribunales constitucionales del precepto rector de la irretroactividad y de la discrecionalidad que el poder legislativo ordinario haga al incluir o no tal principio en leyes secundarias (Sainz Cantero J. A., 1990); al margen de ello, el análisis de la máxima “*tempus regit actum*” nos obliga a precisar cuál es el momento en que se realizó el hecho penalmente relevante para

determinarse que norma punitiva abrogada o derogada en el tiempo ha de ser aplicada por serle benéfica al destinatario.

Tal y como resulta necesario establecer el lugar de comisión de un hecho delictivo, para poder precisar qué legislación le resulta aplicable al sujeto infractor (ámbito de validez espacial); y, la edad y condiciones de sanidad mental del mismo para saber si es imputable o inimputable (ámbito de validez personal), resulta igualmente trascendente establecer un aspecto conexo a ellos que, a nuestro entender, forman la trilogía aplicativa de la norma penal; este último aspecto, es el referente a la “temporalidad aplicativa de las normas punitivas”, emergida de su constante transformación, o lo que es lo mismo, el momento de realización del delito (Padilla Alva, 2010).

Es ampliamente conocido cómo en nuestra materia los diversos factores eminentemente cambiantes, tales como los sociales, la costumbre, los económicos, religiosos; e, incluso los políticos juegan un rol preponderante en la determinación de aquéllas conductas humanas, que en un lugar y momentos específicos, se estiman como lesivas para el entorno y paz social, lo que implica ya sea la creación de nuevos tipos antijurídicos con sus consecuencias jurídicas; o bien, la modificación de los ya existentes tanto en su contenido descriptivo como en el sancionador, situaciones que, tratándose de la primera hipótesis, pudiera agravar una situación de un sujeto que hubiere desplegado una conducta que anteriormente no era considerada como delictual y en el segundo caso, al poderse presentar una dualidad, en el sentido de que la modificación ya fuere del tipo descriptivo de la conducta y/o sancionador de la misma se agravará o se atenuará (Zamora Pierce, 2003).

Ley penal vigente

Reconocemos de entrada, como lo hace Arilla Bas (1969), que la ley aplicable al delito, desde el punto de vista “temporal”, debe resultar la vigente al momento de la comisión del hecho punible, puesto que bajo su imperio el activo decidió contravenirla; al respecto, se señala que se trata de una regla derivada del principio de legalidad que inspira a todo estado de derecho sobre todo en materia criminal, al imprimirse a las normas positivas la cualidad de irretroactividad sobre hechos sucedidos antes de su entrada en vigor (Bacigalupo Zapater, 2004).

De lo anterior se genera un principio respecto al cual existe consenso generalizado en el derecho penal moderno, en el sentido de “preexistencia” de la ley; es decir, se genera el axioma de ley cierta, estricta y escrita, ello como justificante de la reacción jurídico penal, cualidad que se ha elevado a garantía del ciudadano a rango constitucional.

El anterior axioma que irroga la aplicabilidad de la norma vigente al momento de la comisión del hecho penalmente relevante nos lleva a enfrentarnos en la praxis a serios problemas interpretativos y por ende aplicativos de la norma penal, ello cuando está sufre modificaciones entre el tiempo de comisión del hecho y el cumplimiento de la sanción que llegare a imponerse por ello, problemática que se ve identificada bajo la institución de la “extractividad”; es decir, el de determinarse qué norma penal habremos de aplicar ante un hecho delictivo concreto cuando existiere conflicto entre la norma que estaba vigente al momento de la comisión del hecho, otra que la derogó y/o una intermedia entre ambas (Gidi, 2009).

.No obstante la regla genérica apuntada (aplicabilidad de la ley vigente en el momento de la comisión del delito) que resolvería de tajo el problema aplicativo de la norma desde el punto de vista de su sucesión temporalidad, no nos brinda una respuesta adecuada y aceptada universalmente para resolver la complejidad applicativa de la norma punitiva acorde a su sucesión temporal, puesto que como veremos en los epígrafes siguientes, suelen darse situaciones en donde la comisión del injusto se realiza bajo el imperio de una ley y su resolución mediante sentencia lo es al amparo de otra norma posterior; e incluso, entre ambas puede existir alguna ley intermedia, temporal o excepcional y también se pueda dar que el inicio de la conducta principie y se prolongue en el tiempo; o bien, que la conducta sea instantánea y sus efectos se aplacen durante un tiempo más o menos determinado, todo ello nos genera la necesidad de analizar, aunque someramente, los distintos supuestos que ello implicaría y que será el tema a tratar en los siguientes epígrafes (López Guardiola, 2012).

Momento de comisión del delito

Aspecto relevante en el rubro relativo a la problemática de la sucesión de las leyes en el tiempo, es el relativo a la determinación de ¿cuándo? se considera cometido un hecho penalmente relevante, puesto que de ello depende de manera importante el factor aplicativo de la ley penal (Zamora Pierce, 2003).

Resulta evidente que en aquellos casos en que surge coetáneamente tanto la realización de la conducta como los resultados por ésta producidos (delito instantáneo), no se presenta problemática alguna en torno a la aplicabilidad de la ley, puesto que de origen, como ya hemos indicado, la ley que resolverá la problemática será la que estuviera vigente en el momento de ello; sin embargo, como lo refiere García Ramírez (1974) tal situación se complica cuando entre la realización de la conducta y la producción del resultado media un transcurso de tiempo, dentro del cual precisamente surge la sucesión de leyes penales positivas entre uno y otro. Al respecto, refiere Carbonell Mateú (1996), que tres son las teorías que se debaten en el tema: (i) La teoría de la acción, (ii) La teoría del resultado; y, (iii) La teoría mixta, dual o ecléctica.

Teoría de la acción: Es la teoría que más adeptos recoge (Muñoz Conde, 2010), precisamente por ser la que más satisfactoriamente resuelve la problemática en cuestión. Esta tematización, se basa principalmente en tomar en cuenta el “momento en que se lleva a cabo la manifestación o actuación de la voluntad del sujeto activo del delito (acción, *latu sensu*)”, lo cual juega un rol preponderante para determinar el momento de la comisión del injusto, independientemente de la producción o no de su resultado.

Teoría del resultado: Atiende al “momento de consumación de la infracción”, es decir, del resultado delictivo. Este planteamiento, sirve para determinar aspectos diversos de aplicación de la ley, relativos específicamente a la problemática de la prescripción, es fútil en torno al tema que analizamos, puesto que implicaría la absurda posibilidad de punir la realización de una conducta lícita en determinado momento por no estar contenida en norma penal (conducta atípica), que luego por el resultado, se vuelva ilícita.

Teoría mixta, dual o ecléctica: Busca sistematizar la teoría de la acción como la del resultado, buscando la solución del conflicto planteado, en lo que se ha denominado como resultado intermedio; para esta teoría ha menester escudriñar en la acción realizada por el agente, cuando, para el mismo, ha de producirse el resultado, para de ahí partir en el rubro relativo de la aplicabilidad de la norma que ha de resolver el problema; podría interpretarse que el momento de realización del delito sería tanto el momento de la acción, como el del resultado. En esta línea, un sector de la doctrina considera que debería ser la teoría aplicable sobre la base de que daría mejor respuesta a supuestos conflictivos como los delitos permanentes y los delitos continuados (Zugaldía Espinar & Torres Herrera, 2010); todo ello sobre la base de que el problema de la determinación del momento de comisión del delito afecta a varias instituciones penales aparte de la ley aplicable, como puede ser la prescripción del delito.

Delito instantáneo, permanente y continuado

Si, como ya hemos señalado, la ley que resulta aplicable al tiempo de la comisión de un delito, ha de ser aquella que estuviere vigente al preciso momento de la comisión; es decir, cuando el activo despliega su conducta criminal (teoría de la acción), habremos de reconocer que ello tratándose de los delitos Instantáneos no presenta problemática alguna en torno a la sucesión temporal de la ley (Cobo Del Rosal, 1999), puesto que resulta totalmente aplicable la temática propuesta por la teoría de la acción; empero, en las diversas formas de aparición del delito en “orden al tiempo”, la problemática de determinar la legislación penal aplicable acorde al momento de realización de la conducta si presenta complicación que amerita tratamiento para determinar, con precisión, bajo qué ley debe considerarse cometido el delito, a través de la realización o comisión de la conducta, ya que en este supuesto, es “la comisión misma” la comprendida por variaciones delictivas.

Como lo refiere Porte Pettit (1989) teóricamente se acepta la aparición del delito conforme al tiempo de su comisión desde las siguientes perspectivas: a) Delito Instantáneo; b) Delito Permanente; y, c) Delito Continuado;

Soler (1973) refiere que es “Delito Permanente o Continuo” aquél cuya acción delictiva se prolonga por el tiempo, siendo todos y cada uno de sus momentos idénticamente violatorios de la ley, pudiéndose imputar cualquiera de ellos a título de consumación (rapto, secuestro o privación ilegal de la libertad). De este modo, el tipo penal supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor, de manera que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica (Mir Piug, 2007); de ello se hace preciso determinar qué momento se entiende como el de su realización a efecto de concretar la posible ley aplicable.

Un sector de la doctrina considera que en el delito permanente el momento de comisión del delito debe ser entendido como aquel en el que cesa la situación de permanencia; o bien, cuando termina la situación ilícita. Este planteamiento puede dar lugar, en nuestra opinión, a las siguientes hipótesis:

- (i) Que el sujeto activo despliegue una conducta que no era delictiva cuando comenzó a realizarla y ella resulta inculpativa durante el tiempo en que se está llevando a cabo; es decir en su fase culminatoria, caso en el cual

atendiendo al momento de consumación debe ser sancionado;

(ii) Que el autor del delito permanente inicie su realización bajo la vigencia de una norma que contemplaba el hecho como delictuoso, empero durante el despliegue de su comisión entra en vigor una nueva ley que lo destipifica; o bien, atenúa sus consecuencias jurídicas. En este supuesto no debe haber duda alguna que ha de aplicarse la nueva legislación por serle más favorable conforme a la teoría de retroactividad en beneficio; y,

(iii) Que el activo realice su actuar criminal bajo el imperio de una ley, pero durante la consumación del hecho entra en vigor una nueva legislación que agrava la sanción. En este caso debe aplicársele la nueva ley, aunque fuere más severa, ya que el mismo siguió ejecutando el hecho, sin que le fuere admisible que alegara en su defensa que debería aplicársele la ley anterior más benigna, ya que al respecto habría que referir que él mismo insistió en su postura delictiva de contrariar el orden legal positivo.

Jiménez Jauregui (2004) entiende por “Delito Continuado”, a aquél en el cual existen acciones u omisiones plurales que generan el mismo tipo delictivo, entrelazadas por unidad de propósito, de lesión, de ocasión y de sujeto pasivo; a este tipo de forma delictiva se le ha reservado un debate especial, tanto en su origen, concepto y elementos, como lo relativo a la naturaleza jurídica y fundamento de la figura ya que han despertado una profunda polémica en el foro académico.

La diversidad de opiniones en torno a sus presupuestos ha provocado que la mayoría de las legislaciones hayan prescindido de una formulación normativa, aunque vale aclarar que ello no ha impedido su recta aplicación por parte de los tribunales, sino que, muy por el contrario, los contornos de esta figura se han ido perfilando en buena medida gracias a los continuos aportes emanados de las decisiones judiciales, a tal punto que el delito continuado ha sido valorado como un genuino producto de la jurisprudencia, sustentado originalmente en razones de piedad y justicia (Alabau Trelles, 1956).

Vale la pena resaltar en este sentido los puntos de contacto que se aprecian entre el delito continuado y el concurso real de delitos, así como sus elementos diferenciadores. Así, mientras el concurso real de delitos supone una pluralidad de acciones delictivas independientes y autónomas en sentido naturalístico y jurídico, en los supuestos de continuidad los distintos hechos guardan cierta dependencia entre sí, tanto por el común elemento subjetivo que los enlaza como por razones objetivas.

Los elementos configurativos del delito continuado han sido definidos a partir de distintos puntos de vista, según se defienda una concepción objetiva, subjetiva o mixta; siendo esta última la mayoritariamente aceptada. Según sus postulados, la apreciación del delito continuado exige la concurrencia de factores objetivos y subjetivos.

Desde el punto de vista objetivo son requeridas la pluralidad de acciones, la identidad o similitud del tipo, la unidad del bien jurídico violado, la conexión temporal y una cierta homogeneidad en la ejecución (utilización de medios, relaciones y ocasiones análogas) y, a veces, la unidad de sujeto pasivo (Mir Piug, 2007); y desde la óptica subjetiva se valora el ánimo subyacente en la actuación del sujeto comisor, esto es, la unidad de diseño, propósito, intención o dolo.

Es este elemento subjetivo el que mayores problemas ha planteado, dado que no existía unanimidad en cuanto a su naturaleza, barajándose dos posiciones: la del dolo global o conjunto que exigía el dolo del sujeto activo abarcara de antemano los distintos actos parciales, y respondiera, por tanto, a la idea de un plan preconcebido, postura difícilmente sostenible por cuanto, tal y como ha señalado la doctrina, ello conllevaría beneficiar a quien actúa con una firme voluntad criminal manifestada en un plan previo.

Por esta razón, se impone doctrinalmente la segunda teoría del dolo continuado o de continuación, consistente en la homogeneidad de la parte subjetiva de los distintos actos, homogeneidad derivada de obedecer cada acto a situaciones motivacionales semejantes. Pero dentro de la polémica que rodea al delito continuado, es indudable que el debate en torno a su naturaleza jurídica constituye el eje central de la temática analizada. Sobre este particular se aprecia en la doctrina un mosaico de posturas científicas, que van desde la clásica y extendida teoría de la ficción, pasando por los criterios realistas, hasta las menos importantes concepciones de la presunción, de la circunstancia agravante o atenuante y la del “*tertius genus*”.

De nuestro ángulo, una concepción mixta que armonice los postulados ofrecidos por quienes invocan una disminución de la culpabilidad del sujeto y, al tiempo, razones de utilidad práctica, resulta mucho más atemperada a la evolución histórica y actual concepción del instituto.

De este modo, la justificación dogmática del delito continuado se centra en el análisis psicológico y motivacional del sujeto a quien se le formulará el juicio de reproche, partiendo de que en los casos de continuación la actividad del agente se encuentra facilitada por ciertas condiciones que hacen comprender que, a pesar de evidenciarse un aumento del contenido de injusto (mayor antijuricidad debido a una superior intensidad en el ataque al bien jurídico), la voluntad criminal es menos grave e intensa que en el concurso real de delitos; pues una vez cometido el primer acto criminal existe en la mente del agente una disposición psíquica que hace más fácil la realización de los sucesivos, lo cual representa una resolución criminal menos intensa y, por ello, una disminución de la culpabilidad.

Sobre el delito continuado, también llamado de tracto sucesivo, refiere Fierro (1978) que la solución de la sucesión de leyes habrá de ser resuelta de idéntica forma que en tratándose de los delitos permanentes, por lo que al respecto hemos de remitirnos a lo ya expuesto en supra líneas.

Ley penal más favorable

Problemática surgida del tema que hemos venido analizando, lo es el relativo al establecimiento de ¿Qué debemos entender, por ley; y, ¿el de que ésta sea más benigna?, ello para los efectos de la determinación de los ámbitos de extractividad de la misma en materia penal (López Guardiola, 2012).

Cuestión aparejada al problema al que nos hemos venido refiriendo del ámbito de validez temporal de la norma penal, lo es el relativo a determinar si el paradigma de extractividad de la ley debe ceñirse a los cambios operados exclusivamente en la norma penal, o bien, es generalizada a cualesquier variante ocurrida en otras legislaciones no penales; y de igual manera, determinar si cualquier

cambio, aunque no afecte el fondo de la cuestión, debe tenerse realmente como beneficioso para los fines del destinatario de la norma (Arilla Bas, 1969).

Fierro (1978) refiere, que gran parte de la construcción jurídica depende de la determinación del concepto de “ley más benigna”, empero la determinación de ello no siempre resulta sencilla, puesto que es de recordarse que tal axioma constituye la primordial excepción al principio universal de “*tempus regit actum*”.

Del acotamiento constitucional que la mayoría de los países de corte democrático han otorgado al “Principio de Legalidad de irretroactividad de la ley perjudicial”, reconocemos que no limitan el aspecto extractivo de la ley solamente a nuestra materia, sino que por el contrario es una norma constitucional generalizada que impone la obligación de que “cualesquier legislación” que pudiere resultar perjudicial al destinatario, ya fuera sancionadora o restrictiva de derechos, no le sea aplicada, conclusión que resulta válida de una sana interpretación sistémica del dispositivo rector de dicha institución (art. 14 CPEUM).

Trasladado esto a la materia penal, es de indudable cuestionamiento que ello afecta directamente a la retro-irretroactividad de la norma punitiva, que como todos sabemos protege bienes jurídicos determinados que pueden y suelen ser afectados directa o indirectamente por variaciones legales en tan variadas ramas del derecho (García Ramírez, 1974).

Así, sí en materia Civil varían los requisitos de una institución determinada, como por ejemplo lo sería el matrimonio, ello acarrearía, inexorablemente, consecuencias directas a la figuras penales que tuviesen como tronco común de protección el bien jurídico familia; igual situación sucedería en materia de narcotráfico en donde en la República mexicana los conceptos de medicamentos o sustancias consideradas como narcóticos, psicotrópicos, enervantes y demás se hallan contenidas en una ley especial extrapenal denominada Ley General de Salud, de cuyo contenido depende la tipificación penal del delito y sus consecuencias, por lo que debe reconocerse que si en aquélla ley extrapenal operara algún cambio extintivo, atenuante o agravante de las sustancias consideradas como constitutivas de flagelo social de narcotráfico ello impactaría seriamente en la tipificación y consecuencia jurídica de ello (Castellanos Tena, 1998).

Ello nos conduce directamente a la problemática que ya fue puesta de relieve en la doctrina, respecto a la relación entre la retro-irretroactividad y lo que se denominan leyes penales en blanco. Se discute en la doctrina si el principio de irretroactividad de las leyes penales debe aplicarse a las leyes penales en blanco en las que sin una variación formal aparente puede modificarse su contenido bien en términos más restrictivos de la libertad individual, bien en términos ampliatorios de la misma (De Vicente Martínez, 2004). La solución debe ser distinta según sean los efectos que las distintas modificaciones produzcan.

Así, en el caso de que las modificaciones que se realicen en las leyes extrapenales supongan consecuencias perjudiciales para los destinatarios de la norma penal, parece no existir discusión doctrinal acerca de la aplicación estricta del principio de irretroactividad cuando las disposiciones son desfavorables al reo (Bustos Ramírez, 1994); de este modo, puede colegirse que la irretroactividad propia

de las leyes penales alcanza también a la normativa de complemento de las leyes penales en blanco.

Sobre esta base, si el fundamento de la irretroactividad en materia penal se encuentra en la concepción subjetiva de la seguridad jurídica entendida ésta como la exclusión de la imposibilidad de las personas de conocer el derecho vigente y de saber cómo se calificarían jurídico-penalmente sus futuras actuaciones, es evidente que las modificaciones perjudiciales no pueden tener efecto retroactivo, ello en atención a que la normativa de complemento de las leyes penales en blanco forma parte del ordenamiento jurídico y su efectiva concurrencia es indispensable para poder calificar como delito una determinada conducta de donde surge que no sería posible que los ciudadanos pudieran conocer dicha normativa complementaria y anticipar los efectos jurídico penales de su actuar si no se reconociera su irretroactividad.

Distinto, aunque en nuestra opinión sólo en apariencia, es el caso de que las modificaciones en la normativa extrapenal conllevaran consecuencias beneficiosas para los destinatarios de la norma penal. A este respecto, la tesis tradicional optaba por mostrarse contraria a la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables producidas en las leyes penales en blanco; sin embargo la tesis favorable a la retroactividad se ha ido consolidando de manera que tal como señala (Cerezo Mir, 2005) en realidad dichas leyes o disposiciones, aunque pertenezcan a otro sector del ordenamiento jurídico quedan incorporadas a las leyes penales, al completarlas con la descripción de las conductas prohibidas u ordenadas, por lo que debe regir para ellas tanto el principio de irretroactividad, como el de retroactividad de la ley penal más favorable.

Luego entonces, debemos concluir, que tratándose del concepto de “ley” que como requisito ha de ser beneficiosa para el destinatario lo cual requiere la norma constitucional para romper el principio de que el tiempo rige el acto para los efectos de la ley punitiva de una conducta, instituye una generalidad no limitativa, a legislaciones de naturaleza punitiva propiamente dicha, sino a todas aquéllas que pudieren tener algún impacto en la misma, sea cual fuere su materia de regulación.

Mucho más complicado resulta el requisito de que la “ley” sea “beneficiosa” y encierre una verdadera situación analítica cuya determinación depende del aplicador de la norma correcta en el sentido de que él mismo debe valorar si cualesquier cambio o variación a la norma contiene verdaderamente un beneficio para su destinatario; podemos señalar al respecto que el análisis de este problema se reduce a responder a la pregunta de cuál ley resulta más favorable para el reo: si la posterior es más favorable, se aplicará retroactivamente; si lo es la que estaba en vigor en el momento del hecho, será ésta la que se aplique de manera ultractiva.

Como punto de partida a la hora de determinar qué ley es más favorable o beneficiosa en orden a resolver el problema de la sucesión de leyes, es preciso señalar, como hace Fierro (1978) que no cualquier cambio operado en el ordenamiento jurídico en general debe tener impacto sobre la materia penal, sino que solamente aquéllos que verdaderamente implique un cambio sustancial a la situación jurídica creada importando una revaloración legal que agrava, excluye o disminuye la tipicidad de un hecho o sus consecuencias jurídicas, la cual limita y niega aplicación, como ley más benigna, a aquélla cuando el cambio en ella ocurrido es meramente circunstancial y deja subsistente la norma, pues es menester que la modificación

operada importe una verdadera alteración de la figura abstracta del derecho penal o de la estructura de la norma represiva en sí.

Al enfrentarse a una nueva ley a fin de determinar si esta efectivamente es o no más favorable que la ley existente en el momento de realizar la infracción penal, nos podemos encontrar con supuestos en lo que parece que no cabe duda alguna respecto de su carácter de más beneficiosa para el reo: así sucedería, por ejemplo, si la ley posterior ha despenalizado el hecho; o bien, ha rebajado la duración o cuantía de la pena precedente. Sin embargo, esta afirmación es claramente matizable.

Tradicionalmente, se han centrado esfuerzos en solucionar el problema de la sucesión de leyes penales intentando otorgar criterios de determinación de la ley más favorable al reo, y así se propuso, entre otras opciones, considerar más benigna la ley que priva del goce de un bien menos importante, la que establece un límite máximo de la pena, la que fija el límite mínimo de la pena, la que rebaja el máximo de la pena establecido por la ley anterior, etc, (Jiménez De Asúa, 1959). Sin embargo, en la actualidad, sobre la base de que el casuismo resulta inútil, se aboga por que la determinación de la ley más favorable se realice caso por caso tomando en cuenta la situación particular de cada reo (Muñoz Conde, 2010).

Ahora bien, es necesario señalar al menos unos criterios básicos de los que se debe partir a la hora establecer cuál es la ley más favorable. Algunos de ellos son, hoy día, prácticamente indiscutidos, mientras que otros encuentran algunas críticas y rechazos en relación con su aplicación:

1. “La determinación de la ley penal más favorable no puede resultar de la comparación abstracta de los tipos y amenazas penales, sino que lo decisivo es la solución que en el caso concreto se de a cada uno de los supuestos”. De este modo, para determinar cuál es la ley penal más favorable han de ser comparados no sólo los marcos penales, sino la totalidad de las previsiones de una y otra ley, haciéndose referencia expresa en este pronunciamiento a los sustitutivos penales y a los beneficios penitenciarios aplicables al caso.

Al respecto Creus (2003) determina que tratándose de la problemática de la “ley penal más benigna” hay que atender a todos sus elementos integrantes; y, por ende, prever todas sus consecuencias jurídicas respecto del sujeto imputado, siendo imposible la formulación de pautas de comparación “*a priori*”, es decir, que permitan determinar en abstracto cuál es la ley más benigna de entre todas las que intervienen en la sucesión, ya que una ley así considerada podría parecer más benigna, pero a la hora de su aplicación no serlo; por ello la tarea comparativa solo tiene que ser realizada por el juez, como aplicador de la norma, teniendo en vista solo el caso concreto y es sobre él que deben especificarse las consecuencias que importaría la aplicación de las leyes sucesivas para poder determinar en base a ello cuál es la que resulta más benéfica.

De esta manera, tal como pone de manifiesto Iglesias Rio (2005), “las cuestiones que afectan al *quantum* de la pena; o, a los derechos adquiridos está sometida al principio de legalidad y a la no retroactividad más perjudicial”.

2. “Conveniencia de consultar el parecer del reo, sobre todo en aquellos casos en los que puede resultar dudosa la determinación de la ley penal más

favorable”. Respecto a este punto, la doctrina se mantiene dividida y frente a aquellos que afirman que esta consulta no significa que sea el reo quien decida la cuestión, otros sostienen que su opinión es decisiva y vinculante.

Los que opinan que la decisión es exclusiva del Tribunal sostienen que corresponde a éste la inherente obligación de pleno y eficaz respeto de la garantía constitucional de retroactividad beneficiosa, siendo precisamente dicho órgano jurisdiccional el que dispone de los conocimientos y herramientas necesarias para determinar que norma es provechosa para el destinatario, lo cual desde nuestra perspectiva no acarrearía problema alguno si es evidente la diferencia entre ambas normas y no hay duda de cuál de ellas acarrea beneficio al reo.

Por el contrario, entre los que estiman que la garantía constitucional de retroactividad beneficiosa es una garantía constitucional irrestricta del gobernado, sostienen que al ser el mismo un derecho fundamental del destinatario de la norma corresponde precisamente a éste el determinar que norma entre las cuestionadas y materia de análisis es la que le resulta mayormente de provecho, pues es en todo caso el mismo el que sufre las consecuencias de sus decisiones, de ello consideramos más atinada esta postura que aquella que deja solamente al tribunal decidir al respecto.

Cuestión mucho muy importante a tratar y que creemos apuntala nuestra postura señalada en el párrafo precedente, lo es el caso cuando existe duda en torno a que norma debe aplicársele al destinatario en caso de sucesión de las mismas entre la que estaba vigente cuando cometió el hecho y una posterior que la substituye, si es que el tribunal decide de mutuo propio con o sin consulta del destinatario, la norma que cree le beneficia más a éste pero con lo cual el reo no estuviere de acuerdo; al respecto creemos que ello daría lugar a la interposición de parte del destinatario inconforme de un medio de impugnación ordinario o extraordinario por medio del cual buscara cambiar la decisión del tribunal que decidió la norma que le aplica, caso en el cual se pone de relieve que ejerce el reo su pleno derecho no solo a inconformarse sino a que el mismo decida, desde su perspectiva y dando las razones de ello, que norma es la que estima le resulta de mayor provecho.

Leyes intermedias, temporales y excepcionales

“Leyes Intermedias”: Creus (2003) refiere que son aquellas entrando en vigencia después de realizado el hecho, resulta derogada antes de que recaiga sentencia en el proceso; de suyo Muñoz Conde y García Aran (2010) señalan que son aquellas que no están en vigor en el momento de la comisión de los hechos ni lo está en el momento del juicio, sino que ha tenido vigencia entre uno y otro; por su parte Morillas (1996), señala que es aquélla en donde se presentan tres normas en conflicto aplicativo: una vigente al momento de la comisión del hecho, otra intermedia después; y otra más al final, vigente al momento del pronunciamiento del fallo.

Una importante corriente de la doctrina ha estimado que la ley intermedia no debe ser tomada en cuenta al momento de determinar la benevolencia de una legislación, sino solamente aquélla que estuvo vigente ya fuera en la comisión del hecho y/o la vigente al momento de dictarse el fallo respectivo; empero en torno a dicha postura, se ha contestado que, por lo menos, razones de equidad jurídica justifican la consideración de la ley intermedia y su eventual aplicación como ley más benigna (Muñoz Conde, 2010). En tal sentido se pueden presentar las siguientes

hipótesis: (i) Si el aplicador de la norma se inclina por la primera ley estaríamos en presencia de su aplicación ultractiva, esto es, que la ley tendría vigencia más allá de los supuestos y tiempos previstos para la misma; (ii) Si por el contrario se decide en aplicar la ley intermedia aparecería un doble fenómeno, la de su aplicación retroactiva en comparación con la ley que derogó y aplicación ultractiva, con la ley que posteriormente está en vigencia al momento del fallo y que a su vez derogó la intermedia; y, (iii) Por último, si se inclinase por la tercera ley estaríamos en presencia de su aplicación retroactiva (Berchelman Arizpe, 2004).

“Leyes Temporales”: Estas se distinguen por establecerse expresamente en las mismas su expresa vigencia, o como se refiere son “Las que nacen con un período limitado de vigencia establecido taxativamente en la propia ley que fija la fecha en la que dejará de estar en vigor” (Muñoz Conde, 2010)., respecto de ellas se pueden plantear las siguientes tres hipótesis: a) Que una ley temporal suceda a una ordinaria; b) Que una ley temporal suceda a otra temporal; y, c) Que una ley ordinaria suceda a una temporal.

Las dos primeras hipótesis no presentan realmente problema alguno de aplicabilidad extractiva de la ley más benigna; empero, entratándose de la tercera se refiere que debido a que las leyes temporales nacen para cubrir ciertas situaciones de urgencia, no puede privar el mismo principio de aplicación de extractividad de la ley más favorable, a menos que éstas expresamente así lo dispongan (Creus, 2003).

Así es, carecerían de sentido que los tipos penales descriptivos y sancionadores previstos en las leyes temporales dejaren de aplicarse a los hechos cometidos durante su vigencia, debido a que, precisamente, las mismas adquirieron fuerza vinculante para sancionar, generalmente con mayor severidad, los hechos ocurridos durante su período corto de existencia, lo que implica que la teoría generalmente aceptada les disponga de carácter ultractivo y se apliquen a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque en el momento del juicio ya se encuentren derogadas; es decir, en torno a ellas se plantea la excepción al principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

Y ello, sobre la base no sólo de la ineficacia en la que caerían las leyes temporales, sino también porque “en estos supuestos no nos encontramos ante un auténtico caso de sucesión de leyes penales, en el que ordenamiento haya cambiado su valoración sobre las conductas de manera que ello deba beneficiar al reo. Se mantiene, por el contrario, que lo que han cambiado son las circunstancias que motivaron el cambio legislativo, de manera que, si tales circunstancias siguieran presentes, el ordenamiento seguiría conceptuándolos hechos del mismo modo”.

Este planteamiento es el recogido en el art. 2.2 del código penal español cuando afirma que los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella salvo que se disponga expresamente lo contrario.

Se trata, por tanto, de la plasmación legal de la ultractividad de las leyes penales temporales en el ordenamiento jurídico español, lo cual estimamos así debido precisamente a la cualidad especial de nacimiento de dicho tipo de normas.

Por el contrario, Reyes Echandía (2002), discrepa de la posición adoptada por la teoría generalmente aceptada, aduciendo que tratándose de leyes temporales debe

imperar tanto el principio de su aplicación ultractiva como la retroactiva, cuando la misma fuere más beneficiosa a los intereses del destinatario, puesto que con ello se estaría respetando cabalmente el principio de legalidad de retro-irretroactividad de la norma penal.

No perdemos de vista que la complejidad del problema suscitado precisamente por la sucesión de leyes tratándose de las temporales acarrea atención especial, porque no desconocemos que las legislaciones de ese tipo surgen a la vida positiva a raíz de hechos que ameritan atención y sanción especial, lo que de suyo nos llevaría al extremo de considerar a este tipo de legislaciones como excepciones al principio de extractividad aplicativa de la norma, puesto que ellas se aplicarían siempre a aquellos gobernados que hubieren desplegado su conducta estando en vigor dicha norma, aunque las mismas posteriormente perdieran su vigencia por otras ya fueren ordinarias, intermedias o incluso otras temporales las cuales incluso pudieran serle más benéficas al gobernado.

Por otro lado, si tomásemos estrictamente el argumento señalado en el párrafo anterior de excepcionalidad de las leyes temporales, creemos que estaríamos vulnerando en forma directa y flagrante el principio de legalidad que norma nuestra materia y, dentro de la cual, se genera la garantía de aplicabilidad extractiva de la norma penal en todos aquellos casos en que resulte beneficiosa al destinatario, ello sin distingo alguno, pues precisamente esa es la esencia de la garantía subyacente referida, aun y cuando del propio contexto de la ley temporal se haga expresa referencia a prohibición de aplicación beneficiosa de norma posterior al delincuente, pues ante ello se tendría que efectuar una ponderación judicial respecto a la prevalencia del derecho humano a la legalidad más en nuestra materia en donde tal principio resulta la columna vertebral del sistema.

“Leyes Excepcionales”: Son aquellas que, teniendo naturaleza temporal, tienen limitada su vigencia no de manera fija sino por razón de la existencia de determinadas circunstancias o situaciones excepcionales o extraordinarias (guerra, terremoto, epidemia, etc.) en virtud de las cuales se promulga la ley, y que, una vez finalizadas, termina la vigencia de esta (Muñoz Conde, 2010).

Sobre ellas se han esgrimido los mismos argumentos que en relación con las leyes temporales, mismos que se hacen consistir en la generalidad de la doctrina en la no extractividad de la ley excepcional, a menos que la misma disponga expresamente lo contrario, pues como lo refiere Carbonell Matéu (1996) gozan de una temporalidad determinada, bajo la cual los hechos cometidos a su amparo deben ser forzosamente sancionados al tenor de esta.

En nuestro derecho positivo, la premisa apuntada antes apuntada no opera igual, así lo apunta Castellanos Tena (1998); y, Arilla Bas (2003), para quienes las leyes excepcionales y temporales gozan del beneficio de la extractividad de la ley, siempre y cuando sea, como lo hemos apuntado, el aplicador de la norma quien determina cuando una ley es más benéfica para el destinatario. En virtud de lo anterior, insistimos en lo que expusimos en el rubro relativo a las leyes temporales en torno al problema de la extractividad de su aplicación, pues si tomásemos en forma escrita el argumento señalado en el párrafo anterior de excepcionalidad de las leyes excepcionales, creemos que estaríamos vulnerando en forma directa y flagrante el principio de legalidad que norma la materia criminal y, dentro de la cual, se genera

la garantía de aplicabilidad extractiva de la norma penal en todos aquellos casos en que resulte beneficiosa al destinatario, insistimos sin distingo alguno, pues precisamente esa es la esencia de la garantía subyacente referida, aun y cuando del propio contexto de la ley excepcional se haga expresa referencia a prohibición de aplicación beneficiosa de norma posterior al delincuente, pues ante ello se tendría que efectuar una ponderación judicial respecto a la prevalencia del derecho humano a la legalidad más en nuestra materia en donde tal principio resulta la columna vertebral del sistema.

Conclusiones

El análisis sobre la "extractividad de la norma penal" en este artículo ha llevado a cabo una exploración exhaustiva sobre cómo la normativa penal interacciona con el tiempo y los efectos que esto tiene sobre su aplicación. Hemos reconocido que la norma penal está diseñada para regular conductas durante un periodo específico y para hechos concretos, sujetos a los principios de "*Tempus Regit Actum*", y "ultractividad" y "retro-irretroactividad".

Esencialmente, hemos concluido que la ley penal no es estática, sino que responde y se adapta a los cambios sociales y a la evolución de los valores comunitarios. La metodología del artículo se ha enfocado en disyuntivas prácticas respecto a la aplicabilidad de la norma penal en el tiempo, haciendo hincapié en la necesidad de una difusión cultural socio-jurídica eficaz. A través de una revisión de enfoques doctrinales y consideraciones personales, se ha resaltado que el punto central en el derecho penal es determinar la aplicabilidad sustantiva de la norma, lo cual recae en última instancia en la discreción del juzgador, subrayando la importancia de la motivación y fundamentación conforme a los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La discusión sobre las leyes penales en el tiempo ha revelado una complejidad inherente al proceso de sucesión normativa, que se manifiesta en la forma en que las leyes previas, intermedias, y subsecuentes se aplican a los hechos delictivos, planteando problemas significativos para los juzgadores. Se ha identificado que las leyes intermedias, temporales, y excepcionales tienen características distintivas en términos de aplicabilidad y vigencia

Finalmente, hemos concluido que es imperativo reconocer que toda norma penal debe observar los principios que la enaltecen y que merecen reconocimiento expreso en la ley suprema para asegurar la legalidad estricta. Se sugiere una mayor concientización sobre los desafíos presentados por la "extractividad de la norma penal" y se aboga por los esfuerzos necesarios para incluir correctamente estas consideraciones dentro del marco constitucional como una herramienta de protección de los derechos humanos. Este artículo enfatiza la importancia de continuar el debate y el estudio en torno a la aplicabilidad temporal de la ley penal y su interacción con la protección de los derechos humanos, con miras a mejorar la claridad y justicia en su aplicación.

Referencias bibliográficas

Alabau Trelles, F. (1956). El Delito Continuado. Cuba.

- Arce Aggeo, M. Á. (1996). Concurso De Delitos En Materia Penal. Buenos Aires, Argentina: Universidad.
- Arilla Bas, F. (1969). El Procedimiento Penal En México. México: Editores Mexicanos S.A.
- Arilla Bas, F. (2003). Derecho Penal Parte General (Vol. 2). México: Porrúa.
- Bacigalupo Zapater, E. (2004). Derecho Penal Parte General (Vol. 4). Lima, Perú: Ara Editores.
- Badenes Gasset, R. (2000). Conceptos Fundamentales Del Derecho (Vol. 12). Barcelona, España: Barcelona.
- Beccaria, C. (2000). De Los Delitos Y De Las Penas. México: Fondo De Cultura Económica.
- Berchelman Arizpe, A. (2004). Derecho Penal Mexicano Parte General. México: Porrúa.
- Bustos Ramírez, J. M. (1994). Manual De Derecho Penal Parte General (Vol. 4). Barcelona, España: S.A Ppu.
- Claos, R. (1997). Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Dlíto. Madrid, España.
- Cafferata Nores, J. (1998). Derecho Procesal Penal, Consensos Y Nuevas Ideas. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Carbonell Matéu, J. C. (1996). Derecho Penal, Concepto Y Principios Constitucionales (Vol. 2). España: Tirant Lo Blanch.
- Carranca Y Trujillo, R. Y. (2004). Derecho Penal Mexicano Parte General (Vol. 22). México: Porrúa.
- Castañeira Palou, M. T. (S.F.). El Delito Continuado. Barcelona, España: Bosh.
- Castellanos Tena, F. (1998). Lineamientos Elementales De Derecho Penal (Vol. 39). México: Porrúa.
- Cerezo Mir, L. (2005). Curso De Derecho Penal Español Parte General Ii, Teoría Jurídica Del Delito (Vol. 6). Madrid, España.
- Cobo Del Rosal, M. Y. (1999). Derecho Penal Parte General (Vol. 5). Tirant Lo Blanch.
- Creus, C. (2003). Derecho Penal Parte General (Vol. 5). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- De Vicente Martínez, R. (2004). El Principio De Legalidad Penal. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (2004). Derecho Y Razón. Teoría Del Galantismo Penal (Vol. 6). España: Trotta.
- Fierro, G. (1978). La Ley Penal Y El Derecho Transitorio (Retroactividad E Irretroactividad). Argentina: Desalma.
- García Ramírez, S. (1974). Curso De Derecho Procesal Penal. México: Porrúa.
- Gidi, E. M. (2009). Derecho Ii, Nueva Imagen México.
- Habermas, J. (2010). El Concepto De Dignidad Humana Y La Utopia Realista De Los Derechos Humanos (Vol. 64). Diánoia.
- Hassemer, W. (1997). Límites Del Estado De Derecho Para El Combate Contra La Criminalidad Organizada. Asociación De Ciencias Penales De Costa Rica (14), 18.
- Herrendorf, D. (1991). El Estado Actual De La Teoría General Del Derecho. Cárdenas Editor.
- Iglesias Rio, M. (Mayo De 2005). Algunas Reflexiones Sobre Retro-Irretroactividad De La Ley Penal. Revista Jurídica De Castilla Y León (6), 19, 26.

- Jiménez De Asúa, L. (1959). Tratado De Derecho Penal Tomo Ii (Vol. 5). Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Jiménez Jauregui, O. R. (2004). Código Penal Del Estado De Nuevo León Parte General Comentado. México: Facultad De Derecho Y Criminología De La Universidad Autónoma De Nuevo León.
- Landrove Díaz, G. (1996). Introducción Al Derecho Penal Español (Vol. 4). Madrid, España: Tecnos.
- Lascuráin Sánchez, J. A. (2000). Sobre La Irretroactividad Penal Favorable. Madrid, España.
- Lara Espinoza, S. (2005). Las Garantías Constitucionales En Materia Penal (Vol. 3). México: Porrúa.
- Losano, M. G. (1982). Los Grandes Sistemas Jurídicos, Introducción Al Derecho Europeo Y Extranjero. (M. Alfonso Ruiz, Ed.) Madrid, España: Debate.
- López Guardiola, S. G. (2012). Derecho Penal I. México.
- López Guardiola, S. G. (2012). Derecho Penal I. México.
- Madrid Conesa, F. (1983). La Legalidad Del Delito. Valencia, España: Artes Gráficas De Criminología Y Departamento De Derecho Penal.
- Mir Piug, S. (2007). Derecho Penal Parte General (Vol. 5). Buenos Aires, Argentina: B De F Ltda.
- Morillas Cuevas, L. (1996). Curso De Derecho Penal Español Parte General. España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A.
- Muñoz Conde, F. Y. (2010). Derecho Penal Parte General (Vol. 8). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Núñez Castaño, E. (2010). Nociones Fundamentales Del Derecho Penal Parte General (Vol. 2). Madrid, España.
- Padilla Alva, H. R. (2010). Derecho Penal Parte General. Córdoba, España.
- Porte Petit Candaudap, C. (1989). Apuntamientos De La Parte General Del Derecho Penal (Vol. 12). México: Porrúa.
- Reyes Echandía, A. (2002). Derecho Penal (Vol. 11). Colombia: Temis.
- Rodríguez Muñoz, J. A. (1955). Tratado De Derecho Penal (Vol. 1). Madrid, España: Revista De Derecho Privado.
- Rodríguez Muñoz, J. A. (S.F.). Tratado De Derecho Penal (Vol. 1). Madrid, España: Revista De Derecho Privado
- Ruiz Antón, L. F. (1989). El Principio De Irretroactividad De La Ley Penal En La Doctrina Y La Jurisprudencia. Universidad De Extremadura.
- Scjn. (2005). Las Garantías Individuales Parte General. Poder Judicial De La Federación.
- Scjn. (S.F.). Ius. Recuperado El 02 De 2024, De Semanario Judicial De La Federación: <https://Sjf2.Scjn.Gob.Mx/Listado-Resultado-Tesis>
- Sánchez Bringas, E. (2001). Los Derechos Humanos En La Constitución Y En Los Tratados Internacionales. México: Porrúa.
- Sainz Cantero, J. A. (1990). Lecciones De Derecho Penal Parte General (Vol. 3). Barcelona, España.
- Sainz Cantero, J. A. (1990). Lecciones De Derecho Penal, Parte General, (Vol. 3). Barcelona, España.
- Soler, S. (1973). Derecho Penal Argentino Tomo I (Vol. 6). Argentina: Tipográfica Editora Argentina.
- Suárez Collia, J. M. (1994). El Principio De La Irretroactividad De Las Normas Jurídicas (Vol. 2). Madrid, España: Actas.

- Suárez Collia, J. M. (1994). El Principio De Irretroactividad De Las Normas Jurídicas (Vol. 2). Madrid, España: Actas.
- Suárez Collia, J. M. (2006). La Retroactividad, Normas Jurídicas Retroacticas E Irretroactivas. Madrid, España: Universitaria Ramón Areces.
- Tena Ramírez, F. (1980). Derecho Constitucional Mexicano. Porrúa.
- Von Liszt, F. (2003). Tratado De Derecho Penal Tomo Ii. (L. Jiménez De Asúa, Ed.) México: Epigráfica S.A De C.V.
- Zamora Pierce, J. (2003). Garantías Y Proceso Penal (Vol. 12). México: Porrúa.
- Zugaldia Espinar, J. M., & Torres Herrera, M. R. (2010). Derecho Penal Parte General (Vol. 4). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Casos trágicos: Interrupción del embarazo en el tercer trimestre de gestación

Tragic cases: Termination of pregnancy in the third trimester of pregnancy

Juan Nelson Churqui Aquino ¹

ORCID: 0000-0001-9250-350X

Keyla Dennis Paz Choquemita ²

ORCID: 0009-0007-9166-1822

Fecha de recibido: 12 de septiembre 2024 / Fecha de aprobación: 21 de noviembre de 2024

Resumen

El estudio de la interrupción del embarazo aborda un sin número de posturas, desde las radicales, la liberal o la moderada, que, transformadas en normativas y políticas públicas, generaron un mayor o menor ejercicio de los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres, sumando mayores adeptos cuando se trata de un embarazo producto de una violación. Sin embargo, la realidad de muchos países — desconocimiento de la norma, impunidad, pobreza extrema, entre otras— conlleva a que, en algunos casos, las víctimas decidan desarrollar este procedimiento cuando se encuentran en el tercer trimestre de gestación, poniendo en riesgo no solo su integridad física, sino también la del producto quien por su desarrollo tendría una alta probabilidad de sobrevivir.

Palabras Clave

Interrupción del embarazo, Derechos Sexuales, Violación

Abstract

The study of interruption of pregnancy takes a lot of positions, from the radical, the liberal, or the moderate, which, transformed into regulations and public politics, led to a greater or lesser exercise of sexual and reproductive rights by women, adding more followers when it is about pregnancy product of rape, however, the reality of many countries —ignorance of the norm, impunity, extreme poverty among others— means that, in some cases, the victims decide to develop this procedure when they are in the third trimester of pregnancy, risking not just their physical integrity, but also of the product, which due to its development would have a high probability of survival

Key words

Interruption of pregnancy, Sexual Rights, Rape

¹ Abogado, docente universitario, magister en derechos humanos, especialista en temáticas de género, trata de personas y violencia sexual, desarrolla funciones en la Defensoría del Pueblo de Bolivia como profesional en asuntos de género. Email: nelson-ca@hotmail.com

² Abogada, litigante, docente universitaria, con postgrados en psicología criminología, perfilación criminal, y ciencias forenses. Email: pazchoquemita24@gmail.com



Tabla de contenido

Introducción. Marco normativo internacional. Legislación comparada. *Argentina. Colombia. Ecuador. El Salvador. Honduras. Uruguay.* Legislación boliviana. Sobre la interrupción del embarazo. Sobrevivir a una interrupción del embarazo. De los casos trágicos. Conclusión. **Referencias bibliográficas.**

Introducción

La interrupción del embarazo es por naturaleza, uno de los temas de derecho más complejos al momento de ser debatido, en particular por el trasfondo ideológico, religioso y político que se inmiscuye en decisiones que deberían tener como único norte, la salud pública y la prevención de la mortalidad materna producto de un aborto inducido en condiciones inseguras.

Este tema “ha venido ganando lugar en la agenda internacional desde fines de los años 60 y principios de los 70, en particular, por la influencia generalizada de los Estados Unidos” (Reynoso, 2021) la cual se expandió en territorio latinoamericano, donde países como Uruguay (2012), Argentina (2020) y Colombia (2022) llevan la batuta en esta reivindicación; empero, no es desconocida la ola regresiva en la materia, sobre todo a partir del fallo del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el caso de *Dobbs vs. Jackson Women’s Health Organization*.

Una temática en la cual existen posiciones tan marcadas y radicales, mismas que pueden ser agrupadas en tres (3) grandes tendencias, siendo estas: “la conservadora radical, la liberal radical y la moderada, configuran el escenario del aborto en disputa” (Torrez, 2019). Sin embargo, este escenario conflictivo tiene una particularidad en la cual la gran mayoría –por no decir la totalidad– de los países se puso de acuerdo, siendo esta la viabilidad, aceptación y tolerancia a interrumpir el embarazo, cuando sea producto de un hecho de violencia sexual⁴, mucho más al tratarse de niñas y adolescentes, incluso “los defensores del derecho a la vida, reaccionan por compasión; no creen que una niña deba pasar por la experiencia de que el hijo de su violador se desarrolle dentro de ella” (Tribe, 2023, p. 446).

Al momento de analizar la presente temática, no es posible establecer verdades absolutas, mucho menos establecer un criterio unidireccional, pues la materia constantemente va evolucionando, tanto a nivel normativo como de procedimientos médicos, siendo necesario un diálogo constante, que ayude a comprender los diversos óbices que la conforman.

El presente documento –de tipo analítico conceptual– será construido a través de la metodología deductiva, desarrollando *grosso modo* aspectos vinculados con la normativa regional en relación a la interrupción del embarazo cuando esta sea producto de un hecho de violencia sexual, haciendo énfasis en aquellos casos donde el proceso de gestación es superior a las 22 semanas de gestación, lo cual genera un

⁴ Al aborto por violación, se le dio una variedad de nombres, entre ellas: aborto “criminológico”, “jurídico”, “sentimental” o “ético” (Klein, 2013, p. 170)

conflicto mayor al tratarse de productos⁵ que ya tendrían alta probabilidad de viabilidad de sobrevivir, casos que pare el presente documento serán concebidos, como los casos trágicos.

Marco normativo internacional

Sobre la interrupción del embarazo, no existe un corpus normativo internacional creado por las diferentes instancias en materia de derechos humanos, mucho menos una norma del rango de un tratado o convenio internacional, que establezcan los parámetros para su reconocimiento, la mayoría de las normas que hacen a la materia son de carácter *soft law*, es así que, se requiere un desarrollo grosso modo de aquellas normas que generan el paraguas normativo de exigibilidad de este derecho, aclarando que, en dichas normativas este fenómeno social es abordado a través del concepto “aborto”.

Es así como, la Recomendación General N.º 36 del Comité de los Derechos Humanos, establece que los Estados deben: “facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave”.

La Recomendación General N.º 35 del Comité de la CEDAW establece que son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante el: “aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo”.

Así también, la Observación General N.º 20 “Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia” del Comité sobre los Derechos del Niño, insta a los Estados a que: “despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto”.

Como indicamos ut supra, no existe una norma de *hard law* que brinde lineamientos en la materia para el cumplimiento de los Estados; sin embargo, en los sistemas universal y regional de los derechos humanos, se resolvieron y están por

⁵ Una de las opiniones en pugna respecto del aborto se refiere al pequeño ser que vive sus primeros meses en un vientre de mujer, con un lenguaje poco afín a como hablamos mujeres y hombres de la vida surgida de la fusión sexual. Desde el punto de vista médico, se habla del óvulo fecundado, huevo-zigoto, pre embriones, embriones, fetos y nonatos. Igualmente, asépticos resultan los términos producto de la concepción, *nasciturus*, vida intrauterina, corrientes en las profesiones que rodean el aborto. En el campo ideológico, la batalla por su nombre es crucial, de un lado seres humanos, niños o personas inocentes; del otro, seres humanos potenciales, personas futuras, un puñado de células. Y se usa casi siempre una forma neutra, genérica y masculina. Se habla de, el feto, el ser humano, sustantivos y adjetivos extraños al lenguaje usual con que se lo considera cuando la mujer embarazada decidió por la maternidad. Nunca hay “hijos” en la otra historia, ni siquiera en la acusación contra las “madres asesinas” que destruirían la vida de un “niño abstracto”. Frente a este roto rompecabezas, pero sobre todo por evitar lo que sería de mal gusto escribir y dar a leer, en lugar de la terminología técnica o ideológica, de aquí en más, vamos a llamarlo simplemente “producto” (Klein, 2013, p. 30).

resolverse casos que brindan el parámetro en la temática, siendo uno de ellos el caso de Camila vs Perú, en la cual el Comité de los Derechos del Niño (2023), estableció que:

[...] tanto el hecho de no haber facilitado a la [víctima] información sobre los servicios de interrupción voluntaria del embarazo como no haberles proporcionado el acceso efectivo a dichos servicios la expusieron a un riesgo real, personal y previsible de mortalidad, que la forzó a llevar el embarazo a término, con riesgos claros y previsible para su vida, desarrollo y salud, y que desencadenó una emergencia obstétrica. A ello se sumó su condición de víctima de violación sexual por parte de su padre, lo cual agravó aún más las consecuencias del embarazo sobre su salud mental.

El Comité toma nota de la afirmación de la [víctima] sobre las afectaciones que la violencia sexual, el embarazo forzado y la judicialización del aborto espontáneo tuvieron sobre su salud mental, como fue reflejado en los episodios de llanto descontrolado e ideas suicidas durante sus visitas prenatales. A pesar de ello, y del diagnóstico de depresión infantil y estrés postraumático, la [víctima] no recibió atención psicológica adecuada y las sesiones de psicoterapia, que tuvieron lugar solamente tras el aborto espontáneo, fueron interrumpidas tras tres sesiones, a pesar de que la [víctima] requería tratamiento continuado.

En el caso de Camila, el Comité de los Derechos del Niño estableció la responsabilidad internacional del Estado peruano, quien debe: “despenalizar el aborto en todos los supuestos de embarazo infantil” y “asegurar el acceso a servicios de aborto seguro y cuidados postaborto para las niñas gestantes, en particular en los casos de riesgo a la vida y salud de la madre, violación o incesto”, entre otras.

Ahora bien, uno de los casos que marcará hito en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, recae en el Caso Beatriz vs El Salvador. En el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha requerido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) declare al Estado salvadoreño responsable por no proveer el “acceso a una interrupción legal, temprana y oportuna” del embarazo a una mujer, con una enfermedad de base, que estaba en su vientre a una niña con anencefalia.

La CIDH (2023) en el Informe de fondo, recomendó al Estado a “avanzar en la legalización del aborto por las causales de inviabilidad o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, así como de riesgo a la vida y riesgo grave a la salud e integridad personal de la madre”. Cabe indicar que, la CIDH fundamentó su decisión, recurriendo a la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que había hecho la Corte IDH (2012) en la sentencia “Artavia Murillo”, arguyendo que “si bien la protección de la vida desde la concepción, de manera gradual e incremental, es un fin legítimo, tal protección podrá ser inconvencional si no es idónea para lograr el fin, o si no es necesaria si, por ser absoluta, afecta desproporcionadamente otros derechos en juego”.

Como vemos, ante la ausencia de una norma de *hard law*, fue el *soft law* –en particular a través del procedimiento contencioso– la que desarrolló los estándares en la materia, fundando y construyendo a la construcción de un novel corpus iuris en la materia de la interrupción del embarazo.

Legislación comparada

Si nos situamos imaginariamente en Latinoamérica nos encontramos con una amplia diversidad geográfica, social y cultural, entre montañas, llanos, sonidos, sabores y colores que pueden variar en cuestión de kilómetros, por tanto no es difícil imaginar la amplia gama en la que conviven una serie de normas sociales conservadoras, marcos religiosos marcados y a su vez movimientos feministas emergentes que se encuentran en la lucha por los derechos de las mujeres, lo que hace que la temática se envuelva en constante polémica y polarización de sus actores.

En ese sentido, es de esperar que la normativa referente a la interrupción del embarazo sea variable en cada región, desde una perspectiva legal progresista que permite el aborto consentido con plazos específicos en razón a las semanas de gestación, hasta las prohibiciones más estrictas que criminalizan esta práctica en todas sus formas. Por tal situación, es menester citar algunos casos que nos ayudaran a comprender ese contraste normativo que se registra en diferentes países de Latinoamérica referente a la interrupción del embarazo.

Argentina

La legislación argentina se constituye en un ejemplo representativo en la región latinoamericana, dada las tendencias vanguardistas que ha impulsado en defensa de los derechos humanos, en particular, el de las mujeres.

En este marco, en diciembre de 2020 se aprobó la Ley N.º 27.610, la cual regula en su artículo 4, el acceso a la “interrupción voluntaria del embarazo” hasta la semana 14 de gestación, eliminando las limitaciones temporales en caso de que el embarazo sea resultado de una violación o cuando se encuentre en peligro la vida o la salud de la persona gestante

Artículo 4. Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional. Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones: a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida; b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante.

Este cambio legislativo ha sido resultado de varios años de lucha por parte de los movimientos feministas, quienes presionaron por una ley que garantizara el derecho a la interrupción del embarazo en un contexto de derechos humanos, impulsado principalmente para crear políticas que beneficien a aquellas mujeres y niñas de los sectores más vulnerables, priorizando la salud y los derechos de las personas gestantes.

Cabe indicar que, la citada ley no solo establece las obligaciones del personal de salud, sino que también aclara los parámetros de la legalidad que las y los protegen, además, “limita los abusos de profesionales que no quisieran asumir la responsabilidad por desidia o desinterés de involucrarse con una práctica que

produce discrepancias, o que buscan llevar el beneficio económico al sector privado” (Anzorena, 2024).

Colombia

La legislación colombiana ha recorrido un camino complejo y gradual hacia la “despenalización del aborto” pasando de una prohibición total que acarrea graves consecuencias, obligando a muchas mujeres, especialmente las más vulnerables, a realizar la interrupción del embarazo en condiciones clandestinas e inseguras y en casos de violación esa prohibición perpetuaba la revictimización de la víctima, evolucionando a un sistema más progresivo e inclusivo.

Es de esta manera que con la Sentencia C-055 de 2022, el Estado colombiano marcó un hito al permitir el aborto voluntario hasta la semana 24 de gestación, constituyéndose hasta el momento el plazo más largo en América Latina, para que una mujer pueda ejercer la decisión de interrumpir su embarazo por decisión propia, representando de esta manera un logro significativo, convirtiéndose en un referente regional en la protección de los derechos reproductivos.

Aborto consentido, no se configura el delito cuando la conducta se practica antes de la semana 24 de gestación

[...] el óptimo constitucional al que se ha hecho referencia se obtiene al declarar la exequibilidad condicionada de la norma que se demanda, en el sentido de que la conducta de abortar allí prevista solo es punible, en el actual contexto normativo en que se inserta la norma, cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación, límite temporal que no resulta aplicable a los supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto. (...) la conducta que regula continúa siendo punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación. (Corte Constitucional de Colombia, 2022)

Ecuador

Las autoridades ecuatorianas debatieron con respecto a la despenalización del aborto, cobrando relevancia durante los últimos años, más que todo en el contexto de embarazos producto de violencia sexual, es de esta manera que la Sentencia 34-19-IN/21 de 2021, despenaliza la “interrupción voluntaria del embarazo” en casos de violación. Fruto de dicha sentencia el año 2022 entra en vigor la “Ley Orgánica que regula la Interrupción Voluntaria del Embarazo para niñas, adolescentes y mujeres en caso de violación”, que en su artículo 18 establece:

Plazo. A efectos de garantizar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo por violación, salvo el caso de las personas con discapacidad mental, el plazo para realizarlo será hasta las doce (12) semanas de gestación.

Debido a la condición especial de personas con discapacidad mental víctimas de violación, se observará y cumplirán las mejores prácticas médicas (el resaltado es nuestro).

Las semanas de gestación serán única y exclusivamente verificadas por el profesional de la salud luego de los exámenes correspondientes. En caso de encontrarse dentro de las semanas autorizadas y de cumplirse con los requisitos

previstos en el artículo 20 de esta ley, se podrá proceder a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo por la violación.

Honduras

En la sociedad hondureña, pese a que “cada día tres niñas menores de 14 años quedan embarazadas producto de una violación” y tener “una de las tasas más altas de embarazos en Latinoamérica” (*Center for Reproductive Rights*, 2022) el aborto se encuentra completamente prohibido en todas sus formas, incluyendo casos de violación, riesgo para la vida de la mujer o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina. Reflejando un marco legal totalmente restrictivo perpetuando de esta manera la violencia de género, obligando a las mujeres a una perpetua revictimización o a recurrir a métodos inseguros y clandestinos poniendo en riesgo su salud y su vida. Esa prohibición establecida en el artículo 126 del Código Penal, establece sanciones para quien realice o participe en un aborto:

Artículo 126. El aborto es la muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto. Quien intencionalmente cause un aborto será castigado:

1. Con tres (3) a seis (6) años de reclusión si la mujer lo hubiese consentido;
2. Con seis (6) a ocho (8) años de reclusión si el agente obra sin el consentimiento de la madre y sin emplear violencia o intimidación;
3. Con ocho (8) a diez (10) años de reclusión si el agente emplea violencia, intimidación o engaño.

Cabe indicar que, esta prohibición encuentra su fundamento en lo establecido en el artículo 65 de la Constitución Política de Honduras, que establece que “El derecho a la vida es inviolable”, es decir que, para permitir la interrupción del embarazo incluso y exclusivamente por causal de violencia sexual, implicaría una reforma de la constitución, lo cual es compleja –por no decir imposible– ya que se requiere el voto a favor de un 75% de los congresistas.

El Salvador

La legislación salvadoreña denota una perspectiva conservadora y punitiva que no contempla ningún tipo de salvedad, penalizando esta práctica incluso en casos de malformación fetal incompatible con la vida, cuando la vida de la mujer está en riesgo o cuando el embarazo es producto de una violación independientemente de la edad o condición de la víctima que en muchos casos incluye a niñas y adolescentes, aspecto que se encuentra penalizado en su código penal:

Artículo 133 (Aborto consentido y propio). El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años.

Artículo 136 (Inducción o ayuda al aborto). Quien indujere a una mujer o le facilite los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si la persona que ayuda o induce al

Casos trágicos: Interrupción del embarazo en el tercer trimestre de gestación

aborto es el progenitor, la sanción se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior.

Artículo 137 (Aborto culposo). El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles.

Esta disposición asumida por el Estado salvadoreño ignora los efectos devastadores tanto físicos como psíquicos de obligar a una mujer a continuar con su embarazo más aún en los casos en los que el producto es consecuencia de una violación y agravando muchísimo más la situación cuando estas víctimas son niñas y adolescentes que no tienen conocimiento pleno de lo que les está ocurriendo.

Uruguay

Podría ser considerado como uno de los países más progresistas de Latinoamérica, en materia de derechos sexuales y derechos reproductivos, destacándose como pionero en la región para la legalización del aborto, toda vez que mediante la promulgación de la Ley N.º 18.987 en octubre de 2012, legalizó la “interrupción voluntaria del embarazo” hasta las 12 semanas de gestación, tal cual lo establece en su artículo 2: “Despenalización. La interrupción voluntaria del embarazo no será penalizada y en consecuencia no serán aplicables los artículos 325 y 325 bis del Código Penal, para el caso que la mujer cumpla con los requisitos que se establecen en los artículos siguientes y se realice durante las primeras doce semanas de gravidez”.

Si bien, la Ley N.º 18.987 establece un límite de 12 semanas para que la mujer o la persona gestante se realice un aborto, también contempla excepciones a este límite general en casos de violación, extendiéndose hasta 14 semanas previa presentación de la denuncia judicial y en casos en los que la vida o salud de la persona gestante se encuentre en peligro o se detecten malformaciones fetales incompatibles con la vida no se establece un límite temporal para la realización de la interrupción del embarazo tal cual lo indica el artículo 6:

Excepciones. - Fuera de las circunstancias, plazos y requisitos establecidos en los artículos 2º y 3º de esta ley, la interrupción del embarazo solo podrá realizarse:

- a) Cuando la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer. En estos casos se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer.
- b) Cuando se verifique un proceso patológico, que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina.
- c) Cuando fuera producto de una violación acreditada con la constancia de la denuncia judicial, dentro de las **catorce semanas de gestación** (el resaltado es nuestro).

En todos los casos el médico tratante dejará constancia por escrito en la historia clínica de las circunstancias precedentemente mencionadas, debiendo la mujer prestar consentimiento informado, excepto cuando en el caso previsto en el literal a) del presente artículo, la gravedad de su estado de salud lo impida.

Legislación boliviana

La realidad sobre la interrupción del embarazo en Bolivia no es muy distinta al contexto desarrollado ut supra en los países de la región, es decir, no reconoce el aborto, más sí la interrupción del embarazo cuando existe determinadas causales, estableciendo en su artículo 266 del Código Penal que:

Cuando el aborto hubiera sido consecuencia de un delito de violación, raptó no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna. Tampoco será punible si el aborto hubiera sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios. En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer.

Es necesario indicar que, la legislación boliviana adoptó este criterio a partir de la Sentencia Constitucional Plurinacional 206/2014 de 05 de febrero, la cual dispuso la inconstitucionalidad de dos frases que venían con el tipo penal citado ut supra, siendo estas frases: “siempre que la acción penal hubiera sido iniciada” y “autorización judicial”, condiciones que hacían imposible acceder a este servicio, al grado de tener autorizaciones para proceder a una interrupción del embarazo, cuando ya la víctima había dado a luz y el producto tenía meses o años de haber nacido.

Un punto que es de destacar de la sentencia es la postura de los magistrados bolivianos de no imponer un límite para el desarrollo de una interrupción del embarazo, es decir, que jurídicamente en Bolivia es posible interrumpir el embarazo cuando se tenga una (1) semana hasta las 42 semanas de gestación.

Este criterio fue confirmado por el Ministerio de Salud de Bolivia, que en el “Procedimiento Técnico para la Prestación de Servicios de Salud (PTSS) en el Marco de la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 206/2014” estableció que la Interrupción Legal del Embarazo (ILE) procede cuando: “éste pone en peligro la salud o la vida de la mujer, hay la existencia de malformaciones congénitas letales, es producto de violación, estupro e incesto” poniendo como únicos requisitos para esta:

- a. En caso de violencia sexual: presentar la copia de la denuncia de violación que haya realizado ante la Policía o Fiscalía o autoridades originarias competentes.
- b. En caso de que la vida o salud de la mujer corra peligro o existan malformaciones congénitas letales bastará el informe médico, y/o informes respectivos del personal correspondiente que sustente la interrupción legal del embarazo.
- c. Firma del consentimiento informado

Cabe indicar que, en el PTSS en su artículo 4 (Definiciones) adopta el concepto de Aborto de la OMS estableciendo que la misma es: “la pérdida del producto de la gestación desde el momento de la implantación hasta alcanzar los 500 gramos o las 22 semanas de gestación, calculadas por la fecha de la última menstruación o por ecografía temprana”.

Ahora bien, es necesario, hacer referencia a una investigación desarrollada por la Defensoría del Pueblo de Bolivia (2020) referente al tema de ILE, en la cual evidenció que: “el 28% del personal de salud entrevistado consideraba que la autorización judicial era aún un requisito habilitante para la realización de la ILE”, que “el 32% desconocía los requisitos en casos de embarazos con malformaciones congénitas letales o peligran la salud de la madre”.

En particular, logró evidenciar que respecto a la edad gestacional para un procedimiento de ILE existirían conceptos que confundirían al personal de salud, si bien, el PTSS hace mención del concepto de aborto –conforme lo descrito ut supra–, en muchos casos el personal de salud comprendería esos parámetros como los límites de actuación, rehusándose desarrollar una ILE cuando la gestación sobrepasó las 22 semanas.

Sobre la interrupción del embarazo

Como venimos desarrollando, la interrupción del embarazo es uno de los temas sociales más polémicos de nuestros tiempos. Su discusión despierta las más profundas pasiones tanto de quienes defienden el derecho a la vida del producto, como aquellos que defienden el derecho de las mujeres a decidir libremente sobre sus cuerpos, sobre este último, autoras como Butler, citada por Gonzáles (2018) refería que:

El conjunto de derechos humanos plasmados en Declaraciones, Pactos y Convenciones internacionales reconocen derechos a toda persona por el solo hecho de serlo, el concepto de “persona” es un constructo social e histórico abierto, en tensión permanente. De ahí que, podemos afirmar que, en materia de autonomía sexual de las mujeres, en particular, en relación con el acceso al aborto, lo que está en juego es el reconocimiento como humanas y es precisamente ello lo que se niega a las mujeres cuando se penaliza el aborto: la categoría de humanidad.

Se trata de “un antiguo conflicto que involucra a disciplinas como el derecho, la ética, la medicina, la teología, la política y los estudios de género” (Cossio et al, 2012, p. 10). Como lo señala Micheline (2018) la interrupción del embarazo “suscita (...) múltiples controversias entre posiciones ideológicas, jurídicas y filosóficas, y causa polémica a nivel social e institucional, se trata de una problemática que ocupa y preocupa a investigadores de distintas disciplinas”, de ahí que, sobre el tema se haya investigado y escrito un mar de tintas, no solo desde la perspectiva jurídica y política, sino desde una variedad amplia de las ciencias.

Es así que, es necesario abordar la temática de la interrupción del embarazo despojándonos de ideas e imágenes generalmente vendidas que solo buscan hacer escarnio y generar morbo, es decir, aquellas en las que mostraban que en este tipo de procedimientos se trituraba al producto dentro del vientre materno, ya que las técnicas actuales del procedimiento –medicamentoso o quirúrgico– permiten una menor invasión del cuerpo de la mujer, si la misma es desarrollada en un periodo de gestación temprano.

Por lo que, es necesario aclarar dos conceptos relacionados y que tienen una delgada línea que los separa, siendo estas la interrupción del embarazo y el aborto. Si bien, en ambas se termina con el desarrollo del producto, las causales para acceder

a las mismas son distintas, por tal razón y a fin de no generar dudas en relación de ambos conceptos, desarrollaremos grosso modo las mismas.

Sobre el aborto, según la OMS (1994), es la “interrupción de un embarazo tras la implementación del huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto haya alcanzado viabilidad, es decir, antes de que sea capaz de sobrevivir y mantener una vida extrauterina independiente”.

La OMS (1994) reconoce que el aborto es: “un procedimiento médico habitual, es seguro cuando se utiliza un método recomendado, el cual no tendrá mayores complicaciones y se tendrá un resultado adecuado, si la misma es realizada por personal profesional capacitado y se la realiza durante las primeras semanas del embarazo”.

Respecto a los diferentes métodos para el desarrollo de un aborto o de una interrupción del embarazo, estas pueden ser clasificadas en:

a) Método medicamentoso: En el cual se utiliza medicamentos como el Mifepristona o el Misoprostol o una combinación de ambas, ya sea por vía sublingual como por vía vaginal.

b) Método quirúrgico: El cual es un procedimiento para terminar el embarazo por medio de la extracción del producto y la placenta del útero. Un aborto quirúrgico involucra la dilatación de la abertura al útero –el cuello uterino– y la colocación de un pequeño tubo de succión en el útero. La succión se utiliza para extraer el feto y el material conexo del útero. En casos de gestación más avanzada, usualmente durante el tercer trimestre de embarazo y a criterio médico, se recurre a una operación cesárea, una intervención quirúrgica mayor en la que se extrae al producto.

Para proceder con un aborto, muchos países tomaron como parámetro de límite la edad gestacional, actualmente este plazo se encuentra en las 24 semanas de gestación. Cabe indicar que, esta edad gestacional es solamente referencial, pues no existe un consenso unánime respecto a la misma, pues son los Estados los que deciden este plazo.

El límite de las 24 semanas se debería al subdesarrollo de los órganos fetales, la viabilidad y supervivencia del feto fuera de la matriz sencillamente no sería posible mucho antes de este plazo. La Asociación Médica Estadounidense y otras organizaciones de profesionales de la salud han optado por la postura de que: “el desarrollo de la capacidad pulmonar del feto, en particular, imposibilita su supervivencia independiente de la mujer antes de unas 23 o 24 semanas de gestación” (Tribe, 2012, p. 428).

El aborto y su respectiva despenalización, está vinculada con el reconocimiento de las reivindicaciones de los derechos de las mujeres, para decidir sobre la autonomía de su cuerpo; en este sentido, diferentes países reconocieron la misma, poniendo como único límite para su ejercicio la semana de gestación, la cual no es uniforme, por ejemplo, en Uruguay es 12 semanas, en Argentina es hasta la semana 14, en Colombia y en Inglaterra es hasta las 24 semanas.

Respecto a la interrupción del embarazo, este concepto es usado por lo general a partir de determinadas causales, como ser: en los casos en que el embarazo ponga en peligro la salud o la vida de la madre, cuando el producto no es viable y es incompatible con la vida, finalmente, cuando el embarazo es producto de un hecho de violencia sexual. Dependiendo el país, las autoridades locales van estableciendo determinados límites para proceder con la interrupción del embarazo, en los cuales va primando el límite de la viabilidad fetal, antes ya citada.

Verbigracia de esta categorización en razón a la viabilidad del producto, es el concepto de aborto tardío, o también conocido como: “aborto del segundo trimestre, el cual es desarrollado entre las 12 y 20 semanas de gestación” (Clínica Universidad de Navarra, 2023).

Sin embargo, ante este variado criterio existente y defendida en ocasiones a ultranza por el personal de salud, las nuevas directrices sobre la atención para el aborto de la OMS (2021) recomendó a los Estados, la no promulgación de leyes u otros reglamentos que prohíban el aborto basándose en límites de edad gestacional:

La evidencia muestra que los límites de edad gestacional, ya sea "por sí solos o en combinación con otros requisitos regulatorios, incluyendo enfoques basados en supuestos", retrasan el acceso al aborto, "especialmente entre las mujeres que buscan abortos en etapas gestacionales avanzadas, mujeres cercanas al límite de edad gestacional y aquellas que viven en áreas con acceso limitado a centro de salud".

Estos límites "se asocian a un aumento de las tasas de mortalidad materna y a resultados sanitarios deficientes". La evidencia muestra que "las adolescentes, las mujeres más jóvenes, las mujeres que viven más lejos de los centros de salud, las mujeres que necesitan viajar para abortar, las mujeres con menor nivel educativo, las mujeres que enfrentan dificultades financieras y las mujeres desempleadas" se ven desproporcionadamente perjudicadas por los límites de edad gestacional.

También muestra que en los casos en que las mujeres buscan un aborto y se le niega la atención debido a la edad gestacional, podría dar lugar a la continuación no deseada del embarazo, especialmente entre las mujeres con deficiencias cognitivas o las que se presentaron con 20 semanas de gestación o más. Este resultado puede considerarse incompatible con la exigencia del derecho internacional de los derechos humanos de facilitar el aborto cuando llevar un embarazo a término pueda causar a la mujer un dolor o sufrimiento considerable, independientemente de la viabilidad del embarazo.

Este criterio de ausencia de plazos es en gran parte observado por grupos próvida que establecen que el desarrollar una interrupción del embarazo a partir de la semana 22 se constituye en feticidio, en algunos casos, para evitar que el producto nazca con vida, se le administraría una inyección en el cordón umbilical, o a veces directamente en el corazón para detenerse, a través de la inducción de asistolia fetal con cloruro de potasio (Camelo y Mejía, 2022).

Sobrevivir a una interrupción del embarazo

Si bien, el embarazo a temprana edad es una problemática social, debe considerarse toda la gama de los efectos que este conlleva, más aún cuando el producto es consecuencia de una violación, ya que como en los casos expuestos ut supra, “las víctimas son principalmente niñas y adolescentes que no comprenden

plenamente la magnitud de la situación, enfrentando cuadros de miedo, estrés, ansiedad, y depresión lo que indudablemente repercute en su desarrollo personal, limita sus oportunidades de crecimiento, afecta su bienestar integral modificando completamente su proyecto de vida” (Cevallos et al, 2024).

Sin embargo, cuando se tratan de interrupciones de embarazos que cursan el tercer trimestre de gestación, nos encontramos en un grave dilema en el cual no solo se debe valorar la decisión de la madre, sino la opción de viabilidad del producto.

Con el progreso de la medicina, los productos prematuros pueden ser salvados a partir de la semana 21, incluso antes del límite de la viabilidad definido por la OMS (22 semanas o 500 g). conforme los datos registrados en algunos países de Europa, se evidencia que, en el Reino Unido de 247 nacidos vivos, cinco (5) neonatos de menos de 21 semanas han sobrevivido durante menos de un año; de 171 nacidos vivos, 11 neonatos de 22 semanas sobrevivieron y que, de 332 nacidos vivos, 76 neonatos de 23 semanas también lograron sobrevivir. Si bien, en Francia o en Suiza, no es habitual reanimar a los neonatos de 22 o 23 semanas, a partir de las 24 semanas, la reanimación siempre se intenta ya que las posibilidades de supervivencia son muy elevadas y además sin secuelas. (Centro Europeo por el Derecho y la Justicia, 2015)

El tener que valorar el desarrollo de una interrupción de embarazo, adquiere connotación a razón de que esta circunstancia conlleva el sacrificio y la vulneración de derechos, ya sea de la víctima a quien desde las instituciones del Estado se la fuerza a continuar con el proceso de gestación so pretexto de haber sobrepasado los límites establecidos por la OMS –los cuales son caducos, conforme lo desarrollado en el presente artículo–, pero a la vez, se limita in extremis el derecho a la vida que tiene un producto con un alto desarrollo gestacional.

Este último, es sujeto de la mayor carga de violencia institucional, ya que la práctica médica con estos neonatos contemplaría que una vez fuera del vientre materno, “son abandonados hasta su muerte, sin cuidados, luchando por respirar, muchas veces, durante varias horas, o son asesinados por una inyección letal o asfixiados y luego arrojados a la basura con los otros desechos hospitalarios” (Centro Europeo por el Derecho y la Justicia, 2015).

Cuando un neonato nace prematuramente, se hace todo lo necesario para salvarle la vida. Si esto no es posible, él recibe la atención y los cuidados necesarios hasta su deceso, siendo una obligación por parte de los Estados el garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del nuevo ser -artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño–.

Cabe indicar que, nacer vivo después de una interrupción del embarazo no es un fenómeno nuevo para la ciencia médica, no es un hecho “excepcional”, esta posibilidad –aunque no muy habitual– es registrada por la OMS con la denominación “*Certain conditions originating in the perinatal period*” y “*Termination of pregnancy affecting foetus and newborn*” (OMS, 2016).

La valoración y el acceso a medios para sobrevivir que brindan los Estado a estos neonatos, que en gran parte son discrecionales, constituyen un hecho de discriminación dada la inexistencia y el desconocimiento de procedimientos que

garanticen sus derechos o el mínimo de sufrimiento. En ese mismo sentido, en el 2015 el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muižnieks en su declaración sobre el rechazo sobre los “abortos selectivos según el sexo” en algunos países de Europa, hacía referencia a que esta situación implicaría la vulneración de derechos básicos de las personas por ende la responsabilidad de los Estados, haciendo hincapié en la sentencia P. y S. contra Polonia, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que: “Si el Estado goza de un amplio margen de apreciación para definir las circunstancias en las que se autoriza el aborto, el marco jurídico correspondiente debe presentar una cierta coherencia y debe permitir tomar en cuenta los diferentes intereses legítimos en juego de manera adecuada y conforme a las obligaciones de la Convención”.

Sin embargo, más allá de los derechos que tanto la víctima como el producto tienen, se debe tomar en cuenta y dependiendo el caso, las consecuencias psicológicas que repercutirían en el neonato, ya que en caso de que el violador tenga proximidad genética con la víctima –padre, tío o hermano– “las consecuencias genéticas llegan a ser graves por el fenómeno de consanguinidad causando problemas genéticos de enfermedades recesivas que se pueden exteriorizar de manera tanto física como psíquica” (Moya, 2020).

En ese entendido si nos enfocamos en el producto consecuencia de una violación, debemos considerar que, en caso de concluir el periodo de gestación, existiría una alta probabilidad de transmisión intergeneracional de comportamientos vinculados con violencia contra la mujer, en particular por la neurotransmisión serotoninérgica:

Los factores genéticos que mayor relevancia tienen en la transmisión intergeneracional de la violencia en niños maltratados son los implicados en la neurotransmisión serotoninérgica. En este sentido, se ha señalado que el polimorfismo (o la variación en la secuencia de un lugar determinado del ADN) en genes que codifican para la expresión de la monoaminoxidasa A (MAO- A), de la triptófano-hidroxilasa 1 (TPH1) y del transportador de la serotonina (5-HTTLPR) podría actuar como mediador en la transmisión intergeneracional de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Todos ellos están implicados en la regulación de la serotonina, que es un neurotransmisor clave en el control del comportamiento violento, ya que los déficits en sus niveles estarían relacionados con la manifestación de la violencia, la impulsividad y las conductas suicidas.

El TPH1 está involucrado en la síntesis del neurotransmisor serotonina, regulando los niveles disponibles de ésta. Por tanto, polimorfismos en dicho gen se relacionan con la baja neurotransmisión serotoninérgica, que incrementa el riesgo de ser violento. De hecho, aquellos individuos que poseen el alelo TPH1 U presentarían mayor predisposición a la violencia, reaccionando de forma agresiva incluso sin ser provocados, en comparación con los que poseían la versión alélica 1. (Moya, 2020)

Ergo, esta predisposición genética a las alteraciones de la regulación de la serotonina podría contribuir a un ciclo de violencia transmitiéndose de generación en generación, fortalecida por los diferentes factores sociales y culturales, perpetuando conductas violentas, enfermedades recesivas y/o alteraciones genéticas entre otros. Son estos factores que complejizan aún más, el criterio de sobrevivencia de un producto fruto de una violación, pues más allá del mero garantismo del derecho

que tienen las víctimas, entra en juego el valor de la vida y de la calidad de vida que tendría el producto en caso de sobrevivir.

De los casos trágicos

Si bien en Bolivia, la SCP 206/2014 no estableció un límite, en razón del tiempo para acceder a una ILE, el personal médico de los establecimientos de salud –en particular, los de 3° Nivel⁶ – vienen aplicando diferentes criterios, para viabilizar o negar el acceso a este servicio, que en algunos casos expone a la víctima a un proceso de re victimización, violencia institucional, trato cruel, inhumano, degradante y tortura, en particular, al pretender continuar con el proceso de gestación, por sobre la integridad física, la salud y la vida de la niña o adolescente embarazada fruto de una violación, o en caso de sobrevivencia del neonato, promover la reintegración familiar.

Extremos que llegan a evidenciar la ausencia de parámetros, así como de procedimientos médicos y legales, en casos de embarazos de niñas y adolescentes mujeres víctimas de violencia sexual, que registren procesos de gestación superior a las 22 semanas, generando la vulneración de derechos de esta población, así como, agravar su estado de vulnerabilidad e indefensión, al promover y legitimar como un hecho natural que las niñas sean madres o que tengan que criar a un ser producto de una violación. Esta situación la comprobamos a partir del análisis *grosso modo* de cuatro (4) casos en los cuales se identificó una grave vulneración a los derechos, particularmente de niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, a quienes se les impidió en un primer momento, el acceso a una interrupción del embarazo, arguyendo como excusa el avanzado proceso de gestación.

Antes de ingresar al análisis de los casos, debemos hacer hincapié en tres conceptos utilizados en el ámbito de la argumentación jurídica, los cuales nos ayudarán a comprender la gravedad de la situación por analizar, las dos primeras, son conceptos propuestos por el profesor Ronald Dworkin, quien planteó que, en la interpretación de controversias normativas, existen los casos fáciles y difíciles.

En los “casos fáciles” no se requiere propiamente una interpretación de la norma, pues la misma, se aplica sin ningún tipo de consecuencias o contratiempos fuera de los preconcebidos o conocidos, verbigracia, el desarrollo una ILE durante el primer trimestre del embarazo.

Mientras que, en los casos difíciles, se requiere de una labor interpretativa, la solución de los “casos difíciles” implica la implementación de nuevas teorías y métodos de la interpretación, verbigracia, el desarrollo de una ILE en el segundo trimestre del embarazo, en la cual, el procedimiento implica el desarrollo de un procedimiento quirúrgico; sin embargo, existen una serie de complicaciones médicas, que pueden emerger a partir de dicho procedimiento y que posiblemente pueden afectar a la vida e integridad de la mujer, mejor conocidos como “abortos tardíos”.

⁶ Bolivia categoriza los diferentes establecimientos de salud en tres (3) niveles, siendo el primero el de menor equipamiento y variedad de especialidades y servicios médicos, en contra posición, el tercer nivel, son aquellos establecimientos de salud que cuentan con equipos y personal médico altamente especializado.

Por último, el tercer concepto se encuentra vinculado con la propuesta del profesor Manuel Atienza (2005), relacionado a los “casos trágicos”, entendiéndose estas como: “la situación en donde no cabe una solución que no sacrifique un elemento esencial desde el punto de vista jurídico o moral. Son en estos casos donde el ordenamiento jurídico no ofrece ninguna respuesta correcta y si existe alguna respuesta, colisiona con la moral. Es por eso, que se dice que decidir sobre un caso trágico no es escoger sobre lo absolutamente bueno, sino lo mejor posible”.

Pero ¿cuál sería nuestro caso trágico en relación con la temática de la interrupción del embarazo? Hasta el momento vimos que existiría una protección institucional y garantía del ejercicio de los derechos, en aquellos casos donde el proceso de gestación llega hasta el segundo trimestre de gestación. Sin embargo, aquellos embarazos que se encuentran por sobre la semana 22 de gestación, es decir, el tercer trimestre de gestación, constituirían los casos trágicos que serán analizados.

Esto en razón a que, al momento de desarrollarse el proceso de interrupción del embarazo, existe un riesgo alto e inminente que pone en peligro la salud y la vida de la mujer y del producto, este último, requiriendo condiciones de terapia intensiva neonatal para sobrevivir. Además, se debe tomar en cuenta que, en este tipo de casos, se presenta la objeción de conciencia por parte de los profesionales médicos, quienes, al hacer la valoración correspondiente, pueden dictaminar que el procedimiento puede generar la muerte de la mujer o constituirse en un feticidio.

Ante este panorama y conforme el estándar internacional de derechos humanos, el Estado estaría generando hechos de tortura, dado que no se estaría reconociendo la voluntad de la víctima de no tener un hijo producto de una violación, agravando la situación de responsabilidad estatal, como de vulnerabilidad de la víctima. En ese sentido, nos encontramos entre la espada y la pared, pues de proceder con la interrupción del embarazo, las consecuencias serían fatales para el producto, quien tendría una alta probabilidad de fallecer una vez fuera del vientre materno, no siendo nada alentador el panorama para la madre, quien podría morir en el proceso o bien quedar con graves secuelas en su salud, en particular, por la micro cesárea a la cual es sometida.

Si bien, en el marco de la investigación nos gustaría alegar una mentira con respecto a estas interrogantes, es innegable que los múltiples elementos de vulneración interseccional que atraviesan niñas y mujeres con embarazos producto de una violación en Bolivia, reflejan la escasa o nula existencia de políticas y acciones concretas por parte del Estado boliviano, ante un flagelo social que conforme información de la Defensoría del Pueblo, desde la gestión 2019 –hasta la publicación de este artículo– habría registrado más de una treintena de casos de esta naturaleza. Pese a ser visibilizada esta problemática, aun las verdaderas cifras se encontrarían en la clandestinidad convirtiéndose en cifras negras de una estadística criminal de la cual poco o nada se habla.

Ahora bien, mencionaremos los cuatro (4) casos en los cuales, podremos comprender con mayor claridad los casos trágicos.

Caso 1: En Octubre del 2020, una adolescente, de 12 años, fue víctima de violación en la población de Ivirgarzama, de la región del Trópico de Cochabamba. La menor de edad quedó embarazada de su agresor que era su padrastro de 52 años.

Cabe indicar que, la madre de la niña conocía que su hija era abusada sexualmente y que producto de esa violación estaba embarazada; sin embargo, no reportó el hecho ante las autoridades, permitiendo que el agresor continúe conviviendo con la víctima. La niña no recibió el respaldo de la madre y calló el vejamen por temor. Sin embargo, una persona cercana a la familia tras conocer la situación de la víctima decidió presentar la denuncia ante las autoridades policiales quienes lograron aprehender al acusado de violación. Cabe indicar que, a pesar de que el embarazo de la niña cursaba la semana 28, por incidencia de la Defensoría del Pueblo el caso terminó con una ILE (Cossío, 2020).

Caso 2: En octubre del 2021, se conoció del caso en el cual la niña L.A.S de 11 años se encontraba embarazada de 22 semanas producto de un hecho de violación, la niña había sido conducida al Hospital “Maternidad Percy Boland” de la ciudad de Santa Cruz, para que se practique la ILE, bajo consentimiento expreso de la madre y la víctima de agresión sexual.

Sin embargo, se suscitaron una serie de graves vulneraciones a sus derechos, ya que el 23 de octubre, cuando ya se había iniciado el proceso de la ILE con el debido consentimiento de la víctima, una junta médica integrada por profesionales médicos, administrativos del hospital y miembros de la Iglesia Católica, decidieron suspender intempestiva y arbitrariamente la continuación de la ILE por sí mismos y sin considerar la voluntad de la víctima.

A fin de convalidar dicha decisión arbitraria, grupos externos presionaron a la madre para que en la mañana del 24 de octubre presente una carta retrotrayéndose de la decisión inicial de realizar la ILE con base a ofrecimientos y engaños que pusieron en riesgo la vida, salud e integridad de la niña L.A.S. quien pese a su estado, habría sido trasladada a un centro de acogida denominado “Centro de formación de madres adolescentes – Madre María” (dependiente de la Gobernación de Santa Cruz bajo administración de miembros de la iglesia).

Al analizar la aparente decisión de la niña de continuar con el embarazo, un segundo informe psicológico, del 25 de octubre, indicó que “fue influenciada con opiniones direccionadas” y que el tipo de lenguaje y las palabras que había utilizado en la entrevista “no son propios de ella”. La niña repitió para la psicóloga la espantosa descripción del aborto que habían hecho los representantes eclesiásticos y le dijo: “Eso me dio miedo”. Tras su visita, firmó una declaración afirmando que deseaba seguir adelante con el embarazo. “Nos hicieron firmar no sé qué”, le dijo a la psicóloga. “Yo no dije nada”. (Muñoz, 2021)

Ante esta situación de extrema vulnerabilidad y violencia institucional, la Defensoría del Pueblo⁷ presentó una Acción de Amparo Constitucional que tuvo como resultado la Resolución Constitucional 241/2021⁸ que dispuso la conformación inmediata de un equipo multidisciplinario de profesionales de la salud, psicología y trabajo social, para la valoración integral de la salud de la menor y se informe a la víctima y a su madre el real estado de salud, a efecto de que puedan

⁷ Cabe indicar que, la Defensoría del Pueblo solicitó a la CIDH la aplicación de medidas cautelares en contra del Estado boliviano, a fin de salvaguardar la vida, dignidad e integridad de la niña L.A.S.

⁸ Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia no emitió una sentencia en razón de la Resolución Constitucional 241/2021.

asumir una decisión libre e informada para garantizar la vida de la niña L.A.S, quien decidió desarrollarse la ILE.

Caso 3: En junio del 2022 se conoció del caso de una adolescente de 14 la cual residía en una zona rural del trópico del departamento de Cochabamba, quien habría sido agredida sexualmente por su abuelastro, estando, cursando la semana 29 de gestación. En el caso particular, la Defensoría del Pueblo y a la Junta Médica del Hospital Materno Infantil Germán Urquidi de Cochabamba, llegaron a enfrentarse legalmente, ya que estos últimos consideraban que no correspondía la ILE por la avanzada edad gestacional, argumentando que dicho procedimiento debía realizarse máximo hasta la semana 22.

Conforme las declaraciones del director del establecimiento de salud “el bebé podría sobrevivir, pese a la intervención, y presentar parálisis o daños cerebrales, ceguera u otras complicaciones”, alegaba que se había realizado una junta médica y que la misma no estaba de acuerdo con interrumpir el embarazo. En una de las declaraciones que realizó el director, indicó que había riesgos para la víctima embarazada, entre ellos hemorragias e infecciones producto del procedimiento quirúrgico, sugiriendo que el embarazo de la niña llegue a la semana 34 para proceder con un parto prematuro, para posteriormente dar en adopción al neonato, abogando por “salvar las dos vidas”.

Días después, los médicos se vieron obligados a realizar una cesárea de emergencia debido a problemas en la frecuencia cardíaca del bebé y al cordón umbilical enredado en su cuello. El neonato falleció cuatro días después. Este caso provocó debates entre activistas, organizaciones, médicos y defensores, además de una investigación por homicidio culposo de parte de la Fiscalía. (Cossío, 2022)

Pese a todo este rechazo y excesiva mediatización de un caso que debía haberse desarrollado en la mayor confidencialidad posible, la Defensoría del Pueblo de Bolivia, logró que el director autorizara el desarrollo de la ILE.

Caso 4: En agosto de 2024 se conoció el caso de la adolescente de 13 años B.L.H. quien habría sido víctima de violación por parte de la pareja de su madre, la víctima registraba un embarazo de 33 semanas, conforme la valoración psicológica desarrollada por la Defensoría de la Niñez de su localidad: “la víctima indicaba que era el esposo de su madre el agresor y respecto a proseguir con el embarazo, la víctima informaba que no lo quería, que ella quería seguir estudiando”.

Con todos estos antecedentes, se procede con el cumplimiento de la SCP 206/2014 a través de un parto prematuro –cesárea–, llegando a sobrevivir el producto, siendo trasladado a terapia intensiva neonatal del Hospital del Norte de la ciudad de El Alto. Cabe indicar que, después de cinco (5) días de haber nacido el neonato, por resolución del Juzgado Público Mixto Civil y Comercial, de Familia, de la Niñez y Adolescencia e Instrucción Penal Primero de Quime, dispone el Acogimiento Circunstancial de la misma en un Centro de Acogida dependiente del Gobierno Departamental de La Paz. Lo alarmante del presente caso, fue la decisión del juzgado quien estableció:

Asimismo, si la niña [haciendo referencia a la neonato] tiene una familia de origen o ampliada que está en condiciones de hacerse cargo de su cuidado, atención y protección, la Defensoría de Niñez y Adolescencia recomendará, a través de los

informes psico-sociales, la reintegración familiar ya sea a la familia de origen (madre/padre) o a la familia ampliada (tío, tía, abuelo, abuela, etc.) asimismo la DNA de Quime debe realizar la búsqueda en un plazo máximo de 30 días.

Los casos descritos ut supra, reflejan la grave situación que atraviesan las víctimas de violencia sexual que registran embarazos que cursan el tercer trimestre de gestación, puesto que, como en el último caso, debido a las ausencias normativas que existe en Bolivia, las autoridades judiciales estarían promoviendo la reunificación familiar entre las víctimas que decidieron desarrollar una interrupción del embarazo, con los productos que llegaron a sobrevivir, generando una situación de revictimización y violencia institucional agravada, ya que según criterio de los jueces bolivianos, correspondería que el neonato producto de una interrupción del embarazo, vuelva a los brazos de su madre –quien decidió abortarlo– o que se busque a familia ampliada para que se haga cargo de la crianza.

Dejando de lado las múltiples y devastadoras secuelas que enfrentan las víctimas, iniciando por una estigmatización social en el entorno en el que desarrollan su vida cotidiana, los cambios corporales que implica cursar un embarazo más aún a tan temprana edad siendo procesos que desencadenan en terribles consecuencias neurobiológicas:

Las niñas presentan mayores casos de abuso sexual que los niños, pero hay un efecto dimórfico relacionado con el desarrollo cerebral tras el maltrato, ya que en los casos de abuso sexual se asocian con una disminución del tamaño del cuerpo calloso en niñas.

[...] en relación con la depresión y la ansiedad, el abuso sexual durante la infancia y la adolescencia implicaría un incremento del riesgo de desarrollar trastornos depresivos durante la edad adulta. (Moya y Romero, 2020, p. 82)

Todo esto, configura un panorama desolador para las víctimas, lo que profundiza los traumas psicológicos y limitan sus oportunidades de vivir una vida plena y saludable, alterando completamente sus proyectos de vida

Conclusión

Hasta acá hicimos un recorrido amplio de aspectos vinculados con la temática de la interrupción del embarazo, del estado de situación en algunos países de la región, en particular, en Bolivia, con las características propias de una interrupción del embarazo, por último, se desarrolló cuatro (4) casos que acercan a la crítica situación en la cual se encuentran niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, que solicitan una ILE cuando atraviesan el tercer trimestre de gestación.

La problemática es amplia y muy compleja, pues no se puede generar normas que traten de forma unívoca este tipo de casos, pero a la vez, no se puede dejar sin parámetros mínimos, la actuación de los profesionales médicos, quienes, en última instancia, tienen el poder de decisión sobre la vida de la niña, de la adolescente y del producto, alegando su derecho a la objeción de conciencia.

Situación que se complejiza aún más, cuando el producto llega a sobrevivir, pues siendo titular de todos los derechos y garantías constitucionales y

convencionales, el Estado boliviano se encuentra en la obligación de brindarle la protección reforzada respectiva. Sin embargo, so pretexto de resguardar y garantizar la protección del neonato, se podría revictimizar no solo a la víctima, sino a su propio entorno familiar, quienes verían como una decisión judicial haría que el ser del cual quisieron separarse, dado que es producto de una violación, vuelve al seno familiar.

Esta problemática de la interrupción del embarazo en el tercer trimestre de gestación, debe ser analizada y trabajada para su regulación por parte de las autoridades competentes, pues es una obligación que tienen los Estados, en particular el Estado boliviano, para garantizar que las niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, puede reconstruir sus proyectos de vida, pese a que después de atravesar este tipo de acontecimientos, muchas de ellas, terminan con secuelas físicas y psicológicas permanentes.

Referencias bibliográficas

- Anzorena, C. C. (2024). El derecho al aborto legal, seguro y gratuito en Argentina: obstáculos y desafíos de la política en acto a 18 meses de su implementación (2021-2022). *Salud Colectiva*, 19, e4613.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Camelo Sierra, Julio Cesar y Mejia Jinete, Merielin (2022). Inducción de asistolia fetal con cloruro de potasio como parte de la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en edad gestacional avanzada: Experiencia en un hospital público de Bogotá. *Sociedad Española de Contracepción*.
- Center for Reproductive Rights (2022). En Honduras cada día la ley obliga a tres niñas violadas a ser madres. <https://reproductiverights.org/en-honduras-cada-dia-la-ley-obliga-a-tres-ninas-violadas-a-ser-madres/>
- Centro Europeo por el Derecho y la Justicia (2015). Aborto tardío e infanticidio neonatal en Europa. Petición para la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa.
- Cevallos Mendoza M, Moreira A, Burga S, Chiluisa M, Zamora A. (2024) Revisión sobre el embarazo adolescente e implicancias sociales. *Revista Facultad de Medicina* 24(2):156-165. <http://revistas.urp.edu.pe/index.php/RFMH>
- Clínica Universidad de Navarra (2023). *Diccionario Médico*. <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/aborto-tardio>
- Comité de los Derechos del Niño (2023). Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, respecto de la comunicación núm. 136/2021. 11 de junio de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia (2022). Sentencia C-055. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-055-22.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012.
- Cossío Díaz, José Ramón; Orozco y Villa, Luz Helena y Conesa Labastida, Luisa (2012), en Tribe, Laurence H. *El aborto: guerra de absolutos México*, Fondo de Cultura Económica.
- Cossío M, Mariela (02 de julio de 2020). Una menor de 14 años cursa 28 semanas de gestación tras ser abusada por su padrastro. Opinión <https://www.opinion.com.bo/articulo/policial/victima-recibio-respaldo-madre/20200702170511775664.html>
- (03 de septiembre de 2023). Niñas no madres: Lía y 247 más ante la interrupción del embarazo: un derecho con obstáculos. Opinión <https://www.opinion.com.bo/articulo/escena-del-crimen/ninas-madres-lia-247-mas-interrupcion-embarazo-derecho-obstaculos/20230902195627919504.html>

- Defensoría del Pueblo (2020). Situación de la interrupción legal del embarazo como derecho humano de las mujeres. Defensoría del Pueblo.
- González Prado, Patricia (2018). Aborto y la autonomía sexual de las mujeres. Didot
- Klein, Laura (2013). Entre el crimen y el derecho. El problema del aborto. Plural.
- Michelini, Dorando Juan (2018). El desafío de dar razones. La problemática del aborto desde la perspectiva ética de la corresponsabilidad solidaria no rigorista, S.C., Ediciones del ICALA. Recuperado el 01 de noviembre de 2024 de: <https://www.icala.org.ar/publicaciones/Libros-EdICALA/DJMichelini-El%20desafio%20de%20dar%20razones-2018.pdf>
- Moya Albiol, Luis y Romero Martínez, Ángel (2020). Neurocriminología. Pirámide.
- Muñoz, Cesar (06 de diciembre de 2021). La doble tortura de una niña en Bolivia. Human Rights Watch <https://www.hrw.org/es/news/2021/12/06/la-doble-tortura-de-una-nina-en-bolivia>
- Organización Mundial de la Salud – OMS (1994). Interrupción Voluntaria del Embarazo: definición, proyecto de ley y legislación extranjera. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- (2016). The WHO application of ICD-10 to deaths during the perinatal period. ICD-PM. OMS
- (2021). Directrices sobre la atención para el aborto. OMS.
- Reynoso, Diego (2021). Explicando las actitudes hacia el aborto: religiosidad, ideología, región y educación. Revista SAAP.
- S/N (09 de junio de 2022). Caso de niña embarazada enfrenta a médicos y Defensoría del Pueblo. Opinión <https://www.opinion.com.bo/articulo/policial/caso-nina-embarazada-enfrenta-medicos-defensora-pueblo/20220608231953869738.html>
- Torrez Torrez, Mario Isaías (2019). El Aborto en disputa: Derechos, actores sociales y acciones colectivas en la Nicaragua reciente. [Tesis de maestría]. Universidad Nacional de San Martín.
- Tribe, Laurence (2012). El aborto: guerra de absolutos. Fondo de Cultura Económica.

Nuevos paradigmas del sufragante carcelario mexicano

New paradigms of mexican prison suffrage

José Zaragoza Huerta¹

ORCID 0000-0001-7526-9272

María Elizabeth Rodríguez Rodríguez²

ORCID ID 0000-0002-6484-4849

Mónica Lizbeth Tovar Vielma, Karen Cantú Cantú y Juan Daniel Romero Maldonado³

Fecha de recibido: 25 de septiembre de 2024 / Fecha de aprobación: 25 de octubre de 2024

Resumen

En México, estamos viviendo una transformación en el ámbito de la seguridad y la justicia. Como ejemplo más reciente tenemos la reforma al Poder Judicial. En el tema que nos ocupa diremos que, en el año 2024, asistimos a un cambio de paradigma por cuanto al derecho al sufragio de las personas privadas de libertad (Franco Cuervo, 2016). Precisamente, las reformas constitucionales de los años 2008 y 2011 han propiciado el inicio de la andadura de la democratización de los establecimientos de privación de la libertad. Debemos recordar que, hasta hace poco tiempo, una de las antinomias constitucionales que existían respecto a los derechos políticos, como es el caso de votar y ser votado, parece que comenzado a diluirse. En efecto, aludimos a la posibilidad que tienen las personas que se encuentran privadas de libertad, pero en una situación procesal (preventiva y punitiva) que, les permite los primeros acceder a este derecho del voto, cuestionándonos que acontece con los segundos esto a la luz de una visión de Estado Democrático de Derecho, como presumimos es México; mismo que debe reconocer e instrumentar los mecanismos de convivencia y protección de los Derechos de las personas.

Palabras Clave: *Derechos humanos; Reforma constitucional; Sufragio.*

Abstract

In Mexico, we are experiencing a transformation in the field of security and justice. The most recent example is the reform of the Judicial Branch. In the subject at hand, we will say that in 2024, we will witness a paradigm shift regarding the right to vote of persons deprived of liberty (Franco Cuervo, 2016). Precisely, the constitutional reforms of 2008 and 2011 have led to the beginning of the journey of democratization of establishments of deprivation of liberty. We must remember that, until recently, one of the constitutional antinomies that existed regarding political rights, such as the case of voting and being voted for, seems to have begun to dilute. Indeed, we refer to the possibility that people who are deprived of their freedom have, but in a procedural situation (preventive and punitive) that allows the former to access this right to vote, questioning what happens to the latter in the light of a vision of a Democratic State of Law, as we presume is Mexico; which must recognize and implement the mechanisms of coexistence and protection of the Rights of people.

Key words: *Human rights; Constitutional reform; Suffrage.*

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá, Madrid, España. Docente e Investigador de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Cuerpo Académico Derecho Comparado C. A. 158 UANL. Profesor con perfil PRODEP; miembro del SNI (1), CONHACYT. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias. Miembro Fundador de las Academias Michoacana y Neoleonesa de Ciencias Penales. Director de la Revista Constructos Criminológicos de la UANL. jose.zaragozahr@uanl.edu.mx

² Doctora del Programa de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL; Profesora de Tiempo Completo de la FACDyC de la Universidad Autónoma de Nuevo León; Miembro del CA Consolidado de Derecho Comprado. eli.rodriguez60@gmail.com.

³ Alumnas y alumno del noveno semestre de la Licenciatura en Criminología, de la Facultad de Derecho y Criminología, UANL.



Tabla de contenido

Introducción. Reforma del año 2008. Reforma del año 2011. Derecho al voto de las personas en prisión preventiva. Derecho al voto de las personas sentenciadas. Conclusiones y recomendaciones. **Referencias bibliográficas.**

Introducción

En México, estamos viviendo una transformación en el ámbito de la seguridad y la justicia. Como ejemplo más reciente tenemos la reforma al Poder Judicial. En el tema que nos ocupa diremos que, en el año 2024, asistimos a un cambio de paradigma en lo que respecta al derecho al sufragio de las personas privadas de libertad (Franco Cuervo, 2016). Precisamente, las reformas constitucionales de los años 2008 y 2011 han propiciado el inicio de la andadura de la democratización de los establecimientos de privación de la libertad.

Debemos recordar que, hasta hace poco tiempo, una de las antinomias constitucionales que existían respecto a los derechos políticos, estaba relacionada con el derecho a votar y ser votado, aunque parece que comenzado a diluirse. En efecto, aludimos a la posibilidad que tienen las personas que se encuentran privadas de libertad, pero en una situación procesal (preventiva y punitiva) que, les permite a los primeros acceder a este derecho del voto, cuestionándonos que acontece con los segundos, esto a la luz de una visión de Estado democrático de derecho, como presumimos es México; mismo que debe reconocer e instrumentar los mecanismos de convivencia y protección de los derechos de las personas.

Además, el Estado debe configurarse como el garante protector de la sociedad y el interlocutor con otras entidades políticas; para ello resulta necesario que el mismo se provea de instrumentos que permitan llevar a cabo tal encomienda. La herramienta aludida es el derecho. El cual es: “el conjunto de normas que regulan la convivencia social”. Lo que significa que el Estado interactúa con el individuo a través del derecho, de lo contrario estaríamos volviendo al periodo de los Estados absolutos o autoritarios, de funestes resultados (De Vega García, 2006, pp. 135-169).

En primer momento, hacemos referencia quienes se encuentran sometidos a un proceso penal, ahí donde la presunción de inocencia debiera ponderarse frente al principio de culpabilidad. Sin embargo, en ocasiones, esto no es así, pues la aludida inmoralidad de la prisión preventiva supedita el mandato constitucional mexicano previsto en el artículo 20. Nos referimos al tema de la prisión preventiva que ha sido una de las cuestiones más discutidas y polémicas de la doctrina jurídica (Carrara, 1999, pp. 7-8). El tomar como punto de partida que en los establecimientos de preventivos están privadas de libertad personas que todavía no se les ha probado su culpabilidad (Pérez Cepeda, 2001, p. 193), ha sido el motivo por el cual alguna doctrina señala que la prisión preventiva carece de toda justificación, en la medida en que supone la más grande intromisión, sin que exista una sentencia firme, que ejerce el poder estatal sobre la esfera de la libertad del individuo.

Precisamente, Carrara quien hablara de la inmoralidad de la prisión provisional, a la que se refería cuando señalaba:

[...] todos reconocen que la privación de libertad de los imputados antes de su condena es una injusticia, porque por sospechas falaces demasiadas veces llega el tormento a las familias, y se priva de libertad a ciudadanos frecuentemente honestísimos, y de las cuales el 60 por 100 al final del proceso o del término del juicio son posteriormente declarados inocentes. Y añade respecto a la justificación de la prisión provisional, que la misma es una injusticia necesaria, por lo cual la custodia preventiva ha debido admitirse por las leyes penales para justificar el proceso escrito, alcanzar la verdad, necesaria para la seguridad y alcanzar la pena. (Carrara, 1999, passim).

Sobre esta temática, Sanz Delgado comenta que:

La prisión preventiva es sólo un medio asegurador. Ese ha sido su carácter durante siglos. Si bien fue censurada en su puesta en práctica desde el s. XVI por juristas como Cerdán de Tallada, Cristóbal de Chaves, o Bernardino de Sandoval, y posteriormente con mayor eco por John Howard, el éxito en la crítica solo llegó a la relativa humanización y habilitación de los lugares de encierro. Pero su existencia actual no está exenta de contradicciones. Otra figura relevante, preocupada por los privados de libertad, Concepción Arenal, la contemplaba avanzado el s. XIX como una institución errónea por concepto. La presunción de inocencia puede resultar finalmente una ficción jurídica en lugar de un principio. A esto se ha de añadir las dudas que plantea una legislación penal que contenga un uso excesivo de la pena privativa de libertad. Se trata, por ello, en esencia, de un problema de concepción legislativa. La cuestión que me plantea de la inocencia posterior constatada de personas que han sufrido prisión preventiva es una distorsión imperdonable. https://www.terragnijurista.com.ar/infogral/toro_sanz.htm

En el caso que nos ocupa, vemos con beneplácito que las personas que se encuentran en prisión preventiva puedan votar, como sucedió con las elecciones del mes de junio de 2024 referente a seleccionar candidaturas para presidencia, congresos locales y federal, así como algunas gobernaturas.

Sin duda, con esto se cumple con una visión moderna del Estado democrático de derecho. Ahora bien, por el contrario, advertimos que existe un franco retroceso por cuanto acontece a la factibilidad del acceso al derecho al sufragio por parte de quienes ya han sido sentenciados y se encuentren expurgando la privación de la libertad como consecuencia jurídica de la comisión de un delito (Landrove, 1984); es decir, hacemos referencia a la prisión punitiva, castigo.

La reforma del año 2008

Ante la ausencia de una institución jurídica que garantizase el reconocimiento y protección de los derechos humanos intramuros, fue necesario una nueva política criminal en México. Y fue hasta la reforma constitucional denominada: “De Seguridad y Justicia”, del año 2008, donde inició la andadura hacia la protección efectiva de tales derechos; pues hasta ese momento, la ejecución de la pena privativa de libertad quedaba a cargo del Poder ejecutivo, es decir, una vez que el Poder judicial (Jueces y Tribunales) imponía una sentencia, se olvidaba del sentenciado.

En efecto, el nuevo paradigma en la ejecución penal impactaría en el Sistema Penitenciario mexicano introduciéndose la institución del Juez de Ejecución de Sanciones. Con ello, el Poder Judicial se encargaría del cumplimiento y/o modificación de la pena (judicialización) y el Poder ejecutivo continuaría realizando

su actividad prestacional (la administración carcelaria), otorgándose un tiempo de tres años para su entrada en vigor.

Precisamente, a la introducción de la figura del Juez de Ejecución de Sanciones, se depositó, entre otras funciones, la salvaguarda de los derechos humanos de los cautivos. Importante resulta señalar que las funciones a realizar por este instituto son de no incurrir en el campo de la administración penitenciaria, así lo ha dejado sentado tajantemente en la experiencia española, también extrapolable al caso mexicano, García Valdés, quien expresa:

Ha de quedar diáfana la necesaria separación entre las atribuciones de la administración penitenciaria y las de los Jueces de Vigilancia, y no puede producirse una invasión de aquellas por las de éste, pues como ya he dicho, sería venir a reconocer facultades de dirección del establecimiento a toda autoridad judicial; ni debe extenderse sin limitación temporal alguna, o muy reducida, en materia de aislamiento celular o permisos temporales de salida, su competencia, pues de admitir tal posibilidad es fácil deducir entonces una restricción grave a la operatividad regimental de la Autoridad penitenciaria. (García Valdés, 1982, p. 243)

La reforma constitucional del 2008 fue trascendente, si partimos de la premisa que el Estado mexicano se erige como un ente, moderno, democrático y de derecho, garante de los Derechos Humanos de los ciudadanos (que viven en libertad), es obvio que éste debe garantizar los mismos, para aquéllos quienes se encuentran expurgando una pena privativa de libertad. En esta tesitura, Figueruelo señala: “En el moderno Estado de Derecho, es el juez y, en general la potestad jurisdiccional por él ejercida, la mejor garantía para la corrección y medida de los supuestos de delimitación de los derechos” (Figueruelo Burrieza, 1999, p. 13).

No obstante, lo mencionado *supra*, sería necesaria una posterior reforma constitucional federal que estableciera el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas que, en obvio se trasladaría a quienes se encontrarían privadas de su libertad, motivadas por su actuar delictivo, como veremos a continuación.

La reforma de 2011

Iniciaremos señalando que, en muchas ocasiones, la defensa de los derechos humanos al interior de los centros de reinserción social mexicanos, a la fecha, sucumbe ante los actos de las autoridades penitenciarias. Y, no obstante, que hasta el año 2008, se pretendió dar una reorientación a la ejecución de la pena privativa de la libertad, con la judicialización al interior de los establecimientos carcelarios, completada con la reforma constitucional del año 2011, así como con la posterior promulgación, en el mes de junio del año 2016, con la Ley Nacional de Ejecución Penal.

En los precitados textos se establecieron las normas que deben de observarse durante el internamiento, ya sea por prisión preventiva, o para la ejecución de penas o de las medidas de seguridad que hayan sido impuestas como consecuencia de una resolución judicial; así como el establecimiento de procedimientos para resolver las controversias que surjan con motivo de la ejecución penal, y regular los medios para lograr la reinserción social.

Destaca la protección de los derechos humanos de los internos (preventivos y sentenciados); donde entendemos que todavía se deja a éstos en un abandono, desatendiéndose el fin primario de la prisión mexicana: la reinserción social, para permutarse a éstas la justicia retributiva, aun cuando, paradójicamente, en la doctrina internacional y nacional se alude a la justicia restaurativa como un modelo que debe imperar en la solución de los conflictos penales.

Entendemos que se han comenzado a dar, paulatinamente, cambios en favor de los reclusos, pues precisamente con la Reforma Constitucional Federal del año 2008, denominada: “Seguridad y Justicia”, se introdujo un nuevo paradigma en la ejecución de la pena privativa de libertad. Así, en primer término, en el artículo 18, párrafo segundo se estableció:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Con ello, se tuvo a las personas reclusas como sujetos de derechos, abandonándose la idea que eran objetos de derecho.

Por otra parte, en la citada reforma constitucional (2008), en el artículo 21, párrafo tercero se previó que: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. Con lo cual se establece una efectiva garantía de protección de los derechos humanos de los cautivos en México, a través de audiencias orales donde se promueven los principios de legalidad, debido proceso, entre otros.

Con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el año 2011, se estableció en el artículo 1, párrafos primero y segundo que:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. También con la reforma constitucional del 2011, se hizo una adición al artículo 18, para quedar como sigue:

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Como advertimos, la Carta Magna mexicana establece dentro del Título I, Capítulo I, un catálogo de derechos humanos que bien podrían dividirse en derechos de libertad, igualdad, seguridad jurídica y propiedad (Quintana Roldán y Sabido Peniche, 2006, p. 41). Así, pues, los derechos humanos, se encuentran consagrados en el máximo ordenamiento jurídico mexicano, destacándose que en las relaciones de los ciudadanos y el Estado debe imperar un absoluto respeto entre ambas partes (principio de legalidad), o dicho, en otros términos, la autoridad solamente puede hacer aquello que la ley le permite hacer expresamente, por el contrario, el particular puede realizar todo aquello que no le esté prohibido (Quintana Roldán y Sabido Peniche, 2006, p. 41). Lo que representa una reorientación en la actuación de los operadores estatales.

No obstante, lo mencionado, en la actualidad algunos de los derechos humanos intramuros (el sufragio) encuentran una serie de obstáculos que deben superarse para poder ser garantizados por parte del Estado Mexicano. Consideramos importante, en primer lugar, precisar cuál es su definición, pues al aludir a Derechos Humanos, en muchas ocasiones, se propicia una gran confusión (Espinosa Leal, 2020, pp. 1-6); incluso, puede llegarse a diluir su esencia o a definirlos de manera ambigua (Massini, 1987, p. 136).

Lo anterior, en razón a la propia naturaleza de los derechos humanos, y porque éstos, han sido objeto de estudio desde diversas ópticas (jurídica, filosófica, etc.) (Vega Hernández, 2003). Así, por ejemplo, se alude a corrientes naturalistas, positivistas, ecléticas, etcétera. Por lo mencionado es importante cuestionarnos: ¿Qué son los Derechos Humanos? Si tenemos como punto de partida, la definición del más alto organismo garante de los Derechos Humanos en el país: La Comisión Nacional de Derechos Humanos, entendemos que podríamos construir nuestro propio concepto. En este orden de ideas, dicha organización los define como: “Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades, pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente” (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004).

Coincidimos plenamente con la definición proporcionada por la Comisión; sin embargo, resulta indispensable, a nuestro parecer, que se introduzca la palabra obligaciones toda vez que todo derecho trae aparejada una obligación o deber; estas obligaciones surgen precisamente por encontrarse los internos en una relación de sujeción especial.

Teniendo como punto de partida el hecho que los derechos humanos deben suponer derecho y obligaciones humanas, extrapolando ello en el mundo de la privación de la libertad, entenderíamos entonces, que existe una reciprocidad ente la administración penitenciaria y los reclusos, esto es lo que la doctrina ha establecido como relaciones de sujeción especial.

En este sentido, debemos indicar que, históricamente, la figura de las relaciones de sujeción especial nace en Alemania, para justificar una situación de acentuada supremacía de la Administración, que le permitía restringir, sin demasiados límites, los derechos de los administrados, a través de una potestad sancionadora propia, regulada en sus propias normas.

La misma es introducida en el campo del Derecho Administrativo en España por Gallego Anabitarte, para quien la idea supone la afirmación de una dependencia del individuo respecto a un fin específico de la Administración pública, que se añade a la relación de dependencia jurídica en que, como súbdito, se encuentra ante el Estado (Gallego Anabitarte, 1961, pp. 1-51). Mientras que la traslación de la institución, para el Derecho penitenciario se debe a García Valdés (García Valdés, "Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática", 1975), lo que entendemos, tiene un gran sentido normativo para la interacción entre la Administración penitenciaria y el administrado, teniendo como garante de estos derechos y obligaciones, a la figura del juez.

Nuestra propuesta para definir, con un enfoque penitenciario, a Los Derechos Humanos: son aquellos derechos de la persona (individual y colectiva) que encuentran su reconocimiento y protección en el marco jurídico en que ésta(s) se desenvuelva(n); no obstante, por encontrarse los internos sometidos a un ámbito específico, tienen a su vez una serie de deberes a cumplir, con el propósito de mantener el buen orden y funcionamiento de la institución carcelaria.

A nuestro objeto de análisis, resulta importante mostrar el estatus de los derechos humanos de quienes se encuentran privados de su libertad, con especial referencia a derecho al voto, toda vez que el derecho penitenciario es un espacio de desarrollo que exige una actuación profesional al tiempo que ético para con los cautivos (García Ramírez, 1979). Sin duda, el marco de protección de los derechos humanos penitenciarios se encuentra perfectamente establecido, la interrogante será constatar su reconocimiento y aplicación intramuros, máxime si estamos circunscritos en el ejercicio de derechos políticos de los cautivos, para lo cual es imprescindible atender al principio progresividad de estos contemplado en la Carta Magna mexicana.

Derecho al voto de las personas en prisión preventiva

Como antecedente de este cambio paradigmático del sufragio a favor de las personas sometidas a un proceso penal, durante su reclusión, encontramos que, “el primero de junio de 2018, dos personas reclusas en el Centro Estatal de Reinserción Social “El Amate”, del municipio de Cintalapa, Chiapas, impugnaron ante la Sala Superior del Tribunal, la omisión del Instituto Nacional Electoral (INE) de emitir los lineamientos que les permitieran ejercer su derecho a votar como personas que se encuentran reclusas sin haber sido condenadas a través de una sentencia.

El 20 de febrero de 2019, la Sala Superior del Tribunal concluyó que las personas en prisión que no han sido sentenciadas tienen derecho a votar, porque se encuentran amparadas bajo el principio de presunción de inocencia, en tal sentido le ordenó al INE llevar a cabo una prueba piloto en 2021, con miras a su implementación en el 2024” (Instituto Nacional Electoral, s.f.).

Con posterioridad y como consecuencia de lo dispuesto Sala Superior del Tribunal, se dispuso que: “El Voto de las Personas en Prisión Preventiva en este Proceso se llevará a cabo en las entidades federativas y distritos electorales federales del territorio nacional, en los que se ubique algún Centro Penitenciario que albergue personas en prisión preventiva.

Esta modalidad se realizará a través del voto anticipado que emitan las personas al interior de los centros penitenciarios, que cuenten con un protocolo de seguridad e infraestructura para la instalación de Mesas Receptoras del Voto, conforme a lo informado por la Secretaría de Seguridad Pública competente. El personal del INE será el encargado de elaborar y entregar las invitaciones y solicitudes determinadas en el Listado Nominal, además de integrar los sobres-paquete-electorales de seguridad con la documentación necesaria y, de recabar la votación anticipada de las personas en prisión preventiva durante el periodo del 6 al 20 de mayo del 2024.

El escrutinio y cómputo de la votación se llevará a cabo en las mesas que sean aprobadas por los Consejos Distritales, mientras que el Instituto y los Organismos Públicos Locales realizarán la incorporación de los resultados a los sistemas electorales, conforme a cada tipo de elección” (Instituto Nacional Electoral, s.f.).

Llegados los tiempos, el resultado de la participación ciudadana fue: “El Instituto Nacional Electoral (INE) recibió los sufragios de 26 mil 569 electoras y electores inscritos en el Voto de Personas en Prisión Preventiva (VPPP) y de tres mil 445 del Voto Anticipado (VA), modalidades que se llevaron a cabo en elecciones concurrentes, por primera vez en la historia comicial del país, con la inclusión de las 32 entidades federativas.

En el contexto del Proceso Electoral Concurrente 2023-2024, del 6 al 20 de mayo pasados se efectuaron ambos ejercicios electorales, con los que el Instituto buscó maximizar y garantizar los derechos político-electorales de grupos específicos de la ciudadanía mexicana en situación de vulnerabilidad.

Respecto del reporte general de la votación del VPPP, se informa que, de las 30 mil 947 personas con posibilidad de sufragio en las prisiones federales y estatales del país, 26 mil 569 (el 85.85%) ejercieron este derecho, en virtud de que no cuentan con sentencia de autoridad judicial.

Cabe resaltar que adicionalmente a las 30 mil 391 ciudadanas y ciudadanos en la Lista Nominal del VPPP, se sumaron 556 con posibilidades de votar, 551 derivado de las resoluciones favorables en juicios para la protección de los derechos político- electorales, interpuestos en contra de la improcedencia de sus solicitudes, y cinco más por ajustes de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores.

Fue así como dos mil 203 mujeres y 24 mil 366 hombres emitieron su sufragio en 214 centros penitenciarios ubicados en 31 entidades del país (con excepción de Yucatán), siendo ocho las entidades las que obtuvieron porcentajes de participación superiores a los 90 puntos: Durango, con 94 %; Estado de México y Oaxaca, con 93 %; Jalisco, con 92 %; Coahuila, Nayarit y Quintana Roo, con 91 %, y Tlaxcala, con 90 %.

También con el objetivo de que la ciudadanía emitiera su voto de manera informada y razonada, el INE promovió ante las autoridades de los centros penitenciarios la posibilidad de que al interior se transmitieran los debates presidenciales. Hasta ahora, las Juntas Locales Ejecutivas informaron que los ejercicios celebrados el 7 y 28 de abril se reprodujeron en los centros correspondientes a 26 entidades” (Instituto Nacional Electoral, 2024).

Una vez analizado el proceso de votación de los individuos sometidos a la prisión preventiva, nos parece adecuada la actuación a la luz de la reforma constitucional federal del año 2011, que dispone el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas; ya que es un derecho que tienen y como el mismo instituto electoral menciona, esas personas que aún no tienen una sentencia están bajo el principio de inocencia, es decir, que aún no le quitan sus derechos.

En cuanto a los preventivos en las recientes elecciones (2024), hubo mucha participación ya que la mayoría hizo válido su derecho al voto, hubo más participación. Cabe destacar que el instituto electoral, solicitó a los encargados de los centros penitenciarios que los debates se transmitieran dentro de ellos, lo que en definitiva, vemos que, con esta oportunidad, se logra que las personas puedan estar más relacionadas con la sociedad y que no se les haga sentir inferiores al resto de las personas en libertad.

Derecho al voto de las personas sentenciadas

Una vez que hemos analizado el derecho que tienen las personas que se encuentran sometidas a un proceso penal; ahora veremos si es posible extrapolar este derecho a los individuos que se encuentran expurgando una sentencia de privación de libertad (Carnota y Cesano, 2007, p. 73). Aquí, la presunción de inocencia ha quedado vencida por la culpabilidad demostrada y que ha causado ejecutoria, es decir se ha elevado a la categoría de cosa juzgada.

En el caso de México las personas privadas de libertad con sentencia firme no tienen garantizado el derecho al voto. Nosotros, consideramos que esta situación es una flagrante violación al derecho humano al voto de los sentenciados.

Para consolidar nuestra visión acudiremos al derecho extranjero, como es el caso del modelo penitenciario español, precisamente, uno donde destaca su actuación garantista y respetuosa de los derechos humanos, impronta de raigambre de grandes penitenciaristas como Salillas, Montesinos, Kent, García Valdés, entre otros. Sin duda, el modelo ibérico, refleja un Estado social que ostenta una democracia participativa (Carnota et al., 2006) que, a contrario sensu, fomenta la representación de un sector que, en el caso mexicano, se ve discriminado como es el de la población reclusa sentenciada y, quizás por ello, en buena medida, la situación imperante de las cárceles es consecuencia de dicha desatención democrática; puesto que un gobernante electo se debe a sus votantes.

Habremos de mencionar que pese a las declaraciones normativas que señalan que a los reclusos solo se les ha de privar de su libertad, todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran devaluados en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando los mismos se refieren a quienes viven en libertad.

Estas circunstancias han motivado que, desde la perspectiva doctrinal, algunos juristas consideren a la prisión mexicana, como el lugar en el que, por antonomasia, se violan cotidianamente los Derechos Humanos, convirtiéndose su disfrute, en un lejano anhelo más que en una realidad. Bajo este tenor, debemos pugnar porque se potencie la protección de los Derechos humanos de los

sentenciados, pues continúan siendo titulares de derechos (y obligaciones), con excepción de que les sean limitados los derechos que, expresamente se señalen en fallo condenatorio.

En el caso español, artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, alude expresamente a la posibilidad del ejercicio, por parte de los internos, de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales no incompatibles con su detención o condena, citándose la no exclusión del Derecho de sufragio, que tuvo sus antecedentes en la Orden Circular de fecha 16 de noviembre de 1978, sobre el ejercicio del voto por los internos en el Referéndum Constitucional, reiterada con ocasión de las elecciones legislativas generales y municipales.

La citada Orden Circular que contenía normas en relación con el voto de los internos de los establecimientos, fue firmada y expedida por el entonces Director General, D. Carlos García Valdés, y hacía referencia a los penados de tercer grado en régimen de prisión abierta y a los demás internos a través del correo, conforme lo prevenía la regla 11 del artículo 22 del Real Decreto 2.120/1978 de 25 de agosto; y para facilitar el cumplimiento de ese derecho se tendría en consideración que: a) la Dirección del Establecimiento debería solicitar de los internos que desearan votar información sobre la localidad en la que se encontrasen censados; b) la Dirección del Establecimiento debería dirigirse por escrito o por el medio más rápido a las Juntas Electorales de la zona, solicitando las papeletas electorales, el sobre de la votación y el de remisión para cada uno de los internos; c) el interno introduciría en el sobre de votación la papeleta elegida y dicho sobre se introduciría, juntamente con una fotocopia del documento nacional de identidad, en el sobre de remisión, enviándolo a la mesa correspondiente por correo certificado; d) si los internos desconocieran la sección y mesa en que les correspondía votar, se pediría una solicitud de voto por correo, que sería facilitada por las Juntas Electorales, Ayuntamientos y Oficinas centrales de correos; y, e) el resguardo de remisión del voto por correo certificado serviría de documento acreditativo de la votación. “Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias” (Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 220-223, 1978, pp. 407-409).

Así se prevé:

La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras de análoga naturaleza. En consecuencia: 1. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de su condena. 2. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión.

Como advertimos, el interno en consecuencia, goza de los derechos políticos y de sufragio que se ordenan conservar, con excepción de aquellos que les sean suspendidos en determinados casos, como los mencionados por Bueno Arús, quien indica: “salvo que el alcance de la pena de inhabilitación o suspensión, impuesta en su caso como principal o accesoria, lo impida, el recluso puede ejercitar los siguientes derechos: participación en los asuntos públicos, petición individual y colectiva,

sufragio, referéndum, participación en la elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y participación en la administración de justicia mediante la acción popular y el jurado” (Bueno Arús, 1979, p. 22).

También en este artículo se garantiza, y ello es entendido así por Mestre Delgado/García Valdés, la no interrupción de las prestaciones personales y familiares de la Seguridad Social adquiridas antes del ingreso en prisión, la continuidad de los procedimientos pendientes y la capacidad de postulación de entablar nuevas acciones, a la vez que se reconoce al interno a ser designado por su propio nombre (Bueno Arús, 1986).

La protección de los derechos de la persona privada de libertad es muy amplia y queda estrictamente señalado los casos en que estos se pueden suspender; es decir, que se deben respetar los derechos e intereses jurídicos de los cautivos no afectados por la condena. No hay duda del avance democrático del modelo español.

Conclusión

El reconocimiento y protección del derecho humano al sufragio para las personas que se encuentran sometidas a la prisión preventiva potencia que éstas puedan estar más relacionadas con la sociedad y que no se les haga sentir inferiores al resto de las personas en libertad. Situación que, por el contrario, no acontece en el caso de las personas sentenciadas.

Tratándose de la situación de las personas sentenciadas, penadas, condenas, etc., vemos que hay mucho por hacer, esto desde una visión donde un Estado democrático incluya a toda la población sin hacer distinción de grupos o minorías, lo que propicia la franca conculcación de derechos y en este caso, el derecho humano al voto. Por ello, entendemos que habrá que aplicar el método comparado para extrapolar a la realidad mexicana lo que se realiza en la experiencia española, donde se establece que: “Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de su condena”. Esto es un claro efecto humanitario (Sanz Delgado, 2003) para el sufragante carcelario.

Referencias bibliográficas

- Bueno Arús, F. “Derechos de los internos” en VV. AA, Cobo Del Rosal, M. (Dir): Comentarios a la legislación penal, Tomo VI. Vol. I, Edersa, 1986.
- Bueno Arús, F. “Los derechos y deberes del recluso en la Ley General Penitenciaria”, en Revista de Estudios Penitenciarios, núms. 224-227, 1979.
- Carrara, F. “Inmoralidad de la prisión provisional”, Trad. de Quintanar, M. Cuadernos de Política Criminal, 1999.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Nuestros derechos. 2ª ed., CNDH, 2004.
- De Vega García, P. “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, Carbonell, M./ Vázquez, R. (Coords.): Estado constitucional y globalización, México, 2006.
- Espinosa Leal, I. P. “Human Rights in Mexico”, Annals of Bioethics & Clinical Applications, 3(3), 1-6, 2020.
- Figueruelo Burrieza, A. La ordenación constitucional de la justicia en España. U. Externado, 1999.

- Federación Iberoamericana de Ombudsman. Sistema Penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos, Madrid, 2007.
- Franco Cuervo, J. J. El derecho humano al voto, CHDH, México, 2016.
- Gallego Anabitarte, A. “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración”, Revista de Administración Pública, 34, 1961.
- García Ramírez, S. El final de Lecumberri. Reflexiones sobre la prisión. Porrúa, 1979.
- García Valdés, C. Comentarios a la legislación penitenciaria. 2ª ed., (reimp. 1995), Tecnos, 1982.
- García Valdés, C. Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática. Universidad Complutense de Madrid: Instituto Universitario de Criminología, 1975.
- Landrove, Díaz, G. Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., Bosch, 1984.
- Massini, C. I. El Derecho de los Derechos Humanos y el valor del derecho, Abeledo-Perrot, 1987.
- Mestre Delgado, E./García Valdés, C.: Legislación penitenciaria, Tecnos, 6ª, 2002.
- Paz Rubio, J. M./González-Cuellar García, A./Martínez Atienza, G./Alonso Martín-Sonsec, M. Legislación penitenciaria: Concordancia, comentarios y jurisprudencia. Editores Constitución y Leyes, COLEX, 1996.
- Pérez Cepeda, A. “El régimen penitenciario”, en VV.AA., Berdugo Gómez De La Torre, I./Zúñiga Rodríguez, L. (Coords.): Manual de Derecho Penitenciario, Colex, 2001.
- Quintana Roldán, C. F. y Sabido Peniche, N. D. Derechos Humanos. 4ª ed., Porrúa, 2006.
- Rodríguez M. R. “Personas sentenciadas y derechos políticos”, Revista penal, núms. 14-25, 2008-2009.
- Sanz Delgado, E. El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX, Ed. Edisofer, 2003.
- Sanz Delgado, E. https://www.terragnijurista.com.ar/infogral/toro_sanz.htm
- Vega Hernández, R. Derechos Humanos y Constitución: Alternativas para su protección en México. Editor Santiago de Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003.

Relaciones entre lo jurídico y lo alternativo en materia de solución de conflictos en el Siglo XXI. Hacia una Cultura de Paz

Relationships between the legal and the alternative in terms of conflict resolution in the 21st century. Towards a culture of peace

Armando Castanedo Abay¹
ORCID 0000-0001-9317-4445
M. Susana Cabrera-González²
ORCID 0009-0000-7638-626X

Fecha de recibido: 9 de agosto de 2024 / Fecha de aprobación: 12 de noviembre de 2024

Resumen

El propósito esencial de la presente contribución es colocar el tema de las relaciones entre los métodos alternativos de solución de controversias y el Derecho e intentar ubicar en espacios de luz a lo que hasta ahora había quedado un poco en las sombras por la defensa a ultranza que hacen unos de un método y otros del otro en el camino hacia una cultura de paz en la sociedad moderna. La revisión bibliográfica de la doctrina actual en la materia, la síntesis y el análisis permiten llegar a una tesis acerca del posible alivio de la conflictividad social. Se identifica, enmarca y contextualiza un referente sólido que pudiera resultar útil a los operadores jurídicos y de métodos alternativos de gestión y solución de conflictos en su misión de aliviar la pesada carga que representa la conflictividad actual. Aún falta mucha experiencia por obtener en cuanto al desarrollo y perfeccionamiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias y, además, por encontrar rumbos nuevos dentro de las vías eminentemente jurídicas para tratar los conflictos humanos. Se abre una puerta interesante a vincular el inveterado sistema de justicia con lo metajurídico de lo alternativo, con estos métodos que traslada el punto de equilibrio en el trato de las controversias a los propios protagonistas del conflicto y facilitando una negociación efectiva entre los mismos. Se han encontrado relaciones estrechas que pueden llegar a disminuir la radicación de asuntos en los Tribunales y que, en definitiva, la sociedad del siglo XXI gane en civilidad dando un paso más en su imprescindible humanismo.

Palabras Clave

Derecho, métodos alternativos, conflictos

Abstract

The essential purpose of the present contribution is to place the issue of the relationships between alternative methods of dispute resolution and the Law and try to place in spaces of light what until now had remained somewhat in the shadows due to the all-out defense that some do one method and others do the other on the path towards a culture of peace in modern society. The bibliographic review of the current doctrine on the subject, the synthesis and the analysis allow us to reach a thesis about the possible alleviation of social conflict. A solid reference is identified, framed and contextualized that could be useful to legal operators and operators of alternative methods of conflict management and resolution in their mission to alleviate the heavy burden that current conflict represents. There is still a lot of experience to be gained in terms of the development and improvement of alternative dispute resolution mechanisms and, furthermore, in finding new directions within the eminently legal ways to deal with human conflicts. An interesting door opens to link the inveterate justice system with the meta-legal aspect of the alternative, with these methods that transfer the point of balance in the treatment of controversies to the protagonists of the conflict themselves and facilitating effective negotiation between them. Close relationships have been found that can reduce the filing of matters in the Courts and, ultimately, the society of the 21st century gains in civility, taking another step in its essential humanism.

Key words

Law, alternative methods, conflicts

¹ Centro de Estudios de Administración Pública de la Universidad de la Habana. Correo: castanedoabay@gmail.com

² Máster especializada en resolución de conflictos. Doctoranda en métodos alternos de solución de conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Correo: mayra.cabrera@gmail.com



Tabla de contenido

Planteamiento del problema. Metodología. Conflicto y Derecho. Perspectivas acerca del conflicto para el Derecho y para los métodos alternativos de gestión y solución de controversias. Derecho, métodos alternativos y el concepto de justicia. Desde el principio de acceso a la justicia hacia la garantía de derechos y de estos a los MASCS. Justicia alternativa, algunos de sus procedimientos y el Derecho. Las relaciones entre lo jurídico y lo alternativo hacia la cultura de la Paz. Conclusiones. **Referencias bibliográficas**

Planteamiento del problema

Identificar las relaciones que existen entre la utilización de las vías jurídicas para la solución de conflictos que se dan en una sociedad determinada y los métodos alternativos de gestión y solución de controversias, cuando ambos caminos se entrecruzan con el objetivo de paliar la conflictividad de la época actual, resulta una invaluable herramienta para cualquier sistema socio económico que se proponga emplear las potencialidades de la ciencia y la técnica en su desarrollo con los mínimos contratiempos posibles.

Resulta una buena noticia que, por un lado, el siglo XXI se ha convertido en la época de una nueva generación de industrialización signada por un vertiginoso desarrollo tecnológico y sus estrechos vínculos con la ciencia y la innovación, preñado, esta última, por un aumento considerable de informatización de los sistemas de producción y los servicios; por otro lado, la mala noticia es que ello ha traído como consecuencia una exacerbación de la conflictividad social en las transacciones humanas por su multiplicidad exponencial en medio de comunicaciones indirectas a través de equipos electrónicos que no conducen intencionalidad ni interpretaciones originarias.

Debido a lo apuntado, los mecanismos de las sociedades actuales para tratar los conflictos que se generan en las mismas con base en el Derecho y con sus correspondientes salidas en los tribunales de justicia resultan que han quedado para terminar procesos judiciales a partir de sentencias, pero no para resolver efectivamente esa conflictividad referida y, por ende, esta aumenta exponencialmente produciendo un efecto bumerang en el desarrollo socio económico. Ello ha conducido inexorablemente a encontrar vías alternativas de gestión y solución de conflictos que realmente resulten efectivas para disminuir las controversias que ralenticen el desarrollo y de este modo se ha dado paso al perfeccionamiento de los métodos alternativos de solución de controversias.

El hecho de que existan al paralelo lo jurídico y lo alternativo para solucionar conflictos no significa que ambos conceptos respondan a compartimentos estancos donde uno no tiene nada que ver con el otro, es todo lo contrario, cada método abre espacios trascendentales al conflicto que se trate para asegurar la solución de este bajo, fundamentalmente, por un lado, de los principios de legalidad y tutela judicial efectiva y por el otro de humanismo y civilidad.

El problema real y efectivo al cual nos enfrentamos aún en la segunda década de siglo es que hay más conflictos en nuestras realidades y menos vías efectivas para solucionarlos de un modo civilizado, racional y congruente con el salto cualitativo de la ciencia y la técnica en pos del desarrollo socio económico. Los vínculos del Derecho con los métodos alternativos de gestión y solución de conflictos podrían resultar un punto de inflexión en el problema planteado generando, o más bien rescatando, valores humanos que llevan a ser solucionadas las controversias por sus propios protagonistas originarios mediante una facilitación profesional y el montaje de un sistema de diálogos por la paz a tales efectos.

Metodología

La investigación realizada para la construcción del presente texto ha sido eminentemente documental, de doctrina relevante en la materia, lo que, al paralelo de cierta práctica de muchos años en el ámbito de los métodos alternativos de gestión y solución de controversias y el ejercicio del Derecho por otro lado, han posibilitado ubicar aspectos esenciales directamente relacionados con el problema planteado de la conflictividad en nuestras sociedades de hoy, clarificar los vínculos de ambos caminos y ponerlos en función de la cuestión básica de aliviar la conflictividad retardadora del desarrollo de humanos, sociedades y de los inexorables puntos de contacto entre estos.

Las fuentes documentales de donde se abrevó han resultado de utilidad por cuanto ofrecen las pautas y los matices que construyen la tesis de la interconexión entre ambos métodos de gestión de controversias en la actualidad. Resultan de relevancia no sólo por la construcción teórica de excelente nivel que despliegan, sino porque sus autores son experimentados también desde la experiencia profesional en ambos ámbitos que se relacionan. El análisis y la síntesis han servido de metódica para focalizar en cada uno de los vínculos estrechos que se reflejan en el campo del objeto de estudio y para describir cada una de las interconexiones a la que se hace referencia en el cuerpo de la contribución.

Conflicto y derecho

Como bien apunta Entelman (2002) nuestra visión del ordenamiento jurídico como un método institucionalizado de administración de conflictos en sentido amplio (prevención y resolución) es a menudo rechazada por juristas y abogados, que la ven como una descalificación teórica. Es probable que tal reacción se origine por dos causas (a) el hecho de que el sistema jurídico fue implantado en la sociedad con el uso de un discurso estridente que recurrió a la postulación de valores de fundamentación divina o racional.

Toda una concepción contemporánea de la filosofía del derecho ha llamado a ese discurso el "discurso del poder", y (b) el hecho de que el sistema jurídico se haya implantado mucho tiempo antes y de que la ciencia que hace de su estudio su objeto tenga ya existencia secular, mientras que la vocación científica por el análisis del conflicto como problema general de una sociedad, sólo aparece en la segunda mitad de este siglo. Esa preocupación teórica sólo se desarrolló impulsada por el desenfrenado aumento de la capacidad de destrucción que exhibe (p.5).

La Rosa and Rivas (2018) entienden que, en los programas curriculares de las Facultades de Derecho de la Universidades actuales, en muy pocas, se reconoce como necesario del estudio del conflicto pues no se le atribuye una trascendencia en cuanto a las capacidades a lograr en el graduado que es lo mismo decir en el abogado que sale con su cartera a hacer juicios prácticamente de inmediato de salir de las aulas (p.27). Para estos, alguien (generalmente su cliente) tiene el derecho o la razón y a la contraparte no le asiste posibilidad tan siquiera de reclamar la parte que pudiera corresponderle en una situación jurídica conflictual generadora de litis en los Tribunales de Justicia.

A los futuros juristas les enseñamos a blandir su espada, clavarla en el pecho del contrario y mientras más profunda sea la herida más rápido aparecerá la victoria pues se desangrará más rápido el oponente. Si releemos estas escasas líneas anteriores, podemos percatarnos con seguridad que enviamos a nuestros graduados de Derecho al *campo de batalla*, a vencer o a morir o, lo que es lo mismo, a emplear su método de resolución de conflictos bajo la fórmula ganar-perder.

Las preguntas que se imponen, entonces, son las siguientes: en términos de solución de conflictos, ¿una sentencia, lo soluciona de fondo necesariamente?; ¿qué le ocurre a la relación de poder entre las partes con una sentencia que le reconozca razón a una y a otra no?, ¿qué garantías existen del cumplimiento real y efectivo de la sentencia en caso de no tener claros mecanismos de control en su ejecución?, ¿la llamada salida al conflicto es decidida por quién, los protagonistas del propio conflicto o por una persona ajena (juez) desde una norma general y abstracta nada cerca de las circunstancias y contexto de producción y desarrollo del conflicto?; ¿se alivian los efectos del conflicto con una sentencia?

Se pudieran elaborar muchas más preguntas y todas llegarían a puerto similar, el método jurídico para la solución intrínseca de los conflictos requiere de apoyo cuando se trata de lograr un paso cualitativo en la gestión de las controversias humanas. Hay que reconocer, 'por supuesto, el papel esencial del Derecho, su sistema y sus operadores, ello es esencial para desde la tesis del Estado de Derecho, ordenar la sociedad, 'protegerla y asegurar la tutela a los derechos fundamentales o no de todas las personas bajo sus normativas.

Ahora, en términos de solución de conflictos que aclaro que necesita compañía de otras vías que existen de algún modo desde la antigüedad y han jugado un singular papel de saneamiento de lo social controversial en todas las épocas, sólo que en la actualidad se han quizás sistematizado y están comenzando a lograr el éxito para el cual fueron diseñadas cuando entre los humanos hasta las escalas de valores se tambalean por las crisis cíclicas y los posicionamientos geopolíticos economicistas.

Bueno, he aquí la parte del problema ubicada en el presente epígrafe: sociedades acostumbradas a que su sistema estrella de solucionar conflictos es el ejercicio de la abogacía, los tribunales y las sentencias y, en la otra cara de la misma moneda, el conflicto que nunca pasó por preocupación, ocupación u objeto de estudio de los operadores de ese sistema.

¿Solución?, no cabe más remedio que acercarse a esos operadores referidos, de algún modo, a la solución alternativa del conflicto para que el sistema que construyen y reconstruyen a diario acepte el equilibrio que se puede generar en la gestión efectiva de las controversias que alimentan a los conflictos humanos.

Sin embargo, la tarea no resulta nada sencilla, así lo dice Entelman (2002) mostrar un objeto de conocimiento es tarea fácil cuando se trata de objetos naturales a los que el intelecto accede por intuición sensible. Un animal desconocido, un mineral recién descubierto o una planta exótica son objetos que pueden mostrarse y ser vistos antes de toda descripción. Es más, los contactos sensoriales del observador habrán de ser después las fuentes de los criterios de verdad al intentarse la verificación de los juicios científicos con las intuiciones sensibles.

En las ciencias sociales, el acceso gnoseológico es más complejo, por el carácter cultural de sus objetos, al igual de lo que ocurre con las disciplinas que trabajan sobre objetos ideales, como las matemáticas y la lógica. Ni el orden jurídico ni el conflicto son objetos que pueden verse con los ojos de la cara, que sólo pueden identificar textos escritos o conductas cuyo sentido conflictivo no resulta de la mera intuición sensible y necesita de otro tipo más complejo de acceso. Y es claro que la tarea se simplifica si se trata de provocar la intuición intelectual de un objeto que puede pensarse como integrante de una clase que forma parte de un género más extenso ya conocido (p.10). Es preciso que sea desarrollada una cultura de paz como la entienden Lamas and Cervantes (2023), la cultura de paz es una filosofía ontológica que promueve un estilo de vida en la que los valores, la dignidad humana, el respeto irrestricto a los derechos humanos, la igualdad social, la equidad, la sana convivencia y la pluralidad ideológica, son el constructo en el que todos los integrantes del núcleo societal pueden vivir en un entorno en el que prime el bien común y la armonía colectiva (p.33).

Perspectivas acerca del conflicto para el Derecho y para los métodos alternativos de gestión y solución de controversias

Por lo tanto, desde el Derecho la gestión para la solución de los conflictos presenta varios factores positivos como el aseguramiento del orden social, la homogeneidad en el tratamiento a controversias con elementos de normatividad similares, el ejercicio de la coerción y coactividad del Estado a través de la norma para imponer, mediante sentencia, una determinada conducta y ello hace ver al conflicto como algo negativo, algo que desordena, que trae consigo malas consecuencias y por ello hay que eliminarlo de una forma u otra ejerciendo el poder de la Ley, digamos que es la perspectiva jurídica de los conflictos.

Desde la perspectiva de Illera (2022), el derecho define al conflicto como una incompatibilidad de intereses o la satisfacción de una necesidad entre dos personas que, amparadas en una norma jurídica, entran en contradicción. La definición de conflicto desde el derecho, lo sitúa en un ámbito específico, es decir, lo enmarca en un tipo particular de relación social que se identifica como conflictiva (p. 240).

Sin embargo, desde la perspectiva de los métodos alternativos de gestión y solución de conflictos, el conflicto no es que sea positivo en sí como ha intentado afirmarse generalmente en el lenguaje coloquial de quienes tratan el tema con la

superficialidad que les reclama el contexto y las circunstancias, sino que puede resultar productivo en dependencia de la manera en que se gestione y la actitud que se logre asuman los protagonistas de la controversia. Desde la visión del Derecho, el futuro de la relación entre los conflictuantes queda relegada a un segundo plano, así como el incremento y la pérdida de poder relacional en relación con quien finalmente tenga la razón jurídica y el que no la tenga, el objetivo básico se centra en terminar la contienda identificando a quien corresponde el derecho según la norma habilitante y a quien no en una clara relación, como decíamos, de ganar-perder.

Si seguimos la lógica de Benente and Navas (2019), en diversos escenarios el derecho es visto en acción. Así, los aportes que presentamos muestran las maneras en que el derecho juega un rol fundamental en la consolidación de órdenes asimétricos y verticales, pero también cómo, bajo determinadas condiciones, los usos del derecho pueden ayudar para que determinados actores sociales desafíen tal orden (p.15). Desde la mirada de los métodos alternativos de gestión y solución de conflictos, la relación entre los conflictuantes es tan importante como lo sea para ellos mismos, se focaliza en facilitar negociaciones creativas donde se satisfagan expectativas de ambos participantes que transformen a los conflictuantes en cooperadores para lograr satisfacer intereses y necesidades conciliables, complementarios, compatibles o, al menos, no contradictorios en fundamento y esencia.

Las herramientas básicas del Derecho frente a los conflictos son la coerción y la coactividad de la norma jurídica, el poder del Estado de poner orden en la sociedad y en la ascendencia del sistema judicial de determinada sociedad y, por su parte, estos instrumentos le otorgan supremacía al Juez distante y desconocedor de los detalles conflictuales y a la Ley con sus características de generalidad y abstracción. Por su parte el instrumental básico de los métodos alternativos de gestión y solución de controversias no se ubican frente a los conflictos, conviven con él, lo hacen languidecer, le restan fuerza para que no escalen y todo ello a partir de lo que se conoce como una multiparcialidad con los intereses y necesidades de todos los involucrados en la situación conflictual.

Estas herramientas alternativas van en busca de la transformación de la relación y que esta transite de conflictual a una relación de cooperación entendiendo que es por el bien de todos por igual y ello se produce bajo los auspicios de la fórmula ganar-ganar. Las relaciones están en todo el mundo, en todo momento, en todo lugar, siempre estamos relacionándonos, estamos diseñados para eso, relaciones que hieren; y, relaciones que curan, esta dinámica de las relaciones se convierte en la prueba de la transformación del ser humano.

Centeno (2008) lo singulariza en el área de la educación, la cual, nada más y nada menos, representa el futuro de la humanidad, los investigadores en el área educativa han preconizado la necesidad de reorientar el aprendizaje y los procesos de socialización que sostiene la infraestructura psicológica de la violencia (Alzate, 1998). Se requiere que frente a una cultura de violencia que transmite odio, opresión e historia de héroes con logro de poder a partir de la confrontación bélica, se instaure una cultura de paz que cultive la cooperación, la interdependencia, el fortalecimiento de los valores de igualdad, diversidad, justicia social y desarrollo sustentable.

Así mismo, se requiere cultivar normas, creencias y estrategias de acción que apoyen la resolución de conflictos en forma no violenta, que tenga como consecuencia un comportamiento pacífico, democrático y socialmente nutritivo a favor del logro de los beneficios colectivos y de las expectativas e intereses individuales (p.39). La educación desarrolla niveles de inteligencia y conocimientos, sin embargo está sobrevalorada, son importantes los conocimientos, pero también lo es, adquirir habilidades sociales que se desarrollan a través del contacto humano, de la experiencia, la actitud, la empatía, el ser solidario, tener valores, ser responsable, la virtudes como la reconciliación, perdón, y compasión, y todo esto es una elección que genera una acción y esa acción es tú obra que deja mensaje y que puede ser la huella más valiosa que dejes en este plano y eso tiene mucho más impacto en nuestra sociedad y en el ser humano, que el solo mérito de ser inteligente, o tener un personaje importante en la sociedad.

Los seres humanos necesitamos recordar y créanme no escucharan nada extraordinario, son cosas de sentido común, que todos sabemos y conocemos hoy por hoy estamos envueltos en el individualismo y en nuestra zona de confort tenemos tanto que dar, pero estamos estancados en el amor negado, es decir solo procuro a quien me importa y duele sin recordar que todos estamos conectados y que todos pertenecemos al mismo globo terrenal. De una forma gráfica, el conflicto para el Derecho es una piedra en el camino que hay que remover, sin embargo, para los métodos alternativos es una oportunidad de crecimiento para la relación y la transformación de los conflictuantes.

Derecho, métodos alternativos y el concepto de justicia

Las diferentes perspectivas acerca de los conflictos y las vías más efectivas para su solución han provocado diversas reacciones y la generalidad de estas tiene que ver con una apreciación sesgada del concepto justicia. La Doctrina piensa que, frente al masivo empleo del sistema judicial para la resolución de conflictos, en los últimos años, Latinoamérica ha vivido un incremento en el conocimiento y empleo de los denominados MARCs (métodos alternativos de resolución de controversias). Los MARCs se erigieron como respuesta a la disconformidad ciudadana respecto a los sistemas judiciales latinoamericanos para impartir de forma adecuada la justicia.

Justicia es un concepto complejo y parte de identificadores epistemológicos muy ligados a la interpretación de lo que se quiere exponer cuando se usa como terminología. Para el Derecho puede resultar un concepto que parte de una concepción jurídica que no tiene por qué ser la misma desde otras interpretaciones con base en diferentes perspectivas.

Lo que plantea Rincón (2014) en cuanto a que las normas jurídicas garantizan que todos los sujetos actúen conforme a la voluntad de quienes detentan el poder, es decir, quienes tienen la posibilidad de imponer sus intereses y, se diferencia claramente con lo alternativo a la jurisdicción para solucionar controversias pues en este prima la atención a los intereses y necesidades de los que participan a través de los métodos alternativos de gestión y solución de conflictos.

En el caso que nos ocupa, digamos que estamos frente a los conceptos de justicia legal o jurídica y justicia interpersonal, es decir, en un caso justicia es lo que decide la norma, la interpretación del Juez, los principios del Derecho, el contexto y

la asimilación de las circunstancias a la interpretación de la jurisdicción decisora; y, en el otro es lo que entienden como tal los propios protagonistas del conflicto conversitos en cooperantes para, de conjunto, lograr satisfacer intereses y necesidades, siendo en ambos casos, el conflicto, su primigenio protagonista.

La justicia interpersonal institucionalizada a través de los métodos alternativos para lograrla resulta un expansor en relación con los márgenes o límites del concepto de justicia legal que fue la originaria expresión que contenía a lo que era conocido por justicia técnicamente hablando. A la llamada justicia legal la limita la norma, el sistema jurídico en general; y sobre todo la interpretación que los juzgadores realicen del contexto integral del conflicto a la vista del derecho, lo que de suyo tiene previsto ciertos cánones por donde ésta debe transitar para salir a la luz, por lo tanto, podemos decir que es una justicia cualificada.

Sin embargo, la justicia interpersonal lograda a través de lo alternativo, entiéndase métodos alternativos de solución de controversias, sólo se encuentra limitada –y este es otro punto de contacto entre lo jurídico y lo alternativo- por el principio de constitucionalidad y legalidad, añadido al de tutela judicial efectiva cuando la jurisdicción de los tribunales deriva sus casos hacia los métodos alternativos.

Desde el principio de acceso a la justicia hacia la garantía de derechos y de estos a los MASCs

El principio de tutela judicial efectiva se fundamenta, en sus raíces, en el principio primario del Derecho de acceso a la justicia y, por ende, pasa a ser recibido en la misma esencia de los métodos alternativos de solución de conflictos.

Si seguimos a Peláez (2017, p.287), muy a pesar del carácter fundamental que ostenta el derecho de acceso a la justicia en la forma explicada anteriormente, se han evidenciado algunos factores de orden exógeno que han contribuido de manera sistemática a la crisis del modelo tradicional de justicia formal, entre otras razones, por la excesiva judicialización del conflicto y la correlativa falta de respuesta oportuna por parte del Estado para satisfacer la demanda de justicia a la que aspira la sociedad, siempre dentro del marco de que ésta sea pronta, cumplida y eficaz.

Esta llamada crisis del sistema de acceso a la justicia ha dado lugar a la apertura de espacios en la legislación moderna de reconocimiento a los MASCs, desde los textos Constitucionales hasta leyes estatales, federales y estatales o comunales que norman, hasta donde cabe, la resolución alternativa de conflictos para incorporar un derecho de ejercicio directo, es decir, para que los propios conflictuantes, mediante justicia autocompositiva institucionalizada, tomen las riendas de la gestión de sus diferencias velando directamente por sus intereses y necesidades con la ayuda de facilitadores capacitados para ello.

Como nos comenta Peláez (2017), a algunos doctrinantes (...) al analizar la evolución del movimiento de reforma a la justicia identifican tres “olas” sucesivas para mejorar las condiciones de acceso a la justicia.

- La primera ola se refiere al propósito de proveer servicios jurídicos para los pobres mediante el establecimiento, por ejemplo, de servicios

gratuitos de asesoría legal, de defensores de oficio o del amparo de pobreza (p. 290).

- La segunda ola, se refiere a la creación de figuras tales como las acciones populares y de grupo, como mecanismos para extender el acceso a la justicia a la protección de los intereses difusos y de los derechos colectivos.
- La tercera ola, se orienta a garantizar la efectividad del acceso a la justicia para la resolución de conflictos, bien sea a través de la justicia formal mediante vías judiciales realmente expeditas o de procedimientos alternativos como la negociación, el arbitraje o la mediación.

A estas tres olas registradas hasta mediados de la década de los ochenta, se suma una cuarta ola, dentro de la cual se han adoptado medidas para corregir problemas específicos de acceso a la justicia para remover barreras concretas. Figuras tales como los jueces itinerantes –para garantizar el acceso a la justicia en lugares remotos; la administración judicial de los tiempos de un proceso –para garantizar un acceso a la justicia más expedito al permitir la reducción de los tiempos procesales de común acuerdo con las partes; la evaluación neutral previa del proceso –para restringir el litigio a los asuntos esenciales; o la provisión de asesores legales neutrales –para que sectores débiles o marginados de la población superen sus temores a negociar y sus desventajas frente a organizaciones privadas particularmente poderosas, son algunos ejemplos de este tipo de medidas.

Por lo tanto, la relación de lo jurídico y lo alternativo se ha convertido de unidireccional en bidireccional para poder lograr y complementar el principio de acceso a la justicia hasta el punto en que existen legislaciones constitucionales en la que la resolución alternativa se ubica en el marco de la garantía de los derechos para comprender no sólo al principio de acceso a la justicia sino a muchos otros que, de alguna manera, se realizan con el acceso a la justicia autocompositiva.

Tal es el caso de la nueva Constitución cubana de 2019 en la que el acceso a los MASCs se ubica en el Capítulo de las garantías a los derechos.

El 10 de abril del año 2019, con la proclamación de la nueva Constitución de la República de Cuba en la Asamblea Nacional del Poder Popular, nacen los métodos alternos de solución de conflictos con rango de Norma de normas, de Ley de leyes, de Norma suprema y superior, legitimados en el texto de su artículo 93.

Interpretaciones del hecho y del artículo de referencia pueden existir tantas como personas y percepciones se desplieguen a su alrededor; ahora, lo cierto y objetivo resulta que, por primera vez, “con rango constitucional”, se reconoce la legitimidad del uso de estos métodos para solucionar controversias en la sociedad cubana.

Más allá de ello, no sólo se reconoce como derecho ciudadano y de todo interesado, sino que, como ya referíamos con anterioridad, se inserta en el capítulo VI referido a las garantías de los derechos del Título V: “Derechos, Deberes y Garantías”, por tanto, una de las tantas interpretaciones que se pudiera realizar de este hecho es que los ciudadanos e interesados pudieran realizar alguno o algunos de sus derechos a través del uso de los métodos alternos de solución de conflictos.

Si analizamos los artículos que le acompañan en el propio Capítulo VI del Título V, no cabe duda que el artículo 93 se entrelaza en la misión de hacerse escuchar mutuamente con principios de alta trascendencia jurídica tales como el respeto a la dignidad humana como valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, la libertad, la justicia, la paz y el desarrollo integral a los cuales tienen derecho todos los seres humanos; el libre desarrollo de la personalidad, respeto a la intimidad personal, honor e identidad personal, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la reparación o indemnización por daño o perjuicio causado indebidamente por directivos, funcionarios o empleados del Estado y el principio de restitución de los derechos constitucionales vulnerados.

Tales y de tal magnitud y trascendencia son los principios que fungen como guardianes acompañantes a la utilización de los métodos alternos frente a los excesos o menoscabo en relación con las garantías constitucionales. En consecuencia, cabría afirmar que no sólo nacen y se reconocen constitucionalmente por primera vez, sino que los métodos que funcionan desde la fórmula ganar-ganar para el abordaje de conflictos dan el salto cuántico de sugerir que su uso es un reflejo de plena libertad de decisión y de un entramado democrático en torno a los conflictos y su solución, pues, ¿qué hay más democrático que la libertad de elección?

En este caso, en cuanto a la vía a utilizar para encaminar la solución a controversias personales; no elegir las vías tradicionales adversariales, eminentemente jurisdiccionales, y sí hacerlo desde la negociación facilitada por conciliadores o mediadores abre una nueva perspectiva en la gestión conflictual en el país que puede generar enormes beneficios.

Por lo tanto, la sinergia que producen entre ellos estos principios recogidos en los referidos artículos constitucionales junto al 93, fortalecen la libertad ciudadana y la democracia en el ámbito de la elección de los métodos de gestión de sus conflictos por sus propios protagonistas y, más importante aún, de hecho, se traslada el centro de gravedad de la solución de la discordia a sus propios originadores; si lo llevamos a metáfora, entonces pudiéramos decir que el fruto vuelve a ser semilla para perfeccionarse en su desarrollo.

Justicia alternativa, algunos de sus procedimientos y el Derecho

Según Figueroa and Margarita (2014), en esos procedimientos, es interesante observar cómo se recrea un sentido de la justicia y cómo esta es aún factible de ser materia de transformación, diversificando sus expresiones. Estas expresiones se materializan en procedimientos concretos con validez formal y jurídica. Pero hay que apuntar también, como señala Tom Campbell, que, en un sentido general, el Derecho atribuye contenidos específicos a la justicia, dependiendo del enfoque que la determina.

En un sistema jurídico pueden combinarse tendencias dominantes según se propicien las características de una “justicia formal” o la mera aplicación adecuada de las reglas jurídicas del derecho; la “justicia material” o el esfuerzo por los derechos humanos básicos; la “justicia eficiente-utilitarista” o justicia de Posner, basada en la rentabilidad del derecho; la “justicia Habermasiana”, en la que se articulan ciertos

valores, como la democracia y la justicia como “empoderamiento” o derechos de género, entre otras.

Siguiendo esta perspectiva, (...) reflexionamos así en torno de la llamada “justicia alternativa” porque consideramos que en ella pueden sintetizarse los procesos históricos que han hecho surgir determinados principios, pero también algunas de las concepciones que instrumentan modelos legales que realmente permiten al ser humano reconvertir el conflicto a través de la negociación.

Nos centramos para ello en el grupo de procedimientos jurídicos que son llamados “medios alternos de solución de controversias” (MASC), atendiendo a algunas de sus particularidades que, objetivamente, constatan que la justicia alternativa tiene todavía un amplio camino y proyección que permita profundizar en un paradigmático cambio legal en México sobre el conflicto y su resolución. (pp. 639-660). El hecho de que, como los autores que se mencionan ut supra, se comience en la actualidad a gestar un interesante movimiento de perfeccionamiento de los MASCs en disímiles latitudes no quiere decir, ni con mucho, que se le esté otorgando preferencia a los vínculos entre el mundo de la solución autocompositiva de conflictos y el mundo jurídico.

La justa medida en los nexos imprescindibles entre la norma jurídica y la solución negociada de diferendos en la sociedad de hoy reclama que la amplitud del principio de acceso a la justicia lograda, en cuanto a la elección de los protagonistas de las controversias a poder elegir libremente cómo solucionarlas, sea un ámbito respetado cual derecho reconocido.

Cada uno de los procedimientos que comprenden la llamada justicia alternativa tiene su propio objeto y su propia cuota que otorgar al acceso y defensa desde el amplio concepto de justicia que hemos referido de los ciudadanos, pues lo más importante que aportan muchos de estos procedimientos es devolver el conflicto a sus protagonistas para que lo solucionen desde el profundo conocimiento de lo que ellos mismos generaron de algún modo, ¿quién mejor? Por un lado y, por el otro, proteger la concepción jurídica del estado de Derecho.

Estos procedimientos alternativos, llámese negociación, mediación, conciliación, arbitraje, amigable composición, etc., tuvieron todos, desde los albores de su nacimiento, el propósito de acercar la solución de los conflictos a los conflictuantes. Unos en una medida y otros en otra. Lo que nunca se pensó, ni se piensa, es que se convirtieran en más de lo mismo a través de una judicialización exacerbada de los mismos por el crecimiento exponencial de sus relaciones con la jurisdicción ordinaria y el Derecho en sentido sistémico.

Por ello es tan importante determinar los límites de las intromisiones de unos métodos en otros pues entonces, no cabe duda, triunfaría la tutela del bien público responsabilidad estatal y este crea orden a través de la norma jurídica y no sería más que un círculo vicioso para restar autonomía de decisión a los creadores de los conflictos y se relegarían a segundo plano sus intereses y necesidades reales, y, por demás, la real solución de los conflictos perdería oportunidades para decirlo de un modo conservador.

La idea es que estos procedimientos están en pleno desarrollo y deben perfeccionarse, falta mucho camino en el que avanza la cultura de la paz entregue las herramientas a los seres humanos para que se limite la escalada de los conflictos que degeneran lo humano en las relaciones y conduce a guerras con devastadoras consecuencias. De hecho, lo que se visualiza en el horizonte son las relaciones entre los propios métodos alternativos de solución de conflictos para ir conformando el propio sistema de cada uno, pues sus vínculos con el Derecho, como ya los hemos señalado, son claros y definitivos.

Por ejemplo, entre estos métodos la conciliación y la mediación se parecen mucho por tener muchos puntos de encuentro en la manera de percibir el abordaje del conflicto en su gestión en términos de solución. La definición general apunta que conciliar: significa el acercamiento de las partes para dialogar y llegar a un acuerdo materializado en convenio. Sin embargo, quedarnos con una definición tan general de la conciliación, nos impediría diferenciarla de los demás medios alternos de solución de controversias, por lo que, analizaremos a continuación otra definición.

También en la doctrina encontramos, uniendo ideas que la conciliación resulta un proceso mediante el cual una tercera persona, neutral e imparcial, ayuda a las partes en conflicto a buscar una solución consensual, proponiendo si fuera necesario, fórmulas conciliatorias que las partes pueden aceptar o rechazar. En ello se distingue la conciliación de la mediación. En la conciliación el conciliador propone, nótese que el segundo concepto plantea si fuera necesario, fórmulas conciliatorias, en la mediación el mediador es un facilitador de la negociación intermediados y ellos son los que crean las alternativas de solución a su conflicto.

El dilema de los conceptos es que a veces limitan creatividad, son dados por hecho con sus elementos constitutivos inamovibles y en materia de métodos alternativos predomina el ajuste de los procedimientos a las exigencias del desarrollo de estos. Cabría la pregunta y, si en una mediación, ¿los mediados no hacen avanzar el procedimiento por falta de creatividad en el arreglo de sus diferencias?; ¿no podría el mediador tomar de referencia su experiencia y orientarlos por caminos que les acerquen a encontrar alternativas de solución? Pues claro que sí.

Entonces, en ese caso, el mediador modificaría su rol por conciliador y luego volvería a lo característico originario del método empleado, o, en todo caso, estaría haciendo una mediación con elementos de conciliación o una mixtura de ambos.

Por otro lado, si focalizamos en la negociación como otro de los métodos alternativos de gestión y solución de controversias en la que, en vez de intervenir un tercero como en los anteriores es entre dos personas, instituciones, países etc., pero directamente entre los conflictuantes, ¿Qué vínculo tendrían entre los mencionados métodos y la misma?

La negociación podemos decir que es la figura con la que todo método alternativo en materia de gestión conflictual tiene relación pues ella en sí misma es medio y fin; y, en el marco de la conciliación y la mediación es el instrumento por excelencia para lograr acuerdos pues no son más que negociaciones facilitadas de un modo u otro.

Sin embargo, con el Arbitraje como otro de los MASCs el panorama cambia algo, pues el arbitraje es un método alternativo igual, pero es hetero compositivo y lejos del ámbito metajurídico se inserta en el marco de la norma que regula la actuación de los árbitros y las decisiones que de ellos aparecen para culminarla contienda, Si existe litis y la fórmula final es ganar-perder como el sistema judicial.

Hoy en día, en el desarrollo de los MASCs que veníamos apuntando el arbitraje, en algunas sedes arbitrales, tiene habilitada la posibilidad de derivar a mediación sus procesos en el caso en que los árbitros se percaten de la posibilidad real y efectiva de acuerdos Inter partes, o, en el caso en que las partes una vez iniciado el arbitraje presente un acuerdo y este se adopte como para de la decisión arbitral en el correspondiente Laudo.

Debemos añadir en estas relaciones entre arbitraje y mediación que ambos métodos ofrecen un valor determinante a la autonomía de la voluntad como principio esencial dentro de los cánones de lo legalmente permitido. En el arbitraje significa libertad e independencia para establecer o culminar una relación jurídica y en el caso de la mediación para resolver sus diferencias de la mejor manera que entienda atendiendo a sus intereses y necesidades dentro del ámbito de los asuntos disponibles, es decir, que pueden decidir libremente como solucionarlos.

La autonomía de la voluntad siempre ha sido conceptualizada como el derecho de autodeterminación de la persona que marca su propia individualidad y singularidad en medio de una libertad que le faculta a disponer, usar y gozar de sus prerrogativas, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de estos.

Las relaciones entre lo jurídico y lo alternativo hacia la cultura de la Paz

Resulta un hecho de que lo que hemos venido planteando acerca de la utilidad de los vínculos entre lo jurídico y lo alternativo refiriéndonos a las relaciones entre el Derecho y los métodos alternativos de gestión y solución de conflictos conduce a un cambio esencial en la vida de los ciudadanos, es un cambio cultural; luego de tanto tiempo intentando solucionar controversias desde los procedimientos hetero compositivos, bajo la fórmula ganar-perder, guiada por el poder Estatal a través de la coactividad y coacción de la norma jurídica, implementar una Cultura de la Paz conlleva desandar el camino recorrido y construir uno nuevo o, lo que es lo mismo: aprender a desaprender y reaprender a solucionar conflictos.

El tema de la cultura de la Paz resulta ancestral, pero desde el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General en que se institucionalizó como objetivo prioritario global no había comenzado el creciente movimiento que se ha puesto en función del entendimiento entre los seres humanos con esa magnitud que viene logrando en los últimos años.

Bien vale la pena darle una mirada a los postulados que sirvieron para sus fundamentos básicos, pues constituyen las guías para los programas que a posteriori han ido naciendo en las diferentes regiones y países en los que se incluyen los vínculos entre Derecho y MASCs que hemos venido analizando.

La Asamblea General, RES/53/243, 6 de octubre de 1999:

Relaciones entre lo jurídico y lo alternativo en materia de solución de conflictos en el Siglo XXI. Hacia una Cultura de Paz

Recordando la Carta de las Naciones Unidas, incluidos los propósitos y principios enunciados en ella.

Recordando también que, en la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura se declara que "puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz".

Recordando además la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes del sistema de las Naciones Unidas.

Reconociendo que la paz no sólo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos.

Reconociendo también que el final de la guerra fría ha ampliado las posibilidades de reforzar una cultura de paz.

Expresando profunda preocupación por la persistencia y la proliferación de la violencia y los conflictos en diversas partes del mundo.

Reconociendo la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación e intolerancia, incluidas las basadas en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la propiedad, las discapacidades, el nacimiento u otra condición.

Recordando su resolución 52/15, de 20 de noviembre de 1997, en que proclamó el año 2000 "Año Internacional de la Cultura de la Paz", y su resolución 53/25, de 10 de noviembre de 1998, en que proclamó el periodo 2001-2010 "Decenio Internacional de una cultura de paz y no violencia para los niños del mundo".

Reconociendo la importante función que sigue desempeñando la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en la promoción de una cultura de paz.

Proclama solemnemente la presente Declaración sobre una Cultura de Paz con el fin de que los Gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil puedan orientar sus actividades por sus disposiciones a fin de promover y fortalecer una cultura de paz en el nuevo milenio.

Como se puede apreciar el mandato global conduce su intención al necesario cambio cultural referido en virtud del abordaje pacífico de las diferencias en todo ámbito desde la perspectiva de que tanto el conflicto como su conversión de negativo en productivo son una construcción social que los seres humanos en sus interrelaciones son los llamados a lograr para vivir en un mundo pacífico.

Según Galtung, citado por Rivera and Matute (2023), la perspectiva de Cultura de Paz fundamenta esta investigación y se define como un conjunto de aspectos que justifican y legitiman la paz directa y estructural comprendiéndola como el estado de satisfacción de las necesidades humanas. Por oposición a la competición que describen Alberich y coautores (2015) en la sociedad actual, la Cultura de Paz se basa en la cooperación, transformando las posturas competitivas.

La propuesta de Galtung (1990) aboga por cambios estructurales y culturales y depende de un sentido de comunidad que significa empatía con el otro y reconocimiento de la interdependencia individuo-entorno. Bajo esta aproximación, el conflicto es un fenómeno de tres elementos: presunciones y actitudes, comportamiento y contradicción (incompatibilidad de objetivos) que puede ser causa tanto de destrucción, como de construcción si es correctamente manejado (p. 2).

Una cultura de la Paz no se alcanza si no es a través de una construcción social constante y sistemática, la paz se construye todos los días como el pan, no es algo que se obtiene en un momento y perdura, pues las relaciones sociales en las que nacen los conflictos presentan un dinamismo imposible de capitalizar y encajonar en patrones estandarizados y regulares.

Los escenarios de pacificación que promueven los MASCs sirven, en su conexión con la justicia como analizábamos en el propósito de ir ubicando los cimientos del cambio cultural, más, como con dicen Núñez and Córdoba (2006), responde a inquietudes epistemológicas que se tienen en relación con la generación de escenarios de pacificación y su conexión con la justicia.

Se comparten los pensamientos del planteamiento constructivista y sistémico, en cuanto a la idea de señalar como imposible la anticipación de los efectos de los distintos niveles de acción para propiciar espacios de transformación de la realidad, pues se concibe una visión de mundo en el cual interactúan, en un momento dado, múltiples niveles de complejidad, ello no implica que dentro de un marco probabilístico sea posible intencionalmente propiciar mecanismos u opciones que movilicen un cambio en la dinámica social, que interrumpa el escalamiento del conflicto y la violencia estructural, entre otros. (p. 127).

En este camino de la construcción social llamada cultura de paz debemos tomar consciencia de que la relatividad de las ideas nos puede desviar del camino, por ejemplo, el pensar la paz como ausencia del conflicto no deja de ser un eufemismo estructurado antepuesto a la realidad diaria que demuestra que la eliminación de los conflictos no es posible pues son consustanciales al ser humano en su desarrollo. Otra cosa sería gestionar los conflictos a partir de métodos pacíficos que es a lo que nos hemos venido refiriendo y el objeto que se encuentra entre telones en nuestras reflexiones.

Incluso la relatividad de lo justo desde el Derecho y la norma jurídica convierte en reduccionista el concepto de justicia y lo transforma en patológico toda vez que en la realidad social se dan, de hecho, y durante toda la vida de la humanidad, alternativas que nutren el concepto que no tienen que ver con la norma jurídica si no es por su protección desde lo legal una vez nacido el Derecho como sistema.

Aportan Núñez and Córdoba (2006), que por lo general, los entrenadores en estos temas sugieren que asumir que construimos la versión de la realidad que de ésta poseemos implica reconocer la versión de los otros sobre el mundo, de tal forma que se aceptaría que la verdad es relativa; este concepto tiene aplicación en la atribución de lo que es justo o lo que es pacífico, pues sería imposible concluir que variables tales como el Estado, la ciudadanía o la llamada sociedad civil, la norma jurídica, entre otros, estarían llamados a dar explicación de las versiones que de justicia

sostiene una comunidad cuando ésta rompe los paradigmas tradicionales del derecho, derivados de una versión positivista que sobrevalora la norma como criterio exclusivo de la justicia y de acceso a la misma.

Por lo tanto, tiene coherencia el planteamiento de la idea de que nada sabemos, mientras no sepamos que no conocimos nada de manera definitiva, supone el respeto por las realidades inventadas por otros hombres (pp. 124-137).

Lo justo desde la paz construida socialmente nace desde los mismos cimientos del conflicto que se resuelve, se refleja productivo y tiene una incidencia directa en el desarrollo a niveles cualitativos superiores de la relación humana que se trate, una vez conflictiva, ahora con herramientas para gestionar el próximo conflicto que se presente y rete a su propia existencia.

El conflicto es parte de las relaciones humanas, tenemos que brindar herramientas para abordarlo de manera positiva. La mediación, la justicia restaurativa; y, las practicas restaurativas, son herramientas para construir una cultura de paz. Estas herramientas nos ayudan a relacionarnos, no solo a evitar litigios, nos enseña a despersonalizar el conflicto, y así es más fácil solucionar cualquier situación.

Tendemos a no concentrarnos en el hecho, en lo que paso, en el conflicto, nos enfocamos en cómo nos hacen sentir, todo de manera personal sin enfocarnos en el hecho en sí, escalando el conflicto de manera que ya no se puede dialogar, pues las emociones, las interpretaciones y las posturas personales de cada parte en conflicto bloquean la comunicación y el razonamiento que se necesita para lograr que el conflicto sea atendido de forma pacífica.

Cuando el conflicto escala y lesiona un bien penalmente relevante, es indiscutible que el mismo puede ser abordado desde la forma más reactiva que tiene el Estado, que lo es a través del mecanismo de prevención especial conocido como Derecho Penal (ruta tradicional); empero muchos de los casos llevados a dicha espera criminal entendamos no necesariamente requieren su judicialización, pues pueden o pudieron haber sido resueltos de manera mucho más rápida mediante una forma alternativa, ello mediante la utilización efectiva de las distintas herramientas que brindan los MASCs.

Recordemos, que norma constitucional lo es que la justicia debe ser pronta y expedita, consistiendo ello en que se busque y aplique un mecanismo, sea cual fuere, que tienda precisamente a que el conflicto no trascienda en el tiempo, sino todo lo contrario, que el mismo sea solucionado cuanto antes, y que mejor sí en dicha solución son los propios conflictuados quienes intervienen de manera efectiva en la búsqueda de concluir el antagonismo que pudieran tener.

Así es, no todo conflicto debe ser tratado y resuelto en vía jurisdiccional, pues a ésta debe solo acudir ante problemáticas realmente relevantes que hubieren trasgredido la paz y tranquilidad del conglomerado social (homicidio, violación, secuestro hurtos con violencia, etc.); pero en aquellos casos donde no sea de tal magnitud el daño causado, estimamos debemos variar la culturización en la solución del conflicto para buscar en etapas tempranas su efectiva solución.

Muchas veces el conflicto judicializado realmente no resuelve el sentimiento de los involucrados, pensemos en el infractor a la norma, quien estima que la sanción, en su caso, que le fue impuesta es injusta por prolongada; o bien, a quien resintió la lesión, quien cree que la sanción fue demasiado corta o la reparación del daño muy baja, ello pasando por el tiempo que ambos estiman llevo la solución en sede judicial del caso, inexorablemente, hay insatisfacción en los protagonistas del conflicto; y, no se diga de la sociedad en general que son los que cubren los costos del aparato judicial.

De ello es donde se magnifican las herramientas propuestas por los MASCs, que tienden a ser un paliativo en búsqueda de justicia pronta y expedita involucrando a los protagonistas del conflicto en ser ellos mismos los protagonistas a su vez de su solución. Por otro lado, una herramienta también novedosa dentro de los MASCs que busca la sanación y emendar los daños entre los protagonistas de la mejor manera posible es la denominada “Justicia Restaurativa”, que a diferencia de la mediación, conciliación, arbitraje o amigable composición, que buscan la solución del conflicto sin llegar judicializarse el asunto, es un proceso dirigido a involucrar dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa particular; e, identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones, derivados de dicha ofensa en búsqueda de la responsabilización, reintegración, reparación y recomposición del tejido social Zher (2007).

Teoría de la Bifurcación de la justicia. Castigar o restaurar

En todos nosotros existen dos impulsos contrarios sobre el modo de enfrentar las violaciones a las leyes: (i) amenaza punitiva; o, (ii) reparación y reintegración. Ledwige (2004) indica que la justicia restaurativa (JR) es un nuevo paradigma consistente en un conjunto de herramientas alternativos, en donde todos los involucrados en un incidente o delito se reúnen para resolver colectivamente cómo tratar las “consecuencias del conflicto y sus implicaciones para el futuro”.

Es decir, la justicia restaurativa en materia penal no busca una salida alternativa al conflicto, sino atender la consecuencias del mismo, entender por qué el mismo sucedió y el porqué de su consecuencia, atendiendo las causas que originaron la conducta delictiva, buscando primordialmente “sanar” al ofensor, al ofendido; y, a la sociedad derivado del flagelo realizado; es decir, llegar a fibras más sensibles para que lleguen a entenderse aspectos paradigmáticos del conflicto; y así apoyar a la reinserción del infractor, el lograr en la víctima una concientización y entendimiento de lo sucedido; y en la sociedad, recuperar la paz transgredida.

Conclusiones

Se amplía el contenido de la concepción de Justicia en el siglo XXI bajo los auspicios de las relaciones que se establecen entre los sistemas jurídicos modernos y los métodos alternativos de gestión y solución de conflictos; en la medida en que estos operen de conjunto, la conflictividad social perderá terreno cediéndoselo a la concordia humana y propiciando un salto cualitativo en la civilidad de nuestras sociedades actuales.

Los métodos autocompositivos de abordaje pacífico de controversias en su desarrollo pueden hacer la diferencia en cuanto a las tensiones sociales por conflictos

humanos, en cuanto basan su metódica en el tratamiento de intereses y necesidades empoderando a los propios protagonistas de las diferencias conflictuales y trasladando a estos la responsabilidad de su tratamiento y solución.

La cultura de Paz que se construya desde una perspectiva sociológica con el apoyo de los MASCs en el entorno de sus vínculos con el Derecho y las concepciones de justicia, tutela judicial efectiva y realización de derechos hacia una solución de conflictos pacífica, será a través de un camino de aprendizaje y de direccionar la brújula hacia una vida pacífica de los seres humanos con herramientas para gestionar sus conflictos en función de que estos limiten sus escaladas desde la perspectiva de lo productivo y bajo la fórmula de ganar-ganar.

Por lo que hace a la Justicia Restaurativa es necesaria una evolución cultural, reconstruir nuestro tejidos social generando nuevos enfoques, costumbres y creencias, la cultura solo va a cambiar si brindamos nuevos ejemplos de relacionarnos y de atender los conflictos. Hemos avanzado mucho no solo en la implementación de reformas legislando la mediación y justicia restaurativa, sino también de llevarlos a la práctica en el ámbito penal, familiar y adolescentes.

Referencias bibliográficas

- Benente, M., & Navas, M. (2019). Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza. (1ra ed.). CLACSO. Pasto, Librería Latinoamericana y caribeña de ciencias sociales.
- Centeno, M. (2008). Una pedagogía de la paz en la mediación de conflictos organizacionales en el sector universitario Investigación y postgrado [on line] e impresa, 23(3), 13-44.
- Entelman, R. (2002). Derecho y Conflicto. In Gedisa (Ed.), Teoría de conflictos Hacia un nuevo paradigma (pp. 223).
- Figuroa, L. y., & Margarita, M. (2014, Septiembre-Diciembre). El conflicto y la negociación: elementos para su reflexión normativa en el marco de la justicia alternativa en México. . Alegatos, 88, 639-660.
- Illera, M. d. J. (2022, Año 28). Conflicto, derecho y mecanismos alternativos. Ius et Praxis, 236-253.https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122022000100236
- La Rosa, J., & Rivas, G. (2018). Teoría del conflicto y mecanismos de solución. (Vol. 33). Fondo Editorial. https://www.google.com/search?q=teoria+del+conflicto+y+mecanismos+de+soluci%C3%B3n&sca_esv=ffe33ea245d4af43&sca_upv=1&sxsrf=ACQVn0-j9s2NZev6Ngk3qHob4JGRLJJdw%3A1708622871201&source=hp&ei=F4TXZeaxCrbskvQPnMKHiAg&iflsig=ANes7DEAAAAAZdeSJ7UGPav489IyanxbvfMCd8fCamiG&ved=0ahUKEwimmaqavL-EAxU2toQIHRzhAYEQ4dUDCBU&uact=5&oq=teoria+del+conflicto+y+mecanismos+de+soluci%C3%B3n&gs_lp=Egdnd3Mtd2l6li50ZW9yaWEgZGVsIGNvbmZsaWN0byB5IG11Y2FuaXNtb3MgZGUgc29sdWNpw7NuMgUQABiABEiiQIAAWL4wcAB4AJABAZgBsAugAcduqgENMi02LjluMi4yLjluNLgBA8gBAPgBAcICBRAuGIAEwgIGEAAyFhge&scIent=gws-wiz
- Lamas, A., & Cervantes, I. (2023, 27 de Abril de 2023). La construcción socio jurídica de la cultura de paz y de la justicia restaurativa en México. Análisis crítico y propuestas de viable implemento. Intersticios sociales, Revista semestral de ciencias sociales y humanidades, (25). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-49642023000100009&lng=es&tlng=es

- Ledwidge, Michael. Acciones Para la Confianza y Rendición de Cuentas de la Policía e Introducción a la Justicia Restaurativa. Instituto para la Seguridad y Democracia AC. http://insyde.org.mx/pdf/cuadernos-trabajo/CT_1_Justicia-Restaurativa_Ledwidge.pdf. Vista el 30 de junio del 2024
- Núñez, J., & Córdoba, M. (2006). La justicia como construcción social: requisito para pensar la paz. http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-99982006000100009&lng=pt&tlng=es. Diversitas, 2(1), 124-137. http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-99982006000100009&lng=pt&tlng=es
- Peláez, R. (2017, julio-Diciembre 2017). Los mecanismos alternos de solución de conflictos en el ámbito de la justicia informal. (Ledwidge, 2004) . MIsión jurídica, 10(13), 279-303. <https://www.revistamisionjuridica.com/los-mecanismos-alternos-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-de-la-justicia-informal/Revista>
- Rincón, K. (2014). El Conflicto como causa del Derecho. Revista cultural UNILIBRE, (17), 111-115. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwipgZTBwL-EAxVSQzABHZfSCdwQFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.unilibre.edu.co%2Findex.php%2Frevista_cultural%2Farticle%2Fdownload%2F4082%2F3445%2F6821&usg=AOvVaw3M2PT95OBk5ndtOdeSKrY-&opi=89978449
- Rivera, M., & Matute, R. (2023). Resolución de conflictos para estudiantes de psicología: Una propuesta de Cultura de Paz. Psicoperspectivas, individuo y sociedad., 22(1). <https://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol22-issue1-fulltext-2769>
- Zehr, Howard (2007) El pequeño Libro de la Justicia Restaurativa.

El impacto de la búsqueda independiente: entre el dolor y la preservación de la evidencia de personas migrantes desaparecidas
The impact of independent search: between grief and preservation of evidence of missing migrants

Paola Iliana de la Rosa Rodríguez¹
ORCID 0000-0001-6620-3589
Adriana Macías Madero¹
ORCID 0000-0002-2116-857X

Resumen

La movilidad humana es un acto de libertad y un derecho humano llevado a cabo tras las transgresiones que sufren muchas veces a manos del poder del Estado. Este derecho se ve restringido por la delincuencia organizada que los coopta y utiliza en sus fines criminales. Este artículo expone que ante la falta de respuesta de los migrantes desaparecidos en México. Han sido las madres, hermanas o compañeras sentimentales de los desaparecidos las que han levantado la voz y conformado colectivos de búsqueda. Estas búsquedas independientes se han hecho visibles no solo a nivel nacional, sino ante organismos internacionales que han realizado recomendaciones para atender el tema. El artículo expone la importancia de los contextos y los indicios, como sustento de la identificación de personas ausentes. Asimismo, se presentan las etapas y protocolos forenses necesarios en la intervención forense.

Palabras Clave

Caravanas de madres buscadoras, colectivos de desaparecidos, fosas clandestinas, personas desaparecidas, víctimas indirectas.

Abstract

Human mobility is an act of freedom and a human right carried out after the transgressions they often suffer at the hands of state power. This right is restricted by organized crime, which captures them and uses them for its criminal purposes. This article explains that in the face of the lack of response to the missing migrants in Mexico, it has been the mothers, sisters or sentimental companions of the disappeared who have raised their voices and formed search collectives. They have become visible not only at the national level but also before international organizations that have made recommendations to address the issue. This paper also presents the importance of the contexts and evidence that support the identification of missing persons, as well as the stages and forensic protocols necessary for forensic intervention.

Key words

Caravans of searching mothers, collectives of the disappeared, clandestine graves, missing persons, indirect victims.

¹ Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1. Miembro del Cuerpo Académico: Criminología, Seguridad Pública y Ciencias Forenses. Doctora en Derecho. Doctorado Interinstitucional en Derecho. Maestra en juicios orales por Southwesterns School of Law. Correo: paola.delarosa@uaslp.mx

¹ Profesora investigadora de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Miembro del Cuerpo Académico: Criminología, Seguridad Pública y Ciencias Forenses. Doctora en Historia por la Unidad Académica de Historia por la Universidad Autónoma de Zacatecas. Maestra en Arqueología por el Centro de Estudios Arqueológicos de El Colegio de Michoacán. Correo: adriana.macias@uaslp.mx



Tabla de contenido

Introducción. Personas migrantes y delincuencia organizada. La búsqueda independiente de familiares. Actuación de la Sociedad Civil. La importancia de los contextos y los indicios sustento de la identificación y el ejercicio de justicia. Recomendaciones realizadas por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. **Referencias bibliográficas**

Introducción¹⁶

Las personas que migran por canales irregulares se ven expuestas a múltiples expresiones de criminalidad. Si bien los corredores migratorios son interceptados por personas delincuentes, quienes les cobran cuotas y extorsionan, las rutas clandestinas son amplios semilleros de trata y de la denominada desaparición, en este caso de migrantes.

Las políticas migratorias colmadamente represivas, incrementan la vulnerabilidad de estas personas en condiciones de movilidad y los hacen víctimas potenciales de la corrupción de funcionarios. Es así como los migrantes se ven obligados a tomar rutas interceptadas por la violencia que genera el crimen organizado.

De acuerdo con los registros administrativos de la Unidad de Investigación de Delitos contra Personas Migrantes y la PGR, 79% de las averiguaciones previas pendientes de la UIDPM del período de marzo 2016 a abril 2017 fueron por el delito de privación ilegal de la libertad. De hecho 59% de las carpetas de investigación iniciadas en la UIDPM fueron por la privación ilegal de la libertad y 22% por tráfico de personas.

Con respecto a la nacionalidad, Honduras es el país que presentó 27% de víctimas directas atendidas en la UIDPM, en comparación con otros países que también presentaron un gran número de víctimas, tales como Guatemala (17%), El Salvador (13%) y Colombia (7%). En este período de tiempo 28% estuvo representado por personas migrantes de otras nacionalidades.¹⁷

En indicadores de la UIDPM, las personas migrantes desaparecidas en tránsito por México correspondieron a hombres en 82.46%, y mujeres en un 17.54%. Dentro del número de personas migrantes desaparecidas en cuestión a sexo y nacionalidad, los datos registrados de marzo 2016 a abril 2017 revelan que el país del que

¹⁶ Con el fin de delimitar el tema que se abordará en este apartado, es preciso aclarar que en este trabajo se utilizará el término “personas ausentes”. Esta elección se fundamenta en que el término jurídico “ausencia” alude a la incertidumbre o indeterminación acerca de la existencia de una persona, sin que se pueda precisar si está viva o muerta, en cambio el término de desaparición tiene otras implicaciones que refieren la disipación, desvanecimiento, volatilización dejando entender que no hay posibilidad alguna para encontrar a quien se busca, y en el presente texto se pretende establecer que la sistematización y optimización en las intervenciones podría permitir encontrar suficiente número y variedad de indicios que permitan dar con el paradero de una persona incluso sin tener un cuerpo de por medio.

¹⁷ 1er informe estadístico. Unidad de Investigación de delitos para personas migrantes.

desaparecieron más hombres fue Guatemala, seguido por Honduras y Colombia y el país del que desaparecieron más mujeres fue El Salvador seguido por Guatemala y Honduras. Tomando como base los reportes de los familiares, la Federación Mexicana de Organismos públicos de Derechos Humanos (FMOPDH) ha investigado esta misma problemática registrando por lo menos 2,000 migrantes desaparecidos desde los años 2020 y 2021.

Personas migrantes y delincuencia organizada

La relación entre la migración y la delincuencia organizada es más común de lo que se piensa. Primeramente, el crimen organizado se encuentra imbuido en los países centroamericanos siendo una de las principales causas que explica los fenómenos de personas en condición de movilidad. De acuerdo con Mejía (2014), la delincuencia organizada es pieza clave para entender el clima en que se lleva a cabo la migración pues muchos de los migrantes son presa fácil para los criminales, lo cual también se debe a la falta de protección de autoridades estatales.

Las personas migrantes son personas vulnerables que la mayoría de las veces no cuentan con los documentos para demostrar sus identidades. Tal como señala Casillas (2011), los migrantes indocumentados son un grupo social subordinado que se ve sumergido en condiciones de vulnerabilidad, combinado con impunidad, lo cual constituye un incentivo para la criminalidad”. Estos grupos ignoran los derechos que les son reconocidos y tampoco conocen las autoridades a las que deben recurrir para denunciar las transgresiones de las que son objeto.

De acuerdo con Vogt, W. A. (2013), los migrantes indocumentados se ven forzados a emprender largos y pesados trayectos por las regiones más violentas del país, encontrándose con autoridades migratorias que saben que es difícil para un individuo cruzar la frontera, enfrentándose con la corrupción de estas autoridades por un lado y no teniendo la protección del Estado, por otra parte, lo cual agrava su situación de vulnerabilidad.

El crimen organizado se aprovecha de las políticas restrictivas en contra de los migrantes y debido a la invisibilidad en la que intentan permanecer, constituyen una población clave para sus actividades delictivas.

Los narcotraficantes saben que los migrantes sin documentos necesitan contratar redes de traficantes. Los cárteles de la droga conocen los caminos utilizados frecuentemente por estas. La condición de movilidad de los migrantes ha generado una intensa actividad para los capos de la droga. Como consecuencia, los cárteles invaden las rutas que son utilizadas por los migrantes (Rodríguez, 2014).

La delincuencia organizada también conoce el *modus operandi* de los migrantes indocumentados, sus rutas, la forma en que se organizan y los lugares en que paran y son transportados. Estos grupos criminales han decidido extorsionar a los coyotes y gente que les ayuda a transportarse.

Los cárteles les cobran a estos transportistas para dejar que los migrantes procedan por determinadas rutas, de otra forma, los secuestran o matan. Tal es el caso de los zetas, quienes han podido imponerse y cobrar cuotas a los transportistas.

El impacto de la búsqueda independiente: entre el dolor y la preservación de la evidencia de personas migrantes desaparecidas

Antes de iniciar su viaje, los migrantes saben que serán interceptados por la delincuencia organizada (Rodríguez, 2014) y que se verán expuestos a varios peligros. Mujeres, niños y ancianos corren con la misma suerte. Los cárteles abandonan a los migrantes en el desierto o los transportan en vagones de trenes en donde viajan en condiciones de hacinamiento y sufren de asfixia (Rodríguez, Berumen & Ramos, 2011).

La delincuencia organizada sabe que las personas en condición de movilidad o migrantes tienen familiares en la Unión Americana y los secuestra para posteriormente pedirles el rescate. La posesión de un celular durante el viaje hace posible esta forma de proceder (Barros, 2017). El crimen organizado adquiere el control de las rutas del tren cuando los intercepta, luego los conduce a lugares desconocidos en donde los fuerzan a llamar a sus familiares y a pedir el rescate. Los migrantes indocumentados representan un blanco fácil porque son vistos como objetos que pueden ser vendidos y cuyo valor puede incrementar o disminuir (Vogt, 2013). El tráfico de personas es un negocio que genera 3,000 millones de dólares.

A las mujeres migrantes indocumentadas se les asocia con la prostitución y son obligadas a trabajar como tales. Otras mujeres son víctimas de turismo sexual y padecen explotación sexual o laboral. También son obligadas a hacer el aseo de los lugares que habitan o a cocinar para ellos. Tanto hombres como mujeres son obligados a trabajar para la delincuencia organizada. Se les asocia con pertenecer a grupos rebeldes en Centroamérica (Casa del migrante de Saltillo, 2011). Los adolescentes y jóvenes son obligados a trabajar para ellos.

Otras veces se les obliga a formar parte de estas organizaciones criminales y se les fuerza a colaborar en los secuestros y extorsiones. Se ha encontrado a centroamericanos que participan en estas cadenas ya sea porque fueron amenazados, intimidados y obligados o ya sea porque no tuvieron otra opción.

Varios migrantes han reportado que algunos centroamericanos ayudan a los grupos organizados en algunas de sus actividades criminales como los secuestros. Han dado testimonios de que los centroamericanos han alcanzado posiciones medias dentro de las jerarquías de los grupos criminales e incluso algunos son líderes de grupos locales (Casillas, 2011).

Actuación de la Sociedad Civil

Conforme a Montalban (2023) en su cansada faena, los familiares buscadores que atraviesan por una serie de obstáculos institucionales y estructurales encuentran a otras madres, padres, esposas, hermanas y hermanos de personas, entre ellas migrantes desaparecidas y ausentes. El dolor e indignación compartidas los han llevado a integrar colectivos de familiares y organizarse para su eficiente búsqueda.

Es a partir del año 2019 que el tema de las personas desaparecidas en nuestro país capta mayor visibilidad dada la conformación de varias agrupaciones y colectivos que reúnen a cientos de madres en búsqueda de sus familiares y a las cada vez más frecuentes fosas clandestinas. La maternidad, entre el dolor de la ausencia y la incertidumbre, se vuelve un sitio desde el cual mostrar resistencia, demandar justicia y encontrarles con vida.

Dichos colectivos procuran atender las necesidades y exigencias de las familias que comparten este reclamo pues son distintas en cada entidad federativa. Se conocen agrupaciones recientes y otras de mayor antigüedad. Unos grupos se especializan en búsquedas en terreno, mientras otros se capacitan en identificación forense. Otros grupos se especializan en dar acompañamiento jurídico a las víctimas indirectas.

De hecho, fueron los grupos de familias de migrantes desaparecidos junto con organizaciones civiles y el apoyo de la Comisión Nacional de Búsqueda (CNB) los que motivaron a que se aprobara el Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (SNBP) en el año 2021.

A partir del Sistema Nacional comienza a operar la Mesa de Búsqueda de Personas Desaparecidas con la intención de coordinar, intercambiar y actualizar información entre actores institucionales y civiles en lo atinente a la búsqueda, localización e identificación de migrantes que hayan desaparecido en su trayecto Centroamérica-México-Estados Unidos. En esta Mesa participan organizaciones civiles, organismos internacionales, colectivos de familiares de personas migrantes, así como instituciones relacionadas, peritos del país y del exterior.

Por otra parte, el Proyecto frontera ha creado un Mecanismo Regional de intercambio de información forense sobre personas migrantes desaparecidas y restos no identificados. En otro esfuerzo se han establecido Bancos de Datos Forenses de Migrantes No Localizados. Mencionados bancos se componen de gobiernos, fiscalías o procuradurías, organizaciones civiles, así como comités familiares.

El Proyecto tiene bancos forenses en El Salvador, Honduras, Guatemala, Chiapas (México), Oaxaca (México), Comisión Forense con la Procuraduría General de la Republica de México y casos aislados de Perú, Ecuador, Brasil, Costa Rica y Nicaragua. Los objetivos principales del Proyecto son: la unificación de las listas de los migrantes desaparecidos, mejora de calidad y cantidad de datos mediante la elaboración de una carpeta forense por migrante, promover el cruce de información a través de convenios y favorecer el intercambio de información genética entre países de la región. Se contempla realizar exhumaciones de restos que pueden llegar a corresponder a migrantes desaparecidos.

El Banco de Datos reveló que del año 2010 a noviembre de 2021 se atendieron 1,622 casos de migrantes no localizados. Se dio curso a los casos de 1,532 familias, 4,240 perfiles genéticos de donantes y se pudieron realizar 252 identificaciones. Del número de casos de migrantes no localizados, 615 fueron de Honduras, 368 fueron de El Salvador, 321 de México, 111 de Guatemala 12 casos de otros países en los que se incluyen Perú, Ecuador, Costa Rica, Nicaragua y Brasil. 18.

Únicamente se han obtenido 252 identificaciones de migrantes desaparecidos.

Tabla 1. Casos de Migrantes atendidos por Proyecto Frontera.

¹⁸ Elaboración propia con datos de Proyecto Frontera y Bases de Datos

El impacto de la búsqueda independiente: entre el dolor y la preservación de la evidencia de personas migrantes desaparecidas

Año	No. de casos	No. de identificaciones
2010	82	
2011	155	3
2012	219	12
2013	174	41
2014	84	9
2015	110	23
2016	192	46
2017	116	25
2018	144	29
2019	137	25
2020	19	21
2021	180	18

Elaboración propia con datos de Proyecto Frontera y Bases de Datos.

Asimismo, existen organismos internacionales, así como colectivos y redes cuyo propósito es la búsqueda de personas migrantes desaparecidas en México. Entre ellas se encuentran:

- Alianza Mx
- Asociación Mexicana de Psicología y Desarrollo Comunitario
- Centro de Apoyo a las Identidades Trans A.C.
- Fundación Pro Niños de la Calle
- Infancia Común
- México juega
- Organización Popular Independiente
- Sin Fronteras I.A.P.
- Victoria por Victoria
- Colectivo contra la Trata de Personas
- Colectivo Migraciones para las Américas (COMPA)

Comité de Familiares de Migrantes Desaparecidos de El Progreso (COFAMIPRO) Movimiento Migrante Mesoamericano.

A propósito de la cooperación internacional, el 4 de octubre de 2020 México reconoció formalmente al Comité de la Desaparición Forzada y su competencia para recibir y evaluar comunicaciones presentadas por personas que se encuentran bajo su jurisdicción o en nombre de ellas: mejor conocidas como comunicaciones individuales. Mencionado reconocimiento fue consecuencia de la exigencia de las familias de personas desaparecidas en la República Mexicana y del respaldo de organizaciones de derechos humanos que no fueron indiferentes a la problemática.

La búsqueda independiente de familiares

La participación de familiares en los procesos de búsqueda e identificación forense en México, aunque impulsada por un dolor profundo y la búsqueda de la verdad, ha planteado un complejo desafío que ha generado debates en torno a la preservación de la evidencia y la integridad de las investigaciones.

La crisis de desapariciones forzadas en México ha obligado a familiares a tomar un papel activo en la búsqueda de sus seres queridos, muchas veces ante la inacción o lentitud de las autoridades. Impulsados por el deseo de encontrar respuestas y cerrar el ciclo de duelo, los familiares han ingresado a fosas clandestinas, han participado en exhumaciones y han tomado muestras de tierra o restos óseos.

Si bien la participación de los familiares es comprensible y, en muchos casos, necesaria para avanzar en las investigaciones, la falta de conocimiento sobre los protocolos forenses y la cadena de custodia puede tener consecuencias negativas, algunas de ellas son las siguientes:

- a) manipulación de los contextos y los indicios asociados: lo que sin la debida capacitación se pueden alterar o destruir evidencia crucial para la identificación de las víctimas y el esclarecimiento de los hechos. En numerosos casos, familiares han ingresado a fosas clandestinas antes de la llegada de las autoridades, alterando la disposición de los restos óseos y dificultando la reconstrucción de los hechos.
- b) contaminación de muestras: el manejo inadecuado de los indicios biológicos puede contaminar el material genético y dificultar los análisis de ADN, una herramienta fundamental en la identificación forense. Familiares han tomado muestras de tierra, huesos o prendas de vestir sin seguir los protocolos establecidos, lo que ha comprometido la integridad de las evidencias.
- c) obstaculización de las investigaciones: La intervención de los familiares, aunque bien intencionada, puede originar retrasos y pérdida de trazabilidad, si se alteran contextos, ya que dificulta el trabajo de los peritos. En algunos casos, los familiares han presionado a las autoridades para acelerar las exhumaciones, lo que ha llevado a realizar trabajos apresurados y con errores.

La situación plantea un dilema complejo, por un lado, es fundamental respetar el derecho de las familias a buscar la verdad y a participar en los procesos de búsqueda e identificación de sus seres queridos. Por otro lado, es necesario garantizar la preservación de la evidencia para llevar a cabo investigaciones que permitan lograr una identificación plena, así como obtener justicia.

Al respecto, en su artículo Falletti y Chávez (2022) mencionan que, una madre buscadora en entrevista directa comentó que la intención de buscar muchas veces se

sustentaba el acto de “sentir que hacen algo por sus seres queridos desaparecidos, porque les permite sobrellevar la pérdida, les implica sentir que tienen dignidad”, por eso buscan, muchas veces guiadas por rumores, por posibles testigos, rastreando pistas potenciales, sin saber cómo procesar una escena han intervenido aquellos lugares donde yacían clandestinamente depositados varios cuerpos, pero las buenas intenciones no bastan, pues al alterar los contextos se pierden grandes posibilidades para lograr la identificación y conseguir justicia, muchas veces contribuyendo a llenar el SE.ME.FO. de cuerpos sin nombre y sin contexto.

El reclamo de la justicia y la libertad fue cambiando, muchos colectivos asesorados por especialistas en Derecho Penal, Derechos Humanos e incluso en intervención de contextos forenses como el Equipo Argentino de Antropología Forense, el Equipo Mexicano de Antropología Forense y el Grupo de Investigaciones en Antropología Social y Forense (GIAF) solicitaron a las autoridades fortalecer a las instituciones, para que se invirtiera en la capacitación y equipamiento para peritos con diferentes especializaciones, entre ellos arqueólogos, y garantizar de esta forma la independencia de los servicios médicos forenses.

No es un cambio que sea inmediato, incluso muchas de las acciones que un perito en arqueología podría llegar a realizar se ven limitadas como el análisis de contextos *in situ* así como el registro, clasificación y análisis de indicios relacionados a una escena posibilitando con esto la reconstrucción de un hecho social que derivó en la ausencia o muerte de una persona.

Fue también a partir de las demandas de los colectivos de madres buscadoras y asociaciones civiles que se solicitó desarrollar protocolos en donde se especificara la participación de los familiares en los procesos de búsqueda e identificación, estableciendo límites claros y garantizando la preservación de la evidencia.

Es así como el 17 de febrero de 2017 se Decretó la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Persona desde donde promovería el 6 de octubre del 2020 el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas, el cual rige muchas de las acciones que practican las Comisiones de Búsqueda en el país (DOF, 2024).

Es claro que para lograr impactar en el desarrollo y aplicación de la justicia es necesario establecer canales de comunicación efectivos entre las autoridades, los peritos y los familiares, de esta manera se fortalecen la confianza y garantiza la transparencia de los procesos.

No obstante, es compromiso de cada una de las partes conocer los límites y alcances de su intervención, si bien las madres buscadoras pueden reportar y resguardar contextos que consideran sitios de hallazgo, es fundamental comprender que sólo los peritos especializados avalados por instancias legales pueden intervenirlos para que se cumpla con la trazabilidad del procedimiento y se valide el uso de indicios como pruebas periciales.

Es por tal motivo que es necesario recalcar en la importancia de la formación, capacitación y actualización de profesionales con perfiles forenses, que puedan certificarse ya sea para formar parte de fiscalías y dependencias legales, como

asesores en asociaciones civiles y formadores en instituciones educativas, esto contribuirá a la sistematización de los procedimientos tanto para la planeación como para la intervención de contextos y análisis de indicios.

Es por todo lo anterior que, la participación de los familiares en los contextos forenses es un tema complejo que requiere de un abordaje integral y sensible. Es necesario encontrar un equilibrio entre el respeto a los derechos de las víctimas y la necesidad de preservar la evidencia para garantizar la justicia, pues sin duda el interés común es tener certidumbre sobre el paradero de una persona ausente y que ésta como su familia encuentren la paz, eso es lo que fortalece el tejido social.

La importancia de los contextos y los indicios sustento de la identificación y el ejercicio de justicia

Toda actividad humana deja huella, la transformación u alteración de un contexto ante la presencia humana es inherente, es por esta razón que en el ámbito de las ciencias forenses se considera fundamental el registro de todo aquello que tenga relación con un hecho o suceso, la consideración integral de los indicios biológicos y no biológicos facilitará el análisis y reconstrucción hipotética sobre lo que sucedió, pues no se puede sustentar ningún argumento legal sin evidencia que lo valide.

Para desarrollar el tema que refiere al trabajo técnico de la búsqueda de personas es importante hacer alusión a lo que se considerará contexto forense que se relaciona con un escenario dinámico y complejo donde se han desarrollado hechos que requieren una investigación científica y legal.

Este entorno, puede ser tan diverso como una escena de crimen, un lugar de hallazgo de restos humanos o una zona de desastre, generalmente contiene una gran cantidad de información relevante, desde rastros biológicos y huellas hasta objetos y patrones de alteración. El análisis detallado de este contexto permite establecer una línea de tiempo de los eventos, reconocer elementos que permitan identificar a las víctimas e incluso a sus victimarios, inferir detalles sobre causas de muerte o asociados a la “desaparición”, y aportar pruebas para procesos judiciales.

Las intervenciones de contextos forenses deben hacerse con extremo cuidado y detalle, ya que al momento que los peritos, agentes y familias acuden comienza el proceso de transformación de la escena original de un evento, y no hacer los movimientos adecuados implicaría la pérdida de pistas o rastros que faciliten tanto el reconocimiento de personas como la posible asociación a las personas responsables de un delito.

Descontextualizar cuerpos e indicios ha sido uno de los graves errores o la más grande limitación que ha tenido esta ley que favorece la intervención de asociaciones civiles que muchas veces no han sido capacitadas de forma adecuada para realizarlas. Estos colectivos si bien han aprendido con la experiencia a reconocer depósitos y a rastrear huellas muchas veces llevados por el dolor de la pérdida procesan los contextos sin contemplar su trazabilidad para que lo que derive del trabajo pueda apoyarlos en el proceso de identificación o en su caso en el ejercicio de exigir justicia ante un crimen violento.

El impacto de la búsqueda independiente: entre el dolor y la preservación de la evidencia de personas migrantes desaparecidas

Muchas madres quieren llevarse a casa a aquellos hijos que han estado ausentes, buscan protegerlos de la estigmatización de pertenecer o relacionarse con grupos delictivos, pero no son conscientes que los detalles de la última etapa de la historia de esas personas que son encontradas en depósitos clandestinos se encuentra en su alrededor: en la tierra, en las plantas, en cada detalle, estas pistas nos habla de tiempo de muerte, de rutas de vida, de dinámicas sociales relacionadas con la historia de una persona.

El crimen organizado y la delincuencia buscan desprender de la libertad y de la identidad a las personas que atacan, estos ataques no son individualizados, cada vez que se atenta contra estos derechos individuales su afectación replica como onda envolvente en familia, amigos, vecinos y sociedad en general, la forma de ayudarnos más y mejor es atender y aprender sobre la correcta ejecución de un derecho, que en este caso es de la verdad de saber qué paso con los ausentes y cómo podemos devolverles a ellos su identidad.

Es por esta razón que, el objetivo de este apartado es abordar algunos aspectos relacionados con la búsqueda de personas que podrían contribuir a realizar no sólo un buen procesamiento y registro de la escena sino también poder hacer aproximaciones sobre los procesos relacionados con la formación de los contextos, es decir, la reconstrucción hipotética de un evento o suceso.

Las fases de intervención forense se comprenden de tres etapas: la preliminar, la intervención y el procesamiento, todos quienes participan en cada fase deben comprender el papel que juegan y como se relacionan con el resto de los involucrados. Este documento no pretende ser una guía detallada para la investigación de escenas del crimen. Sin embargo, se busca proponer una estrategia de análisis que reconozca el contexto forense como un espacio complejo, cargado de simbolismos y en constante transformación, que requiere una interpretación más allá de las listas de verificación.

El interés principal que se persigue es sensibilizar a partir de una síntesis básica el proceso de investigación del contexto forense haciendo énfasis en los elementos que lo componen para poder contemplarlos de forma adecuada.

La etapa preliminar: generando hipótesis

Toda investigación debe partir de la intencionalidad que en forma de preguntas sería qué haré y para qué. En el ámbito forense esta primera parte debe estar fundamentada en el planteamiento de una intervención forense, la que debe partir de las consideraciones legales, que contempla tanto a quienes intervienen como al manejo de indicios. Las pruebas materiales que se presentan para validar una investigación pueden ser múltiples desde microscópicos hasta enormes, así como biológicos como no biológicos, los cuales pueden ser directos asociados directamente con el contexto o indirectos por estar en espacios conexos.

Los indicios marcan las rutas que hay que seguir para realizar investigaciones más profundas y detalladas, ya que durante el proceso pueden considerarse como fuentes de investigación, las cuales pueden ser:

- a) físicas: indicios biológicos (sangre, saliva, cabello, tejidos, etc.), huellas (dactilares, plantares, de herramientas, de mordeduras, etc.), fibras (orgánicas e inorgánicas), pinturas y revestimientos, armas y municiones, documentos y residuos.
- b) orales: testigos, víctimas y sospechosos
- c) Documentación / registros: médicos, policiales, telefónicos, financieros y personales
- d) Evidencia digital: ordenadores, dispositivos móviles, redes sociales, cámaras de seguridad
- e) Información contextual: contexto forense, entorno, información sobre la víctima e información sobre los sospechosos.

En síntesis, la etapa preliminar de una investigación forense es un proceso complejo que requiere una planificación cuidadosa y una ejecución rigurosa. La formulación de objetivos claros, la consideración de los aspectos legales y la selección adecuada de las herramientas y técnicas de investigación son elementos esenciales para garantizar el éxito del proceso. La diversidad de evidencias que se pueden encontrar en una escena del crimen demanda un enfoque interdisciplinario y la colaboración de expertos en diversas áreas. Además, es fundamental que la investigación forense se lleve a cabo con el máximo rigor científico y bajo estrictos estándares éticos.

La etapa de la intervención: enfatizando la importancia de la metodología arqueológica

La arqueología forense es una disciplina que aplica los métodos y técnicas de la arqueología a la investigación de delitos. La etapa de intervención, que incluye la localización, excavación y documentación de fosas clandestinas y otros sitios de interés criminal, es fundamental para la recuperación de evidencia. Los arqueólogos forenses trabajan en equipo con otros especialistas para analizar y documentar los hallazgos, tanto biológicos como no biológicos.

La preservación del contexto es un principio esencial que permite reconstruir la escena del crimen y establecer una cronología de los hechos. La aplicación de métodos científicos rigurosos y la colaboración interdisciplinaria garantizan la obtención de resultados confiables y la resolución de casos complejos.

Para intervenir un contexto forense hay que partir de la idea de que en éste se encontrara toda la información que permita reconstruir los eventos que se dieron en dicho espacio, así como a los agentes que participaron en ellos. Es por esta razón que, es ahí in situ donde deben surgir las preguntas de investigación e hipótesis que guíen el resto de la investigación, la cual puede tomar diferentes perspectivas considerando los diferentes tipos de indicios que se vayan reconociendo, siendo el fundamento de un trabajo inter y multidisciplinar.

El fundamento de análisis y registro de un contexto forense es la observación, pues permitirá describir y comprender la naturaleza de los contextos analizados, de las personas que se relacionan con estos, tanto víctimas como victimarios. Desde la observación se busca contar con elementos para describir, explicar, comprender y caracterizar patrones de comportamiento que definen a una sociedad en un tiempo y

El impacto de la búsqueda independiente: entre el dolor y la preservación de la evidencia de personas migrantes desaparecidas

espacio específicos, los cuales se asocian a ciertas escenas o contextos forenses buscando todos manifestar algo: ideas, control, miedo, indiferencia e incluso olvido.

La observación es el primer paso del método científico pero presente durante todo el desarrollo de una investigación pues permite identificar, delimitar y contextualizar un fenómeno observado, en este sentido a partir de este recurso informativo se realizarán registros estructurados, pues se ha establecido lo que se busca reconocer en el contexto y los cuatro componentes en que se organizará la información, esto permitirá categorizar, medir e interpretar los resultados.

Posteriormente, a partir del reconocimiento y la clasificación – tipologización se realizarán algunas estadísticas que permitirán identificar patrones de conductas y dinámicas de convivencia, con lo que se esperaría generar propuestas para fortalecer los atributos sociales positivos y si fuera posible comprender y trabajar en erradicar aquellos que afectan la integridad de los individuos y la comunidad.

Al trabajar en el análisis de contextos forenses, escenas recurrentes relacionadas con personas ausentes y encontradas, a las cuales se les somete a un proceso de identificación se puede establecer que no son contextos estáticos e inmóviles, éstos lugares se convierten en lugares de memoria pues reflejan un quiebre en el orden social, por lo que es importante representarlo desde lo material que se caracteriza en el registro como a partir de la etnografía pues implica la interacción social entre quien investiga, los informantes, los dolientes y la sociedad incomoda, ampliando los alcances de una intervención forense en donde se caracteriza una escena como si no fuera parte de la historia de una comunidad.

La etapa de procesamiento: Enfatizando la importancia de la interdisciplinariedad

El análisis de los indicios recuperados en una excavación arqueológica forense es un proceso complejo que requiere la aplicación de diversas técnicas y conocimientos. La interdisciplinariedad es fundamental para abordar la variedad de evidencias que se pueden encontrar, desde restos humanos hasta objetos personales. La contextualización de los hallazgos dentro de un contexto forense es esencial para reconstruir la secuencia de eventos y obtener una visión completa de lo sucedido.

El uso de tecnologías avanzadas permite un análisis más preciso y detallado de los indicios, facilitando la identificación de las víctimas y el esclarecimiento de los hechos. La combinación de estos elementos garantiza la obtención de resultados fiables y objetivos. Los organismos internacionales no han sido ajenos al problema en comento, de ahí que hayan realizado recomendaciones.

Recomendaciones realizadas por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos

El Alto Comisionado ha recomendado a los Estados con tránsito migratorio:

- Prevenir la desaparición de migrantes lo cual exige que los Estados proporcionen asistencia vital a las personas migrantes en las rutas migratorias y asegurar condiciones seguras para trabajos humanitarios.

- Adaptar mecanismos de búsqueda en los que se incluya a los familiares y organizaciones de la sociedad civil, garantizando la recuperación, identificación, repatriación de los restos en condiciones de dignidad, seguridad. Para ello se debe notificar adecuadamente a las familias. La búsqueda debe tomar en cuenta la situación de particular vulnerabilidad que enfrentan niñas, niños y adolescentes, mujeres.
- Fortalecer los bancos de datos forenses existentes, así como garantizar el intercambio rápido y seguro de información, respetando por otro lado la privacidad y protegiendo los datos personales.
- Crear mecanismos transnacionales de intercambio de información que faciliten la búsqueda e identificación de personas migrantes desaparecidas, permitiendo la colaboración de los Estados con la participación de las familias y otros actores relevantes.
- Actualizar los registros oficiales de personas migrantes para facilitar la comunicación de las personas migrantes detenidas con familiares, abogados o representantes de su elección.
- Garantizar que las personas migrantes puedan denunciar o dar testimonios de casos de desapariciones sin el temor a ser detenidas o deportadas. Investigar de forma pronta y sancionar a los perpetradores en casos de desaparición de migrantes.
- Proporcionar un entorno seguro y propicio para las personas y organizaciones que trabajan para la defensa de los derechos de los migrantes; así como garantizar su protección ante la violencia, represalias y amenazas que puedan recibir en su cometido.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, las personas migrantes desaparecidas y sus familiares tienen derecho a ser reconocidas como víctimas y los Estados han de garantizar el acceso a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición (ONU, 2022).

Conclusiones

México experimenta una crisis de desaparición de personas, desencadenada a partir de la llamada guerra contra el narcotráfico llevada a cabo durante los años 2006-2012. Fenómeno que revelaría agudas debilidades institucionales para garantizar tanto los derechos de las víctimas directas como el derecho que tienen sus familiares a la verdad, la justicia y la reparación.

Año con año transitan por México mujeres campesinas, madres de familias pobres, abuelas, hijas o compañeras sentimentales de hombres y mujeres migrantes desaparecidos en el país. La consolidación del crimen organizado en México ha traído como efecto que los cárteles vean en los migrantes una presa atractiva para extorsionarlos a través de sus familiares en Estados Unidos o sumarlos forzosamente a su red de narcotráfico. Muchos de estos migrantes son secuestrados y nunca se les vuelve a ver.

La falta de respuesta por parte de las autoridades encargadas de la procuración de justicia ha desencadenado la formación de colectivos, fundaciones, asociaciones o comités, que en su búsqueda de la verdad y de esclarecer los hechos, exigen a las autoridades una mayor acción. Las madres de personas migrantes desaparecidos han

tenido la iniciativa y en su propósito encontrar a sus familiares ausentes, emprenden su búsqueda independiente desconociendo los protocolos forenses, lo que puede alterar evidencia y dificultar la reconstrucción de los hechos.

Referencias bibliográficas

- Amnistía Internacional, (2010). Víctimas invisibles: migrantes en movimiento en México. Madrid: España.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/7756.pdf?view=1>
- Barros, G. (2017). Romper el silencio: necesidades de información y comunicación de los migrantes centroamericanos en México. *Realidad, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, (149), 3-36.
- Casa del Migrante de Saltillo. (2011). Cuaderno sobre secuestro de migrantes. Dimensión, contexto y testimonios de la experiencia de la migración en tránsito por México. Cuaderno coeditado por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C.
- Casillas, R. (2011). Los migrantes indocumentados: su vulnerabilidad y la nuestra. *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, 145-164.
- Castillo, M. Á. (2005). Migración y derechos humanos. <<http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/migra3/10.pdf>>.
- Comisión Nacional de Búsqueda. (2021, 9 noviembre). Mesa de Búsqueda de Personas Migrantes Desaparecidas. <de https://comisionacionaldebusqueda.gob.mx/wp-content/uploads/2021/11/Acuerdo-SNBP-007-2021_Mesa-Migrante-1.pdf >10 de febrero 2023].
- De Gobernación, Secretaría. (s. f.). Aprueba SNBP mecanismos de búsqueda de personas migrantes desaparecidas. <https://www.gob.mx/segob/prensa/aprueba-snbp-mecanismos-de-busqueda-de-personas-migrantes-desaparecidas>>.
- Derechos de las personas migrantes. Corte IDH. Manual Regional. <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>>.
- Diario Oficial de la Federación (2024). Ley General en materia de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del sistema nacional de búsqueda de personas en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP.pdf>, consultada 15 de septiembre de 2024.
- Estrada, S. 2023, Buscadoras en México: repolitizar la maternidad buscando desaparecidos/as. *Lecturas Feministas a la Crisis Global Contemporánea* María Gloria Cayulef–Claudia Calquín Editoras.
- EMIF SUR. Indicadores anuales 2019. <<https://www.colef.mx/emif/datasets/indicadores/Emif%20Sur%20Indicadores%20Anuales%202019.pdf>>.
- Federación Mexicana de Organismos Públicos de Derechos Humanos. (2021, 22 septiembre). <https://federacionombudsperson.org.mx/>
- Falleti, Valeri Fernanda y Chávez y Arredondo, Atala del Rocío (2022). “Búsquedas y saberes. Las desapariciones forzadas en México” en *Revista Andamios*, Vol. 19, No. 50

- Fernández, J. L. S. (2008). El problema de la migración y el crimen organizado entre México, Estados Unidos y Centroamérica: La Mara Salvatrucha. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (250), 337-356.
- Gobierno de México Boletín No. 593/2021Aprueba SNBP mecanismos de búsqueda de personas migrantes desaparecidas.
- Haglund, William D. y Sorg Marcella (2001). *Forensic Taphonomy. The postmortem fate of human remains.* Taylor and Francis Group. CRC Press
- <<https://www.gob.mx/segob/prensa/aprueba-snbp-mecanismos-de-busqueda-de-personas-migrantes-desaparecidas>>[22 de septiembre 2021].
- Los derechos humanos de las personas migrantes en México y América central
- Los derechos humanos de las personas migrantes en México y en América. <https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2022/09/BoletinRegionalMigracion_No3_sept2022.pdf>18 de febrero 2023].
- Mejía Aguilar, J. E. (2014). *Migrantes desaparecidos. Una búsqueda interminable* (Doctoral dissertation, tesis de maestría en estudios de población, El Colegio de la Frontera Norte, Tijuana).
- Montalban, A. M. (2023). *El Estado mexicano frente a la acción colectiva de víctimas indirectas de desaparición: reconocimiento de la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada (CED) de la Organización de las Naciones Unidas (2017-2020)*. Tesis doctoral, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.
- Morales, Alcantar, X. (2019). *Acceso a la justicia a víctimas de familiares de migrantes desaparecidos en México*. Tesina de grado. Universidad Autónoma de México. <<http://132.248.9.195/ptd2019/marzo/0786595/0786595.pdf>
- ONU (2022). Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1127&Lang=sp
- Polo Cerdá, M.; García Prosper, E.; Crespo Alonso, S.; Márquez Grant, N.; García Rubio, A. Armentano N. y Muñoz Hernández, V. (2018) “Protocolos de búsqueda, levantamiento y exhumación de restos humanos” en *Revista Internacional de Antropología y Odontología Forense*. Vol. 1 , No. 1.
- Rodríguez, E., Berumen, S., & Ramos, L. (2011). Migraciones centroamericanas de tránsito irregular por México. *Estimaciones y características generales. Apuntes sobre migración, 1-8*.
- Rodríguez, E. (2014). *Migración centroamericana en tránsito por México hacia Estados Unidos: Diagnóstico y recomendaciones Hacia una visión integral, regional y de responsabilidad compartida*. México: ITAM.
- Soberanes Fernández, J. L. (2008). El problema de la migración y el crimen organizado entre México, Estados Unidos y Centroamérica: La Mara Salvatrucha. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58(250), 337-355.
- Tzuc, Efraín y Sánchez, Máyela (2024). “Cierra sexenio con más de 72, 100 cuerpos sin identificar” en *A dónde van los desaparecidos* (<https://adondevanlosdesaparecidos.org/2024/09/24/cierra-sexenio-con-mas-de-72100-cuerpos-sin-identificar/>), consultada 15 de septiembre de 2024.

El impacto de la búsqueda independiente: entre el dolor y la preservación de la evidencia de personas migrantes desaparecidas

Ubelaker, Douglas (1999). Human skeletal remains: excavation, analysis, interpretation. Manual son Archaeology.

Vogt, W. A. (2013). Crossing Mexico: Structural violence and the commodification of undocumented Central American migrants. *American Ethnologist*, 40(4), 764-780.

Prevención del Fraude Ocupacional desde la perspectiva de la Criminología Ambiental
Prevention of occupational fraud from the perspective of environmental criminology.

Jessica Alexandra Flores Páiz¹
ORCID 0000-0002-7796-038X

Resumen

En el seno de una persona jurídica existe el riesgo de que estas sean víctimas de delitos cometidos por actores internos de la organización, problemática que en la doctrina contemporánea se ha abordado dentro del ámbito de la criminalidad empresarial. De tal manera, en este artículo se tuvo como objetivo principal el análisis del fraude ocupacional cometido por los empleados de la entidad en perjuicio de esta, y la importancia de la aplicación de la criminología ambiental y su desarrollo teórico conocido genéricamente como teorías criminológicas de la oportunidad para la comprensión y prevención de este fenómeno, puesto que se concluyó que el factor oportunidad, según la literatura científica, es el factor de riesgo que influye en mayor medida en el sujeto para cometer la conducta criminógena en la empresa. Para la realización de este estudio se aplicó el enfoque cualitativo-hermenéutico, mediante la exploración y análisis documental de diversas fuentes primarias y secundarias del conocimiento, lo cual dejó como resultado una mejor comprensión del correlato de la ciencia criminológica en la empresa como una emergente área de especialización.

Palabras Clave

Criminalidad intraempresarial; fraude ocupacional; prevención; criminología ambiental; victimización.

Abstract

Within a legal entity there is a risk that they will be victims of crimes committed by internal actors of the organization, a problem that in contemporary doctrine has been addressed within the scope of corporate crime. Thus, the main objective of this article was the analysis of occupational fraud committed by the employees of the entity to its detriment, and the importance of the application of environmental criminology and its theoretical development known generically as criminological theories of opportunity for the understanding and prevention of this phenomenon, since it is concluded that the opportunity factor, according to scientific literature, is the risk factor that most influences the subject to commit criminogenic behavior in the company. To carry out this study, the qualitative-hermeneutic approach was applied, through the exploration and documentary analysis of various primary and secondary sources of knowledge, which resulted in a better understanding of the correlation of criminological science in the company as an emerging area. of specialization.

Key words

Intra-corporate crime; occupational fraud; prevention; environmental criminology; opportunity.

¹ Doctora en Criminología por la Universidad Autónoma de Nuevo León UANL (2024), Magíster en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua UNAN-León (2019), Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua UNAN-León (2015), Licenciada en Comunicación Social por la Universidad Centroamericana UCA-Managua (2012), Abogada y Notaria Pública de la República de Nicaragua. Correo: jessicacomunicaciones@gmail.com



Tabla de contenido

Introducción. Breve referencia a la tipología del fraude ocupacional. Criminalidad intraempresarial y victimización de empresa como objeto de estudio de la criminología. Análisis de la prevención del fraude ocupacional desde la perspectiva de la criminología ambiental. Conclusiones. **Referencias bibliográficas**

Introducción

La investigación desarrollada acerca de la prevención del fraude ocupacional desde la perspectiva de la criminología ambiental tiene el propósito de evidenciar y analizar un tipo de criminalidad que se da a lo interno de las estructuras empresariales, que doctrinal y genéricamente es denominada como fraude ocupacional la cual engloba aquellas conductas delictivas de índole económico o patrimonial que son cometidas por los empleados de las empresas en perjuicio de éstas, lo cual deja cuantiosas consecuencias jurídicas, económicas y reputacionales a la Entidad.

Según algunos estudios recientes los tipos de delitos económicos identificados a nivel global que impactan a las organizaciones durante el año 2018 son: la apropiación indebida de activos, el soborno y corrupción, fraude cometido por el consumidor, delitos cibernéticos, fraude contable, conducta empresarial inapropiada, fraude en el proceso de compras, fraude de recursos humanos, uso indebido de información privilegiada, lavado de dinero, robo de propiedad intelectual, infracción de leyes de competencia, fraude fiscal, y se reveló la existencia de fraudes internos, siendo los actores internos los más proclives a cometer fraudes. 52% de los encuestados reportaron que los autores del fraude eran actores internos en el 2018, a diferencia de los actores externos que en este mismo año se reportan en tan solo 40%. (PWC, 2018, p. 9), y los fraudes internos son cometidos por la Alta gerencia en 19%, por la gerencia media o cargo intermedio 42%, por cargos inferiores 32% y otro personal 5%. (PWC, 2018, p. 21)

Por otro lado, el Estudio publicado en 2020 y 2022 sobre el impacto del fraude ocupacional en las organizaciones de todo el mundo realizado por la Asociación de Examinadores de fraude certificados (ACFE) revela las tendencias actuales del fraude interno conocido doctrinalmente como fraude ocupacional o fraude laboral. El reporte correspondiente al año 2020 contiene un análisis de 2,504 casos de fraude laboral que fueron investigados entre enero 2018 y septiembre de 2019, cuyos datos provienen de 125 países, por otro lado, el informe del 2022 se encuentra basado en 2,110 casos de 133 países. Este es una pequeña fracción del número de fraudes cometidos cada año contra millones de empresas, gobierno, organizaciones en todo el mundo.

Se ha revelado en los dos reportes que los fraudes ocupacionales causan un total de más de 3.6 billones de dólares en pérdidas en un período de aproximadamente 2 años. En el reporte del 2020 se mostró que un típico caso de fraude, los últimos 14 meses antes de ser detectado, causó una pérdida de \$8,300 dólares por mes, y una pérdida promedio por caso de \$1,509,000 dólares. Y en el

reporte del 2022 evidenció que un caso típico de fraude que dure 12 meses antes de ser detectado causa una pérdida mediana de \$17,000 dólares.

Por otro lado, el ACFE ha establecido un sistema de clasificación de abuso y fraude ocupacional denominado árbol del fraude, el cual en sus reportes los ha categorizado en 3 esquemas o tipos delictivos, los cuales son: la corrupción, apropiación indebida de activos y los estados financieros fraudulentos. De los hallazgos se obtuvo que del año 2018 al año 2021 las tendencias no han sufrido mayor cambio, la corrupción sigue siendo el más común esquema en todas las regiones del mundo con una incidencia del 43% y 53% dejando una pérdida mediana de \$200,000 y \$150,000 dólares respectivamente, por otro lado, la apropiación indebida de activos se mantiene en un 86% de casos, siendo los más comunes y de menor costo, causando una pérdida mediana de \$100,000 dólares, y el fraude en estados financieros son los menos comunes ya que se dan entre el 9% y 10% de casos respectivamente, sin embargo, figuran como los más costosos causando pérdida mediana de \$954,000 y \$117,000 dólares respectivamente.

Los reportes del ACFE muestran que el fraude ocupacional se comete por parte de propietarios/ejecutivos, gerentes y los empleados. Además, se obtuvo del reporte ACFE 2020 y 2022 que más de la mitad de todos los fraudes ocupacionales provienen del departamento de operaciones, contabilidad, ejecutivo/alta gerencia y ventas.

Ante la notable incidencia y auge de la problemática del fraude ocupacional y su impacto negativo dentro de las organizaciones, interesa a la ciencia criminológica, desde la rama de la criminología empresarial, su estudio y prevención, por lo que se precisa, entre otros aspectos, incluir un tratamiento especializado de los riesgos de victimización empresarial introduciendo en la victimología empresarial o corporativa el estudio de la empresa o persona jurídica como víctima de delitos (tanto externos como internos), además de aplicar el desarrollo teórico de la criminología ambiental para dar explicación a la criminalidad intraempresarial como el fraude ocupacional, así como establecer las medidas de prevención más apropiadas orientadas principalmente a la reducción de las oportunidades delictivas.

En definitiva, este trabajo introduce un análisis de este fenómeno criminal y su posible prevención desde una perspectiva criminológica, ampliando, por una parte, el campo de estudio de esta ciencia, y por otra, aportando teorías y herramientas perfectamente aplicables en el ámbito empresarial para la comprensión y gestión adecuada de riesgos organizacionales asociados a la criminalidad surgida en este entorno criminógeno.

Breve referencia a la tipología del fraude ocupacional

Para distinguir el fraude ocupacional del concepto básico y genérico de fraude, es menester definir este último. Para algunos autores como May y Bhardwa (2018) el fraude se puede enmarcar bajo la figura de usar el engaño para obtener una ventaja deshonesto, generalmente de orden financiero, sobre otra persona; por su parte, el Instituto de Auditores Internos (IIA) (como se citó en Errol, 2009) define el fraude: “es todo acto ilegal caracterizado por engaño, ocultación o abuso de confianza. Son actos que no dependen de amenazas, de violencia ni de fuerza física. Los fraudes son cometidos por personas y organizaciones para obtener dinero, bienes o servicios, para

evitar el pago o la pérdida de servicios, o para obtener una ventaja personal o comercial” (p. 70).

Desde un punto de vista jurídico, la figura del fraude tiene su origen con el Imperio Romano, quienes lo definieron como toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros (Caamaño, 1999), de igual manera Ruiz (2015, como se citó en Hidalgo et al., 2017) señala que el fraude es un delito material por requerir un resultado de la misma índole –la entrega de la cosa y el daño patrimonial concurren en ella, así como la obtención de un lucro o un beneficio-.

Entendido lo anterior, cabe resaltar que para comprender el fraude se requiere tomar en cuenta dos aspectos esenciales a saber:

Primero, que el fraude es un delito de engaño, y como tal, deliberado, intencionado, y en eso radica la diferencia fundamental con el error, la intención reflexionada del sujeto de inducir el engaño, para lograr un beneficio indebido para sí o para un tercero. Segundo: Es común encontrar en toda la bibliografía inherente a la contabilidad y la auditoría financiera, así como en la producida por organismos regulares o investigadores de fraudes en las empresas o contra las empresas (IIA, SEC, etc.), un grupo de tipos delictivos englobados bajo la denominación de fraudes, cuando en términos del derecho sustantivo penal, esas acciones delictivas se corresponden a diversos tipos penales, que pasan entre otros por: el hurto simple o continuado, la apropiación indebida simple o calificada, la falsificación documental, los delitos tributarios, la estafa simple o agravada, peculado, concusión, etc. (Errol, pp. 70-71, 2009)

Lo mencionado indica que el fraude no se reduce a un delito, sino que engloba otros tipos penales y conductas que le son equiparables.

Por tanto, atendiendo lo antes referido, aplicándolo a un contexto empresarial, existen diversas categorías de fraudes tanto internos como externos que son necesarios explicar a detalle:

Fraude interno también conocido como fraude corporativo: el fraude corporativo es una actividad criminal que consiste en la manipulación de información financiera u operativa, la cual se oculta, adultera o falsifica.

Independientemente del sector al cual pertenezca la compañía, el fraude puede perpetrarse por medio de: la manipulación de registros; la aplicación incorrecta de los estándares y compromisos financieros y contables; la tergiversación para ocultar detalles de ingresos o gastos; el ocultamiento o distorsión de información financiera e incluso el ocultamiento de eventos o transacciones importantes. (Isoré, p. 492, 2020)

A como lo refiere Penny (2006) el fraude corporativo trata de un término que ha venido a abarcar los fraudes perpetrados por los directivos, síndicos o empleados de entidades corporativas en perjuicio económico de sus propias empresas, sin embargo, se añade como víctimas directas de estas maniobras delictivas principalmente a los accionistas, inversores, clientes, empleados y los proveedores de la empresa afectada (Lovell, 2006).

Se deduce de lo anterior que el fraude corporativo o fraude interno puede darse de dos formas: la empresa como victimaria en perjuicio de terceros, o bien, la empresa como víctima de sus colaboradores.

La empresa como victimaria o perpetradora de fraudes o delitos económicos en perjuicio de terceros, a como se le conoce en la actualidad, tiene sus antecedentes en la doctrina con las aportaciones de Edwin Sutherland, sociólogo norteamericano, quien realizó una investigación inédita sobre el delito de las clases poderosas la cual fue escrita en el año 1939¹, obra que se convirtió en una de las primeras explicaciones criminológicas de la delincuencia económica, de ahí la importancia de remitirnos al estudio del delito de cuello blanco como un referente a conocer en el análisis teórico del fraude corporativo que engloba el delito de fraude y otros delitos económicos antes inexistentes en el marco jurídico penal, y que hoy ocupan un lugar en el denominado Derecho penal económico.

Por otro lado, el fraude corporativo o fraude interno puede darse siendo la empresa víctima de estas conductas ilícitas por parte de sus colaboradores internos. En este aspecto, es que se configura el fraude en su modalidad ocupacional, también conocido por algunos como fraude laboral.

A como lo ha referido el ACFE (2016) “cualquier organización con activos está en peligro de que sus recursos resulten vulnerados por personas deshonestas. Y desafortunadamente, una porción importante de esa amenaza proviene de las mismas personas que han sido contratadas para realizar las operaciones en la Organización”. (p. 6) Es decir, que cualquier entidad presenta el mismo riesgo de sufrir fraude ocupacional.

La literatura sobre el fraude ocupacional es reciente, y de escaso desarrollo en el ámbito de las ciencias jurídicas y la criminología, mayormente esta denominación ha sido adoptada y estudiada con más regularidad en el área de las ciencias económicas y contables, por lo que, fraude ocupacional desde la doctrina serán todas aquellas conductas delictivas de índole económico o patrimonial (no se limita solamente al tipo básico de fraude) que son cometidas por los empleados de la empresa en perjuicio de esta, valiéndose de sus funciones o actividades profesionales con el fin de obtener un provecho ilícito de sus activos o recursos para sí o para terceros.

Cabe resaltar, que dentro de la clasificación del fraude ocupacional existe una subcategoría que se divide en 2 ramas: el fraude cometido por la alta gerencia o ejecutivos, y el fraude cometido por los empleados (de menor rango en la escala organizacional), siendo el fraude por empleados respecto al cual versa este estudio.

Sin embargo, pese al limitado desarrollo doctrinal del fraude ocupacional, existe evidencia de un acercamiento a la relación entre criminalidad y oficio u

¹ Sutherland en su trabajo sobre la criminalidad de cuello blanco se basó en el análisis estadístico de infracciones civiles y administrativas del mundo corporativo empresarial que formalmente no son tratadas (hasta ahora) como delitos por las legislaciones penales, pero que, dadas sus consecuencias efectivas o potenciales, generan igual o más daño a la sociedad que los delitos comunes. Por lo tanto, siguen el patrón genérico del comportamiento delictivo (Pontón, 2020, p. 114). Las infracciones contempladas por Sutherland en su investigación son: competencia desleal, publicidad engañosa, violación a las normas de patentes, marcas comerciales y derechos de autor, prácticas laborales injustas, descuentos, fraudes financieros, abusos de confianza, inobservancia a las regulaciones financieras, etc. (Sutherland, 2009).

ocupación que advertía uno de los exponentes de las teorías sociológicas de la criminalidad Jean – Gabriel de Tarde, jurista francés.

Acerca de los hallazgos de Tarde, Quiróz Cuarón (2003, como se citó en Hikal 2019) apunta:

En relación con la actividad ocupacional y la criminal, hace notar la existencia de una criminalidad ligada a la ocupación normal. (...) operaciones de comando, normales en el ejército, que luego se traducen en operaciones criminales; ejemplos que pueden multiplicarse: los trabajadores de las artes gráficas en ocasiones falsifican billetes de banco; los contadores públicos, algunos, cometen fraudes; los trabajadores de rastros a veces cometen delitos violentos, etcétera, etcétera. (p. 151) Añade Quiróz Cuarón que “las profesiones de alto nivel técnico y universitario al servicio del crimen, ocultándose bajo el disfraz de una profesión ordinaria, llegando a esto no por la acción de los factores psicosomáticos, sino por imitaciones, sugerencias o influencias psicosociales, como lo ha señalado Sutherland” (Hikal, 2019, p. 153).

Esta relación crimen y ocupación que visualizaba el jurista De Tarde, en la actualidad es innegable, y algunos autores que han analizado este fenómeno criminal han definido el fraude ocupacional de la siguiente manera:

Para Simbaqueva (2016) “es el acto mal intencionado causado por los miembros de las organizaciones” (p. 34).

El ACFE (2022) lo conceptualiza: “como el uso deliberado de la ocupación para el enriquecimiento personal, mediante el mal uso o desvío de los recursos o activos de la Organización contratante” (p. 6).

De acuerdo con Williams (2019) se entiende que existe fraude ocupacional “cuando los empleados participan en hechos inadecuados, ya sea por la omisión de haber alertado a la empresa de actos anómalos o por haberlos cometido” (p. 16).

Por su parte, algunos autores como Merino (2018) lo han denominado fraude laboral, y lo describen como “la distorsión de la información financiera por parte de los empleados con ánimo de causar perjuicio a la empresa.

Uno o varios empleados fraudulentamente distorsionan la información financiera para beneficiarse con los recursos de la empresa. Este tipo de fraude es denominado: apropiación indebida de activos, desfalco o crimen ocupacional” (p. 61). Este concepto se encuentra focalizado en la distorsión de información financiera por parte de los empleados partiendo de un contexto propio de la auditoría forense, sin embargo, como se ha señalado anteriormente, fraude ocupacional abarca diversas conductas ilícitas no solamente el fraude en los estados financieros.

Para Maiola (2014) el delito o fraude ocupacional es “el cometido principalmente por personas en relación directa con su trabajo (gestión corporativa) y pueden ser efectuadas 1) a nombre propio o 2) a nombre de la organización a la cual representan (falsificación de balances)” (pp. 126-127).

Fraude externo: Esta modalidad de fraude es el llevado a cabo por personas externas no vinculadas a la Organización en perjuicio de ésta, con el fin de obtener

un beneficio ilícito de la empresa. No se descarta un fraude mixto en el que estén coludidos actores internos y externos para cometer fraudes en perjuicio de la Entidad.

En esa misma tónica, Vilalta y Fondevila (2018) hacen una distinción conceptual de los delitos cometidos en perjuicio de la empresa tomando como referencia para tal clasificación las particularidades de los actores de estos, por tanto, explican:

Se considera que existe en ocasiones un empalme conceptual entre el delito ocupacional o cometido por el empleado y los delitos contra las empresas, ya que el victimario individual puede ser en algunos casos un empleado de la misma empresa victimizada, esta situación es lo que ha derivado en la necesidad de realizar otra categorización analítica: delitos externos y delitos internos. Los primeros son los cometidos por personas no empleadas por la empresa y los segundos, aquellos que son cometidos por los mismos empleados. (p. 504)

En definitiva, las Empresas no debe ser visualizada solamente como victimaria de delitos económicos en perjuicio de los diversos grupos de interés como el Estado, los clientes, la comunidad, accionistas, proveedores, entre otros, sino también, resaltar el riesgo de ser victimizada no solo desde afuera, además desde sus entrañas mediante delitos o fraudes ocupacionales.

Clasificación del fraude ocupacional

Dentro de las principales clasificaciones del fraude, hemos apuntado en el apartado anterior la existencia del fraude empresarial o corporativo, el cual se subdivide en fraude externo y fraude interno, en esta última categoría se ubica el fraude por empleados mejor conocido doctrinalmente como fraude ocupacional, denominado por algunos como fraude laboral.

El fraude ocupacional, dependiendo del contexto, muestra diversas modalidades clases, que no se limita al delito de fraude propiamente dicho, por lo que, para realizar una clasificación integral señalaremos una de las principales aportaciones doctrinales que se ha arraigado en la actualidad.

El ACFE, ha realizado una clasificación del fraude y abuso ocupacional desde el año 1996 hasta la fecha, tomando en consideración varios patrones en la forma en que se cometían los ilícitos. Una vez organizados los casos de acuerdo con esos patrones, determinaron que casi todos los esquemas de fraude ocupacional caían en categorías específicas, las cuales atacaban a diferentes funciones y operaciones de las organizaciones. En base a esas categorías generaron un sistema completo para clasificar los esquemas de fraude ocupacional los cuales son: la corrupción, la apropiación ilegal de activos y el fraude en estados financieros (De la Torre, 2018, p. 62). A continuación, se abordará brevemente cada esquema de fraude:

La corrupción: Se da cuando los empleados utilizan su autoridad en las operaciones para obtener beneficios no autorizados. En el árbol del fraude, los esquemas de corrupción se dividen en cuatro clasificaciones: soborno, extorsión

económica, gratificaciones ilegales y conflicto de interés. Las primeras tres clasificaciones son de naturaleza muy similar (ACFE, 2020)².

*La apropiación indebida de activo*³: A este tipo de fraude también se le conoce como Malversación de activos, se da cuando un empleado roba o hace mal uso de los recursos de la organización empleadora (ACFE, 2020). Estos recursos pueden tratarse de “dinero, inventarios, propiedades para hacer uso de un beneficio no concedido o irregular” (Ayala 2008, como se citó en Ayala, 2017, p. 15), incluso, los activos intangibles⁴ como la información.

Para Ayala (2008) las prácticas de fraudes más comunes que se realizan en una malversación de activos⁵ son:

Facturación: emisión de pagos ficticios, duplicados, por valores incorrectos; Nómina: pagos a empleados fantasma o por servicios no prestados; Gastos: reembolsos de gastos que no corresponden a la empresa, por valores incorrectos o inexistentes; Cheques: robo de cheques con el propósito de emitir pagos a terceros por valores que no son aprobados; Transferencias: los diferentes procesos de traslados de fondos. (p. 94)

Advierte la NIA 240 una relación causal existente entre la apropiación indebida de activos e irregularidades (fraudes) contables, ya que a menudo, va acompañada de registros o documentos falsos o que inducen a error, a fin de ocultar que los activos han desaparecido o se han pignorado sin la debida autorización. (p. 14)

² Ayala (2008, como se citó en Ayala 2017) en referencia a la corrupción explica que: Esta tipología de crimen económico está asociada con las malas prácticas en los negocios, donde funcionarios de empresas privadas como estatales reciben sobornos representados en dinero, viajes, cargos para obtener contratos lo cual está generando reducción de la confianza del público en las entidades, así como mayores costos de las empresas frente a la adjudicación de proyectos logrados bajo estos métodos (p. 15).

³ Los activos tangibles de una empresa u organización, a efectos contables, se clasifican en los libros de la entidad como uno de los cinco principales tipos: efectivo, cuentas por cobrar, inventario, planta y equipo, o inversiones. Y, por supuesto, invariablemente es uno o más de estos tipos de activos los que se apropian indebidamente por los empleados. Pero algunos de los activos sujetos a apropiación indebida dentro de una organización no son necesariamente clasificados como tal en los libros.

⁴ Acerca de los activos intangibles Marshall y Mc Manus (1996, como se citó en Wells 2017) lo definen: Como activos de larga duración que difieren de las propiedades, planta y equipo que ha sido comprado directamente o adquirido bajo un arrendamiento de capital, ya sea porque el activo es representado por un derecho contractual, o porque el activo resulta de una transacción de compra, pero no es físicamente identificable. Ejemplos del primer tipo de activos intangibles son las patentes, y marcas registradas; el segundo tipo de activo se conoce como plusvalía. Los activos intangibles son difíciles de apropiarse indebidamente porque no están físicamente identificables. (p. 46)

⁵ De acuerdo con la Norma Internacional de Auditoría NIA 240 La apropiación indebida de activos puede lograrse de diversas formas, entre otras: - Mediante una malversación de ingresos (por ejemplo, apropiación indebida de ingresos procedentes de cuentas a cobrar o desvío de importes recibidos por cuentas canceladas contablemente hacia cuentas bancarias personales). - Por medio de la sustracción de activos físicos o de propiedad intelectual (por ejemplo, sustracción de existencias para uso personal o para su venta; sustracción de material de desecho para su reventa; colusión con la competencia al revelar datos tecnológicos a cambio de un pago). Haciendo que una entidad pague por bienes o servicios que no ha recibido (por ejemplo, pagos a proveedores ficticios, pago por los proveedores de comisiones ilegales a los agentes de compras de la entidad a cambio de sobrevalorar los precios, pagos a empleados ficticios). - Utilizando los activos de la entidad para uso personal (por ejemplo, como garantía de un préstamo personal o de un préstamo a una parte vinculada).

*Fraude en estados financieros*⁶: El ACFE (2020) sintetiza que este tipo de fraudes normalmente implica la manipulación de los estados financieros reportados para mostrar realidades diferentes.

Al respecto, Ayala (2008) coincide en afirmar que este fraude financiero “corresponde a la alteración, modificación o manipulación de información financiera obteniendo como resultado datos y cifras que no corresponden a la situación real” (p. 92). Estas distorsiones de las cifras presentadas u omisiones en las cantidades o revelaciones de los estados financieros de las empresas provocan que estos no se presenten en todos sus aspectos importantes, es decir, conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

A como lo plantea De la Torre (2018) acerca de los involucrados en este esquema de fraude señala que “en este turbio proceso pueden estar involucrados funcionarios de la empresa de cualquier nivel desde la alta dirección hasta niveles operativos” (p. 61). Por tanto, esta conducta pudiera realizarse en beneficio de la empresa, o al margen de esta, es decir, en su perjuicio, por ejemplo, en los supuestos que trabajadores coludidos cometen un tipo de fraude, por ejemplo, un robo de activos y para ocultarlo requieren manipular documentación de soporte y registros contables, configurándose así un esquema de fraude en el que intervienen más de un actor interno, lo cual, repercute en la autenticidad de los estados financieros de la Organización.

Cabe resaltar, como lo han señalado Sánchez et al., (2012) que, con el propósito de alterar los estados financieros, se hace uso de algunos fraudes contables que generan efectos en los resultados y en la situación financiera de la entidad. De ahí que exista una estrecha relación entre el fraude en estados financieros y el fraude contable⁷.

⁶ El fraude en la información financiera se puede lograr de la siguiente manera: - Con manipulación, adulteración (incluyendo falsificación), o alteración de registros contables o documentación de soporte con los que se preparan los estados financieros; representación errónea u omisión intencional en los estados financieros de hechos, transacciones u otra información importante; - mala aplicación intencional de principios de contabilidad relativos a cantidades, clasificación, manera de presentación o revelación. (Mendoza, 2009, p. 233)

⁷ Las conductas más comunes de información financiera fraudulenta son: -La sobrevaloración y subvaloración de ingresos y gastos: este fraude tiene que ver con el registro de operaciones relacionadas con bienes y/o servicios que no ocurrieron. Para la sobrevaloración de ingresos generalmente lo que se hace es crear facturas para clientes reales o falsos que nunca son entregadas y la mercancía nunca sale de las bodegas o pasan a otras áreas de la compañía, asimismo, se recurre a realizar factura para clientes reales alterando las cantidades o precios, se registran ingresos anticipados que deberían ser reconocidos en varios períodos o se reconocen ingresos que corresponden a operaciones en las que no se han transferido los derechos y riesgos de propiedad. En otros casos no se registran los descuentos o devoluciones o los llevan como gasto en vez de disminuir las ventas. En el caso contrario, que es la subvaloración de ingresos, se presenta cuando las empresas ocultan algunos de sus ingresos en general. - Registro de ingresos y gastos en períodos incorrectos: respecto a los registros de ingresos en períodos incorrectos estos se dan cuando se realiza el reconocimiento sin que se haya cumplido con todos los requisitos para hacerlo. En cuanto a los gastos, se presenta diferencia en tiempo cuando no son asociados correctamente a los ingresos que ayudaron a generar, incumpliendo con la norma básica de asociación. - Gastos y pasivos ocultos: con el fin de mostrar una mejor liquidez, en algunas ocasiones se recurre a ocultar pasivos o gastos dejándolos de registrar o posponiendo el registro para otros períodos contables. - Exceso o defecto de la valoración de inventarios: es una práctica con mucho uso que se aprovecha de los diferentes procedimientos de valoración permitidos para realizar robos de las unidades del inventario o modificar su valor. Este tipo de fraude se lleva a cabo aumentando o disminuyendo las unidades físicas, dejando de registrar las salidas, manipulando el conteo físico, inflando los costos unitarios o asignando los costos indirectos de fabricación de forma arbitraria. - La valoración de activos a criterio propio y depreciación inadecuada: en este fraude se incrementa de forma impropia el valor contable de los activos; esto se realiza con el fin de mostrar una estructura financiera fuerte, lo que lleva a que, por ejemplo, se mejore la capacidad de endeudamiento de la compañía al contar con mayor

El fraude en los estados financieros es la modalidad que se da en menor frecuencia y tan solo ocurre en un 10% de los casos, pero su impacto puede ser tan alto como para ocasionar el cese de actividades parcial o indefinido de una compañía, además, es difícil de detectarlo, teniendo en cuenta que los criminales diseñan el plan alterando y modificando la información financiera (Simbaqueva, 2016, p. 36).

Criminalidad intraempresarial y victimización de empresa como objeto de estudio de la criminología

Acerca del objeto de estudio y función de la ciencia criminológica, como lo apunta Vidaurri (2019), tomando como referencia la definición de Criminología de García-Pablos de Molina (2003), explica: “en un sentido general, la criminología aporta la definición de su objeto de estudio (crimen, persona del infractor, víctima y mecanismos de control social), la metodología adecuada para la realización de su cometido (empírica e interdisciplinaria), además de sus funciones o finalidades (prevención eficaz, formas y estrategias de reacción al mismo y técnicas de intervención positiva en el infractor y la víctima” (p. 74), además agrega el citado autor las nuevas vertientes especializadas de la Criminología denominadas Criminologías especializadas o específicas, de donde surgen propuestas específicas sobre un aspecto problemático en particular que abordan por ejemplo: temas relacionadas con el medio ambiente, ámbito laboral, educativo, etc. (Hikal, 2013, p. 137; Vidaurri, 2016, p. 234).

Por tanto, a la criminología contemporánea se añade una vertiente especializada denominada criminología empresarial a raíz del desarrollo del constructo supraindividual del crimen o delincuencia empresarial o corporativa, conocido en la literatura clásica como delitos de cuello blanco, y más recientemente, la inclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por ende, le compete a la criminología el estudio de este tipo de criminalidad en toda su extensión, así como su prevención, ya que, además, a como acertadamente lo advirtió Gross (1978) desde la perspectiva de las teorías de la anomia, centrándose en la cultura y estructura empresariales, que todas las corporaciones son por definición entornos criminógenos.

Lo anterior aunado a las nuevas tipologías delictivas que se configuran en el se no de las entidades empresariales, como es el caso del fraude ocupacional o por

respaldo para financiación. El hecho de que existan estimaciones, como lo es en este caso, permite que existan mayores oportunidades para que se presente un fraude. En cuanto a los fraudes en activos también se puede dar el caso de que se haga uso de métodos de depreciación inadecuados con el fin de disminuir o aumentar el gasto por depreciación o que se base en presunciones incorrectas para su cálculo. La selección del método de depreciación se debe enfocar en elegir el que mejor refleje la contribución de los activos a la generación de los ingresos de la empresa, más no en buscar aquel que le permita disminuir o aumentar el valor del gasto. - Cambios en las prácticas contables sin ninguna razón que lo justifique: esta es una práctica recurrente relacionada con cambios en las prácticas contables sin razón alguna, pero que en el fondo se está buscando obtener beneficios en los resultados ya sea aumentándolos o disminuyéndolos. El hecho de dejar de revelar información o hacerlo de forma incorrecta y de manera intencional, también es fraude. No revelar cambios en la política contables y estimaciones, transacciones con partes relacionadas, pasivos contingentes, hacer una mala clasificación de los activos en corrientes y no corrientes, son solo algunos de los muchos ejemplos de fraude por revelaciones incorrectas. (Sánchez *et al.*, 2012, pp. 7-10).

empleado, que afecta intereses internos de la empresa, vertiente que se puede distinguir dentro del fenómeno de la criminalidad empresarial, y que particularmente se le ha denominado criminalidad intraempresarial, y que ha abierto nuevas aristas de estudio para la criminología.

Criminalidad intraempresarial

La criminalidad suscitada en torno a este contexto empresarial puede diferenciarse principalmente de los casos en que se afectan intereses externos o internos. Sobre esta distinción, Pastor (2006) señala que:

El fenómeno de la criminalidad empresarial es muy amplio: abarca tanto comportamientos dirigidos contra bienes jurídicos de la propia empresa, esto es, la criminalidad intraempresarial o ad intra (Betriebskriminalitat) como delitos contra bienes jurídicos de terceros, esto es, la criminalidad hacia fuera o ad extra (Unternehmenskriminalitat). Añade el mismo autor que dentro de la criminalidad ad intra debe diferenciar entre aquella que puede cometer cualquier empleado (un hurto, por ejemplo) y la que solamente pueden cometer personas con cargos de responsabilidad, los directivos, en quienes se concentran las facultades de decisión y disposición sobre los intereses de la empresa. El concepto clave de esta última clase de delincuencia es la deslealtad del directivo en la gestión de bienes que son titularidad de otro (la sociedad). Por ello, en este ámbito, tienen especial importancia delitos como la apropiación indebida y los delitos societarios, entre los que se destaca la administración desleal (p. 3).

En ese mismo sentido, Schunemann (1988) detalla “la criminalidad de empresa (Unternehmenskriminalitat), como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa –o formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa-, establece así una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa” (p. 529).

Enfatiza el autor antes citado que se debe diferenciar entre un comportamiento socialmente dañoso de una empresa y un daño causado por colaboradores de la empresa a la misma o a otros de sus colaboradores, ya que los dos grupos mencionados en último lugar, que conforman la llamada criminalidad en la empresa (Betriebskriminalitat), pueden someterse sin dificultades a las reglas de los delitos comunes desde el punto de vista político criminal y criminológico plantean cuestiones muy distintas a las que plantean la criminalidad de empresa en sentido estricto: la influencia criminógena de una actitud criminal de grupo, las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ellos, de la imputación jurídico-penal, y los problemas de averiguación del verdadero responsable (Schunemann, 1988, p. 530).

Lo anterior se entiende en el sentido de que los delitos económicos o delitos de cuello blanco exigen en el sujeto activo cualidades específicas y la afectación de bienes jurídicos que afecten intereses externos o de terceros, tratándose entonces de criminalidad de la empresa, lo cual no menoscaba la posibilidad de coexistir en este contexto, otro tipo de criminalidad, que afectan los intereses de la empresa y se denomina criminalidad en la empresa, cuya terminología consiste en delitos ocupacionales conocido también como fraudes ocupacionales o laborales, dentro de los cuales se ha querido hacer mención como elemento fundamental de los mismos,

la comisión de dicha conducta delictiva por parte de profesionales en función de su actividad profesional u ocupación, del cual se puede distinguir el cometido por quienes ocupan altos cargos y por otro lado, los empleados, y quienes de igual forma pudieran incurrir en delitos económicos en perjuicio de la empresa como los patrimoniales del derecho penal común que tras muchos debates se han incluido como parte del sistema de delitos económicos, o bien, tener un grado de responsabilidad por inducir, cooperar o encubrir conductas delictivas que lesionan o ponen en peligro el orden socio económico.

Victimización de empresa

Como se ha señalado anteriormente, en el seno de una persona jurídica - llámese empresa-, empresa-, existe el riesgo de que estas sean victimarias, o bien, víctimas de delitos, conocido en la doctrina en el ámbito de la criminalidad o delincuencia empresarial y por el otro extremo, criminalidad o delincuencia intraempresarial, esta última hace alusión a los delitos cometidos en contra de la Entidad por parte de actores internos, por ejemplo: empleados, lo cual posiciona a la empresa como víctima de conductas ilícitas.

Se afirma que es perfectamente posible hablar de victimización de la empresa en la medida que ésta sufre las consecuencias negativas de un hecho delictivo (García-Pablos de Molina, 2014). Afirmación que también es compartida en México por el INEGI (2012) y que define la victimización como un delito que afecta a una persona, a un hogar o a una unidad económica.

Sin embargo, señalar desde la doctrina a la persona jurídica o empresa como víctima de delitos es problemático y en pleno desarrollo, puesto que el estudio criminológico de la víctima y la consolidación de la victimología como disciplina científica es reciente ya que tiene sus orígenes en los años 40, a como lo apunta Cuarezma (1996) quien destaca el redescubrimiento y los avances del estudio sobre la víctima: “en la moderna criminología de corte prioritariamente sociológica, el examen y significado de la persona del delincuente pasa a un segundo plano, dirigiendo su atención a las investigaciones sobre la conducta delictiva, la víctima y el control social, dándose una progresiva ampliación y problematización del objeto de la misma” (p. 297).

Cabe destacar que Henting y Mendelson son los pioneros de la victimología. A ellos se debe una visión activa y dinámica de la víctima como sujeto inseparablemente unido al infractor, en un continuo proceso de interacción con el mismo, y las primeras tipologías esbozadas en los años cuarenta. Para los dos autores, la víctima no es un objeto, un elemento pasivo, sino un sujeto activo que contribuye directamente en el proceso de criminalización, en la génesis, en la ejecución del hecho criminal, y su propia victimización⁸. (García Pablos de Molina, 2003, pp. 121-122)

Sobre lo anterior es importante mencionar una problemática que actualmente ha sido superada, se trata del concepto originario de víctima el cual es una acepción restrictiva puesto que nace y se perfila en el seno de pareja criminal, delincuente-

⁸ Mendelson contrapuso significativamente los términos *victimity*, *victimology*, de una parte, y *criminality*, *criminology*, de otra, por entender que en el delito concurren ambos factores: los que derivan del infractor y los que derivan de la víctima misma.

víctima, por ende, inicialmente se consideraba que no existía más víctima que la persona humana, la persona física o natural. Tal acepción dejaría fuera de toda consideración victimológica una gama de comportamientos criminales dirigidos contra personas jurídicas o intereses supraindividuales.

Sin embargo, se evidenció la insuficiencia de los primeros estudios victimológicos que acuñaban esta posición restringida, por lo que a como afirma García Pablos de Molina (2003)

[...] no puede discutirse que las organizaciones, la sociedad misma, el Estado o la Comunidad Internacional puede ser víctima de delitos. Ciertos hechos criminales, por su propia naturaleza, lesionan o ponen en peligro bienes o intereses cuyo titular no es la persona física, porque trascienden a ésta. Ello no significa, desde luego, que existan delitos sin víctimas, significa que, en estos campos de la criminalidad financiera, de cuello blanco, etc. la acepción tradicional, muy restrictiva carece de operatividad, dado el proceso de despersonalización, anonimato y colectivización de la víctima que se ha producido en los mismos. (p.128)

Si bien es cierto, existe aún en la doctrina victimológica cierta tendencia al uso de concepciones restringidas, las nuevas tipologías delictivas identificadas en la actualidad y que tienen su origen en las complejas relaciones de la sociedad post industrial obligan a establecer un concepto de víctima amplio debido principalmente a la progresiva despersonalización, colectivización o anonimato que caracterizan las relaciones entre delincuente y víctima en la criminalidad de nuestro tiempo.

Al respecto García Pablos de Molina (2003) destaca la Criminalidad Empresarial e intraempresarial ejemplificando: “Así, por ejemplo, en los delitos de cuello blanco, en numerosos hechos criminales cometidos en nombre de personas jurídicas y empresas (o en perjuicio de estas), delitos de fraude al consumidor, delitos cometidos mediante ordenadores, etc”. (p. 130)

La novedad de visualizar y analizar la victimización empresarial se encuentra con mayor fuerza a inicios de la década de 1970, a partir de un estudio clásico en donde la empresa es la victimaria, sin embargo, hacen por vez primera, una distinción adicional entre delitos corporativos o empresariales y delitos ocupacionales o del empleado (Clinard y Quinney, 1973). De tal manera, ya no solo se señala a la empresa en la comisión de delitos en perjuicio de terceros o grupos de interés, sino también como víctima de delitos por parte de sus propios colaboradores, situación que posteriormente se clasificaría como delitos internos.

Cabe resaltar, que estos delitos internos cometidos por los empleados contra las empresas de las cuales forman parte integrante son los menos estudiados, además son los menos denunciados, sin embargo, a como se ha conocido en los estudios recientes sobre fraudes ocupacionales (KPMG, 2016; PWC, 2018; ACFE, 2022; ACFE, 2024; Dellaportas, 2013; Crespo, 2020; Flores, 2023; Ayala, 2017; Simbaqueva, 2016; Merino, 2018; Maiola, 2014; Williams, 2019; Minguez, 2019; Wells, 2017; González y Ramírez, 2018; Ortiz, Et al., 2018) es evidente la existencia de esta problemática, y la necesidad de estudiar su etiología y las medidas para prevenirla desde una perspectiva victimológica empresarial o corporativa que incluya el estudio de la empresa como víctima de delitos (con especial énfasis en los delitos internos no solamente los delitos externos) y por el contrario, no se centre únicamente en el estudio exclusivo de las víctimas de los comportamientos socialmente dañosos

de las empresas, a como se ha observado en los actualizados planteamientos sobre victimología corporativa y victimización corporativa encontrados en la literatura científica (Saad, 2019; Saad, 2020; Nieto, 2017; Nieto, 2021, Forti, Et al., 2018; Hall, 2013, etc.) , a como lo focaliza Nieto (2021) en su estudio sobre la Justicia Empresarial Restaurativa y víctimas corporativas, al hacer alusión a la victimología corporativa considerando que esta disciplina “ha puesto sobre la mesa una serie de peculiaridades que afectan tanto a la victimización primaria como secundaria de las víctimas de las grandes corporaciones”. (p. 2)

En tal sentido, siendo el análisis (de factores y causas, dinámicas y variables) del crimen o el delito (fraude ocupacional) objeto de estudio de la criminología, asimismo, de la víctima (la empresa), del delincuente (los empleados), así como las formas de prevenirlo y controlarlo, esta ciencia ha venido y debe seguir interviniendo con mayor fuerza en el campo empresarial, mediante el desarrollo doctrinal y la aplicación de las teorías criminológicas existentes y que dan explicación oportuna de la criminalidad empresarial e intraempresarial, los riesgos de victimización de la persona jurídica así como las formas adecuadas de intervención para prevenirla.

Análisis de la prevención del fraude ocupacional desde la perspectiva de la criminología ambiental

La Criminología por su carácter interdisciplinario ofrece diversas explicaciones del fenómeno criminal o delictivo, y reconoce la multiplicidad de factores que propician la conducta criminógena, y las estrategias para su control y prevención, sin embargo, se aplicará para el sustento de este estudio la perspectiva teórica de la criminología ambiental por ser aplicable a la Empresa vista como un entorno o ambiente criminógeno.

De acuerdo con Brantingham y Brantingham (1991), la Criminología ambiental plantea que los eventos delictivos deben entenderse como una confluencia de infractores, víctimas u objetivos del delito, y normativas legales, en escenarios específicos, ocurriendo en un momento y lugar concretos. Esto sugiere que un análisis completo del delito tiene cuatro dimensiones: la dimensión legal, la dimensión del infractor, la dimensión de la víctima/objetivo, y una dimensión espacio-temporal. En ese mismo sentido, Guillén (2021) refiere:

Todos los delitos suceden en un lugar, físico o digital. De esta forma, si asumimos la relevancia que atesoran los escenarios de conducta en el análisis de cualquier crimen, podríamos defender que la criminología ambiental es, en realidad, el tronco de las ciencias criminológicas (...). En este sentido, la criminología ambiental la podemos entender como un conjunto de teorías que centran su interés en los eventos delictivos entendidos estos como la confluencia de un individuo (o conjunto de individuos) con sus víctimas u objetivos, que perpetra un delito transgrediendo unas determinadas leyes en un lugar y momento dados. (p. 292)

Se puede concretar que el objeto de estudio de la Criminología Ambiental es analizar los elementos ambientales-espaciales-temporales de los delitos, así como los determinantes situacionales o circunstancias que ofrecen oportunidades delictivas. Asimismo, se afirma que a través de estos tres dominios: teoría, análisis y práctica, la perspectiva ambiental es multidisciplinaria en sus fundamentos, empírica en sus métodos y utilitaria en su misión. Se basa en ideas y experiencia de profesionales de

diversas disciplinas científicas entre ellos: sociólogos, psicólogos, geógrafos, arquitectos, urbanistas, diseñadores, industriales, informáticos, demógrafos, politólogos y economistas. Asimismo, adopta la medición y el método científico y se compromete a construir teorías y brindar asesoramiento que se basen en un análisis riguroso de los datos disponibles. Finalmente, los criminólogos medioambientales y los analistas criminales colaboran activamente con los profesionales de la prevención del delito para ayudar a reducir el crimen (Wortley y Mazerolle, 2008).

A raíz de la inminente evolución de la criminología clásica a la contemporánea, y los cambios de perspectivas en los que surgen trabajos -de diversas disciplinas- que se interesaban por los aspectos ambientales del delito, aparecen en los años 70 y 80, una serie de teorías o enfoques sobre el comportamiento criminal y el hecho delictivo denominadas de manera genérica como teorías de la oportunidad, también conocidas en un importante sector doctrinal como teorías prevenciónistas de orientación situacional y teorías del crimen, entre ellas se destacan: 1) la teoría de la elección racional, 2) la teoría de las actividades rutinarias, 3) la teoría del Patrón delictivo, asimismo, en ese período surgen otros desarrollos teóricos como el modelo de prevención situacional, los cuales han venido integrando progresivamente al cuerpo teórico de la Criminología Ambiental.

A como lo precisan Vozmedian y Guillén (2010) dichos enfoques o teorías “atienden a los determinantes ambientales del delito, a las circunstancias concretas y a las oportunidades que ofrece el entorno como marco para comprender la actividad delictiva” (p. 57). Agrega el autor que conocer los aspectos claves de estas teorías proporciona el marco teórico necesario para abordar el estudio de los patrones del delito, y los razonamientos que subyacen a las estrategias de su control y prevención desde la perspectiva ambiental (Vozmedian y Guillén, 2010).

Es decir, es de vital importancia entender y aplicar estas teorías o enfoques de la oportunidad para establecer y desarrollar las estrategias de prevención más adecuadas, en consecuencia, que no existan solo como meras explicaciones causales del delito, sino como base y sustento de la prevención.

De acuerdo a Felson y Clarke (1998) los enfoques de la oportunidad consideran que la teoría sobre el delito puede y debe ayudar a su prevención, asimismo, argumentan en su obra “La oportunidad hace al ladrón: teoría práctica para la prevención del delito”, que la mayoría de las teorías criminológicas prestan atención solo a los factores individuales y se preguntan por qué ciertas personas pueden tener más o menos inclinaciones criminales, descuidando las características importantes de cada entorno que ayudan a traducir las inclinaciones criminales en acción (p. 1).

Además, refieren los autores antes citados, que esa preocupación por las inclinaciones criminales ha producido una imagen sesgada de las causas del delito, lo cual se está corrigiendo mediante el trabajo de criminólogos ambientalistas, que están mostrando cómo algunos entornos ofrecen muchas más oportunidades de delincuencia que otros.

Esto último pese a los críticos de dichos argumentos que restan importancia a las oportunidades o tentaciones como causas verdaderas, por lo que Felson y Clarke (1998) defienden que ningún delito puede ocurrir sin las oportunidades físicas para

llevarlo a cabo, y que la oportunidad, por encima de todas las demás causas es necesaria y, por lo tanto, tienen importancia, al nivel de considerarla como una causa raíz. Reafirman, como lo titulan en su obra, que la oportunidad hace al ladrón, y que esta aseveración es más que un viejo dicho puesto que tiene importantes implicaciones para la política criminal y la práctica.

A criterio de García-Pablos de Molina (2003) las teorías prevencionista de orientación situacional “contemplan el crimen como opción racional, utilitaria, instrumental, altamente selectiva (el delito busca el espacio adecuado, el momento oportuno, la víctima propicia, etc.) propugnando, en consecuencia, una intervención específicamente dirigida a neutralizar aquellas situaciones de riesgo (oportunidades) que ofrecen mayor atractivo al infractor” (p. 1019). Por tanto, afirma el destacado autor, que en estas teorías el concepto de oportunidad pasa a un primer plano, ya que, como lo sugiere, es el que permite explicar por qué el delito se concentra en determinados espacios y momentos (García-Pablos de Molina, 2003, p. 1023).

En ese mismo sentido, Medina (1998) en alusión a las teorías del crimen, así denominadas por los partidarios del modelo de prevención situacional, en oposición al modelo clásico y etiológico de prevención de las teorías de la criminalidad, estas teorías sugieren una intervención en las situaciones y contextos donde el crimen se manifiesta con una significativa relevancia estadística, esto, es, incidiendo en el factor oportunidad (p. 3).

Felson y Clarke (1998) presentan diez principios de las teorías de la oportunidad los cuales son los siguientes⁹: La oportunidad juega un papel crucial en

⁹ 1. **La oportunidad juega un papel crucial en la comisión de cualquier delito.** No sólo influye en los delitos contra la propiedad, por ejemplo, los estudios sobre bares y pubs han mostrado que su diseño y gestión influyen en que se produzcan violencia o se prevenga. Incluso los delitos contra la libertad sexual y el tráfico de drogas pueden reducirse en cierta medida a través de la reducción de oportunidades. 2. **Las oportunidades para delinquir son específicas para cada delito.** Las circunstancias que facilitan un robo son radicalmente distintas de las del carterismo en la calle; incluso el robo de coches para vender sus piezas tiene un patrón de oportunidad muy distinto del robo de coches de lujo para su venta en el extranjero. Estos enfoques ayudan a esclarecer esas diferencias, que han de tenerse en cuenta a la hora de diseñar las estrategias preventivas dirigidas a esos delitos concretos. 3. **Las oportunidades para el delito se concentran en ciertos lugares y momentos.** Incluso en un barrio con altas tasas de delito hay diferencias entre zonas, por ejemplo, de una calle a otra. Los patrones del delito varían en función de las horas del día y de los días de la semana como reflejo de las oportunidades para cometerlos. El enfoque de las actividades rutinarias y el patrón delictivo ayudará a comprender estas concentraciones en el tiempo y en el espacio. 4. **Las oportunidades para el delito dependen de los patrones de actividad de la vida diaria.** Infractores y objetivos se desplazan al trabajo, al colegio, o a centros de ocio del mismo modo que lo hacen las oportunidades. Por ello, los carteristas buscan las aglomeraciones en el centro de la ciudad, o quienes se dedican al robo de viviendas se dirigen a las áreas residenciales durante la jornada laboral mientras las viviendas están vacías. 5. **Un delito produce oportunidades para otros.** Puede ocurrir de varias maneras: por ejemplo, el robo en viviendas favorece la compraventa de productos robados y el fraude con tarjeta de crédito sustraída. Donde hay prostitución pueden producirse robos con violencias. Si un allanamiento para robar tiene éxito puede que el ladrón vuelva en otra ocasión. Incluso un joven al que le han robado su bicicleta puede decidir robar la de otra persona para reemplazar la suya. 6. **Algunos productos ofrecen oportunidades más atractivas para el delito.** Estas oportunidades reflejan particularmente el valor, la inercia, la visibilidad y el acceso a posibles delitos. Por ejemplo, los VCR son de gran valor y ligeros (pueden ser fácilmente transportados), y a menudo se dejan en lugares visibles y accesibles. Esto ayuda a explicar por qué los ladrones se los llevan con tanta frecuencia. 7. **Los cambios sociales y tecnológicos producen nuevas oportunidades para el delito.** Un nuevo producto pasa por cuatro fases: innovación, crecimiento, venta masiva y saturación. Las dos fases intermedias producen más robos. Así ocurrió con las computadoras portátiles, eran máquinas bastantes exóticas que atraían solo a unos pocos consumidores. A medida que su precio bajó e ir popularizando su uso, el mercado creció al tiempo, los riesgos de robo aumentaron. El riesgo sigue siendo relativamente alto, pero en la actualidad, los precios se han reducido aún más y mucha gente puede permitírselo. Cuando la mayoría pueda permitirse una, el riesgo de robo disminuirá a niveles parecidos a una calculadora y otros productos de ayuda comercial

la comisión de cualquier delito; 2. Las oportunidades para delinquir son específicas para cada delito. 3. Las oportunidades para el delito se concentran en ciertos lugares y momentos. 4. Las oportunidades para el delito dependen de los patrones de actividad de la vida diaria. 5. Un delito produce oportunidades para otros. 6. Algunos productos ofrecen oportunidades más atractivas para el delito. 7. Los cambios sociales y tecnológicos producen nuevas oportunidades para el delito. 8. Se puede prevenir el delito reduciendo las oportunidades. 9. La reducción de oportunidades no suele desplazar la delincuencia. 10. La reducción focalizada de las oportunidades puede producir reducciones más amplias de la delincuencia.

Los principios antes citados son una aproximación a las teorías de la oportunidad, también denominadas teorías de prevención con orientación situacional, y teorías del crimen, como se señaló en párrafos anteriores, que se deben aplicar en el ámbito empresarial, para dar explicación a la conducta criminógena del empleado, los factores causales de riesgos de fraudes ocupacionales, y en consecuencia, establecer las políticas de prevención en base a esta perspectiva criminológica, por ser las oportunidades delictivas, según hallazgos obtenidos en diversas investigaciones, el factor de riesgo criminógeno predominante en las empresas.

A continuación, se desarrollan las principales teorías de la oportunidad ya existentes en la doctrina criminológica ambiental contemporánea, las cuales, a criterio de la suscrita autora, son aplicables al ámbito empresarial para la detección, el control y prevención de la criminalidad intraempresarial como el fraude ocupacional por empleados:

Teoría de la Elección racional

Este enfoque fue planteado por Cornish y Clarke (1986), y se centra en la toma de decisiones del delincuente, y surge como el resultado de los cambios en la perspectiva de la criminología británica en los años setenta del siglo pasado.

La teorización de la elección racional en Criminología trata de ver el mundo desde la perspectiva del delincuente. Busca comprender cómo el delincuente toma decisiones delictivas, impulsadas por un motivo particular dentro de un entorno específico, que ofrece las oportunidades para satisfacer ese motivo. Es decir, tiene una imagen del delincuente que piensa antes de actuar, aunque sea por un momento,

cotidianos. 8. **Se puede prevenir el delito reduciendo las oportunidades.** Los principios de la prevención situacional del delito ofrecen reglas y patrones sistemáticos que pueden aplicarse en cualquier ámbito, aunque los métodos concretos de prevención deben adaptarse a la situación concreta. Las estrategias de prevención situacional están orientadas a incrementar el esfuerzo percibido que se precisa para cometer el delito, incrementar el riesgo percibido por el infractor, reducir la recompensa esperada y eliminar las excusas que justifican el delito. Estas estrategias se basan en las teorías de la oportunidad y están respaldadas por un número importante de evaluaciones positivas sobre su efectividad. 9. **La reducción de oportunidades no suele desplazar la delincuencia.** En las evaluaciones, por lo general, se encuentran pocos desplazamientos después de la implementación de medidas de prevención situacionales. Ningún estudio ha encontrado que el desplazamiento sea completo. Esto significa que cada persona u organización que reduzca el crimen puede lograr algún beneficio real. Incluso el crimen que se desplaza puede desviarse de los peores objetivos, momentos o lugares. 10. **La reducción focalizada de las oportunidades puede producir reducciones más amplias de la delincuencia.** Las medidas de prevención en un lugar pueden conducir a una difusión de beneficios a los alrededores, tiempos y lugares porque los infractores parecen sobreestimar el alcance de las medidas. Además, hay buenas razones para creer que la reducción de las oportunidades de delincuencia puede reducir mayores tasas de criminalidad para la comunidad y la sociedad. (pp. V-VI)

teniendo en cuenta beneficios y costos al cometer el delito (Felson y Clarke, 1998, pp. 7-8).

En definitiva, la elección racional, según Cornish y Clarke (2008), no concibe el delito como resultado de una motivación criminal estable en un sujeto, sino que concibe las preferencias, deseos y motivaciones de los infractores como procesos psicológicos similares a los de cualquiera de los no infractores, y que están en continua interacción con las oportunidades y las trabas que pueden facilitar o inhibir el delito.

Agregan Felson y Clarke (1998) que el *modus operandi* es una preocupación central de la teoría de la elección racional en Criminología. Esta teoría y la investigación están estrechamente vinculada con la prevención situacional del delito, que está diseñada explícitamente para reducir las oportunidades de delincuencia. Resaltan la siguiente premisa “si retirar la oportunidad hace que el crimen baje, resulta innegable que brindar oportunidades delictivas hace que la delincuencia aumente” (p. 8).

Clarke y Cornish (1985, como se citó en Vozmedian y Guillén, 2010) modelan las percepciones y decisiones de los infractores en función de las circunstancias y situaciones que influyen en esas decisiones. Los modelos son específicos de cada una de las fases de implicación en la actividad delictiva: iniciación, habituación, abandono, comisión de un delito concreto. La comisión de un delito implica una secuencia de decisiones complejas a través de una serie de pasos. Y para analizar ese proceso Cornish (1994) propone el concepto de guiones delictivos, como una ayuda para identificar cada una de las fases del proceso de comisión del delito, las decisiones y acciones necesarias en cada una de esas fases, así como los recursos necesarios en cada caso.

En conclusión, el enfoque de la elección racional propuesto por Cornish y Clarke (1986), aplicado al análisis del fraude ocupacional en el ámbito empresarial, sugeriría que el actor interno -empleado- es un sujeto libre y racional que decide por llevar a cabo la conducta delictiva, tomando en consideración costos y beneficios. Utiliza el ambiente o entorno como una fuente de información analizando el esfuerzo que implicaría cometer la infracción, el riesgo de ser detectado o descubierto, y los beneficios que obtendría. La intervención en base a este enfoque radica en influir en la toma de decisiones del defraudador.

La propuesta es disuadir removiendo de la mente del sujeto el objeto del delito, se reducen las oportunidades y aumentan los riesgos de cometerlos, dificultando el objetivo, removiendo el objeto, reducir el valor del objeto. Para lograrlo, se requiere un sistema de control interno robusto, específico y actualizado, ya que, la percepción de control contribuiría a disuadir al trabajador en su elección de no llevar a cabo el hecho delictivo.

Cabe resaltar, que aparte de los elementos ambientales antes mencionados que influyen en las decisiones de los potenciales infractores no son la única influencia

situacional posible que propicia la conducta delictiva, ya que también se han identificado en la doctrina los denominados precipitadores situacionales del delito¹⁰.

Actividades rutinarias

El enfoque de las Actividades rutinarias es una propuesta de los autores Cohen y Felson (1979)¹¹, posteriormente desarrollada por Felson (2008). En su trabajo argumentan que los actos delictivos requieren la convergencia en el espacio y el tiempo de los posibles delincuentes, los objetivos adecuados y la ausencia de guardianes capaces contra el crimen. Además, refieren que la teoría ecológica humana facilita una investigación sobre la forma en que la estructura social produce esta convergencia, permitiendo así actividades ilegales para alimentarse de las actividades legales de la vida cotidiana (p. 589). Sobre la teoría de las actividades rutinarias, Garrido et al., (1990) refieren:

Explica el incremento de las tasas de criminalidad como consecuencia, a su vez, de un incremento del factor riesgo (oportunidad) de comisión del delito (o de exposición a este) determinado por el cambio de estilos de vida y de la organización social. Para los autores, los cambios estructurales de la vida moderna en cuanto las actividades rutinarias de las personas incrementan las tasas de la delincuencia, porque la sociedad moderna ofrece al delincuente potencial más objetivos asequibles, más víctimas propicias y mejores oportunidades. Permanentes desplazamientos de un lugar a otro, por ejemplo, aumento del tiempo que se pasa fuera de casa, aumento y mayor visibilidad de las propiedades y de las transacciones explicarían que el gran escaparate de la sociedad del consumo exhiba tentadoramente al infractor potencial más y mejores oportunidades para delinquir, más objetivos a su alcance, más víctimas, más circunstancias y situaciones de exposición al riesgo, mejores técnicas e instrumentos para la comisión del delito. La teoría de las actividades rutinarias confiere, pues, a la actividad criminal naturaleza ecológica derivada de la interacción de elementos en el espacio-tiempo, afirmando la interdependencia entre delincuentes y víctimas (pp. 203-204).

De acuerdo a Medina (1998) mediante esta teoría de las actividades rutinarias, Cohen y Felson mantienen que el crimen se produce cuando concurren temporal y espacialmente un infractor motivado, un objetivo alcanzable y la ausencia de un tercero, con capacidad para intervenir en la situación y disuadir al delincuente, sin embargo, agrega el autor, que el propio Felson ha añadido dos factores más que incrementan significativamente la oportunidad criminal o riesgo de que se cometa el delito: la ausencia del denominado supervisor íntimo (persona próxima al infractor que neutraliza o frena su potencial delictivo) y el comportamiento del denominado gestor del espacio o personas con competencia para controlar y vigilar algunos de

¹⁰ Wortley (2008) hace una comparativa de su propuesta de los precipitadores situacionales con el enfoque de la elección racional, de lo cual, precisa: - Los precipitadores son eventos e influencias previas a la comisión del delito, antecedentes de la acción, mientras que la elección racional se preocupa por las posibles consecuencias posteriores a la comisión; - Los precipitadores inician la conducta delictiva, mientras que en la elección racional las influencias situacionales posibilitan -o no- el desarrollar esa conducta; - Los eventos que precipitan la conducta pueden proporcionar o intensificar la motivación para delinquir, mientras que en la elección racional se asume que tal motivación existe previamente.

¹¹ En particular, en su estudio inicial, los autores plantean la hipótesis de que la dispersión de actividades fuera de los hogares y las familias aumentan las oportunidades de delincuencia y, por tanto, genera mayores índices de criminalidad, presentando una variedad de datos en apoyo de su hipótesis, que ayuda a explicar las tendencias de la tasa de criminalidad en los Estados Unidos entre 1947 y 1974 como subproducto de cambios en variables como la participación en la fuerza laboral y los hogares de un solo adulto (Cohen y Felson, 1979, p. 589).

estos (portero, vigilante, conductor de autobús, etc, etc). Asimismo, destaca la propuesta de Clarke que sugiere la inclusión de otro elemento, el facilitador del crimen, es decir, personas que suministran las herramientas necesarias para el delito (p. 4).

En concreto, el enfoque de las actividades rutinarias explica el evento criminal a través de tres elementos esenciales que convergen en el espacio y tiempo en el transcurso de las actividades del día a día: a) Un delincuente potencial con capacidad para cometer un delito; b) Un objetivo adecuado o víctima; y, c) La ausencia de tutores o guardianes capaces de proteger objetivos y víctimas.

Autores como Miró (2014) concluyen que la teoría de la actividad rutinaria mantiene una estrecha relación con el análisis y prevención del delito, y ha sido aplicado a estrategias tales como la prevención situacional o la actuación policial orientada a la solución de problemas con un grado significativo de efectividad, y aunque ha habido críticas de sus fundamentos éticos y metodológicos, la mayoría de críticos articulan sus limitaciones y riesgos pero no pueden negar su capacidad de expresar y explicar la necesidad de mirar el crimen, para prevenirlo, prestando atención a la forma en el que la vida cotidiana se desarrolla en diferentes lugares (p. 7).

Aplicando este enfoque al ámbito empresarial, resulta indispensable contemplar los elementos que conforman esta teoría y ubicar las figuras que correspondan, de tal manera el potencial delincuente podría ser un trabajador de la empresa, quien conoce y aprovecha las oportunidades facilitadas por la empresa, en ocasión a sus funciones, y por un débil control interno como por ejemplo poca supervisión, auditorías esporádicas, falta de monitoreos, etc. lo cual en la teoría se trataría de la ausencia de un guardián capaz, y finalmente, el objetivo generalmente es apropiarse indebidamente de activos de la organización, ya sea dinero, o bienes muebles, inmuebles e intangibles, y la víctima es la Entidad, puesto que es la que sufre las consecuencias negativas de la conducta delictiva. En definitiva, la empresa y sus rutinas organizacionales son un entorno en el que fácilmente pueden concurrir o converger todos los elementos antes planteados, por lo que este enfoque es una importante contribución en el análisis y prevención de la problemática del fraude ocupacional.

El triángulo de la criminalidad

En base a los elementos esenciales que conforman el enfoque de las actividades rutinarias propuestas por Cohen y Felson (1979) -delincuente, objetivo o víctima y guardián capaz- Clarke y Eck (2003) desarrolló el Triángulo del crimen que distingue los elementos necesarios para que se produzca un delito desde otros elementos, llamados controladores, que tienen el potencial para prevenirlo. Por tanto, delincuente, objetivo y lugar están ubicados en el triángulo interior, los cuales son supervisados por controladores, que se encuentran en el triángulo exterior, y que puede reducir la probabilidad de un evento delictivo controlando cada uno de estos tres elementos.

Mediante esta herramienta, según Vozmedian y Guillén (2010), “podemos identificar el lado del triángulo más relevante en el problema (por ejemplo, un grupo de infractores activos, la existencia de objetivos poco protegidos que son victimizados

repetidamente o un lugar que carece de los controles precisos) y aumentar los controles en ese aspecto clave del problema” (p. 71).

El triángulo está compuesto de la siguiente manera: en el interior, se ubican los elementos que tienen que concurrir para que ocurra el hecho delictivo (infractor, víctima/objetivo, y lugar del delito. Por otro lado, el triángulo exterior representa a las personas que pueden controlar los elementos del interior: El controlador del infractor, quien es una persona que lo conoce, con capacidad para ejercer control sobre sus acciones, por ejemplos, los padres o pareja; el vigilante o guardián capaz, es el que evita que el objetivo sea victimizado, puede ser uno mismo protegiendo sus pertenencias, unos padres protegiendo a sus hijos, unos amigos, etc.; y finalmente, el responsable del lugar, es quien controla los comportamiento en ese espacio concreto: el profesor en la escuela, el guardia de seguridad en un centro comercial, etc. (Vozmedian y Guillén, 2010, p. 71).

Patrón delictivo

La teoría del patrón delictivo es una propuesta de Patricia Brantingham y Paul Brantingham (1994), “para explicar cómo se configuran dichos patrones delictivos en el espacio urbano” (Vozmedian y Guillén, 2010, p. 74), y surge de la integración de teorías sobre el ambiente físico y la motivación del delincuente, la cuales son: la teoría ecológica, de Park y Burgess (1925); la teoría del estilo de vida, de Hindelan et al., (1978); la teoría situacional, de Lafree y Birkbeck (1991); la teoría de la oportunidad, de Gottfredson y Hirschi (1990); la teoría de la actividad rutinaria, de Cohen y Felson (1979); la teoría de la elección racional, de Cornish y Clarke (1986); y, la teoría medioambiental, de Brantingham y Brantingham (1991) (Soto, 2016, p. 142).

Los autores creadores de esta propuesta, Brantingham y Brantingham (1984), afirman que los delitos se encuentran distribuidos en el espacio de acuerdo a los objetivos y los patrones de movimiento cotidianos de los delincuentes. Estos cometen sus delitos cerca de las áreas donde pasan la mayor parte del tiempo y alrededor de las rutas que los conectan. Precisan que el entorno físico facilita pistas al delincuente sobre los buenos lugares para cometer un delito, así como los objetos y las víctimas apropiadas.

En ese mismo sentido, de acuerdo a Caballero et al., (2022) el patrón delictivo “hace referencia a que los delitos están determinados por oportunidades, actividades diarias y motivación del infractor que dan pie al conocimiento de las zonas con mayor vulnerabilidad y acceso a posibles víctimas, determinando que existen lugares con mayor concentración de conductas delictivas, pero no limitándose a esto también existen horarios, infractores y tipos de delitos que dominan la estadística criminal” (p. 72). Por su parte, Soto (2016) explica que:

[...] el origen de la teoría del patrón delictivo identifica un conjunto de factores que resulta en un delito; primero, se necesita la presencia de un individuo motivado para realizar el delito; segundo, debe haber unas actividades rutinarias que realiza el delincuente: su vida diaria le ofrecerá oportunidades para el delito y le enseñará modos de llevarlo a cabo; y, tercero, es la aparición de un suceso desencadenante. Agrega, que esta teoría se fundamenta en conocer cómo el entorno físico, las pautas sociales y el comportamiento de las víctimas aumentan las

oportunidades para el delito, además, de coincidir con la perspectiva neoclásica de que la mayoría de los delitos son decisiones racionales (p. 143).

Lo planteado por Soto (2016), referente a la fundamentación de esta teoría en cuanto al comportamiento de las víctimas en su rol activo que contribuye al aumento o riesgo de oportunidades para el delito, entre otros aspectos esenciales, sostiene una estrecha relación con los planteamientos de la victimología (abordada en el apartado anterior) que se enfoca en el estudio de la víctima, sus vulnerabilidades o riesgos de ser victimizada y las estrategias de prevención, siendo de gran relevancia para su comprensión, entre otras teorías, la teoría del estilo de vida de Hindelan et al., (1978)¹². Sobre el estilo de vida del individuo, también aplicable a las actividades en las que esté inmersa la persona jurídica, a como lo refiere García-Pablos de Molina (2003):

El estilo de vida del individuo influye en la vulnerabilidad o riesgo de victimización del mismo. Unas veces de modo directo e inmediato, ya que ofrece al delincuente oportunidades objetivas y facilidades. Otras, mediata o indirectamente, a través de ciertos estereotipos, imágenes y símbolos que operan en el proceso de deliberación criminal o en el posterior de su racionalización y auto justificación por el propio infractor (p. 134).

Se concluye que la teoría del patrón delictivo se encuentra orientada en la figura del delincuente -sus motivaciones, patrones de movimientos o actividades, objetivos, etc.-, sin embargo, es determinante concatenarlo y tomar en consideración el estudio de la víctima y su rol activo en la configuración del hecho criminal para comprender integralmente el delito y establecer una eficaz estrategia de prevención.

En definitiva, cada una de las teorías desarrolladas trata la oportunidad delictiva como generadora de delito y cada una presta atención a lo que los delincuentes hacen en el curso de un delito. Refieren que la sociedad y la localidad pueden cambiar las oportunidades delictivas, mientras que el delincuente toma decisiones en respuesta a estos cambios. Por tanto, alterando el volumen de las oportunidades de delincuencia en cualquier nivel, producirán un cambio en los resultados delictivos: arquitectura espacial defendible, vigilancia orientada a problemas, prevención situacional, todos ellos ofrecen métodos para reducir las oportunidades delictivas (Felson y Clarke, 1998, p. 8).

La prevención y control del fraude ocupacional desde la perspectiva ambiental

Como se ha descrito en el desarrollo de este estudio, se ha pretendido principalmente analizar el fenómeno del fraude ocupacional, y el riesgo de victimización empresarial asociado a este tipo de criminalidad intraempresarial, y evidenciar la importancia de aplicar la criminología ambiental para su prevención, por tanto, para tal finalidad, este trabajo se ha centrado principalmente en las teorías criminológicas de la oportunidad para dar explicación a los factores causales del delito intraempresarial cometido por empleados en perjuicio de la empresa, y en base a estas teorías, finalmente sugerir la aplicación del modelo de prevención situacional que nos proporciona la criminología ambiental para mitigar el riesgo, ya que se

¹² “El concepto de estilo de vida, desde un punto de vista criminológico, hace referencia a las actividades rutinarias y cotidianas del individuo, a sus pautas de conducta, ya en el ámbito profesional u ocupacional, ya en el de mero esparcimiento” (García-Pablos de Molina, 2003, p. 134)

enfoca en la reducción de las oportunidades delictivas, además, de acuerdo a Clarke (2008), creador y defensor de este modelo, se asegura que la prevención situacional es una estrategia práctica y efectiva para reducir problemas delictivos específicos.

Prevención situacional del delito¹³

Diversos autores, basados en los trabajos de Ronald Clarke, entre ellos (Miró, 2014; Vozmedian y Guillén, 2010; García-Pablos de Molina, 2003; Soto, 2016) precisan que la prevención situacional es aquella que se centra principalmente en reducir las oportunidades de comisión de delitos, a través de diversas estrategias o técnicas, orientadas a aumentar el esfuerzo de cometerlo, asimismo incrementar el riesgo, reducir los beneficios esperados y eliminando excusas o justificaciones en el infractor.

En palabras de García-Pablos de Molina (2003) “la denominada prevención situacional no se interesa por las causas del delito (prevención primaria), sino por sus manifestaciones o formas de aparición, instrumentando programas que se limitan a neutralizar las oportunidades (variables temporales, espaciales, situacionales, etc.)” (p. 1020).

A continuación, se describirán las técnicas de prevención situacional que existen en la doctrina con la finalidad de correlacionarlas con la posible prevención privada del fraude ocupacional en el ámbito empresarial.

Técnicas de prevención situacional

Según Clarke (como se citó en Medina, 1998) todo proyecto de prevención situacional comprende varias etapas a saber:

Primero se obtiene información sobre la naturaleza y dimensiones del problema delictivo; a continuación, se analizan las condiciones situacionales que permiten o facilitan la comisión de delitos en el ámbito examinado; después, se lleva a cabo un estudio sistemático de los medios, estrategias e iniciativas capaces de bloquear las oportunidades existentes. Finalmente, se realiza la evaluación introduciendo los cambios en función de los resultados obtenidos (p. 12).

Las diversas técnicas de prevención situacional han de dirigirse de modo muy selectivo a específicas formas de la criminalidad. Por tanto, como precisan Vozmedian y Guillén (2010) un programa basado en este modelo de prevención situacional sólo funcionará aplicado a una categoría determinada de delito y una vez que se haya procedido a analizar cómo se produce el problema, cómo se lleva a cabo el delito específico y también los motivos del infractor (p. 177).

¹³ El modelo de prevención situacional se encuentra conformado por un conjunto heterogéneo de teorías, denominadas teorías de la oportunidad, asimismo, teorías prevencionistas de orientación situacional, y teorías del crimen -a como se hizo mención previamente-, las cuales tienen al crimen como opción racional, utilitario, instrumental y altamente selectivo, proponiendo una intervención específica dirigida a neutralizar aquellas situaciones de riesgo que ofrecen un mayor atractivo al infractor (Soto, 2016, p. 130). Por tanto, este modelo de prevención se basa en estas teorías de la oportunidad para establecer las estrategias de reducción o mitigación del riesgo delictivo.

La clasificación más actualizada de técnicas de prevención situacional es la propuesta por Cornish y Clarke (2003), quienes las dividen en 5 categorías, las cuales constan en total de 25 técnicas. Tales categorías de técnicas de prevención situacional son: 1) aumentar el esfuerzo; 2) aumentar el riesgo; 3) disminuir las ganancias; 4) reducir provocaciones; 5) eliminar excusas (p. 90).

De las categorías de técnicas de prevención situacional antes referidas, Summers (2009) resume:

Las técnicas cuyo objetivo es aumentar el esfuerzo intentan hacer la comisión de un delito más difícil. Esto se puede conseguir por medio del entorpecimiento del objetivo, el control de accesos, el control de salidas, la desviación de trasgresores y/o el control de los facilitadores del delito; por otro lado, las técnicas cuyo objetivo es aumentar el riesgo intentan hacer la detección de un delito más probable. Esto se puede conseguir por medio del aumento del número de guardianes, la facilitación de la vigilancia natural, reducción del anonimato, la utilización de los gestores de sitios y/o el refuerzo de la vigilancia formal; por su parte, las técnicas para reducir las ganancias percibidas del hecho delictivo intentan reducir la rentabilidad o expectativas del delito, lo cual se puede conseguir al ocultar objetivos, eliminar/retirar objetivos, identificar la propiedad, interrumpir/trastornar los mercados delictivos y/o eliminar beneficios; en cuanto al cuarto grupo de técnicas, se centran en reducir las provocaciones o disposiciones emocionales transitorias que pueden llevar a la comisión del delito. Esto se puede conseguir al reducir frustraciones y estrés, evitar disputas, reducir la excitación emocional, neutralizar la presión del grupo de referencia y/o disuadir imitaciones; finalmente, las técnicas que intentan eliminar las excusas se centran en clarificar las normas de conducta, incrementar los sentimientos de culpabilidad del infractor o facilitar la elección de opciones no delictivas. Esto se consigue al establecer reglas, fijar instrucciones, alertar la conciencia, asistir la conformidad y/o controlar las drogas y el alcohol (pp. 397 y 399).

Es preciso señalar que se debe hacer un análisis previo para elegir la técnica adecuada en dependencia del delito y el contexto, asimismo, determinar cuáles son las acciones mediante las cuales la técnica o las técnicas elegidas van a surtir efectos positivos para la finalidad trazada, que es precisamente la prevención de conductas delictivas. Estas técnicas son un referente doctrinal perfectamente aplicables al ámbito empresarial para mitigar los factores criminógenos de riesgos de fraudes ocupacionales, de las cuáles se proponen diversas medidas o estrategias en función de los riesgos identificados.

Sintetizando lo referido, y en base a las teorías que establecen a la “oportunidad” como uno de los principales factores que propicia que el potencial infractor cometa fraude, como por ejemplo la teoría clásica del triángulo del fraude¹⁴

¹⁴ Una de las principales explicaciones de los motivos o factores por los cuales los individuos cometen fraude se atribuye al modelo teórico el triángulo del fraude creado por el sociólogo y criminólogo estadounidense Cressey (1961), quien a partir de sus entrevistas a estafadores que se encontraban privados de libertad en cárceles estadounidenses, concluyó que existían otros elementos más allá de los incentivos financieros para cometer el delito que denominó violación de la confianza. Planteó su hipótesis basada en que las personas de confianza cuando tienen un problema financiero o crisis personal que no se puede compartir, son conscientes de que ese problema puede resolverse secretamente mediante la violación de la posición de confianza, robando para evitar dar la cara, o para no perder el estatus, no admitir la culpa, o simplemente por falta de juicio. Además, se apoyó en investigaciones previas para reforzar su teoría, como el estudio “Embezzlement: Pathological Basis” de Riemer (1941 como se citó en Schuchter y Levi, 2016) en el que explica los aspectos que causan el fraude,

(muy aplicada en el ámbito de las ciencias económicas), asimismo, basándonos en los hallazgos obtenidos en numerosas investigaciones de diversas autorías, ya referidas en este documento, se hace imprescindible aplicar el modelo de prevención situacional para la prevención del fraude ocupacional.

Partiendo de las técnicas preexistentes, y de las teorías de la elección racional, actividades rutinarias, y patrón delictivo, un ejemplo de medida efectiva para las técnicas situacionales dirigidas a aumentar el esfuerzo y el riesgo, y de tal manera disuadir al trabajador para que decida no llevar a cabo la conducta fraudulenta, asimismo, evitar el incremento de oportunidades delictivas debido a la ausencia de un guardián capaz elemento que integra el enfoque de las actividades rutinarias, es el sistema de control interno empresarial¹⁵ el cual debe ser incluido como elemento fundamental en las políticas de prevención del fraude ocupacional o planes de seguridad empresarial que se lleguen a diseñar.

Es preciso incidir en la necesidad del control y prevención del riesgo del fraude ocupacional partiendo del trabajo conjunto e interdisciplinario que incluya fundamentalmente el establecimiento y fortalecimiento del sistema de control interno de la Organización, a como lo ha recomendado el examinador de fraude certificado y experto en gestión de riesgos Maiola (2013) quien precisa lo siguiente:

Los directores de las empresas necesitan tomar conciencia y fomentar en sus Gerentes la Evaluación y el Control del riesgo de fraude. La mayoría de los países están forzando a las empresas a cumplir con medidas de combate al fraude y otros delitos de lavado de dinero. Para mitigar estos riesgos, se requiere de un trabajo profundo que abarque un análisis de los controles internos que impactan en los sistemas contables y operativos, como así también de una tarea interdisciplinaria donde criminólogos, abogados, licenciados en psicología, licenciados en recursos humanos, entre otros, actúen conjuntamente en su lucha con el fraude ocupacional (pp. 152-153)

Para un mejor entendimiento sobre la materia, es imprescindible conocer de qué trata el Sistema de control interno en general, y el Control Interno en particular, en ese sentido, de acuerdo al Instituto Americano de Contadores Públicos (IACP) (1949 como se citó en Casal, 2004) el control interno “comprende el plan de la organización y todos los métodos coordinados y medidas adoptadas dentro de una empresa para salvaguardar los activos (bienes o patrimonio), controlar la exactitud y confiabilidad de sus datos contables, promover la eficiencia operativa y alentar la adhesión a las políticas gerenciales establecidas” (p. 60).

aclarando que los delincuentes necesitan una situación que les ofrezca una oportunidad. La hipótesis de Cressey (1961) se conoció como el triángulo del fraude en el que se añadieron a la motivación o presión (un problema que no se puede compartir) los elementos de oportunidad y racionalización para explicar la aparición del fraude. La presión o motivación proporciona el incentivo para cometer el fraude; la oportunidad otorga los medios para llevar a cabo la intención de cometer fraude; y la racionalización ayuda al delincuente para lidiar con la disonancia cognitiva asociada con su comportamiento (Dellaportas, 2013, p. 30).

¹⁵ El Sistema de Control interno, de acuerdo a la NIA 400 numeral 8 (como se citó en Ramón, 2004) significa: que todas las políticas y procedimientos (controles internos) adoptados por la gerencia de una entidad para el logro de los objetivos de la gerencia deben asegurar hasta donde sea factible, la ordenada y eficiente conducción de su negocio, incluyendo la adherencia a las políticas de la gerencia, la salvaguarda de activos, la prevención y determinación de fraudes y errores, la exactitud e integridad de los registros contables y la oportuna preparación de información financiera confiable (pp. 85-86).

Como lo apunta Barquero (2013) el control interno siempre ha existido, ya que desde que se crearon las primeras organizaciones prevalece la necesidad de implementar controles sobre las personas que en ellas participan y sobre sus operaciones.

Los principales objetivos que persigue la empresa con la definición e implementación de un Modelo de control interno para la disuasión y detección del fraude son:

1) Disminuir la ocurrencia de fraude y aumentar su nivel de detección: De acuerdo con el triángulo del fraude la amenaza de ser detectado es uno de los factores más poderosos en la prevención del fraude, pues disminuye el grado de oportunidad percibida por el defraudador; 2) Disminuir el tiempo de detección: Disminuyendo el tiempo que transcurre hasta su detección se aumenta la probabilidad de poder actuar sobre el mismo y prevenir que vuelva a ocurrir; 3) Disminuir el impacto económico: Priorizando aquellos fraudes con impacto económico mayor y tomando precauciones para que en caso de que ocurran permita la recuperación económica de los mismos; 4) Disminuir el coste de implantación del propio control: Se busca un retorno de la inversión a pesar de que no podemos estimar los costes de los efectos disuasorios, las investigaciones y costas de los procesos judiciales que no se emprenden (...) (Bausá, 2016, p. 115).

En general, se puede sintetizar que el control interno es un conjunto de métodos y procedimientos establecidos y adoptados en una empresa con el objetivo primario de mitigar los riesgos internos que pudieran afectar negativamente al desarrollo de la Organización, y para ello se conforma de diversas medidas o herramientas para su adecuado funcionamiento.

El sistema de control interno, entre otros objetivos, tiene el fin de reducir las oportunidades delictivas, y está destinado en un primer orden a aumentar el esfuerzo y el riesgo desde una etapa preventiva primaria en base a la teoría de la elección racional, para disuadir al trabajador a que no se decida por la conducta fraudulenta. Esta propuesta es una muestra de la correlación existente entre la aplicación de la perspectiva de la criminología ambiental y el modelo de prevención situacional con el denominado sistema de control interno y la gestión de riesgos empresariales, y la toma de decisiones basadas en la ciencia criminológica para ofrecer soluciones al problema del fraude ocupacional.

Conclusiones

A lo largo de este estudio se ha llegado a las siguientes conclusiones:

El fraude ocupacional es una problemática de criminalidad que va en aumento en el sector empresarial, sin embargo, existe una cifra negra sobre este tipo de delitos internos que no se encuentran reflejados en las encuestas y estadísticas nacionales sobre victimización empresarial debido principalmente a la falta de denuncias y acciones judiciales por parte de los representantes legales de las empresas.

Pese a la cifra negra de victimización empresarial por delitos internos cometidos por trabajadores en perjuicio de las Organizaciones, los estudios recientes (a nivel global) revelan que los delitos económicos que les impactan negativamente

en mayor medida son los cometidos por actores internos como propietarios/ejecutivos, gerentes y empleados, lo cual deja en evidencia el latente riesgo de ser defraudados por sus propios colaboradores, y el riesgo de propiciar su propia victimización.

A la criminología contemporánea se añade una vertiente especializada denominada criminología empresarial a raíz del desarrollo del constructo supraindividual del crimen o delincuencia empresarial. Por ende, le compete a la criminología el estudio de este tipo de criminalidad en toda su extensión, así como su prevención, incluyendo las nuevas tipologías delictivas que se configuran en el seno de las entidades empresariales, como es el caso del fraude ocupacional o por empleado, que afecta intereses internos de la empresa, vertiente que se puede distinguir dentro del fenómeno de la criminalidad empresarial, y que particularmente se le ha denominado criminalidad intraempresarial.

Asimismo, se concluye, que en la victimología debe aplicarse un concepto de víctima amplio que permita abarcar comportamientos criminales dirigidos no solo contra personas naturales sino también contra personas jurídicas o intereses supraindividuales, desarrollándose desde la victimología empresarial o corporativa el estudio especializado de la empresa o persona jurídica como víctima de delitos tanto externos como internos.

Finalmente, por ser la oportunidad el principal factor de riesgo advertido en base a la doctrina y a los hallazgos obtenidos de la investigación de este estudio, son aplicables al análisis y prevención del fraude ocupacional las teorías de la oportunidad, conocidas también como teorías del crimen y de orientación situacional que configuran el desarrollo teórico de la criminología ambiental, y como herramienta de prevención, la aplicación del modelo de prevención situacional, enfocado en la reducción de las oportunidades delictivas.

Bibliografía

- ACFE. (2016). Reporte a las Naciones, Estudio Mundial sobre Fraude y Abuso Ocupacional. Austin Texas.
- ACFE. (2018). Reporte a las Naciones, Estudio Mundial sobre fraude y abuso ocupacional. Austin Texas. Obtenido de <https://www.acfe.com/report-to-the-nations/2018/default.aspx>
- ACFE. (2022). *Occupational fraude 2022: A report to the nations*. <https://legacy.acfe.com/report-to-the-nations/2022/>
- Ayala, H. (2008). *El contador forense*. Legis.
- Ayala, J. (2017). Factores de riesgo que inciden en el fraude por malversación de activos debido a fallas en el sistema de control interno. Repositorio Universidad militar Nueva Granada, 1-26.
- Bausa, C. (2016). Tres controles efectivos para implantar para detectar y disuadir el fraude: el canal de denuncias, el análisis de datos y la autoevaluación del control interno. *Revista de contabilidad y dirección*, 23, 113-133.
- Barquero, M. (2013). *Manual práctico de control interno. Teoría y Aplicación*. PROFIT Editorial.
- Brantingham, P., y Brantingham, P. (1984). *Patterns in crime*. Macmillan.
- Brantingham, P., y Brantingham, P. (1991). *Environmental Criminology* (2nd ed., Vol. 39). Waveland Press.

- Caballero, J., Arriaga, L., y Quintero, O. (2022). Un análisis a las teorías criminológicas ambientales bajo la incidencia delictiva en García, Nuevo León. *Constructos Criminológicos*, 2(2), 67-86. <https://doi.org/10.29105/cc2.2-13>
- Casal, A. (2004). El control interno en la Administración de empresas. *Contabilidad y Auditoría*, 10(19), 55-70.
- Clarke, R. (2008). Situational crime prevention. En R. Wortley y L. Mazerolle (Eds.), *Environmental criminology and crime analysis* (pp. 178-192). Willan Publishing.
- Clarke, R., y Cornish, D. (1985). Modeling offenders decisions: A framework for research and policing (M. Tonry y S. Bucarius, Eds.). *Crime and Justice: Annual review of research University of Chicago Press Journals*, 6. <https://doi.org/10.1086/449106>
- Clarke, R., y Eck, J. (2003). *Become a problem-solving crime analyst in 55 small steps*. Jill Dando Institute of crime science University college London.
- Cornish, D. (1994). The procedural analysis of offending and its relevance for situational prevention. (R. Clarke, Ed.). *Criminal Justice Press*, 3, 151-196. <https://popcenter.asu.edu/content/crime-prevention-studies-volume-3-volume-3>
- Cornish, D., y Clarke, R. (1986). *The reasoning criminal: Rational choice perspectives on offending*. New York: Springer-Verlag.
- Cornish, D., y Clarke, R. (2003). Opportunities, precipitators and criminal decisions: A reply to Wortley's critique of situational crime prevention. In M. J. Smith y D. Cornish (Eds.), *Theory for practice in situational crime prevention* (Vol. 16, pp. 41-96). Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Cornish, D., y Clarke, R. (2008). The rational choice perspective. In R. Wortley y L. Mazerolle (Eds.), *Environmental Criminology and crime Analysis* (pp. 21-47). Devon UK: Willan Publishing.
- Cressey, D. (1961). *The prison: Studies in institutional organization and change*. Holt, Rinehart and Winston.
- Cohen, L., y Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American sociological Review*, 44(4), 588-608. <https://doi.org/10.2307/2094589>
- Caamaño, I. (1999). El delito de administración fraudulenta. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 1-32.
- Clinard, M., y Quinney, R. (1973). *Criminal Behavior systems*. Holt, Rinehart and Winston.
- Crespo, A. (15 de abril de 2020). LexLatin. Obtenido de <https://lexlatin.com/opinion/fraude-ocupacional-amenazas-grandes-empresas>
- Cuarezma, S. (1996). La Victimología. En *Estudios básicos de Derechos Humanos*, Tomo V. (pp. 295-317). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH.
- De la Torre, M. (2018). Gestión del riesgo organizacional de fraude y el rol de la auditoría interna. *Contabilidad y negocios*, 13(25), 57-69.
- Dellaportas, S. (2013). Conversations with inmate accountants: Motivation, opportunity and the fraud triangle. *Accounting forum*, 37(1), 29-39. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/j.accfor.2012.09.003>
- Errol, A. (2009). Auditoría Forense. *QUIPUKAMAYOC*, 67-93.
- Felson, M. (1995). Those who discourage crime (J. Eck & D. Weisburd, Eds.). *Criminal Justice Press*, 4, 53-66.
- Felson, M. (2008). Routine Activity approach. In R. Wortley y L. Mazerolle (Eds.), *Environmental Criminology and crime Analysis* (pp. 70-77). Devon UK: Willan Publishing.
- Felson, M., y Boba, R. (2010). *Crime and everyday life* (4th ed.). Thousand Oaks: Sage publications. <https://doi.org/10.4135/9781483349299>
- Felson, M., y Clarke, R. (1998). Opportunity Makes the thief: Practical theory for crime prevention. London: Policing and reducing crime unit, Home office, research, development and statistics directorate. https://popcenter.asu.edu/sites/default/files/opportunity_makes_the_thief.pdf
- Felson, M., y Cohen, L. (1980). Human ecology and crime: A routine activity approach. *Human Ecology*, 8(4), 389-406. <https://www.jstor.org/stable/4602572>

- Flores, J. (2023). Fraude ocupacional en el rubro empresarial: estrategias criminológicas para una política de prevención. México: Repositorio académico Universidad Autónoma de Nuevo León. <http://eprints.uanl.mx/26807/>
- García-Pablos de Molina, A. (2003). Tratado de criminología (3rd ed.). Tirant Lo Blanch.
- García-Pablos de Molina, A. (2014). Tratado de Criminología (5th ed.). Tirant Lo Blanch.
- Garrido, V., Ross, R., y Fabiano, E. (1990). El pensamiento prosocial: El modelo cognitivo para la prevención y tratamiento de la delincuencia. *Delincuencia*, (1), 1-116.
- Gross, E. (1978). *Organizational Crime: A theoretical perspective*. Harper & Row NY.
- González, D., y Ramírez, D. (2018). Características de los contadores públicos involucrados en temas de fraude en Colombia, desde la perspectiva de género, entre el año 2012 y el 2017. Colombia.
- Guillén, C. (2021). Bases teóricas y operativas de la criminología ambiental. En A. L. Cuervo García, A. Vinagre González, y B. Romero Flores (Eds.), *Criminología aplicada* (pp. 289-308). J. M. Bosch Editor.
- Hidalgo, M., Mónica, R., Hidalgo, M., Vizquete, M., y Hidalgo, M. (2017). Fraudes corporativos y su incidencia en auditoría. Un enfoque desde la academia. *Didáctica y educación*, 53-64.
- Hikal, W. (2009). Los factores criminógenos exógenos. *ReCrim*, (2), 140-151. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3068296>
- Hikal, W. (2013). Introducción al estudio de la criminología. Porrúa.
- Hikal, W. (2019). *Criminología Etiológica-Multifactorial*. Editorial Flores.
- Hikal, W. (2019). *Criminología sociológica. Teorías sociológicas de la criminalidad*. Editorial Flores.
- INEGI. (2012). Encuesta Nacional de victimización de Empresas. INEGI. Retrieved 2023, from <https://www.inegi.org.mx/programas/enve/2012/>
- Isoré, F. (2020). El fraude corporativo y las buenas prácticas para su efectivo tratamiento. *Revista Derecho y Sociedad*, 491-502.
- KPMG. (2022). Una triple amenaza en las américas. *Fraud Outlook*. KPMG.
- KPMG International. (2016). Perfiles globales del defraudador. Retrieved 09 27, 2023, from <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/05/profiles-of-the-fraudster.pdf>
- Lovell, D. (2006). Fraude corporativo. *La hoja On line*, 10, 1-10.
- Maiola, O. (2013). El fraude y los controles en los sistemas contables. *Contabilidad y Auditoría. Investigaciones en teoría contable.*, 19(38), 144-192. <https://ojs.econ.uba.ar/index.php/Contyaudit/article/view/564>
- Maiola, O. (2014). Prevención del Fraude, Ética y los EECC prospectivos. *Investigaciones en Teoría contable*, 115-148.
- May, T., y Bhardwa, B. (2018). *Organised crime groups onvolved in fraud*. Palgrave Macmillan.
- Medina, J. (1998). El control social del delito a través de la prevención situacional. *Revista de Derecho penal y Criminología*, (2), 281-326. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174109>
- Mendoza, J. (2009). Detección del fraude en una auditoría de Estados financieros. *Perspectivas* (24), 227-242.
- Merino, G. (2018). La contabilidad forense como actividad preventiva ante el riesgo de fraude ocupacional y sus efectos en la gestión empresarial de los países integrantes del mercado integrado latinoamericano. Lima, Perú: Repositorio académico Universidad San Martín de Porres.
- Minguez, N. (2019). *La influencia de la cultura empresarial en el fraude ocupacional*. Bilbao, España.
- Miró, F. (2014). Routine Activity Theory. In M. Miller (Ed.), *The Encyclopedia of theoretical Criminology* (1st ed.). Blackwell publishing Ltd. 10.1002/9781118517390/wbetc198

- Nieto, A. (2021). Justicia Empresarial Restaurativa y víctimas corporativas. *Ecocidio: un giudice penale internazionale per i 'i crimini contro la terra'?*. La Legislazione penale, pp. 1-32.
- Ortíz, M., Joya, R., Gámez, L., y Tarango, J. (2018). La teoría del triángulo del fraude en el sector empresarial mexicano. *Retos de la Dirección*, 12(2), 238-255. http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S2306-91552018000200013&script=sci_arttext
- Penny, J. (2006). Corporate Fraud: Prevention and detection. *Revista Durrieu*, 5, 1-5.
- Pontón, D. (2020). El aporte de Edwin Sutherland al análisis del crimen económico global. *Revista latinoamericana de estudios de seguridad* (27), 112-124.
- PWC. (2018). Fraude y corrupción, un análisis de su impacto en las Organizaciones. PWC México.
- PWC International. (2018). Global economica crime and fraud survey. <https://www.pwc.com/ar/es/publicaciones/encuesta-global-delitos-economicos-argentina.html>
- Ramón, J. (2004). El control interno en las empresas privadas. *QUIPUKAMAYOC*, 11(22), 81-87. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/view/5476>
- Saad, E. (2019). El rol transformativo de las corporaciones en el proceso penal: ideas sobre compliance y victimización corporativa. *Estudios de dogmática penal y derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ideas solución.
- Saad, E. (2020). *Victimología corporativa*. Tirant Lo Blanch.
- Simbaqueva, K. (2016). Auditor forense frente al fraude ocupacional. *Apuntes contables*, 31-50.
- Sánchez, Á., Valencia, D., y Saldarriaga, V. (2012). Acercamiento a fraudes contables y sus principales efectos. *Trabajos de grado contaduría pública Universidad de Antioquia*, 6(1), 1-27.
- Soto Urpina, C. (2016). La prevención situacional: Bases teóricas de fundamento criminológico. *Inter Criminis Revista de Ciencias penales*, 15, 127-153. https://www.researchgate.net/publication/318819150_LA_PREVENCION_SITUACIONAL_BASES_TEORICAS_DE_FUNDAMENTO_CRIMINOLOGICOS
- Somers, L. (2009). Las técnicas de prevención situacional del delito aplicadas a la delincuencia juvenil. *Revista de Derecho penal y Criminología*, (1), 395-409. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24733>
- Sutherland, E. (2009). *El delito de cuello blanco*. B de F.
- Vidaurri, M. (2016). *Bases generales de criminología y política criminal*. Oxford University press.
- Vidaurri, M. (2019). Criminología empresarial y compliance. *Perfiles de las Ciencias sociales*, 7(13), 72-88. <https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/issue/view/347>
- Vilalta, C., y Fondevila, G. (2018). La victimización de las empresas en México: conceptos, teorías y mediciones. *Gestión y política pública*, XXVII (2).
- Vozmedian, L., y Guillén, C. (2010). *Criminología ambiental. Ecología del delito y de la seguridad*. UOC.
- Wells, J. (2017). *Corporate fraud handbook. Prevention and detection*. Estados Unidos: Wiley.
- Williams, G. (2019). Prevención del fraude en las Organizaciones. *Contaduría Pública*, 14-18.
- Wortley, R. (2008). Situational precipitators of crime. En R. Wortley y L. Mazerolle (Eds.), *Environmental Criminology and crime Analysis* (pp. 48-69). Devon, UK: Willan Publishing.
- Wortley, R., y Mazerolle, L. (2008). *Environmental Criminology and crime Analysis: Situating the theory, Analytic Approach and Application*. En R. Wortley y L. Mazerolle (Eds.), *Environmental Criminology and crime Analysis* (pp. 1-31). Cullompton, UK: Willian.

https://www.researchgate.net/publication/29468939_Environmental_Criminology_and_Crime_Analysis_Situating_the_Theory_Analytic_Approach_and_Application

Reglas de Mallorca para la ilegalidad de la detención *Mallorca Rules on the Illegality of Detention*

Julio César Ortega González¹

Resumen

Como inicio de los derechos fundamentales y por respeto a la dignidad humana, han sido proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales entró en vigor el 3 de enero de 1976, así como en otros documentos internacionales, convencida de que la realización efectiva de estos derechos requiere de su formulación en reglas, que constante que la justicia penal es instrumento de poder de los Estados que afectan de manera esencial los derechos de los individuos. Tratando de armonizar las exigencias de justicia penal eficaz, y respetando las garantías individuales de las personas cuyos derechos se ven afectados por el proceso penal, se ha recomendado denominar las conclusiones en el trabajo denominado "REGLAS DE MALLORCA". Son reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento de materia penal.

Palabras Clave

Reglas de mayorca; detención; personas privadas de libertad.

Abstract

As a foundation of fundamental rights and out of respect for human dignity, they have been proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights of December 10, 1948, and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, which came into force on January 3, 1976, as well as in other international documents. Convinced that the effective realization of these rights requires their formulation into rules, it is recognized that criminal justice is a tool of state power that fundamentally affects individual rights. In an effort to balance the demands of effective criminal justice while respecting the individual guarantees of those whose rights are impacted by criminal proceedings, it has been recommended to designate the conclusions of this work as the "Mallorca Rules." These constitute the United Nations Minimum Rules for Criminal Procedure.

Key words

Mallorca Rules; detention; persons deprived of liberty.

¹ Concluyó en diciembre 2018, la Especialidad en Juicios Orales por la Universidad de Monterrey, además de haber cursado y estar titulado en diversas especialidades en la Universidad Panamericana como lo son Especialidad en Derecho Ambiental, Especialidad en Derecho Administrativo, Especialidad en Propiedad Intelectual e Industrial, Especialidad en Derecho Procesal Civil y Mercantil. Cuenta con la Especialidad en Derecho Empresarial por parte de la Universidad Nacional Autónoma de México, U.N.A.M y así como con el diploma del Especialización Judicial y Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación del Instituto de la Judicatura Federal y ser Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo: tubufetejudicial@prodigy.net.mx



A) Principios Generales del Proceso

Primero

1. La persecución de delito, de acuerdo a la Ley, es competencia Exclusiva del Estado.
2. Las legislaciones nacionales reglamentaran en qué medida la persecución penal dependerá de instancia privada y se otorgaran funciones de acusación a los particulares, en este último caso, el Estado pondrá a disposición, por lo menos de la víctima, los medios necesarios para el ejercicio de este derecho.
3. En tanto la función acusadora incumba a órganos estatales, se establecerán mecanismos de control judicial para el supuesto en el que el ejercicio de la acción penal por aquellos que sea omitido o denegado.

Segundo

1. Las funciones investigadoras y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora
2. La Policía y los funcionarios que actúen en tareas de investigación en un procedimiento penal deberán depender funcionalmente del Ministerio Fiscal o de los Jueces o Tribunales.

Tercero

Cuando los Fiscales estén investidos en facultades discrecionales, se establecerán, en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento.

Cuarto

1. El enjuiciamiento y fallo en materia penal, estarán siempre a cargo de jueces independientes sometidos únicamente a la ley.
2. Los tribunales deberán ser imparciales, las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación, especialmente, no podrán formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia de la misma causa. Tampoco quienes hayan participado en una decisión después anulada por un Tribunal Superior.
3. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.
4. El Juzgamiento, en caso de delitos graves, deberá ser de la Competencia de Tribunales colegiados, y si se tratara de delitos leves o faltas, podrán serlo de Tribunales unipersonales.

B) Principios de realización del proceso

Quinto

Los Poderes públicos deberán, en materia penal, colaborar con la Autoridad judicial y procurarle la información que le solicite.

Sexto

Todo proceso penal se desarrollará sin dilaciones indebidas. Los Estados deberán establecer esta obligación en sus legislaciones.

C) Derechos del imputado

Séptimo

Las decisiones que afecten derechos personales o procesales del imputado no podrán ser adoptados sin audiencia previa. Cuando la decisión haya afectado algunos de estos derechos, el juez o tribunal que lo tomó deberá oírle en el plazo más breve posible para modificarla, si hubiera lugar a ello.

Octavo

1. La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho de contar con la asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo.
2. Así mismo tiene derecho a contar con un intérprete gratuito en todas las fases del procedimiento

Noveno

1. El imputado tiene el derecho irrenunciable a declarar libremente o a guardar silencio sobre los hechos que se le imputan. No podrá ser constreñido o inducido a confesar mediante violencia, amenazas, engaño, recompensa u otro medio de efecto semejante.
2. Las legislaciones nacionales deberán prever sanciones penales y disciplinarias contra los funcionarios que quebranten el anterior principio.

Décimo

Las pruebas obtenidas mediante la transgresión de los derechos consagrados en las Reglas octava y noveno no podrán ser utilizadas en el proceso.

Décimo primero

1. Sin perjuicio en su derecho a defenderse a si mismo el imputado en todas las fases del proceso, y el condenado durante la ejecución de la condena tienen el derecho a contar con un abogado de su libre elección. Igualmente, el imputado carente de medios tiene derecho a contar con la asistencia de un abogado.
2. En aquellos procesos en que la consecuencia jurídica pueda consistir, directa o indirectamente, en la privación de la libertad, la intervención de abogado será necesaria.

D) Derecho de la defensa

Décimo segundo

1. El abogado defensor podrá asesorar al imputado en todas las fases del procedimiento
2. Ningún interrogatorio del imputado podrá ser tomado en consideración cuando su abogado defensor no haya podido asesorarlo sobre si le conviene o no declarar, o advertirle sobre el significado inculpatario de sus manifestaciones.
3. Solo por decisión judicial debidamente motivada y por un tiempo determinado, de podrá limitar el derecho del imputado a comunicarse con su

abogado. Esta decisión debe ser fundada en la ley y basada en especiales circunstancias de concreto peligro para seguridad de las personas que provenga de la vinculación del imputado con una organización delictiva violenta.

4. Se garantiza el secreto de las comunicaciones entre el imputado y su abogado en el marco de la relación profesional.
5. Las pruebas obtenidas mediante violación del derecho a la defensa son nulas y, en consecuencia, no podrá ser utilizadas en el proceso

Décimo tercero

El defensor tiene derecho a participar en los actos de investigación en los que se requiera la presencia del imputado, igualmente podrá aportar pruebas e intervenir en la práctica de las mismas, por sí, o en caso de pruebas periciales a través de un experto. En caso de denegación de la demanda para que se practique una prueba, la defensa tiene derecho a recurrir.

Décimo cuarto

1. El defensor está autorizado a tomar conocimiento de los actos, documentos y de más medios de prueba de los que dispone el tribunal o de los que este pudiera llegar a disponer.
2. El conocimiento de actos, documentos y de más medios de prueba de podrá denegar, antes de formalizada la acusación, cuando de esta manera se pudiera poner en peligro los fines de la investigación.

Décimo quinto

Los Estados garantizaran a los abogados el ejercicio libre e independiente de su actividad profesional en relación con la defensa de los derechos del imputado

E) Medios coercitivos

Décimo sexto

Las medidas limitativas de derecho tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de las pruebas.

Décimo séptimo

En relación con las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado.

Décimo Octavo

1. Solo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona. Si este no es el caso, se preverá un recurso de rápida tramitación ante el tribunal superior. Este regirá especialmente en relación con la prisión preventiva.
2. Las medidas tomadas por el ministerio público y por la policía que impliquen directamente lesión de los Derechos Fundamentales de la Persona deberán ser autorizados judicialmente, a instancia de referido Ministerio Publico.
3. Solo en casos de urgencia, expresamente previstos en la ley, el Ministerio Publico o la Policía podrán adoptar tales medidas y en este caso deberán ser homologadas judicialmente en el plazo más breve posible.

Décimo novena

1. La detención solo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de la participación de la persona en un delito
2. Toda persona detenida por sospecha de haber cometido un delito deberá ser presentada, a la mayor brevedad ante la autoridad judicial. Esta autoridad deberá, después de escucharla, resolver inmediatamente respecto de su libertad. Los Estados fijaran en sus legislaciones nacionales un límite máximo de duración de la detención que nunca excederá de 72 horas.
3. Todo detenido tiene derecho a comunicarse con un abogado de su elección lo antes posible. En cualquier caso, su detención deberá ser comunicada de inmediato a su familia o a personas de su confianza.
4. El detenido podrá obtener, mediante el procedimiento de “Habeas corpus” u otra de análoga significación la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente. Igualmente podrá instarlo a un tercero en favor del detenido.

Vigésimo

1. La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como “Ultima ratio”. Solo podrá ser decretada en los casos que se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas.
2. Solo se ordenará la prisión preventiva cuando la pena que previsiblemente se pueda imponer, sea privativa de libertad y superior a dos años. Contra esta decisión cabra un recurso ante el Tribunal Superior. En todo caso, los ordenamientos de los Estados establecerán los límites máximos de duración de la prisión preventiva.
3. El sometido a prisión preventiva podrá comunicar con su abogado siempre que los estime necesario
4. Los presos preventivos estarán separados de los condenados.

Vigésimo primero

Ningún detenido o preso podrá ser objeto de tratos “cruels, inhumanos o degradantes”

Vigésimo segundo

1. Si se advirtiese en el imputado indicio de enajenación mental y el delito fuera de los que dan lugar a la prisión preventiva, el juez podrá ordenar previo informe de especialista, su internamiento en un centro psiquiátrico, si fuera imprescindible, y por un lapso no mayor de seis semanas, con l finalidad de determinar su estado mental.
2. En los demás casos no cabe el internamiento a no ser que el mismo imputado con capacidad para hacerlo, consintiese o los familiares lo autorizasen.

Vigésimo tercero

1. Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo y solo cuando exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la “lex artes” y con el máximo respecto a la dignidad e intimidad de la persona.

Vigésimo cuarto

La entrada y registro en el lugar requiere siempre de autorización judicial conforme a la ley y debidamente motivada, en el marco de las reglas 16° y 172, salvo en los casos de delitos flagrantes graves.

F) Juicio Oral

Vigésimo quinto

1. El imputado tiene derecho a un juicio oral
2. Los debates serán públicos salvo las excepciones reconocidas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Vigésimo sexto

El Juicio oral no se celebrará contra un acusado ausente involuntariamente. Si se trata de un delito grave, la presencia del mismo será imprescindible.

Vigésimo séptimo

En el juicio oral, se practicarán con plenitud todas las pruebas tendentes a acreditar los hechos imputados y también los que contribuyan a demostrar la inocencia del acusado

Vigésimo octavo

La totalidad del juicio oral se deberá celebrar necesariamente ante los mismos miembros del tribunal que sentenciará.

Vigésimo noveno

1. Todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el tribunal juzgador.
2. Si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, está tiene que ser interrogada en el juicio oral. Este interrogatorio no puede ser reemplazado por la lectura de un documento o declaración escrita anterior. Las leyes nacionales establecerán las excepciones a este principio por razón de imposibilidad o grave dificultad de su reproducción. En estos casos, se podrán utilizar en el juicio oral las declaraciones practicadas con anterioridad, siempre que hubieran tenido lugar con intervención del defensor y se garantice la oportunidad de oponerse a la prueba aportada por las otras partes (principio de contradicción).
3. El acusado y defensor tienen derecho a interrogar a los testigos

Trigésimo

La prueba pericial deberá ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes.

Trigésimo primero

1. El abogado defensor formulara su alegato final después de la acusación
2. El acusado tendrá derecho a la última palabra

Trigésimo segundo

El acusado tiene derecho a la presunción de inocencia

Trigésimo tercero

1. Los Jueces valoraran libremente la prueba, con arreglo a la lógica y a la experiencia. En los casos de incertidumbre el juez aplicara el principio “in dubio pro reo”

2. No se tomarán en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente de manera directa o indirecta, quebrantando derechos fundamentales. La vulneración de esta prohibición acarreará la nulidad de pleno derecho.
3. En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba los jueces en los supuestos de testigos de referencia; declaración de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán en cuenta que solo con otras pruebas corroboradoras de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatoria.

Trigésimo cuarto

La sentencia penal deberá ser motivada, con indicación expresa de las pruebas que la fundamenta y de las normas jurídicas aplicadas. Asimismo la sentencia será redactada de manera comprensible para los que intervienen en el proceso.

G) Recursos

Trigésimo Quinto

Todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante un Tribunal superior

Trigésimo sexto

El ejercicio del derecho a recurrir ante un Tribunal superior deberá excluir la posibilidad de que la recurrente sufra, como consecuencia del mismo, un perjuicio en su situación.

Trigésimo séptimo

Durante la instrucción o procedimiento judicial previo se deberán establecer recursos contra todas las medidas judiciales que afecten los derechos a la libertad, propiedad e intimidad. La desestimación de estos recursos no deberá excluir su reiteración periódica mientras subsistan las aludidas restricciones de derechos.

Trigésimo octavo

Habrá lugar a impugnar las sentencias firmes condenatorias fundadas en un error debido al desconocimiento de hechos que prueben la inocencia del condenado.

Trigésimo noveno

Los Estados procuraran establecer sistemas jurídicos de reparación en los supuestos de error judicial y mal funcionamiento de la Administración de justicia.

H) La víctima

Cuadragésimo

Durante la instrucción se debe procurar a la víctima y a los perjudicados por el delito, la ayuda que necesiten.

Cuadragésimo primero

Los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar un trato humano y digno a las víctimas y perjudicados.

Cuadragésimo segundo

Las víctimas y los perjudicados por el delito tendrán derecho a ser oídos, a ser asistidos por abogado, que en casos graves podrá ser de oficio.

Cuadragésimo tercero

Se recomienda a los Estados la creación de fondos para la reparación a los perjudicados o víctima del delito. Así como, la adopción de medidas que permitan una mejor defensa de los derechos de las víctimas y de los perjudicados en el proceso penal.

I) Sugerencias a los Estados:

Cuadragésimo cuarto

Los Estados deberán posibilitar el acceso a los Tribunales internacionales que garanticen la legitimidad de las sentencias dictadas y el respeto a los derechos fundamentales del ciudadano.

Cuadragésimo quinto

Los Estados promoverán la creación de un Tribunal internacional que tutee los derechos proclamados en las que presente Reglas mínimas, y se comprometerán a cumplir las decisiones del mismo o de otros tribunales internacionales ya existentes.

Cuadragésimo sexto

Los Estados velarán por que la administración de justicia cuente con profesionales debidamente preparados.

Conclusiones

Con estas reglas de Mallorca, vemos como en la República Mexicana, los operadores del sistema penal acusatorio y adversarial, nos encontramos en posibilidad de hacer notar al Juez de Control que lleve a cabo la audiencia inicial, utilice estas Reglas de Mallorca con la finalidad de que se decrete la ilegalidad de la detención, al existir carpetas de investigación que no cuentan con las experticias ni los dictámenes con los que el Fiscal sostiene su teoría del caso.

Dichas reglas van más allá del capricho de las Fiscalías en México en donde se ven a diario, excesos por parte de los Ministerio Público en perjuicio de los imputados y con dichas reglas, debe decretarse la inmediata libertad y regresar la libertad deambulatoria de la persona que fue llevada a un centro de readaptación social y sometida a una audiencia inicial por carpetas de investigación llevadas a capricho y en donde se persigan intereses pecuniarios.

Es quantum.

Los artículos recibidos deberán sujetarse a las siguientes normas:

1. Los escritos se remitirán en formato electrónico *Office Word*, en tipo *Times News Roman*, márgenes normales, en tamaño carta, 1.5 de interlineado y con un límite mínimo de quince páginas y máximo de treinta y cinco. En casos especiales el editor considerará la aceptación de trabajos cuya máxima extensión sea mayor.
2. El texto incluirá estas secciones: resumen de hasta 250 palabras, 5 palabras clave, cuerpo del trabajo, Referencias bibliográficas. En el caso de cuadros e imágenes, se describirán debidamente y se designará la fuente de extracción. El título, el resumen y las palabras claves deberán de venir en español como en inglés.
3. Las referencias se harán en el texto conforme a las normas APA séptima generación. seguirán este orden: entre paréntesis, apellido del autor/a, año de la publicación, página citada. Ejemplo (Tórrez, 2024, p. 23). Las citas de ampliación e información se crearán a pie de página: se recomienda evitar el uso excesivo de este recurso.
4. Los artículos deben incluir al menos 15 referencias. Se recomienda utilización de trabajos publicados en revistas indexadas y la cita de textos similares publicados por autores en nuestra Revista.
5. Se deberá evitar el uso excesivo de mayúsculas. Las mayúsculas deben usarse conforme a las normas de la Real Academia Española, limitándose la mayúscula inicial a nombres propios.
6. Se deberá evitar el uso de negritas o cualquier otro tipo de resaltado. La negrita se limitará a los títulos y subtítulos.
7. Se debe evitar el uso de cursiva. Su uso se limita a las palabras en otro idioma distinto al castellano.
8. En trabajos presentados a título individual y que sean el resultado de un proceso de investigación institucional o de coautoría, se solicita adjuntar comunicación escrita donde las personas coautoras, instituciones o cualquier otro que pueda tener derechos autorales sobre la investigación, autorizan expresamente el uso y publicación del escrito.
10. Los trabajos enviados deben ser inéditos. Todo trabajo será sometido a revisión arbitral. Los aportes se enviarán a través de la plataforma OJS o de la casilla de correo electrónico revistaanpc@gmail.com
11. En el caso de trabajos en los que se den a conocer los resultados de una investigación, seguirán este orden: 1. Resumen/Palabras clave. 2. Introducción (proporciona un trasfondo del tema e informa el propósito del

Normas relativas a la presentación de artículos

trabajo). 3. Revisión de literatura (indica sobre el estado actual del debate doctrinal de los temas abordados).4. Materiales y métodos (explica cómo se hizo la investigación). 5. Resultados y discusión (desarrollo del trabajo donde explica los resultados y se los compara con el conocimiento previo del tema) y 6. Bibliografía.