

DELITOS DE ESTADO

Un enfoque para
la investigación de
nuevas formas
de criminalidad.

Yuli Pliego
Diana Mora
Margarita Griesbach

Cuando el derecho penal y el sistema de justicia –procuración y administración– no se adecuan a la realidad, se incurre en un grave riesgo de fomento y tolerancia a la impunidad.

DELITOS DE ESTADO

Un enfoque para
la investigación de
nuevas formas
de criminalidad.

Yuli Pliego
Diana Mora
Margarita Griesbach

Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C.

Contenido

1.	Nuevas formas de criminalidad	7
	1.1. Crímenes complejos	
	1.2. Delitos de Estado	11
	¿Puede el Estado ser responsable penalmente?	
	Distinción entre delitos de Estado y responsabilidad penal de servidores públicos	13
2.	El derecho penal frente a las nuevas formas de criminalidad	16
	2.1. La lógica de la imputación personal y concreta	17
	2.2. La perspectiva tradicional en la persecución y sanción de los delitos	20
	2.3. Posibilidades de aplicación del derecho penal para la investigación de delitos de Estado	24
	Formas de participación	25
	Formas de sanción relacionadas con la participación	33
3.	La investigación de los delitos de Estado	36
	3.1. Investigación de fenómenos complejos	36
	3.2. Importancia del análisis de contexto en la investigación de delitos complejos	38
	Distinción entre contexto y hechos	40
	Contexto en sentido estricto	40
	Hechos contextuales	41
	Intervención interdisciplinaria	44
	3.3. Detección de delitos de Estado	45
	Indicadores de delitos de Estado	46
	Indagación de patrones evidentes	47
	Herramientas de investigación	49
4.	Reparación del daño causado por la comisión de delitos de Estado	56
	4.1. El daño a reparar	57
	4.2. Ampliación del enfoque de reparación	59
	Enfoque individual del daño	60
	Enfoque social del daño	61
	4.3. Las formas de reparación	63
	4.4. El papel del Ministerio Público en la reparación del daño como representante del interés social	65
5.	Referencias bibliográficas	68

Nuevas formas de criminalidad

1.1 Crímenes complejos

En la actualidad, en México y en el mundo, los rostros de la criminalidad se han modificado dando paso a una configuración compleja de relaciones y organizaciones criminales.

La forma en que el fenómeno criminal se manifiesta en nuestra sociedad ya no se limita a acciones aisladas o extraordinarias de quebrantamiento del orden público o de afectación a una persona (un robo, un homicidio, una violación), sino que se han convertido en acciones u omisiones (lícitas o ilícitas) programadas y coordinadas, en las que intervienen múltiples actores (a veces organizados de forma estable, a veces eventuales) ubicados en una red geográfica o institucional amplia, que se valen de sus relaciones personales, profesionales o, incluso gubernamentales, para alcanzar un cometido ilícito que reporta beneficios directos o indirectos, económicos o de otra índole, a quienes idean, ejecutan o permiten la realización de esa actividad. Esto es lo que llamamos crímenes complejos. Acciones delictivas que involucran a su vez, muchas acciones y omisiones, múltiples actores, relaciones, beneficios, etc.

Es importante resaltar, que los fenómenos criminales complejos llegan a serlo, entre otras cosas, gracias al conjunto de acciones y omisiones pequeñas que, en muchas ocasiones, pueden identificarse con acciones ilegales o delitos, y que ello puede ocasionar que el sistema de investigación o enjuiciamiento desvíe la mirada en la sanción exclusiva de esos casos y deje de observar el fenómeno en su magnitud real. Debido a ello, el sistema legal y las instituciones, deben estar abiertos a la posibilidad de complejizar la investigación y sanción del delito.

A fin de aclarar la forma en que se manifiesta esta doble dimensión de criminalidad en los fenómenos complejos –una de los actos pequeños y otra del crimen en verdadera magnitud–, así como los elementos que los caracterizan, resulta útil analizar un caso:



CASO 1

Agresiones sexuales en una escuela pública

Durante el 2011 comenzaron a surgir denuncias por agresiones de índole sexual cometidas dentro de una institución preescolar por personal directivo, de enseñanza y de limpieza de la misma (7 persona en total), en agravio de las niñas y niños que acudían ahí.

A raíz de la denuncia de una de las víctimas, las autoridades de procuración de justicia iniciaron una investigación penal dentro de la que se realizaron entrevistas y exámenes periciales a la totalidad de las y los alumnos de la institución, descubriendo más de 30 víctimas del mismo tipo de agresiones dentro de la institución.

La investigación y enjuiciamiento se siguieron por los delitos de abuso sexual, violación, violación equiparada, corrupción de menores y encubrimiento y, luego de 7 años de procedimiento, se sentenció a 5 de los responsables por dichos delitos. A través de la sustanciación de un incidente de responsabilidad solidaria, las víctimas consiguieron que adicionalmente se condenara a la Secretaría de Educación Pública a la reparación del daño.

El modo de operar de las y los agresores en esos delitos, demostró que se trataba de conductas que se cometían en momentos y lugares distintos dentro de la institución, de manera reiterada, con determinada regularidad y bajo las mismas dinámicas, con independencia de los partícipes directos en esos hechos, agrediendo siempre a las víctimas en grupos de dos o más y utilizando medios electrónicos para la toma de fotografías y videos.

Es decir, se trataba de agresiones que ocurrían de manera organizada entre los agresores que participaban de manera activa u omisiva, permitiendo la continuidad de impunidad de las conductas.

Finalmente, fue posible identificar algunas similitudes con agresiones de la misma naturaleza ocurridas en otras instituciones educativas.

Causa Penal radicada en el Juzgado Séptimo de Distrito de Procesos Penales Federales en la Ciudad de México, en litigio desde el año 2011, por la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A. C.

Este ejemplo nos permite observar cómo se manifiestan algunos de los crímenes complejos, pues es posible que en algunos casos las conductas individuales se manifiesten como delitos autónomos –que denominaremos también delitos primarios– que, si bien debe ser perseguidos y sancionados (como en el caso de ejemplo lo es el abuso sexual, la violación y la corrupción de menores), su persecución no debe utilizarse para invisibilizar o restar importancia a la investigación y persecución del hecho complejo en su magnitud real.

En el caso expuesto es posible advertir algunos indicadores que apuntan a la comisión de un crimen más complejo, que podría involucrar a otras autoridades escolares o particulares que impulsan o permiten la comisión de ese tipo de delitos dentro de las instituciones públicas, o incluso privadas, y que se benefician de distintas formas, por ejemplo, a través de la pornografía que generan. Más adelante se abundará sobre ese tipo de indicadores.

Estos elementos se han utilizado tanto para caracterizar delitos de orden jurídico nacional como fenómenos delictivos del orden internacional, así como violaciones a los derechos humanos, ya que se trata de conceptos que permiten el estudio e investigación de fenómenos complejos. Ahora bien, esta investigación pretende centrarse en la investigación, enjuiciamiento y sanción de los delitos complejos que se realizan a través del Estado, es decir, a través de sus estructuras e instituciones.

Por otra parte, cuando se habla de crímenes complejos es importante identificar los elementos que los caracterizan, ya que su claridad permitirá identificar adecuadamente las dimensiones en las que tienen repercusiones o se manifiestan. Algunos de los elementos que se han identificados en los crímenes complejos, son:¹

Sistematicidad	Elemento de carácter cualitativo. Se refiere a la naturaleza organizada en la ejecución del delito que se expresa a través de patrones.
Generalidad	Elemento cuantitativo. Se refiere a un delito cometido a gran escala y con un alto número de personas víctimas.
Institucionalidad	Prácticas que se respaldan en una serie de normas y orden jerarquizado que las tutelan y las mantienen de manera estructurada y coordinada.
Uso de la infraestructura estatal	Manipulación de recursos materiales, humanos, de instalaciones y económicos para los fines delictivos, ya sea de uso directo por agentes estatales o su préstamo a organizaciones delictivas.
Uso de la función estatal	Actuación de agentes estatales enmarcado en sus funciones legales pero con fines ilícitos que trascienden las fronteras de sus facultades.

¹ Esquema de elaboración propia a partir la bibliografía revisada y citada en este documento.
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado

Actitud omisa o activa frente al delito
Cadena de mando
Organización criminal-estatal
Autoría difusa entre Estado y Crimen

La intervención de autoridades estatales puede ser de acción o de omisión. En la primera, las autoridades realizan funciones delictivas por sí mismos, en la segunda el Estado conoce de las acciones pero no interviene, no investiga, no sanciona y mantiene una actitud permisiva.

Organización jerarquizada por la cual la persona subordinada debe atender en todo momento las órdenes y mandato de su superior jerárquico.

En la planeación, intermediación y ejecución del delito intervienen autoridades estatales y el crimen organizado, que establecen sus propias dinámicas de jerarquización.

Sus estrategias no permiten diferencias claramente entre los niveles de participación y autoría de las autoridades estatales y el crimen organizado.

Para ello, resulta de utilidad identificar las distintas formas en que se han conceptualizado los fenómenos delictivos complejos, a fin de establecer si dichos conceptos resultan de utilidad para los efectos que este documento se propone o bien, si es necesaria la reconceptualización del fenómeno que se desea estudiar.

Desde el ámbito de la sociología y la criminología se han acuñado algunos términos que buscan nombrar estos fenómenos delictivos que trascienden al delito común y que conjuntan una serie de factores económicos, sociológicos, jurídicos y político-institucionales. Entre las definiciones de estos tipos de fenómenos delictivos se encuentran las de:

- **Delitos de Sistema:** este concepto evidencia de primera mano la configuración del delito que está nombrando, es decir, hace referencia a aquellos delitos que en su comisión hacen uso de un sistema, en el marco de una institución, pública o no, y que funciona bajo líneas de mando claras, en donde la orden o autorización de los delitos y su ejecución residen en personas y momentos distintos. En virtud de ello, se dice que son delitos que funcionan a través de una estructura que es difícil evidenciar. En los delitos de sistema es posible advertir, en algunas ocasiones, la participación de personas que representan entidades estatales.²

- **Macrocrimines:** este concepto busca nombrar un fenómeno haciendo énfasis principal en la gran escala –geográfica o transnacional– que implica y que funciona como un aparato delincuenciales organizado y jerarquizado. Se trata de la ejecución de múltiples frentes delictivos con amplia cobertura geográfica y que afecta, de igual manera, a una multiplicidad de víctimas. Muchas veces, estos sucesos delincuenciales son ordenados, iniciados, alentados u ocultados por las autoridades gubernamentales. Se ha reconocido como otra característica de la macrocriminalidad que ésta se desarrolla debajo de determinadas situaciones económicas, sociales y políticas (por ejemplo,

2 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento, Nueva York y Ginebra, 2006

contra minorías o en contexto de conflicto socio-estatal o crisis social). Estas mismas características dificultan el acceso a la justicia de las personas víctimas de estos macrocrímenes.³

• **Delitos del poder público:** este término ha surgido desde la teoría penal, sin embargo, no ha tenido eco en su consideración para la tipificación de delitos. Se trata de un fenómeno delincencial de mayor sofisticación, en donde su realización está vinculada a conocimientos especiales, posiciones o cargos dentro del sistema estatal, o alguna estructura determinada. Se sostiene por intereses políticos, sociales y muchas veces por intereses económicos. La misma configuración impide que este tipo de crímenes se pueda reprimir desde el Estado, pues son las mismas autoridades quienes ordenan su comisión y garantizan la impunidad.⁴

Los conceptos antes expuestos hacen referencia a crímenes complejos, sin embargo, ponen el énfasis de descripción en elementos distintos a los que esta investigación pretender enfocarse. En ese sentido, si bien es cierto que dichos conceptos retoman algunos de los elementos que definen a los crímenes complejos, como la magnitud geográfica o la utilización de sistemas de organización, también lo es que la descripción que proponen, aún resulta insuficiente para los efectos de este documento, aunado a que se esbozan principalmente desde una perspectiva sociológica, siendo necesario encontrar un término que pueda utilizarse desde la perspectiva jurídica.

Ahora bien, por lo que hace al concepto de delitos de poder público, si bien es el que más se acerca al fenómeno que se pretende estudiar, pues define de manera más amplia los factores que pueden intervenir en la configuración de este tipo de los delitos complejos que utilizan la estructura estatal, no debe pasarse por alto que al enfocarse en el poder público excluye acciones que se ejercen extra institucionalmente, fuera de la función pública, pero a través de las estructuras estatales y que pueden beneficiar a actores que no forman parte de dicha función pública. En virtud de ello, se estima necesario proponer un nuevo concepto, como el de delito de Estado que incorpore los elementos necesarios para juzgar este fenómeno. Sobre ello se abundará en el siguiente apartado.

³ Ambos, Kai. "La Macrocriminalidad Política como objeto del Derecho Penal Internacional", en Información Doctrinal, publicado el 26 de febrero de 2014, disponible en: <https://derechovenezolano.wordpress.com/2014/02/26/kai-ambos-la-macrocriminalidad-politica-como-objeto-del-derecho-penal-internacional/>

⁴ Ferrajoli, Luigi. Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. Pág. 33. Disponible en www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/60905/53714

1.2 Delitos de Estado

¿Puede el Estado ser responsable penalmente?

Utilizar el concepto de Delito de Estado nos permite, en primer lugar usar un concepto que se puede aterrizar y utilizar en el ámbito jurídico nacional –dentro del cual no se reconoce la palabra crimen, sino delito– e incorporar los desarrollos teóricos sobre la teoría del delito que resulten de utilidad para estudiar el fenómeno que se pretende.

En segundo lugar, aunque agregar el término de Estado podría parecer un contrasentido, ya que, en principio, en materia penal el Estado no es un sujeto imputable, lo cierto es que la conjunción de ambos términos más que pretender atribuir responsabilidad al Estado como sujeto, busca evidenciar y enfatizar que la conducta que se investiga y sanciona es cometida por personas que aprovechan la infraestructura del Estado –su posición de poder, las instituciones, los recursos públicos económico y humanos y el marco legal– para la perpetuación sistemática de diversos delitos, ya sea a través de acciones u omisiones.

Es importante enfatizar, que si bien en términos formales jurídicos, no es posible hablar de responsabilidad penal del Estado, el concepto de delitos de Estado nos permite atribuir también una carga, hasta cierto punto, simbólica, que haga evidente que la perpetración de dichos delitos ocurre mediante acciones directas, aquiescencia o tolerancia de quienes, supuestamente, ejercen la representatividad Estatal y que resulta de utilidad para eventuales efectos de responsabilidad internacional o en materia de derechos humanos.

En este sentido, la responsabilidad que se estima se acredita en los casos de delitos de Estado es más parecida a la que se configura en el plano internacional por violaciones a derechos humanos, donde el sujeto de derecho es el Estado.⁵ Es importante revisar dicha dimensión ya que la lógica individual, que tradicionalmente se sigue en las instancias penales, no permite analizar la responsabilidad del Estado y por lo tanto, impide considerar los cambios estructurales que resultan indispensables para resarcir el daño ocasionado y garantizar la no repetición de esos actos.

⁵ El estado se convierte en sujeto obligado cuando de manera voluntaria se compromete mediante instrumentos jurídicos internacionales con la comunidad internacional a cumplir con ciertas normas, a respetar ciertos derechos

Aunque no se trata necesariamente de una lógica penal, pues no existe una imputación por la comisión de un crimen o delito, el procedimiento debe concebirse desde una perspectiva que permita determinar sanciones o formas de reparación de grado estructural que vinculen al Estado a cumplir con sus obligaciones y a vigilar la utilización adecuada de los recursos institucionales.

En esas condiciones, es preciso reiterar que, cuando se propone la investigación y sanción de delitos de Estado, no se habla del enjuiciamiento del Estado como una persona "moral" o como una composición autónoma distinta de los sujetos que la integran (como ocurre con la responsabilidad de personas morales),⁶ sino de la investigación y sanción de conductas 1) de acción u omisión que 2) realizan servidores y servidoras públicas, en conjunto con particulares, organizaciones criminales o de forma exclusiva, 3) de manera sistematizada y coordinada con otras funciones del mismo Estado, 4) aprovechando su posición o los recursos (económicos, humanos o de infraestructura) que su posición les otorga, para la comisión de delitos y 5) beneficiándose económica o políticamente de forma directa o indirecta.

Es particularmente importante la conducta omisiva de algunas autoridades, especialmente de los superiores en la escala jerárquica de las instituciones, ya que realizan la conducta manteniéndose expectantes de las acciones delictivas que se desarrollan en sus ámbitos de dirección, es decir, que utilizan o permiten y toleran –ya sea por negligencia o complicidad– la utilización de la estructura prevista para el funcionamiento del Estado, para la comisión de delitos, lo que complejiza de forma importante la persecución y prevención de los mismos.

Los delitos que utilizan la infraestructura del Estado para el mantenimiento de una estructura criminal propia, se realizan por una multiplicidad de personas organizadas o que siguen un sistema de funcionamiento y, por lo regular, no es posible definir con claridad qué parte de la conducta típica realiza cada una por lo que se considera que la responsabilidad excede al autor de la conducta.⁷

De ahí que sea necesario, frente a estos nuevos fenómenos criminales, mirar lo que jurídicamente ya existe, las herramientas que actualmente prevé el ordenamiento jurídico y de ahí, extraer, reutilizar o repensar cómo hacerlas efectivas o, en su caso, generar nuevas estrategias jurídicas. Tener claros estos sistemas y conceptos permitirá avanzar hacia la construcción o redimensión de lo que se ha nombrado aquí como delito de Estado, cómo generar procesos de justicia, verdad, sanción y reparación para las víctimas de estos crímenes y para la sociedad en general cuando se ve afectada por dichas conductas delictivas.

⁶ Aunque se han desarrollado posturas teóricas sobre la imputación de responsabilidades penales a personas morales (principalmente, empresas o corporaciones) que incluso han sido recogidas en diversas legislaciones, como la mexicana, lo cierto es que la perspectiva de imputación continúa como la mexicana, lo cierto es que la perspectiva de imputación continúa siendo fragmentada, es decir, atendiendo a un único hecho delictivo (o un conjunto de ellos, pero bien definidos y delimitados), y a la responsabilidad concreta de un sujeto; aunado a ello, dentro de la responsabilidad penal de las personas morales, siempre se ha excluido la responsabilidad penal del Estado y en los casos en que ha llegado a proponerse a éste como sujeto activo, su responsabilidad se limita a la reparación del daño o a una sanción pecuniaria.

⁷ Azzolini, Alicia. "Las bases de la responsabilidad penal en el ámbito internacional: la problemática de la autoría", en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Serie Doctrina Jurídica No. 393, IJ-UNAM, México, 2007, 531-559.

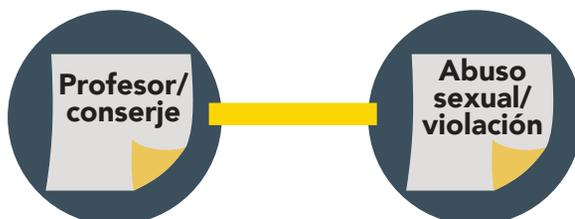
Distinción entre delitos de Estado y responsabilidad penal de servidores públicos

Por otra parte, es pertinente aclarar que el concepto que se propone de delitos de Estado, no se limita la atribución de responsabilidad exclusivamente a una o varias personas, que cometen acciones delictivas como servidores públicos, tal como ocurre en delitos como abuso de autoridad, intimidación, cohecho, etc., en los que el servidor público se aprovecha de su posición y la utiliza como ventaja para la comisión del delito, o bien, contraviene el deber de garantía que como autoridad le corresponde.

A diferencia de ello, los delitos de Estado representan un fenómeno complejo que sólo es visible a través del análisis del cúmulo de responsabilidades individuales y de las estructuras utilizadas para su comisión, ya que ello permite observar que no se trata de acciones o delitos aislados, sino de la existencia (o utilización) de una estructura (en todo lo que ello implica: recursos humanos, materiales, económicos, relaciones jerárquicas, tomadores de decisiones, etc.) para la comisión reiterada de ciertos delitos, organizada y enlazada con otras actividades delictivas que conforma una red compleja de personas y actos.

A efecto de exponer con mayor claridad esta diferencia y precisar a qué nos referimos cuando se habla de delitos de Estado, es útil retomar y esquematizar lo que se señalaba respecto al fenómeno que se exponía en el “Caso 1. Agresiones sexuales en una escuela pública”, que tal como se advierte de esa descripción permite presumir, al menos de primera mano, que se trata de un delito de Estado.

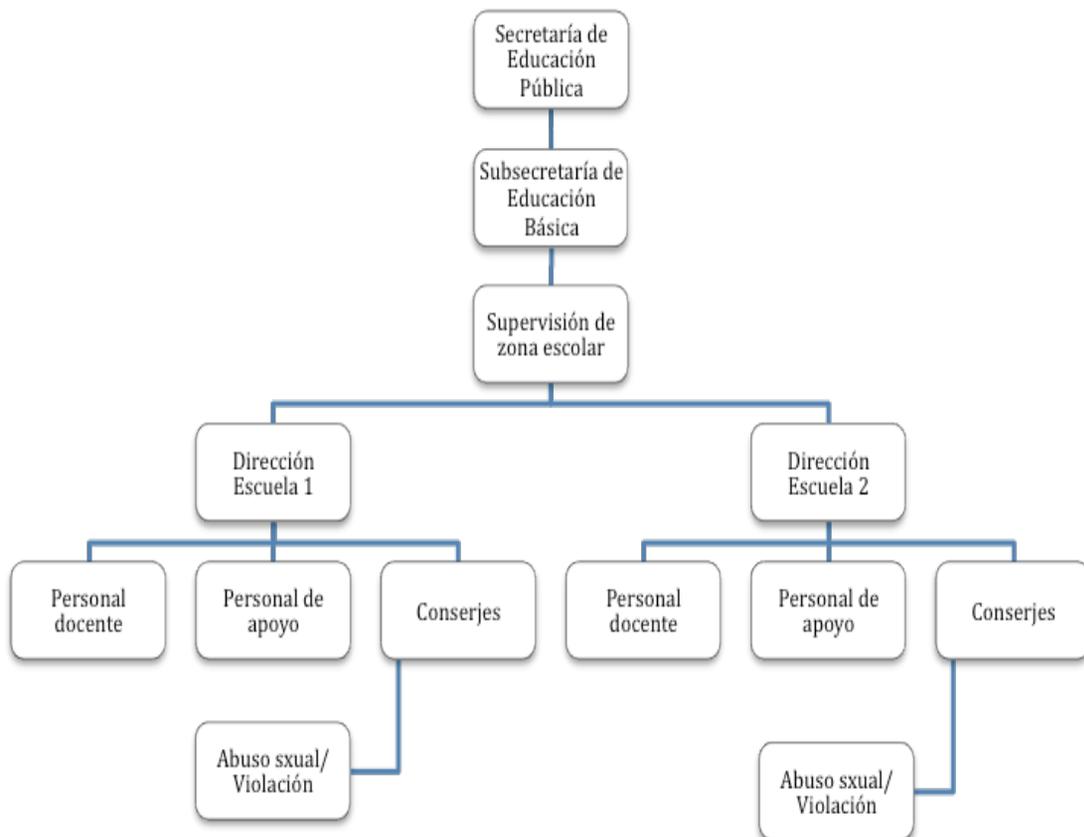
Desde una perspectiva tradicional de investigación y enjuiciamiento penal, que se enfoca en acciones aisladas, los delitos señalados en dicho caso se estudiarían de la siguiente forma:



Sin duda, el personal de enseñanza y limpieza que materialmente ejecutó esos delitos sobre los niños y niñas de la escuela, debían ser investigados y sancionados por diversos delitos que se actualizan o agravan por ser servidor público, tales como: violación, abuso sexual, pornografía, corrupción de menores, complicidad, etc.; de

acuerdo con nuestros sistemas de procuración de justicia, previsiblemente, la responsabilidad penal se agotaría en la sanción de dichas personas.

Sin embargo, existen diversos elementos de los hechos que obligan a ampliar la mirada, como el hecho de que dentro de una misma institución hayan concurrido más de tres agresores sexuales actuando conjuntamente, que las conductas se hayan realizado con determinada regularidad—es decir, que se permitían— y que existan conductas de similares condiciones en otras instituciones de educación pública, entre otras. Esas condiciones, obligan a ampliar la mirada del hecho delictivo y no limitarse a la investigación y enjuiciamiento de los actos más inmediatos al daño, sino que las autoridades deberán indagar si efectivamente se trata de hechos aislados, o bien, se trata de hechos que conforman una ejecución compleja y que requirió para su realización de acuerdos entre los superiores del personal; ya sea para tolerar tales actos o que, incluso, incitar y colocar a los agresores sexuales en una misma institución, con la finalidad de conseguir insumos para una red de pornografía infantil. Tal situación complejiza el hecho que debe ser materia de investigación y obliga a ampliar la mirada de la siguiente forma:



Los elementos antes reseñados obligan a mirar el delito como uno de naturaleza compleja ya que a raíz de los delitos de naturaleza sexual atribuidos al personal, docente de apoyo y conserjes, será necesario realizar otras investigaciones para la ampliación de responsabilidades y de hechos delictivos que deban sancionarse penalmente, como la posible colusión entre autoridades y otras redes de delincuencia organizada (de pornografía infantil). En esas condiciones, lo que en este caso permite clasificar este delito como un *delito de Estado* no es sólo que la ejecución material sea de parte de servidores públicos, sino el uso mismo de la estructura, (la contratación y colocación de personal) que en principio, está prevista para el funcionamiento del Estado y la prestación de servicios públicos, como medio para la ejecución de los delitos.

Así, el concepto de *delitos de Estado* permite retratar de forma más fiel que este tipo de conductas delictivas –a través de una actitud activa u omisiva de las autoridades– se cimienta y organiza desde el funcionamiento mismo del Estado y que es ello, precisamente, lo que permite su comisión. El delito puede configurarse a gran escala, por una multiplicidad de sujetos y asimismo, multiplicidad de víctimas y puede ser en colusión con grupos criminales, particulares o no.

Debe tenerse presente que la actuación delictiva compleja o macro que se define como delito de Estado, no funciona siempre de la misma forma, sino que se manifiesta en formas diferenciadas que desde el punto de vista jurídico podemos clasificar como violaciones a los derechos humanos, delitos que atentan contra las finanzas públicas, o que alteran el funcionamiento de las estructuras políticas y de gobierno, etc.

Es importante mencionar que a diferencia de los actos delictivos individuales, este tipo de crímenes exigen la revisión de los sistemas, redes y patrones, así como la utilización de las instituciones y estructuras políticas y de gobierno para su comisión. Ello implica la posibilidad de identificar distintos tipos de autoría que, en crímenes sistemáticos muchas veces no se ven, a través de, por ejemplo, cadena de mando o responsabilidad por omisión de prevención o sanción.

En esas condiciones, diversos retos se presentan para los procesos de justicia frente a la comisión de crímenes que, como ya hemos señalado, han evolucionado y se han transformado constantemente complejizando los actos, los efectos, los beneficios y las personas involucradas. Estos retos se tienen que afrontar a través de diversos mecanismos que den respuestas a: ¿Qué conductas sancionar? ¿Cómo se deben investigar esas conductas? ¿A quién se va a juzgar por ellas? ¿Quiénes son los obligados a reparar? ¿A quién se repara? Más allá de prever nuevos mecanismos, se propone utilizar los existentes desde una perspectiva que resulte útil para ello.

El derecho penal frente a las nuevas formas de criminalidad

El origen, los fines y las formas en las que el derecho penal debería desarrollarse han sido discutidos históricamente tratando de clarificar cómo se justifican y si es que se justifican las sanciones penales en determinadas conductas, si dichas sanciones son las correctas o no, si los principios de la materia se ajustan a las sociedades y sus necesidades o si cumplen con estándares de derechos humanos, son discusiones inacabadas y en constante evolución.

Un ejemplo de que la teoría penal se ha modificado y ha cambiado el enfoque bajo el cual se procesan y juzgan los delitos, es la nueva perspectiva de apreciación de los delitos que antes eran vistos bajo la teoría del autor y que ahora se centran en la teoría del acto, lo que invierte completamente el enfoque bajo el cual se aplican las reglas de la investigación penal, las pruebas, la argumentación y que incide naturalmente, en las penas que se imponen.⁸ A pesar de todo el desarrollo evolutivo que la materia ha tenido, lo cierto es que la teoría penal tiene algunos principios que se han mantenido inamovibles a lo largo del tiempo y que, incluso, forman parte de la misma esencia del ámbito penal.

La manera común de entender el hecho ilícito desde el derecho penal, es el delito como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible⁹ que recae en la imputación individual. En ese sentido, el delito es investigado bajo conceptos de autoría de diversos grados que buscan sancionar a personas en lo individual por los actos que realiza. El tipo de investigación que se realiza entonces es por conducta antijurídica y respecto a la actuación de una persona.¹⁰

Esta visión tradicional del delito ha resultado funcional para la investigación de delitos comunes que suceden de manera aislada, incluso cuando se cometen en gran número, como el robo, ya que no responden a un problema estructural o sistemático, sino que parte de la premisa de tratarse de un fenómeno excepcional, sin embargo, no resulta útil para la investigación de delitos complejos como los delitos de Estado. El problema no es que la visión tradicional de los hechos delictivos no funcione per se, sino que debe ajustarse a la configuración del delito que se busca investigar, es decir el enfoque.

⁸ Ferrajoli, Luigi. "El Derecho Penal Mínimo", en *El Derecho Penal Mínimo*, en Neopanopticum, Artículos de Derecho, Criminología y Ciencias Sociales, publicado el 6 de julio de 2006, disponible en: <https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-minimo-l-ferrajoli/>

⁹ Calderón Martínez, Alfredo. *Teoría del Delito y juicio oral*. En *Juicios Orales No. 23*. 2ª reimp. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015, p. 3.

¹⁰ Dentro de un solo delito se pueden investigar a diversas personas por los actos ejecutados por cada persona, es decir, su nivel de involucramiento en la comisión del delito.

2.1. La lógica de la imputación personal y concreta

Tal como se ha desarrollado la teoría del derecho penal, es necesario identificar a la persona que comete el acto y aplicar una sanción con fines, inhibitorios o disuasorios así como medidas de restitución a la persona afectada. Tradicionalmente, la pena recae directamente sobre la persona que realizó la conducta sancionada por la ley, es decir, bajo esta lógica, debe fincarse una responsabilidad y de modo que solo puede recaer en el individuo que cometió el crimen.

Ahora bien, para pensar en la imputación de la responsabilidad penal desde la teoría del delito se exige el elemento de la culpabilidad para que la conducta típica y anti-jurídica le sea reprochable.¹¹ Esto importa en tanto que una pena no puede imponerse a una persona por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto pueda atribuirse el hecho al autor como hecho suyo!¹² La demostración de la culpabilidad en la realización de la conducta antijurídica y típica, tiene como consecuencia que el Estado haga uso de su poder punitivo y aplique la pena correspondiente a la persona que resulte responsable.

Así, de manera tradicional, el derecho penal se ha desarrollado bajo una lógica de imputación individual y a pesar de que los marcos normativos penales señalan distintos niveles de autoría en la comisión de un delito, que no implican necesariamente la acción directa, al final, el resultado jurídico siempre son penas individuales.

La imputación de responsabilidades individuales siempre es por hechos particulares, bien definidos y comprobados. En esa lógica, el imputado durante un procedimiento penal, cuenta con el derecho a conocer en forma cierta y concreta el hecho o los hechos que se le atribuyen, la circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se imputa su ejecución y la forma de participación en los mismos. De modo que, cuando se está frente a un acto de consumación compleja (como los delitos de Estado o macro crímenes), el sistema penal procede a dividir el acto y la interacción colectiva en unidades constituidas por acciones concretas y que permitan la imputación particular y específica de sus partícipes. Sin embargo, en este tipo de delitos complejos la responsabilidad no puede analizarse de manera aislada, sino precisamente en atención a su relación con el resto de las partes que intervienen, ya sea en la ejecución directa del acto o en la implementación y mantenimiento de la estructura que lo permite.

¹¹ Franco Looor, Eduardo y otros. *Las teorías del delito*, Facultad de Medicina de la Universidad de Córdoba, 2013, disponible en: http://sistemaucem.edu.mx/bibliotecavirtual/oferta/licenciaturas/criminologia/CRIM1102/las_teorias_del_delito.pdf

¹²García Caveró, Percy. *La imputación subjetiva y el proceso penal*, ponencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto de 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/1017/961>

En ese sentido, la lógica individualista y de fragmentación no resulta útil para resolver el problema de persecución y de funcionamiento del Estado en este tipo de delitos –delitos de Estado–. Lo que analiza el sistema penal así visto, son actores y acciones divididas que no se corresponden con la realidad existente y que no son útiles para combatir, prevenir y mejorar la futura actuación Estatal.

Como se decía, el problema con esta perspectiva de imputación, es que mantiene una concepción del delito como un hecho excepcional y aislado cometido por “malas personas” para afectar a una víctima determinada. Sin embargo, la realidad nos demuestra que dichas formas de comisión del delito son sólo una parte del problema de seguridad pública del país y que es necesario atender las nuevas formas de organización y comisión delictiva para enjuiciar adecuadamente a los responsables, garantizar la reparación de los daños y de generar y adoptar las medidas que garanticen la no repetición.

Ahora bien, es necesario hacer una pausa para atender una teoría que fue estudiada durante el siglo pasado que se desapega de estas características esenciales del derecho penal para intentar encuadrar conductas penales que no necesariamente recaen en una persona, o que por sus características resulta difícil enjuiciar de manera individual como el derecho penal tradicional lo hace. Se trata de la teoría de la responsabilidad penal de personas jurídicas, que ya se ha considerado en la práctica en algunos países como Francia y México¹³

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está principalmente asociada a estructuras empresariales en donde los delitos que se cometen son de naturaleza económica. La literatura que se ha construido al respecto, sin dejar de ser altamente controvertida, ha delimitado dos tipos en donde se puede ver una especie de conexión entre la persona jurídica y el hecho delictivo.

En el primero de ellos se crea a esta persona ex profeso para la actividad delictiva, en este caso se ha considerado que se puede acudir al sistema penal tradicional, como lo hemos visto anteriormente, para decretar las responsabilidades individuales a quienes ejerzan la responsabilidad de dicha sociedad. En el segundo de los casos se trata de una persona jurídica creada para fines lícitos pero en donde se hace uso de la estructura para que, de manera paralela se realicen una o varias transgresiones legales como los delitos. Son estos casos en donde se considera que las soluciones tradicionales pueden no ser adecuadas. En ese sentido, el castigo de personas individuales puede conducir a una opción en donde ambos extremos resulten insatisfactorios; a saber: *o la responsabilidad solo alcanza a los individuos que conforman los eslabones últimos en el proceso de decisiones, o bien la infracción corre el riesgo de quedar impune, porque nadie reúne con su conducta los requisitos exigidos para imponer sanción penal.*¹⁴

¹³Tal como lo prevén los Códigos Penal de nuestro país y el Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹⁴Cesano, José Daniell y Balcarce, Fabián. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la república de Argentina. En ADCP. Vol LVI. 2003. P. 358. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net>

La teoría de la responsabilidad penal de personas jurídicas, resulta de utilidad en el estudio de los delitos de Estado, ya que ha identificado algunas complicaciones que surgen al intentar romper el esquema de imputación individual del derecho penal tradicional.

- **Problemas de carácter procesal:** Por las condiciones en las que normalmente se realizan las conductas delictivas en estructuras empresariales, en donde reinan criterios de división del trabajo, existen altas probabilidades de caer en situaciones de impunidad, pues se complica la detección y evidencia para probar la responsabilidad, pues la división del trabajo imposibilita que a una sola persona se le pueda atribuir la conducta antijurídica.
- **Problemas de carácter sustantivo:** Pueden existir problemas de fondo en la misma configuración de los delitos, por ejemplo aquellos que son considerados especiales o los que exigen la concurrencia de elementos subjetivos.

Como mencionamos anteriormente, si bien es una teoría que ya tiene algunas décadas en construcción, no deja de contar con grandes e importantes críticas sobre la dificultad de establecer responsabilidad penal no individual, que al final, como una de las respuestas que da esta teoría, vuelve a recaer en la instauración de penas individuales atendiendo al tipo de conducta. O bien, las sanciones implican sanciones económicas, teniendo como referencia que la mayoría de los delitos que se consideran en este ámbito, son justamente delitos económicos.

Se trata de un primer intento de salir del esquema de imputaciones individuales que conviene tener en cuenta para el análisis de qué elementos podrían funcionar cuando pensamos en delitos que se configuran en el seno de una estructura que lo posibilita. Como sea que se estudie la imputación de los delitos, ya sea desde la perspectiva individual o colectiva, lo cierto es que se trata de fenómenos que por su finalidad ilícita, generan daños importantes a la sociedad, a veces impactando directamente en la vida de las personas y a veces afectando las circunstancias en las que se desenvuelven. De ahí que el Estado deba intervenir en el combate a esas acciones, como garante del orden social, creando y aplicando leyes que prevengan y sancionen con efectividad esas conductas, es decir, aplicando las normas del derecho penal.

Sin embargo, es importante reconocer que las formas tradicionales de investigación, enjuiciamiento, sanción y reparación, parecen insuficientes frente a estas nuevas formas de criminalidad, ya que al ser fenómenos complejos la identificación de las conductas, los actores y la manera en que les debe ser atribuida responsabilidad varía a la de los fenómenos delictivos tradicionales y exigen, por lo tanto, de un derecho penal que se adecue a la complejidad y con la flexibilidad suficiente para aplicarse a estas nuevas formas de irrupción del orden público, de modo que permitan sancionar esos delitos y evitar su solapamiento o impunidad.

El gran problema es que este tipo de perspectivas –de imputación individual y concreta– no nos permiten identificar distintos tipos de configuración del delito, y mucho menos brinda otras posibilidades de métodos de investigación que puedan ajustarse a estos delitos que se generan a escala, que son sistemáticos, que son generalizados y que utilizan estructuras estatales para ello, lo que nos obliga a replantear el funcionamiento del derecho penal y sus finalidades.

Repensar el derecho penal implica entonces, identificar aquellos desafíos que imponen las nuevas formas de criminalidad compleja, no solo para caracterizarla y nombrarla, sino también para investigar, juzgar, sancionar y reparar adecuadamente tales formas de criminalidad y sus efectos.

2.2 La perspectiva tradicional en la persecución y sanción de los delitos

El estado actual de la procuración de justicia resulta poco esperanzador para la sanción de los delitos que en general se cometen en nuestro país, pero es aún más grave la deficiencia cuando deben enfrentarse delitos que exceden las formas de comisión simple y se manifiestan como delitos complejos, sistemáticos y/o generalizados, como los delitos de Estado. Desde esta perspectiva es posible advertir dos de los problemas de la investigación de los delitos que contribuyen a la impunidad de los *delitos de Estado*: 1) las deficiencias funcionales de las fiscalías (relacionadas con la falta de recursos, falta de preparación, falta de voluntad, etc.), y; 2) el enfoque tradicional de la investigación penal que resulta insuficiente para la apreciación de fenómenos complejos.

Las deficiencias que presenta la investigación de los delitos resultan por si mismas graves para la garantía de un Estado de Derecho, sin embargo, impactan de manera diferenciada y aún más gravosa en el caso de delitos complejos. Por ejemplo, es sabido que habitualmente los agentes del Ministerio Público y policías trasladan la carga de la prueba del delito y de la identificación de los responsables a las víctimas o sus familiares,¹⁵ de modo que una investigación penal acompañada o en la cual la víctima está presente, tiene muchas más posibilidades de prosperar que una investigación que no lo esta; sin embargo, en el caso de delitos complejos la víctimas suelen ser o difíciles de identificar (por ser delitos que dañan a las instituciones) o un grupo muy amplio de víctimas con dificultades para organizarse, por lo que la investigación de este tipo de delitos, salvo los impulsados por organizaciones de la sociedad civil, suelen quedar rezagadas y relegadas a un lugar no prioritario.

15 Human Rights Watch. México, Eventos de 2015, Humans Rights Watch, disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2016/country-chapters/285507>

Actualmente las instancias de procuración de justicia en nuestro país enfrentan otros problemas que enfatizan las dificultades para la realización de la investigación de delitos complejos, como los delitos de Estado, siendo uno de los más importantes el relacionado con las arraigadas usanzas que buscan encausar los procesos de investigación a través de diligencias “litúrgicas” o “sacramentales”, es decir, actuaciones que se realizan de forma poco reflexiva o analítica en atención a costumbres y prácticas profundamente arraigadas en el actuar ministerial pero que no guardan una relación de utilidad con la investigación de los hechos. En esas condiciones, las fiscalías están concentradas en el cumplimiento de requisitos formales más que en la solución del problema planteado por el hecho delictivo.

El reciente cambio de sistema penal, hacía uno de corte acusatorio, agrava esas deficiencias de actuación, pues si bien antes bastaba con la realización de las diligencias de investigación marcadas según la costumbre, actualmente se requiere de una labor investigativa mucho más estratégica y convincente que sea útil para procesar y sancionar a las personas responsables.

Las evaluaciones de los sistemas de lucha contra la criminalidad han hecho ya énfasis en las carencias analíticas de los aparatos investigadores en lo que concierne a la capacidad de identificar y procesar información de diferentes casos, que debería encontrarse encaminada a la detección de relaciones y patrones de fenómenos criminales u organizaciones delictivas.¹⁶

El derecho penal tradicional indica que la investigación penal de los delitos debe realizarse de forma simplificada, es decir, haciendo un análisis del modo, tiempo y lugar de **un hecho** específico, aislado del resto de los fenómenos sociales, para estar en posibilidades de imputar adecuadamente responsabilidades individuales por el delito cometido. Sin embargo, ello representa un obstáculo significativo para la persecución y sanción de delitos de carácter sistemático, generalizado o de macro criminalidad así como para evidenciar la relación que guarda el hecho delictivo con otros.

En ese sentido, la investigación penal debe ser capaz de indagar en dichos elementos de la complejidad, así como ser capaz de perseguir delitos que, aunque se constituyan como delitos distintos a los inicialmente perseguidos, forman parte del mismo fenómeno delictivo, tal como ocurre en este caso con los delitos de Estado. La complejidad actual de las organizaciones delictivas, obliga a observar e interpretar los delitos no sólo como hechos aislados o excepcionales, sino bajo la sospecha de que pueden ser parte de sistemas complejos o redes de criminalidad en los que se encuentran involucrados tanto sujetos particulares, como empresarios o agentes del Estado, cuando se presenten ciertos elementos que permitan dicha presunción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en la debida diligencia en la investigación y en los procesos penales debe encontrarse dirigida tomando en cuenta “la complejidad de los hechos, el contexto en que ocurrieron y los patrones que explican su comisión, evitando omisiones en la recabación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación.”¹⁷

¹⁶ La Rota, Miguel Emilio y Carlonia Bernal, Experiencias de los países de América Latina en la investigación de los delitos complejos. DeJusticia, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, Bogotá, abril de 2012, disponible en http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2042/Experiencias-comparadas_Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹⁷ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 158

Por otro lado, es posible identificar un problema de graves consecuencias en el enfoque que mantienen las investigaciones penales consistente en el encasillamiento que, desde inicio se hace del hecho delictivo en una conducta típica.

En ese sentido, al tener conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, las fiscalías y ministerios públicos registran la investigación bajo el encuadramiento del hecho en un tipo penal, por ejemplo: robo, fraude, extorsión, abuso sexual, etc., incluso, dependiendo del tipo penal, la investigación del hecho puede ser enviada a la fiscalía especializada según el delito de que se trate.

El problema no es en sí misma la clasificación previa del hecho, sino que dicho encasillamiento limite el análisis de los hechos y la investigación penal. Si bien es cierto que la clasificación provisional de los hechos permite guiar legalmente la investigación –determinando que elementos es necesario ir acreditando–, también lo es que esa clasificación debe ser de tal forma flexible y adaptable que permita la persecución de hechos de distinta naturaleza a los que se analizan inicialmente, pues es posible que conforme avanza la investigación se vayan descubriendo nuevos hechos que deban perseguirse y sancionarse por las autoridades penales.

Es importante recordar que de conformidad a los previstos en distintos ordenamientos de nuestro sistema jurídico, el Ministerio Público tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal a través de la cual imputa **hechos delictivos** que derivan de su investigación ministerial, correspondiendo al juez de control otorgarles la **clasificación jurídica**. Así puede verse en el texto del propio Código Nacional de Procedimientos Penales:

Artículo 316. Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso.

El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, el Juez de control podrá otorgarles una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa.

En esas condiciones la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha referido, desde el sistema anterior, que cuando la constitución emplea la palabra delito o hecho delictivo en su artículo 19, “debe entenderse no en el sentido literal del nombre con el que se denomina al hecho delictuoso (en su clasificación legal), sino como el conjunto de hechos materia de la consignación”¹⁸. Esta precisión resulta sumamente importante para efectos de la investigación de delitos complejos como los delitos de Estado, dado que es muy probable que la investigación se inicie por un hecho simple u ordinario y que, dadas las características que presenta luego sea necesario ampliar el hecho a investigar para sancionar adecuadamente el uso de estructuras destinadas para el funcionamiento del estado. Adicionalmente, al tratarse de delitos complejos que involucran muchos actos, muchas personas y distintos momentos, debe mantenerse la posibilidad de tener

¹⁸ Así se señala en la tesis de rubro: RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. CUANDO EL JUEZ DE LA CAUSA DICTA SENTENCIA POR UNO DIVERSO AL CONTENIDO EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, TENIENDO COMO BASE LOS MISMOS HECHOS, NO VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Con datos de localización: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Junio de 2003, Materia(s): Penal, Tesis: 1a. XXVI/2003, Página: 200, Registro: 184032

que imputar delitos distintos a quienes actúan como coautores o partícipes en esos delitos –por ejemplo, en caso de que una persona sea servidora pública y la otra, particular–.¹⁹ Debido a ello se enfatiza que el ministerio público **investiga hechos, no delitos**.

En esas condiciones, si se desea que el derecho continúe siendo un conjunto de normas que busca regular la actividad humana para que las sociedades vivan en armonía, entonces debe ser capaz de establecer las herramientas necesarias para enfrentar las dinámicas evolutivas de las sociedades. No podemos admitir que el derecho se base únicamente en elementos estáticos e inamovibles, sino que se debe pensar como un conjunto de reglas, principios, disposiciones y figuras jurídicas que permitan dar respuesta a la actividad humana. Todo esto, dentro de un marco de respeto a los derechos humanos y atendiendo a las reglas de un Estado social-demócrata, en el caso mexicano.

La actualización del derecho y su adecuación a las nuevas situaciones y conflictos planteados por la sociedad, cobra especial relevancia cuando se considera su función desde el derecho penal. Esta vertiente del derecho busca proteger los bienes jurídicos que son importantes para las personas, tanto en lo individual como en lo colectivo, sancionando a los responsables, reparando los daños ocasionados y previniendo, a través de la pena, la comisión futura de otros delitos, garantizando a las personas el goce efectivo de sus derechos.

Cuando el derecho penal y el sistema de justicia –procuración y administración– no se adecuan a la realidad, se incurre en un grave riesgo de fomento y tolerancia a la impunidad de delitos que, por rebasar las formas tradicionales de investigación y enjuiciamiento, son inalcanzables para la justicia penal. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, uno de los problemas más serios de la administración de justicia en Latinoamérica, es la impunidad y pone en riesgo la vigencia del Estado de Derecho.²⁰

¹⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Temis, Bogotá, 2010, P. 76
²⁰ CIDH, "Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú", OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev, 2 de junio 2000, capítulo

2.3 Posibilidades de aplicación del derecho penal para la investigación de delitos de Estado

Si bien el enfoque de la investigación y las herramientas que utiliza para el esclarecimiento de los hechos y la persecución de delito, es de gran importancia en la lucha contra la impunidad y el desmantelamiento de las redes delictivas, es igualmente importante la identificación y el dominio de las herramientas jurídicas que nos otorga el ordenamiento jurídico penal mexicano para la persecución y sanción de los partícipes en estos crímenes.

Al abordar los temas de investigación de delitos de Estado u otros tipos de delitos complejos, pocas veces se hace referencia a la necesidad de definir los tipos de participación y los tipos delictivos que pueden ser aplicados a los hechos delictivos, sin embargo, no es un tema menor, por el contrario, la falta de claridad sobre ello puede ser una de las causas de la escasa persecución de partícipes indirectamente relacionados o a hechos ilícitos que se encuentran tipificados como delitos distintos.

En esas condiciones, resulta oportuno exponer con claridad dichas herramientas y cómo pueden aplicarse para la adecuada atención –investigación y enjuiciamiento– de los delitos de Estado. Actualmente, las imputaciones realizadas por las conductas que hemos clasificado como delitos de Estado, se circunscribe a la asignación de responsabilidades individuales a servidores públicos por la comisión de actos, cuando éstos son evidentemente delictivos, ya sea por su acción u omisión directa. Sin embargo, se limitan a la persecución única de los ejecutores materiales de las conductas, es decir, quienes traficaron ilícitamente con recursos, quienes ejecutaron materialmente una desaparición o ejecución extrajudicial, sin que los niveles de análisis de la responsabilidad penal suban por la estructura Estatal para la persecución integral del hecho.

Esto se debe, por una parte, a la escasa voluntad o desconocimiento de las fiscalías de las distintas formas de autoría y participación que de conformidad a la teoría del delito –y así reconocidas en nuestros códigos penales– pueden actualizarse cuando hay concurso de personas en la realización de uno o varios hechos delictivos;²¹ y, por otra parte, debido a la superada tipificación de conductas omisivas atribuibles a personas del servicio público.

²¹ Ojeda Bohórquez, Ricardo. *Hacia la modernización del sistema penal*. INACIPE, México, 2009.

Sin duda, estas formas de definición de participación y asignación de responsabilidades, no son suficientes para sancionar íntegramente a los partícipes ni para ordenar medidas de reparación que garanticen la utilidad de la función preventiva del derecho penal. En ese sentido, es necesario comprender y aplicar de forma correcta las herramientas de imputación de responsabilidades que permitan la persecución y sanción de este tipo de delitos en atención a sus formas de complejidad.

Formas de participación²²

Los *delitos de Estado*, tal como han quedado definidos en apartados previos de este documento, implican una ejecución compleja, es decir, implican diversas acciones o resultados que son tarea para más de una persona. De conformidad a la técnica penal y a las reglas que ha fijado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es indispensable que la fiscalía o el ministerio público identifique con precisión la forma de participación de cada una de esas personas cuando pretende imputar o acusar por un hecho delictivo –según las formas reconocidas por la normativa penal aplicable–, así como razonar por qué se estima acreditada esa forma de participación y señalar las pruebas que la demuestran.²³

Normalmente las formas de autoría y participación se consideran relevantes porque establecen sanciones diferenciadas para las personas involucradas, dependiendo de su forma de intervención. Sin embargo, desde la perspectiva que aquí se propone, las formas de autoría y participación resultan relevantes porque, con independencia de la sanción diferenciada o no que merezcan las personas involucradas en el hecho, representan un eslabón importante para combatir la impunidad de los *delitos de Estado*, pues sólo teniendo claras las características de cada una será posible perseguir y sancionar el delito en su integridad, superando la ficticia procuración de justicia que implica la sanción de “chivos expiatorios” y “eslabones más débiles” de las cadenas delictivas.

De acuerdo con Azzolini, una buena parte del problema de la investigación, procesamiento y sanción a los responsables por macrocrímenes, se relaciona con la falta de aplicación de la dogmática penal. La responsabilidad normalmente se centra en responsabilidades individuales de los autores materiales, dejando de lado a quienes ordenan, planean, permiten o participan de otras formas en la comisión de esos delitos sistemáticos o a gran escala.²⁴ Además de ello, la falta de aplicación de esas formas de participación ocasiona que las acusaciones realizadas sean incorrectas y que, con motivo de ello, no sea posible acreditar, en forma concreta, el grado de participación de la persona enjuiciada desembocando en la impunidad de las conductas delictivas.

²² Al abordar ese tema, es pertinente hacer una aclaración. Si bien es cierto que debido a la conformación federativa de nuestro país cada una de las entidades se encuentra plenamente facultada a emitir sus propios códigos penales y, en ese sentido, cuentan con libertad para establecer sus teorías formas de participación y responsabilidad, lo cierto es que el Código Penal Federal ejerce una fuerte influencia sobre dichas normativas, debido a ello, el análisis se realiza sobre la normativa penal federal.

²³ Tesis de jurisprudencia de rubro: CONCLUSIONES ACUSATORIAS. PROCEDIMIENTO A SEGUIR CUANDO SE FORMULAN EN CONTRAVENCIÓN A LOS ARTÍCULOS 292 Y 293 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (FALTA DE CITA DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL). Con datos de localización en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Octubre de 2001, Materia(s): Penal, Tesis: 1a./J. 53/2001, Página: 44, Registro: 188661

²⁴ Azzolini, Alicia. “Las bases de la responsabilidad penal en el ámbito internacional... op. Cit.

Debido a ello, resulta indispensable definir las formas de autoría y participación que la mayoría de los Códigos Penales de nuestro país reconocen, teniendo como parámetro de referencia las contenidas en el Código Penal Federal, así como la correspondencia de ellas con las denominaciones y delimitaciones derivadas de la teoría del delito, las cuales serán precisas para entender las distintas formas de intervención de las personas en los delitos de comisión compleja.

En esas condiciones, es preciso recordar que 1994 el Código Penal Federal (CPF) adoptó el criterio de "dominio funcional del hecho" para diferenciar y delimitar la responsabilidad entre autor y partícipe. De conformidad con dicha teoría, "el dominio del hecho lo tiene quien tienen en sus manos el sí y el cómo, se realizará el hecho; él es quien decide sobre la dirección del proceso causal hacia la consecución del resultado."²⁵

Esta teoría se vuelve útil cuando en el hecho delictivo interviene más de una persona, pues nos permite identificar, en un primer momento, cuáles deben ser investigadas, acusadas y sancionadas como coautoras y cuáles como partícipes.

El artículo 13 del Código Penal Federal, señala:

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización.
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII.- los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

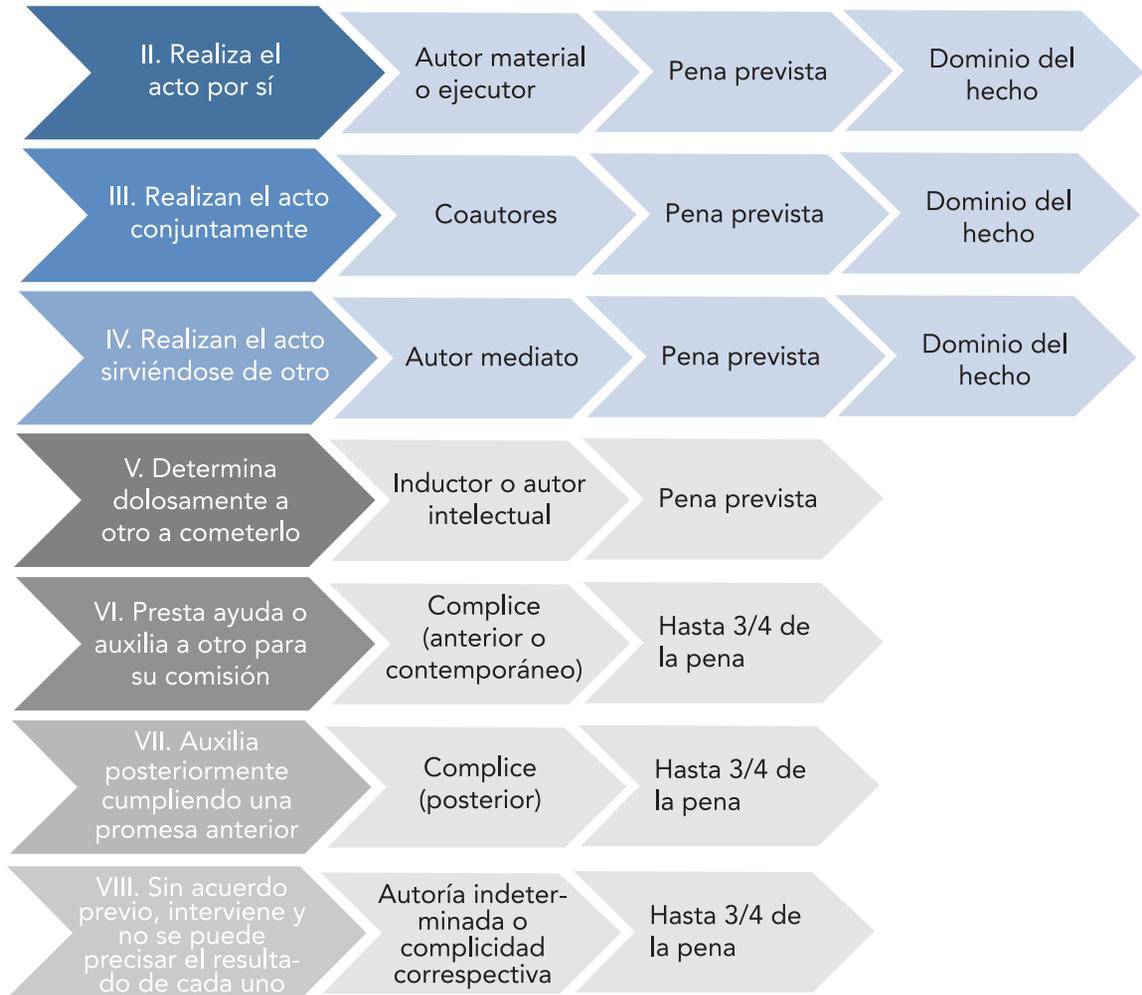
NOTA

En los delitos imprudentes o de comisión por omisión, no impera el criterio dominio funcional de hecho, ya que en estos casos lo que se imputa es el incumplimiento de un deber específico o el dominio de la acción imprudente que, por ser de esta forma no admite otras formas de participación, más que la autoría.

²⁵ Díaz-Aranda, Enrique, "Autoría y Participación en el Derecho Penal Mexicano", en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords.), Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Serie Doctrina Jurídica No. 393, IJ-UNAM, México, 2007, 495

Analizando estas formas de participación a la luz de las propuestas por la teoría del delito, debemos comenzar por señalar que dentro del concepto de autor quedan comprendidos el ejecutor (o autor material), los coautores y el autor mediado. En tanto que dentro del concepto de partícipes quedan comprendidos los inductores (o autores intelectuales), quienes ayudan o auxilian a la comisión de delito y los cómplices.

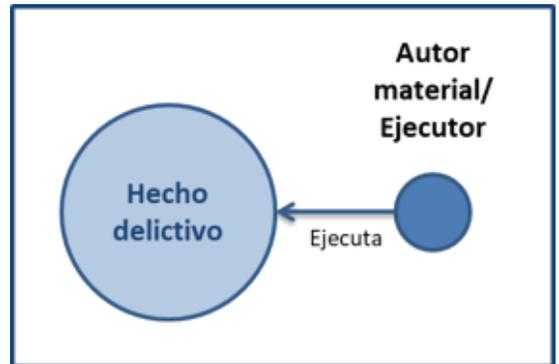
Veamos de forma gráfica la clasificación antes descrita*:



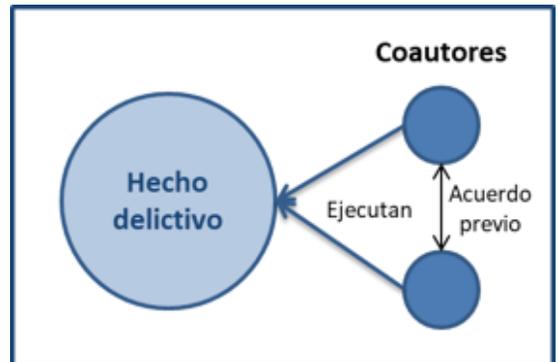
* En azul se muestran las formas de autoría y en gris, las formas de participación.

Ahora bien, definamos a qué se refiere cada una de las formas de autoría y participación previstas en dicho artículo:

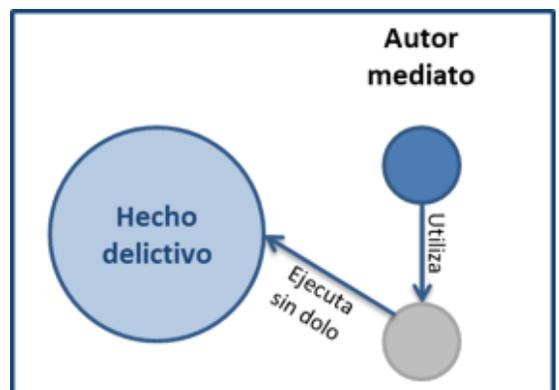
- La figura de **la autoría**, hace referencia a quien ejecuta la conducta delictiva por sí mismo, es decir, que es la persona que tiene el sí la decisión de detener o continuar hasta producir el resultado delictivo. Para que la autoría directa se estime acreditada, es necesario que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sin la intervención y decisión del ejecutor el delito no se cometería.



- **La coautoría** describe la participación de dos o más sujetos que mantienen el dominio del hecho de manera conjunta de modo que cualquiera de los coautores puede impedir la ejecución del hecho. Este tipo de autoría exige de una participación consciente y ejecutada en forma voluntaria la existencia de un acuerdo previo para la realización del delito y se actualiza aunque sólo algunos hayan realizado materialmente la conducta delictiva siempre que su participación contribuya de algún modo a la realización del delito.²⁶



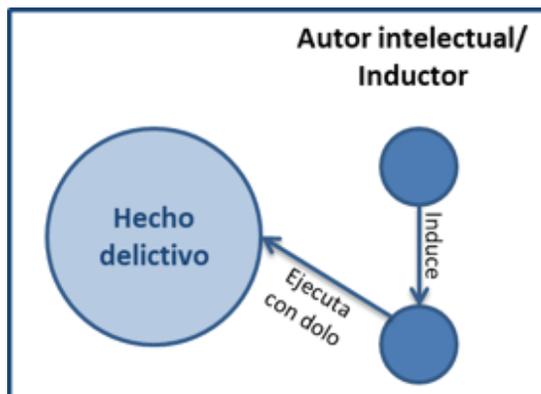
- **El autor mediato** es aquel que utiliza a otra persona para la ejecución del delito, es decir la utiliza como instrumento, no libre, para la obtención del resultado. Es muy importante apuntar que, en estos casos, el autor mediato es el que tiene el dominio del hecho, en tanto que la persona instrumentalizada no actúa típicamente, ya sea porque no controla sus acciones, por error de tipo o de prohibición o por alguna causa de exclusión de su responsabilidad.



²⁶ Muñoz Conde, Francisco, "Teoría General del Delito", Temis, Bogotá, 2010.

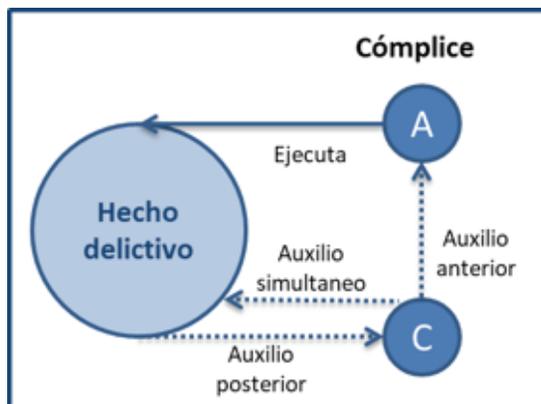
Sobre las formas de participación, de acuerdo con Enrique Díaz-Aranda la participación también puede realizarse por omisión. Para que una forma de participación distinta a la autoría se actualice, es necesario que la conducta sea en sí misma delictiva y que sea dolosa, es decir, con la intención de cometer la conducta.²⁷ La participación, puede definirse en términos generales, como la conducta de aquella persona que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor.²⁸

- De acuerdo con la jurisprudencia mexicana el **inductor o autor intelectual** se identifica con el autor intelectual, es decir, como la persona que determina a otra a ejecutar una conducta delictiva.²⁹ Esta forma de participación, sólo será sancionable cuando la conducta del inductor impulsó la comisión del delito, de modo que no basta una simple proposición o consejo³⁰. Como herramienta para la demostración de la influencia que se ejerce sobre la persona ejecutora del delito, se han utilizado la acreditación de manifestación de promesas, ofrecimiento de dinero, que consigan que el sujeto realice el delito.³¹



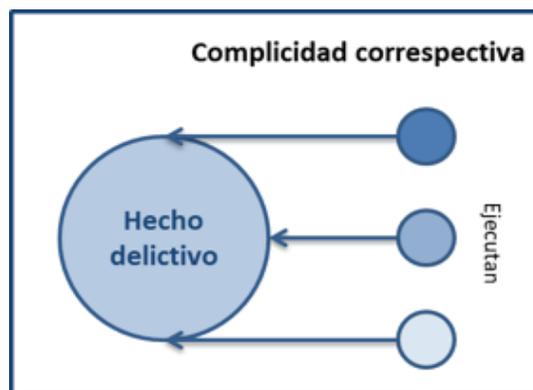
- La **complicidad**, define la forma de participación de una persona que presta ayuda para la comisión del delito, **anterior, simultánea o posteriormente**, pero que no pueden ser considerada como coautoría. Se estima que la acción debe ser importante para el delito pero no esencial, por ejemplo, acelerando, asegurando o facilitando la ejecución del hecho.

Es importante mencionar, que este tipo de participación cabe en los delitos de comisión por omisión, cuando contribuye o facilita el delito.



²⁷ Díaz-Aranda, Enrique, "Autoría y Participación en el Derecho Penal Mexicano", Op Cit.
²⁸ Muñoz Conde y García Arán, "Derecho penal, Parte General", 4ª edición., Valencia 2000, p. 496
²⁹ Es importante distinguirla de la coautoría, ya que los límites de la responsabilidad de cada una, son distintas. El coautor responde por los delitos cometidos y no acordado durante la ejecución del delito y el autor intelectual no, solo responde por los delitos concebidos e instigados.
³⁰ Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Marzo de 2005, Materia(s): Penal Tesis: III.2o.P.149 P, Página: 1151, Registro: 179002
³¹ Aunque el artículo 13 del CPF señala al autor intelectual o inductor la misma pena que merece el ejecutor o autor material, ello no debe confundir su naturaleza como forma de participación, ya que la acción del inductor no es principal, sino accesoria y se encuentra condicionada por los actos que realiza el ejecutor. Véase Muñoz Conde, Francisco, "Teoría General del Delito", Temis, Bogotá, 2010.

- La **complicidad correspectiva** se actualiza, cuando una persona sin acuerdo previo con otra, interviene en la comisión del delito, cuando no pueda definirse el resultado que la conducta de cada uno generó.³²



Estas distinciones en la forma de participación tiene un impacto importante en la investigación y la sanción de los *delitos de Estado*, pues sólo distinguiendo la forma en que interviene cada uno de los partícipes –ya sean quienes idean, ejecutan o coadyuvan en el acto o de forma posterior a él–, será posible imputar adecuadamente la forma de su participación.

Muñoz Conde advierte una dificultad adicional en la imputación de delitos en los que se encuentran involucrados servidores y funciones públicas, dado que suelen tipificarse delitos especiales para los que es necesario tener la calidad de servidor o funcionario público, entonces ¿qué pasa cuando en la comisión de un delito especial se involucra en forma de coautor o partícipe un particular que no cumple con la característica especial prevista para el sujeto por el tipo delictivo? De acuerdo con Muñoz Conde, dicho cuestionamiento se responde de dos formas:

1. Si existe autoría y participación (ya sea que el autor sea el funcionario y el partícipe, el particular, o viceversa) se deberán aplicar las sanciones previstas para el delito cometido por el autor. En ese sentido, el particular responderá en calidad de partícipe por el delito especial que se actualice, aún y cuando no tenga la calidad requerida para el sujeto activo, así como a la inversa (principio de unidad del título de imputación).
2. Si existe coautoría y la conducta puede encuadrarse como delito especial y delito ordinario, cada uno responderá del delito del que cada uno sea autor. Por ejemplo, mientras el servidor público es responsable de concusión,³³ el particular coautor puede serlo de extorsión o fraude.

³² Este tipo de participación es calificada por Jiménez de Asúa como "muchedumbre delincuente", para hacer referencia a la reunión desorganizada y transitoria de personas que cometen un delito, tal es el caso de los saqueos de supermercados recientemente registrados en nuestro país o de los linchamientos, que también son frecuentes. Cita en Amuchategui Requena, Griselda. Derecho Penal.

³³ Artículo 218 (CPF).- Comete el delito de concusión: el servidor público que con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento, exija, por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la Ley.

La mayoría de las labores de investigación y enjuiciamiento de los delitos complejos en nuestro país, tienen por finalidad la imputación de una autoría directa, lo cual se estima no se debe a que no se acrediten otras formas de participación, sino al desconocimiento de las maneras en que ellas se actualizan y se acreditan.

Muñoz Conde ha sido claro en identificar un problema en la definición de responsabilidades cuando las personas participes interviene en organizaciones en la que se diseña un plan conjunto de acción. Especialmente cuando lo participes no intervienen directamente en la ejecución de los delitos en concreto, sino que asumen el control o dirección de su realización, problemas que se presentan tanto en organizaciones con finalidades claramente constitutiva de delitos, como en delitos económicos, medioambientales o de la función pública.³⁴

A partir de los problemas jurídicos que planteó la segunda guerra mundial, los teórico penalistas comenzaron a identificar la necesidad de formular una teoría de autoría y participación que resultara útil para sancionar a quienes cometen delitos valiéndose de sus posiciones de poder o a través de los aparatos organizados que el poder político les provee. De acuerdo con posturas de diversos autores, existen diversas formas de acercarse allá responsabilidad de las personas que se involucran en la comisión de delitos complejos, como los delitos de estado, las cuales podemos resumir de la siguiente forma:

- Claus Roxín expuso que la **autoría mediata** era una forma de autoría útil para la imputación de responsabilidades a funcionarios estatales, quienes sin haber intervenido directamente en la ejecución de los hechos dominan su realización valiéndose de todo un aparato de poder de organización estatal.³⁵ Para que esta forma de autoría pueda ser debidamente aplicada en estos casos, es indispensable acreditar que la posición del autor mediato en el aparato de poder, le permitió controlar o dominar los hechos que ejecutan el delito.³⁶

Un elemento esencial para la actualización de esta forma de participación³⁷ es la “fungibilidad” de la persona que ejecuta el hecho, para Roxin, este elemento demuestra que la persona actúa como instrumento, al punto que pueden ser sustituidas por otras, sin que por eso fracase el resultado final.

- Por su parte Muñoz Conde advierte que la teoría desarrollada por Roxín puede ser útil para el enjuiciamiento de personas que se sirven de los aparatos del estado, pero no en casos de organizaciones criminales o cuando la institución no funciona basada en principios de jerarquía, obediencia ciega y disciplina –como los regímenes militares o totalitarios–. Para este autor, la

³⁴ Muñoz Conde, Francisco, Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, Revista Penal.

³⁵ Idem.
³⁶ En Argentina, la Corte Suprema se sirvió de esta teoría para fundamentar la condena de los Generales de la Dictadura de Videla. Tribunal Supremo de Alemania en una sentencia trascendental se sirvió de esta teoría para fundamentar la responsabilidad de los Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana por los disparos realizados en el Muro de Berlín por los Guardias Fronterizos contra las personas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania. Tribunal Regional de Berlín, veredicto de 26 de julio de 1994, 5 StR 98/94, BGHSt 40 218 - Persecución indirecta de altos funcionarios de la RDA.

³⁷ La cual ha sido duramente criticada en atención a que tradicionalmente la autoría mediata exige que la persona instrumentalizada carezca de intención delictiva (dolo), en tanto que en el caso de delitos de agentes estatales, tanto los mandos superiores como los ejecutores son conscientes y actúan con voluntad en la comisión del o los delitos

figura aplicable en estos casos –en los que el o los principales responsables no están presentes en la ejecución– es el de coautoría, ya que esta figura permite otras formas de realización conjunta del delito que no implican la intervención necesaria de los coautores en la ejecución, lo importante para la acreditación de esta forma de participación, es el dominio del hecho que el coautor tiene sobre la realización del delito y no su participación directa en la ejecución material.³⁸

- Finalmente, este mismo autor reconoce una última forma de responsabilidad imputable a quienes utilizan para delinquir una organización empresarial u otra parecida y que opera, aparentemente, en apego a la ley. En estos casos, se estima que la forma de participación acreditada de quienes orquestan la comisión del ilícito es la de autoría mediata, ya no por la fungibilidad del ejecutor –que en varios de esos casos no es fungible por requerir de conocimientos técnicos o especiales–, sino a la luz de la teoría tradicional de la autoría mediata, es decir, que dicha forma de participación se acredita porque los directivos o superiores jerárquicos inducen a actuar al ejecutor a través de un error u otro vicio de la voluntad que impide que el ejecutor tenga conocimiento, incluso, de que se trata de una actividad criminal.

Es claro que existen diversas formas en las que puede analizarse la autoría y participación en los delitos complejos y que ya existen varios esfuerzos por definir la forma en que deben ser imputadas las conductas. Cualquiera de las recién expuestas puede resultar aplicable a la investigación y enjuiciamiento de delitos de Estado, dependerá de las características del hecho delictivo que se decida perseguir y enjuiciar.

En esas condiciones, resulta necesario que el personal encargado de la investigación de los delitos de Estado se encuentre adecuadamente instruido en esta materia para que, definida la forma o formas de participación, se avoque a reunir los elementos que acrediten el delito y la responsabilidad en los términos que el respaldo teórico exige y, de ese modo, evitar acusaciones incorrectas y un estado de impunidad.

Ejemplo de definición de autoría

Es probable por ejemplo, que el delito de ejecución extrajudicial en el que interviene la estructura militar se actualice la autoría mediata en los términos propuestos por Roxín; en tanto que en casos de abuso sexual infantil reiterado en instancias escolares del Estado y cuya operación es facilitada y planeada por quienes ostentan cargos superiores en la administración escolar, se actualice la coautoría; y, en casos de desvío de recursos públicos, donde los superiores planean y ordenan la ejecución de actos aparentemente dentro de la legalidad a sus subordinados que desconocen la finalidad de los actos que ejecutan, se actualice la autoría mediata en términos tradicionales.

³⁸ Muñoz Conde, Francisco, Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, Revista Penal.

Formas de sanción relacionadas con la participación

La correcta aplicación de esas formas de participación y la explotación de sus posibilidades fácticas son verdaderamente importantes para la persecución de delitos de Estado, sin embargo, no debe perderse de vista que los órganos legisladores han establecido tipos penales autónomos para sancionar conductas y formas de participación que, de otro modo, serían muy difíciles de perseguir.

Particularmente, es posible advertir que han existido esfuerzos de los legisladores nacionales para prever herramientas que sean útiles para el combate a la macrocriminalidad y demás delitos complejos, a través de la adopción de figuras delictivas como la delincuencia organizada y la pandilla, la primera prevista como un delito autónomo y la segunda como una agravante.

De acuerdo con la Ley Contra la Delincuencia Organizada, este delito se encuentra tipificado de la siguiente forma:

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

- I. Terrorismo...
- II. Acopio y tráfico de armas...
- III. Tráfico de personas...
- IV. Tráfico de órganos..
- V. Corrupción de personas menores; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de; Asalto; Tráfico de menores y Robo de vehículos...
- VI. Delitos en materia de trata de personas...
- VII. Delitos en Materia de Secuestro...
- VIII. Contrabando...
- IX. Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos...

Los delitos a que se refieren las fracciones previstas en el presente artículo que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley.

Como se puede observar, ese tipo penal sanciona la simple organización para la realización de conductas delictivas, con independencia de que ellas sea hayan ejecutado o no. Ello ha provocado la crítica de teóricos y teóricas penalistas que estiman que dicha tipificación contraviene los principios fundamentales del derecho penal, que es violatoria de los derechos humanos y que no atiende a una política criminal adecuada para combatir la delincuencia.³⁹

Esa tipificación ha respondido, precisamente, a las dificultades que se enfrentan al momento de asignar un tipo de responsabilidad o participación a las personas que intervienen en la comisión de delitos cuando pertenecen a estructuras complejas de criminalidad.

Esta ha sido una tendencia que se ha insertado en la técnica legislativa y que ha permitido, de alguna forma, salvar la falta de destreza o conocimiento técnico para la imputación de formas de participación y es claramente visible en la tipificación de los delitos cometidos por servidores públicos, que en la mayoría de sus redacciones incluyen fórmulas como: “Todo servidor público que para su beneficio o el de una tercera persona” o “El servidor público que por sí, o por interpósita persona ...para sí o para otro”.

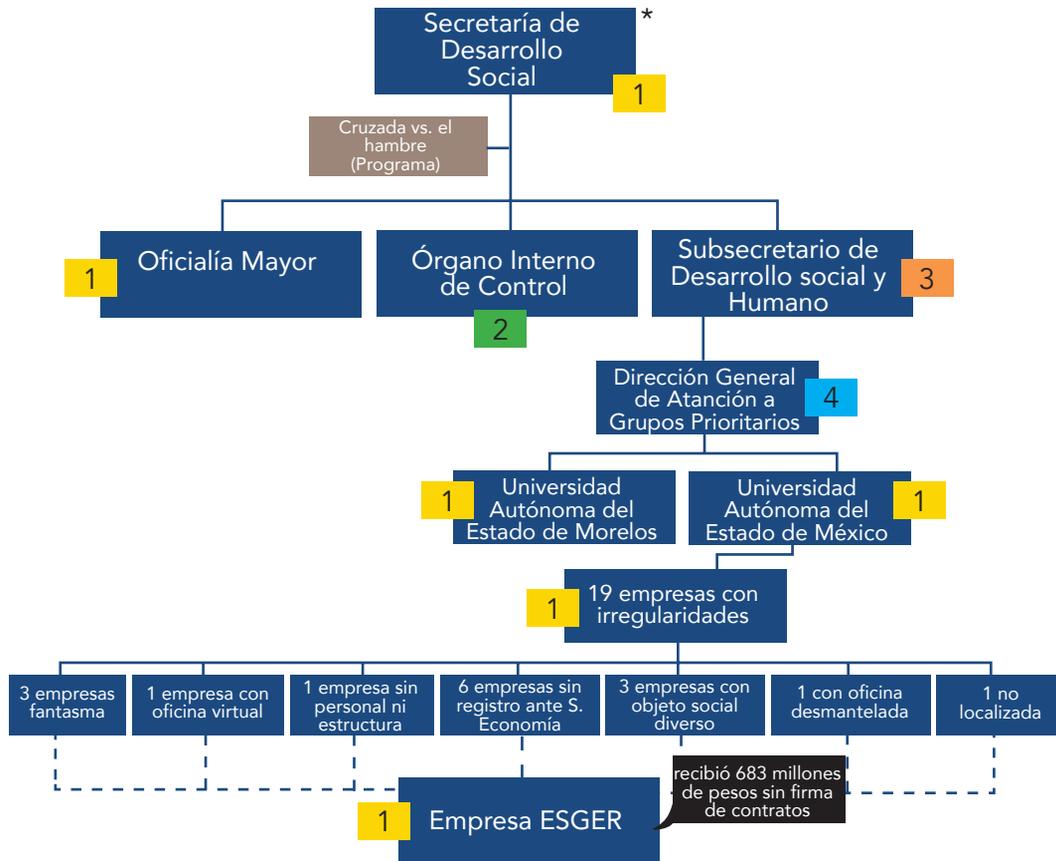
En ese sentido, dentro de la conducta se incluyen como formas de autoría las que serían propias de la coautoría, la autoría mediata y la autoría intelectual, lo que si bien facilita la asignación de responsabilidades penales, también contribuye al desconocimiento de las formas de participación establecidas en los Códigos Penales y a la impunidad de partícipes distintos a esas formas de autoría y de actos delictivos que no cuentan con esa redacción.

Más allá de las críticas realizadas a estos tipos penales, lo cierto es que este tipo de delitos o agravantes no suelen imputarse en los casos que hemos definido como delitos de Estado, pues se asume que la organización o reunión de los sujetos –en caso de que se admita la persecución de las distintas personas partícipes– deriva de las funciones y la estructura prevista por las propias normas jurídicas y no de una organización de hecho o reunión ocasional para delinquir. De ahí que, para la persecución y sanción de los delitos de Estado resulte vigente la importancia de conocer y aplicar las distintas formas de participación reconocidas por la ley y desarrolladas por la teoría penal.

Para concluir este apartado, se estima oportuno tomar como referente los hechos de defraudación expuestos en la investigación de la Estafa Maestra, pero ahora visto desde las funciones que en forma de acción y omisión realizaron las personas involucradas. Si en este caso el ministerio público decidiera guiar la investigación y realizar la acusación, dando por hecho que los indiciados tuvieron la misma forma de participación en los hechos, incurriría en una grave falta que ocasionaría la impunidad parcial del delito, ya que no es factible sostener que todos los involucrados actúan a modo de coautores.

³⁹ Tal es el caso de Díaz-Aranda, Amuchateguí Reuena y Franco Guzman.

En ese sentido, tomando la información contenida en la investigación realizada por el portal de noticias de Animal Político y solo de forma ejemplificativa, anticipando que se desconocen los detalles fácticos y probatorios del caso, se propone un esquema de atribución de responsabilidades que de forma previa, sería útil para la persecución del delito o delitos cometidos, con independencia de que durante la investigación las responsabilidades se esclarezcan de forma distinta.⁴⁰



*Si se toma en cuenta que este delito, además de demostrar una complejidad interna, es parte de un contexto que permite y facilita la realización de delitos similares en otras instituciones del Estado – como lo evidencia la investigación periodística en cita-, una mirada de delitos de Estado, debería ser capaz de ampliar la perspectiva de la investigación y las magnitudes del hecho a investigar

- 1.** Son coautores en virtud de que tienen el dominio del hecho, es decir que tienen bajo su mando la posibilidad de detener el delito pero deciden no hacerlo.
- 2.** Actúa como cómplice porque, conociendo la ilicitud del hecho, actúa (o en este caso, omite actuar) de forma importante para el delito pero no esencial, facilitando la ejecución del hecho.
- 3.** Actúa en forma de coautor de la conducta y de autor mediato, al utilizar a los de inferior jerarquía para ejecutar los hechos.
- 4.** Es probable que el personal que labora en esa dirección haya gestionado las firmas de los convenios, pero como meros instrumentos para la comisión del delito, sin conocer la ilicitud del hecho (NO TIENEN RESPONSABILIDAD).

⁴⁰ El portal de noticias Animal Político dio a conocer los resultados de una investigación conjunta con la organización Mexicanos contra la Corrupción e Impunidad (MCCI) en la que, con información de la Auditoría Superior de la Federación, detectaron contratos ilegales suscritos entre diversas dependencias del gobierno federal y empresas que realizaría servicios pero que no cumplían con los requisitos legales para recibir jurídica o inexistentes-, irregularidades que previamente ya habían sido identificadas por la Auditoría Superior de la Federación. Investigación completa disponible en: <https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/index.html>

3

La investigación de los delitos de Estado

Dos de las fases más importantes de la justicia penal son la etapa de investigación y la etapa de enjuiciamiento, ya que en ellas se indagan y se exponen los elementos que permiten la acreditación de un hecho delictivo y de las formas de participación de las personas involucradas en su ejecución.

Para que la etapa de enjuiciamiento sea efectiva, es necesario que la etapa previa de investigación haya funcionado de forma correcta y efectiva, es decir, que los elementos de prueba sobre los hechos y la participación de las personas imputadas se hayan obtenido bajo formas apegadas a la ley, en un tiempo breve y siguiendo líneas e hipótesis de investigación más apegadas a la factibilidad de los hechos, dicho en otras palabras, que permitan apegarse en mayor medida a la verdad histórica de lo ocurrido.

Sin duda, la actual situación de impunidad exige el replanteamiento de las estrategias utilizadas por el sistema penal para investigar, sancionar y reparar los daños ocasionados por las estructuras delictivas. La incapacidad de atender a las nuevas formas de incidencia delictiva, permite que crímenes graves queden sin castigo y que las estructuras que permiten su realización, continúen operando y acunando nuevos hechos delictivos.

3.1. Investigación de fenómenos complejos

En la investigación de delitos complejos, como los delitos de Estado, resulta indispensable poner énfasis en aspectos de los hechos que, desde una perspectiva individualista y concreta del delito, no serían relevantes para la sanción de los responsables.

Como se ha mencionado, la persecución y sanción de los delitos de Estado no puede concentrarse de manera exclusiva en la acreditación de uno o varios hechos delictivos de forma aislada y en la participación en ellos, de los acusados, sino que debe trascender a la definición de las relaciones que subyacen entre dichos hechos y entre los acusados de ello y otros agentes posiblemente involucrados.

En cuanto al deber de investigación, la Corte Interamericana claramente señala que

el mismo debe cumplirse con seriedad, y no como una formalidad infructuosa condenada de antemano al fracaso; por esta razón, debe considerarse como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares dependiente de la gestión de la víctima o sus familiares o de la aportación privada de elementos particulares. De modo que es la autoridad la que debe buscar la verdad, y esto implica que se lleven adelante, por parte del órgano que investiga, todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue.⁴¹

Es importante recordar que la función de la investigación penal continúa siendo la misma, tanto en la investigación ordinaria de delitos como en la investigación de delitos de Estado, sistemáticos o macro-crímenes, es decir, la investigación debe ser útil para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurren los hechos y determinar quiénes fueron los partícipes, sin importar el nivel de complejidad que implican los hechos.

Estos son los objetivos que las instituciones de procuración de justicia han seguido desde su creación –algunas veces con éxito y otras sin él–, ordenando acciones de investigación desde que toman conocimiento del hecho, para acreditarlo en su esencia y sus especificidades. Sin embargo, las nuevas formas delictivas a las que nos referimos cuando se habla de delitos de Estado rebasan enormemente la perspectiva tradicional de investigación, en esos casos no estamos frente a hechos únicos o aislados cuya investigación se satisfaga a través del análisis individual y focalizado, sino frente a formas de criminalidad que implican la necesidad de indagar distintos aspectos del hecho y del contexto en el que ocurre, como: 1) las relaciones que el delito investigado mantiene con otros, 2) la participación de los responsables en ese y otros hechos y su relación con las personas implicadas en otros delitos, 3) las conductas que no son necesariamente delictivas pero que, a través de la irregularidad institucional, permiten la ejecución de delito, 4) la utilización de estructuras, recursos y relaciones institucionales utilizadas para el funcionamiento del sistema delictivo, así como 5) la sistematicidad y reiteración de los hechos delictivos, entre otros.

¿Quién investiga los delitos de Estado?

En nuestro país, la distribución de asuntos penales –además del fuero local o federal– atiende a criterios como el tipo de delito (homicidios, secuestro, robo, etc.), tipo de afectación a bienes jurídicos (contra la libertad de expresión, el ambiente, derechos de autor, etc.), por importancia política del tema (asuntos indígenas, violencia contra las mujeres, corrupción, etc.), entre otros. También se han llegado a crear grupos permanentes de expertos para la investigación de delitos más impactantes (como el GIEI). Cualquiera de las instancias establecidas para el conocimiento de las investigaciones penales debe asumir la persecución de los delitos de Estado, impulsando en primer lugar las acciones inmediatas y posteriormente, estableciendo planes de investigación integrales.

⁴¹Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 177

La diferencia radica en que en los primeros escenarios se trata de hechos ocasionales, es decir, sin antecedentes y sin relación con otros hechos similares, en tanto que los segundos son hechos que se encuentran conectados con otros en atención a que ocurren con la participación de gran número de personas –autores y colaboradores, particulares y agentes estatales– dentro de o aprovechando una infraestructura preexistente –criminal o legal– para afectar a un gran número de personas –determinadas o indeterminadas– y que permanecen después de la comisión del ilícito porque comparten objetivos comunes.

Así, aunque los fines de la investigación se mantienen, resulta indispensable la adaptación de las estrategias de investigación ya que la indagatoria de delitos complejos –como los *delitos de Estado*–, requiere de perspectivas multidisciplinarias de la investigación y que permita vislumbrar todos los niveles de responsabilidad involucrados.

Una forma de solucionar los problemas de perspectiva individualista y de investigación fragmentada que mantienen las investigaciones ministeriales sobre la persecución del delito, es identificando las áreas de oportunidad que nos ofrece actualmente el ordenamiento jurídico mexicano y previendo de qué forma pueden utilizarse en la investigación y sanción de delitos complejos como los *delitos de Estado*. Para ello se desarrolla en el siguiente apartado algunos aspectos que, en otros países, han sido de gran utilidad para la persecución de delitos de sistema, macro crímenes y graves violaciones a derechos humanos y que permiten, previo a la propuesta de una reforma judicial, administrativa o estructural, explotar las actuales posibilidades de nuestro sistema de procuración e impartición de justicia.

3.2. Importancia del análisis de contexto en la investigación de delitos complejos

El análisis de contexto es una herramienta que nace desde las ciencias sociales, específicamente desde la sociología y, en este caso, el derecho toma prestado para las investigaciones criminales. En ese sentido, existen múltiples estudios que buscan dar contenido al concepto de *contexto* desde el ámbito sociológico, sin embargo esta búsqueda rebasa las pretensiones de este documento, por lo que interesa sólo tomar una definición que ayude a entender el contexto en su aplicación en los confines jurídicos de la investigación penal.

Así se ha señalado que el contexto o análisis de contexto es una *[h]erramienta que permite identificar una serie de hechos, conductas o discursos (en general, elementos humanos o no humanos) que constituyen el marco en el cual determinado fenómeno estudiado tiene lugar en un tiempo y espacio determinado.*⁴²

⁴² FLACSO, Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar. Manual de Análisis de Contexto para casos de Violaciones a los Derechos Humanos. International Bar Association, FLACSO: 2017. P. 33

Cuando se habla de análisis o investigación de contexto, es necesario definir a qué se está haciendo referencia, pues como es posible advertir de diversas fuentes de información, existe una variedad de interpretaciones sobre este concepto aunado a que el análisis de contexto es utilizado por los organismos internacionales de formas distintas a las que utilizan las autoridades nacionales.

El análisis de contexto tiene su asidero jurídico en el Derecho Penal Internacional, en donde el contexto permitía encuadrar el hecho a la descripción del delito para acreditar elementos como la generalidad o la sistematicidad, en ese sentido, el contexto formaba una parte esencial de la investigación.

Este mismo análisis de contexto fue recogido por el derecho internacional de derechos humanos pero con otro carácter. En este caso lo que interesa en el análisis de contexto es que permite comprender cómo se configura la violación de derechos humanos, identificar sus causas y consecuencias, pero no es necesariamente parte constitutiva de la violación de derechos humanos, y por lo tanto, no constituye en estricto sentido un medio probatorio, aunado a que las fuentes para su conformación son menos estrictas.

A raíz de dichas problemáticas se ha recogido esta herramienta del derecho internacional para incorporarla en los métodos de investigación en el derecho penal interno en distintos países, específicamente en algunos países de América Latina esta técnica ha cobrado fuerza atendiendo al tipo de problemáticas delictuales a las que se enfrentan después de las dictaduras o de cara al desmantelamiento de conflictos armados internos. De manera específica, en México se han iniciado procesos de institucionalización del análisis de contexto sobre todo cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos y que también se manifiestan como delitos como ocurre con el delito de desaparición forzada.

En suma, en el derecho internacional el análisis de contexto es empleado para el establecimiento de responsabilidad colectiva u objetiva del Estado y la búsqueda de la verdad, en tanto que, en el derecho interno, su utilización pretende constituir un elemento para el establecimiento de responsabilidades penales individuales.

El traslado del análisis de contexto del derecho internacional al derecho interno presenta diversas dificultades que no son tan sencillas sortear, sobre todo si se toma en cuenta las diferencias que envuelven a cada uno de los sistemas y que se ha revisado con detalle anteriormente. El análisis de contexto puede tener diversas consecuencias en la investigación penal y un traslado descuidado podría incluso poner en riesgo algunos principios y garantías del sistema penal acusatorio como la presunción de inocencia o el principio de contradicción.⁴³

⁴³Se ha dicho en diversos foros que la vinculación de personas a una investigación penal mediante una investigación de contexto implica acusaciones basadas en "información" y no en evidencias certeras acerca de la participación concreta en el hecho punible. Por ello, es importante que la investigación de contexto no se utilice de forma aislada sino como una herramienta para el planteamiento de líneas de investigación que permitan recabar evidencias reales y concretas. Un poco de esta discusión puede verse en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/prueba-de-contexto-y-presuncion-de-inocencia>

Debido a ello es importante partir de la base de que el análisis de contexto es una herramienta indispensable para pensar e investigar los delitos complejos, delitos de sistema o como lo hemos caracterizado en este documento, delitos de Estado, en su dimensión adecuada. Hasta ahora una herramienta que puede arrojar resultados que van más allá de la tradicional investigación penal asociada a casos aislados, que ayuda a detonar líneas de investigación desde una perspectiva amplia y a evidenciar el entramado de la configuración estructural del delito.

Para poder avanzar en ese sentido, conviene hacer una revisión de qué es el contexto y cuáles son los niveles de análisis que conviene distinguir para efectos de conducir una investigación de delitos complejos.

Distinción entre contexto y hechos

Uno de los problemas más grandes en las investigaciones de contexto es que el concepto “contexto” se ha entendido de diversas formas, haciendo referencia desde a las condiciones o situaciones que circundan el delito o a las personas que delinquen y que permiten explicar las razones o las causas de su actualización, hasta la identificación de circunstancias que, más que circundar al delito, forman parte de él evidenciando otros casos que se vinculan estrechamente con el delito inicialmente investigado. Sin embargo, la distinción entre esas formas de contexto, no ha sido clara.

Vale la pena realizar esta distinción ya que la propuesta que aquí se realiza, invita a retomar las estrategias de análisis contextual, no sólo para indagar las circunstancias del delito, sino para identificar el delito en su magnitud real y avanzar hacia la justiciabilidad de estos nuevos hechos. Debido a ello se exponen las características del análisis de contexto en sentido estricto, es decir, de las circunstancias sociales que rodean a los delitos complejos y, posteriormente, las del análisis de hechos contextuales, es decir, de los hechos que rodean al delito primario –aquel inicialmente investigado– y que constituyen elementos del delito complejo.

Contexto en sentido estricto

En principio, como herramienta en la investigación social, el análisis de contexto pretende explicar las circunstancias que van más allá de las situaciones que directamente se estudian. El análisis pretende arrojar información útil para identificar situaciones, condiciones, personas, instituciones, leyes, etc. que tuvieron una incidencia en algún hecho aunque no necesariamente formen parte constitutiva de la situación de estudio. Así, el análisis de contexto, utilizado como herramienta en el derecho penal (nacional o internacional) pretende acercar a la persona que investiga a una compren-

sión integral de la problemática, es decir, propone realizar un análisis más sociológico que asume que un evento visto en su contexto puede adquirir un significado totalmente distinto que cuando se estudia de manera aislada.

Ahora bien, es importante considerar que no solo existe un contexto, sino que cada hecho está inmerso en situaciones de carácter económico, social, cultural, político, histórico, jurídico, entre otros. Frente a ello, existen manuales de investigación de contexto, que sugieren la necesidad de seleccionar aquellos contextos que serán relevantes para la investigación específica. Abarcar todo puede resultar en una pérdida de tiempo y recursos que distraigan de la atención de lo importante.⁴⁴ Sin embargo, es importante considerar que es necesario hacer con cautela este análisis para decidir cuáles serán los contextos, y volver pasos atrás en caso de que existan indicios sobre la importancia de un contexto que en un inicio no fue así considerado.

En estas condiciones, es necesario clarificar que existen además dos dimensiones desde la cuales se pueden apreciar los contextos. El primero de ellos es el contexto en su dimensión micro, que es el más utilizado en la mayoría de las investigaciones tradicionales y se define como aquellas características más cercanas y relacionadas de manera directa con el autor del hecho delictivo, por ejemplo, la edad, escolaridad, domicilio, situación familiar, etc. La información se elige de conformidad con el tipo de delito. El segundo nivel de análisis del contexto es el macro y se refiere a aquella investigación que da cuenta de los patrones estructurales, relaciones y demás factores sociales que explican las causas y los efectos de los hechos delictivos.

Para el estudio del contexto macro es necesario partir de los indicios que el contexto micro puede arrojar, es decir, del estudio de este segundo se pueden intuir aspectos relevantes que es necesario investigar para la comprensión más integral del hecho.⁴⁵

Hechos contextuales

Ahora bien, aunque el análisis contextual que se ha definido con anterioridad ha resultado de utilidad, principalmente, para las investigaciones que se encausan desde el derecho penal internacional o el derecho internacional de los derechos humanos, debe tenerse presente que, cuando estamos ante la investigación de un hecho delictivo del ámbito nacional, no basta con entender el contexto –micro o macro– en su definición sociológica, sino que es necesario que, aprovechando el desarrollo de las herramientas de análisis contextual, se amplíe la mirada investigativa para apreciar el hecho delictivo en su dimensión real y de esa forma lograr el desmantelamiento de la organización que permite o perpetra el delito, la sanción de los responsables y la reparación del daño, así como reducir el índice de impunidad en estos delitos, propiciando un acceso efectivo a la justicia y asegurando la no repetición.

⁴⁴ FLACSO, Violaciones, derechos humanos y contexto... op. Cit. p. 34

⁴⁵ FLACSO, Violaciones, derechos humanos y contexto... op. Cit. p. 35

En ese sentido, se han identificado al menos dos tipos de intenciones con las cuales comúnmente se utiliza el contexto para la investigación de hechos delictivos.⁴⁶ La primera es la intención causal en donde la finalidad es únicamente dar cuenta de cómo sucedieron los hechos enmarcados en condiciones que permiten entender su causa⁴⁷. El segundo es la intención probatoria, en la cual el análisis de contexto conforma por sí mismo un dato de prueba que puede llegar a ser considerado indicio y derivar en consecuencias jurídicas por evidencia, por ejemplo, un *modus operandi* o porque de él se desprenden más hechos delictivos vinculados.

Es, precisamente, esta segunda intención la que se propone clasificar como hechos contextuales, ya que al revelar elementos importantes o constitutivos del hecho delictivo, su investigación deberá seguir procedimientos más estrictos, es decir, aquellos establecidos para la obtención de evidencia que se posteriormente pueda ser utilizada como prueba válida en un proceso judicial. Se debe ser muy insistente con esta distinción, ya que de lo contrario, un análisis contextual que pretenda ser utilizado como elementos de prueba para una investigación penal, no tendrá validez si no cumple con los estándares de investigación requeridos por el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y por las garantías del debido proceso.

Es por ello que al primero podemos definirlo como contexto en sentido estricto y al segundo hecho contextual y, de esa forma diferenciar esa última forma de circunstancias para darles el tratamiento de hechos y no de contexto, lo que implica que tendrán un impacto directo para la consideración de posibles implicados en la comisión del delito, en las pruebas y evidencias que se busquen recabar para ello, en la apertura de nuevas líneas de investigación que requieran nuevos análisis de contexto, pero sobre todo, implica llevar estos hechos a la justicia, no como casos aislados, sino como parte del delito complejo que se busca sancionar y erradicar.

Tanto la investigación de contexto en sentido estricto y la investigación de hechos contextuales, deben realizarse por parte del equipo del Ministerio Público que dirige la investigación penal, actuando de manera cautelosa y vigilando no pasar por encima de las garantías del debido proceso en los casos en los que se incorpore un análisis de hechos contextuales que señalen a nuevos responsables, de tal manera que la administración no se vea frustrada.

⁴⁶ Martínez Osorio, David, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación. ICTJ. Colombia. 2014. P. 8. Una categorización similar puede revisarse en FLACSO, Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar. Manual de Análisis de Contexto para casos de Violaciones a los Derechos Humanos. International Bar Association, FLACSO, 2017. Pp. 62 y 63

⁴⁷ FLACSO, 2017. Pp. 62 y 63

A fin de ejemplificar la distinción previa sobre las dimensiones análisis de contexto, entre contexto en estricto sentido y hechos contextuales, vale la pena observar cómo materializan en un caso:



CASO 2

Detención arbitraria a manifestantes

El día 20 de noviembre de 2014 con motivo de la desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, se convocó a la ciudadanía en general a manifestarse contra el Estado mexicano por los resultados insatisfactorios en la investigación. La manifestación contó con la participación de más de 100 mil personas que partieron de al menos tres lugares distintos de la Ciudad de México.

El día de la manifestación, aproximadamente hacia las 21:40 horas, se inició un operativo de “barrido de toda la plaza” en el que se golpeó a varios manifestantes y se detuvo a 16 personas de manera arbitraria, de las cuales 11 fueron torturadas, física y psicológicamente y presentadas ante autoridad ministerial acusadas de asociación delictuosa, intento de homicidio y motín. Durante dos días se les negó el derecho a acceder a un abogado de su elección y fueron enviadas a prisiones de máxima seguridad, que imponían serias restricciones al contacto entre detenidos, sus abogados y familiares.

Los mecanismos de control de manifestaciones y de criminalización de los manifestantes implementados en esa ocasión, se identifican con los operativos implementados a partir de la “Transmisión del Poder Ejecutivo” realizada en el marco de las manifestaciones del 1º de diciembre de 2012, como una nueva forma de respuesta a las manifestaciones basada en la implementación de acciones encaminadas a inhibir la protesta social, tales como:

- La utilización de procedimientos como el “encapsulamientos de contingentes”.
- El uso excesivo de la fuerza pública para disolver manifestaciones.
- Detenciones arbitrarias e ilegales
- Estigmatización pública de los manifestantes
- Uso de la tortura para la incriminación de personas
- El uso desproporcionado del derecho penal como sanción política en contra de las personas manifestantes.
- Fabricación de evidencia
- Parcialidad en las investigaciones

Caso en litigio desde el año 2014 por la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A. C., ante diversas instancias de procuración y administración de justicia, Federales y de la Ciudad de México.

Desde una perspectiva tradicional de investigación, la actuación arbitraria de las autoridades policíacas que buscaban criminalizar a los manifestantes, se estudiaría desde las responsabilidades individuales y aisladas de algunos policías que profirieron golpes a los manifestantes, que ejecutaron detenciones arbitrarias, torturaron y amenazaron a los manifestantes detenidos. Sin embargo, la utilización de un análisis contextual del hecho nos permitiría advertir dos cosas:

1. Que la magnitud de la fuerza implementada por la policías en contra de manifestantes y de personas jóvenes, se incrementó a partir del cambio de gobierno en el 2012 y en atención al descontento en la ciudadanía que han generado los eventos de graves violaciones a derechos humanos en el país; y
2. Que dichas detenciones arbitrarias, tortura y amenazas a los manifestantes forman parte de una estrategia implementada en diversas áreas del país y ante manifestaciones diversas para inhibir la protesta social, por organismos policia-cos de distintos niveles y órdenes de gobierno.

Como puede observarse, el primer acercamiento se enfoca en indagar sobre las causas y efectos que han generado los hechos que son materia de investigación –la detención arbitraria y tortura–, en tanto que el segundo se enfoca que dimensionar adecuadamente el hecho primario, es decir, en indagar sobre aquellos factores que apuntan a un hecho delictivo o ilícito más grande, como en este caso la estrategia de criminalización dirigida desde el gobierno en contra de la ciudadanía que se manifiesta inconforme y que se implementa de generalizada y sistemática. Dichos elementos aportados por del análisis contextual sobre nuevos hechos revelan aspectos relevantes de un hecho complejo que puede definirse como delito de Estado y que de otra forma, no podrían ser apreciados adecuadamente.

Bajo esta óptica, el análisis de contexto obliga visibilizar *factores significativos*⁴⁸ que tengan un rol importante en los hechos, ya sea aquellos que ayuden a develar factores de sistematicidad, institucionalidad, generalidad, cadenas de mando, estructuras jurídicas, redes de organización y participación en diversos grados –hechos contextuales–, o bien, que permitan indagar sobre otros factores sociales que permiten comprender las circunstancias en que se desenvuelve el hecho delictivo –contexto en sentido estricto–.

Debido a ello, el análisis de contexto para la identificación de contextos en sentido estricto y de hechos contextuales, resulta una herramienta indispensable de análisis en delitos complejo y, particularmente, en los delitos de Estado, por ser la única que, hasta ahora, nos permite apreciar los hechos en su magnitud real.

En el caso descrito, las y los representantes legales de las y los jóvenes detenidos lograron su absolución por los delitos injustamente imputados, así como el cierre a las investigaciones iniciadas en su contra por dichos hechos. al revelarse el uso arbitrario y desproporcionado del derecho penal. Por esa misma razón, se ha formulado denuncia en contra de quienes resulten responsables bajo una exigencia de mirada amplia que permita el esclarecimiento y enjuiciamiento de los hechos en su complejidad como delitos de Estado.

Intervención interdisciplinaria

Un aspecto de suma importancia que debe tenerse presente al implementar las herramientas de análisis de contexto en la investigación de delitos complejos, como los delitos de Estado, es la labor interdisciplinaria que debe realizarse a lo largo del proceso de investigación y enjuiciamiento.

⁴⁸ FLACSO, Violaciones, derechos humanos... op. Cit. P. 33

⁴⁹ Martínez Osorio, David, Manual de análisis contextual... op. Cit, p. 21

El análisis de contexto requiere, por su propia naturaleza, del uso de técnicas que van más allá del derecho, técnicas de investigación multidisciplinarias que orienten el análisis de la información que se recabe.⁴⁹ El tipo de técnicas y las disciplinas que se requieran pueden irse modificando según lo hagan las mismas hipótesis o líneas de investigación que se sigan a lo largo del proceso indagatorio. Algunos ejemplos de las técnicas interdisciplinarias del análisis de contexto son:⁵⁰

- Mapeo de universo de sospechosos y víctimas
- Determinación de contexto socio histórico de hechos
- Caracterización de contextos locales y dinámicas de violencia

Ejemplo de Investigación interdisciplinaria

A partir de marzo de 2015, España cuenta con la Unidad de Apoyo para Causas por Corrupción, que se configura como una unidad de carácter técnico que coadyuva en los requerimientos de información a la Administración Pública y a gestionar la cooperación y asistencia activa de otras autoridades para que acercar a especialistas o funcionarios expertos en diversas áreas, como en contratación pública, control de la gestión económica y financiera etc. (Consejo General del Poder Judicial, Guía práctica de actuación en la tramitación de causas complejas por corrupción, Madrid, 2015).

- Análisis de información documental pública y reservada
- Mapeo de relaciones de poder
- Identificación de patrones

La construcción multidisciplinaria de la investigación de contexto debe funcionar desde el inicio y de forma constante, debiendo ser entendida con independencia de los peritajes que se estimen necesarios, es decir, el equipo multidisciplinario de investigación deberá analizar y discutir el caso para que, cada uno, desde su materia de experticia genere preguntas o explicaciones que ayuden a la obtención de información y a desarrollar la estrategia de investigación que deba seguirse. Los campos pueden ser muchos y muy diversos, su conformación dependerá del caso en específico y de la evolución del mismo.⁵¹

3.3 Detección de delitos de Estado

Sentadas las bases de la investigación de los delitos complejos, resulta oportuno guiar el proceso de investigación de los delitos de Estado, atendiendo a las características de dichos delitos y a las herramientas que el análisis de contexto permite aplicar.

Como se ha mencionado desde el inicio de este documento, los delitos de Estado, debido a la doble dimensión en la cual se expresan usualmente –como delitos ordinarios que pueden estudiarse aisladamente y como delitos con componentes estructurales o sistemáticos– pueden ser atendidos en un primer momento, únicamente desde su

⁵⁰ Idem.
⁵¹ LACSO, Violaciones, derechos humanos... op. Cit. P. 63

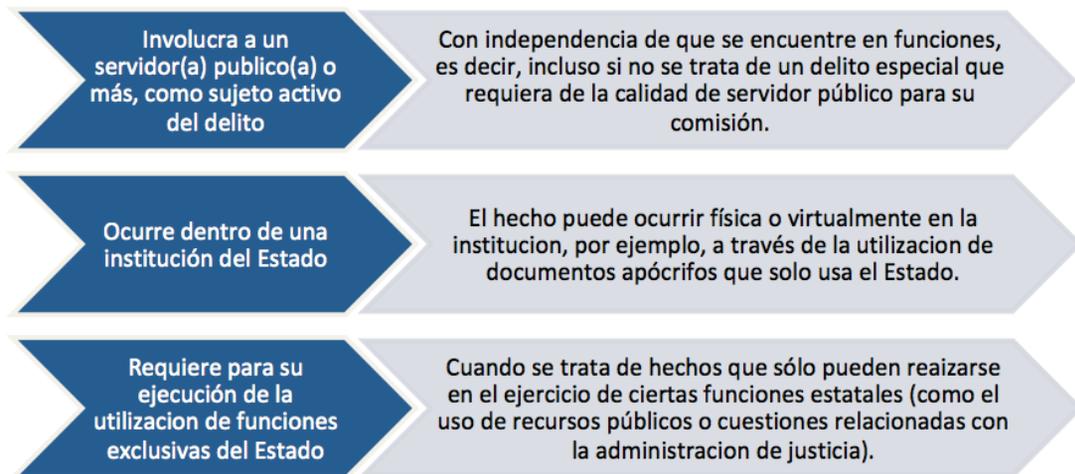
dimensión como delitos aislados cometidos por servidores públicos –en el mejor de los casos–, es decir, como delitos excepcionales y aislados como los que ordinariamente se persiguen.

Por ello es necesario establecer parámetros de actuación que permitan obtener la información necesaria para advertir si el delito primario constituye un delito común o bien, si se trata de un delito de realización compleja, así como si dentro de esa complejidad se encuentra involucrada la estructura estatal como medio para la comisión de los ilícitos.

Indicadores de delitos de Estado

La primera pregunta que surge al hablar de investigación de delitos de Estado es: ¿cómo se puede identificar que un hecho constituye un posible delito de Estado?, la respuesta no es simple ni puede plantearse de forma abstracta.

Lo primer que debe saber quién realiza la investigación de hechos posiblemente constitutivos de delitos, es que no puede tener seguridad, desde el inicio de la investigación, de si se trata de un delito de Estado o no, por lo tanto no debe buscar ese nivel de certeza. Lo que debe analizarse al inicio, es la presencia de ciertos indicadores de que el hecho que se investiga podría ser un delito de Estado, por ejemplo cuando el hecho:



Es probable que los hechos que claramente constituyen delitos de Estado, más de uno de esos indicadores se encuentren presentes. Sin embargo, la presencia de uno solo de los indicadores en el hecho que se investiga, es razón suficiente para activar el resto de los pasos de investigación que se proponen para este tipo de delitos.

Indagación de patrones evidentes

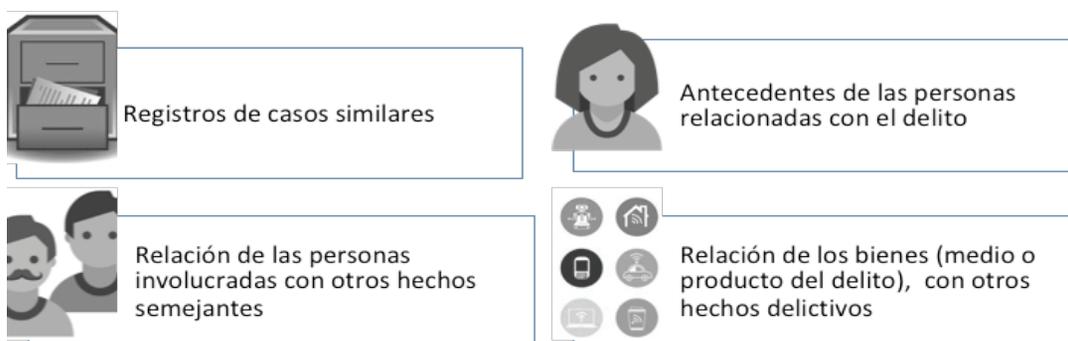
Unos de los factores más importantes en la investigación de cualquier tipo de delito complejo como lo son los delitos de Estado, es la existencia de patrones.⁵² Los patrones tienen particular importancia para la determinación de responsabilidades dentro de la organización y ejecución del delito al permitir una reconstrucción del marco bajo el cual se pueden inferir actores que sabían o tenían razones para saber que los hechos estaban aconteciendo o que era probable que acontecieran y fallaron en su deber de prevenirlos.⁵³

Adicionalmente, la identificación de patrones no solo ayuda en la identificación de modos de operar en la comisión de cierto tipo de delitos, sino que además permite presumir razonablemente que hay más personas involucradas en el hecho delictivo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las autoridades deben utilizar todos los medios legales a su alcance para esclarecer la verdad de lo ocurrido.⁵⁴

Así, dada la importancia de dichos patrones, una vez que se ha analizado el hecho primario y cuando se advierte la actualización alguno de los indicadores descritos, la autoridad investigadora debe recabar información que, de manera inmediata y con independencia de lo análisis detallados que se hagan con posterioridad, revele la presencia de patrones evidentes de actuación.

Esta primera aproximación en la indagación de patrones no debe sustituir a otras intervenciones que posteriormente puedan determinarse necesarias para la construcción del contexto del hecho concreto, sino que se trata únicamente de una aproximación cuantitativa –por calificarlo de alguna forma– que pueda realizarse de forma previa y rápida a través de los registros de información con los que ya cuentan las fiscalías. Ese análisis podrá arrojar desde ese momento inicial de investigación que el hecho es complejo y brindará mejores elementos a quien dirija la investigación para la realización de un plan de investigación más apegado a la realidad y que permita la persecución de todos quienes realmente resultan responsables y no sólo de los partícipes más evidentes o ejecutores, es decir, representa un primer análisis de redes.

En ese sentido, la autoridad investigadora deberá indagar sobre:



⁵² Patrón: se refiere a una serie de eventos que, debido a su frecuencia, ubicación espacial y naturaleza, implican algún grado de planificación y control centralizado. Manual Colombia. P. 21

⁵³ Martínez Osorio, David, Manual de análisis contextual... op. Cit. p.21

⁵⁴ Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. párr. 143

La localización de patrones claros de actuación respecto a cierto tipo de hechos delictivos, es decir, de hechos que se encuentran claramente relacionados o conectados, puede conducir la identificación de una forma de organización criminal, pues implica un grado de planificación y control centralizado que permite la reiteración de actos y asegura su continuidad con independencia de los encargados de su ejecución material.⁵⁵



CASO 3

Detención arbitraria y desaparición de un adolescente

En enero de 2018 un adolescente de 17 años fue detenido por policías de la Ciudad de México en las inmediaciones de una estación del Metrobús. Los policías encargados de la detención alegaron que la detención se basó en la acusación que realizó una persona que indicó que el adolescente le estaba agrediendo.

El adolescente fue subido a una patrulla de la Secretaría de Seguridad Pública y retirado de la estación del Metrobús. Desde dicho momento la ubicación del adolescente fue desconocida ya que no fue presentado a ninguna agencia ministerial, juzgado cívico, ni incorporado a ninguna lista de detención y no podía ser localizado por sus familiares.

Los agentes de policía que realizaron la detención señalaron que el joven fue liberado unas cuadras después del momento de la detención, sin embargo, no existe forma confiable de corroborar su dicho debido a que las cámaras de la unidad fueron desconectadas deliberadamente desde noviembre de 2017 y no existía hasta entonces ningún reporte técnico por fallas en el funcionamiento.

La investigación inicial del hecho arrojó que la desconexión o fallas en las cámaras instaladas en las patrullas era un factor frecuente y que no existían mecanismos serios y efectivos de supervisión que garantizaran el adecuado funcionamiento de las mismas.

Caso en litigio desde enero de 2018 por la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A. C., ante diversas instancias de procuración y administración de justicia, Federales y de la Ciudad de México.

En este caso puede apreciarse, en un primer momento, la presencia de más de un indicador de que puede tratarse de un *delito de Estado*, ya que intervienen servidores públicos, dentro de las funciones de la institución de seguridad pública y utilizaron dicha función para cometer el delito; lo que obligaba a indagar sobre posibles patrones en los hechos investigados. La investigación que en ese sentido realizó la fiscalía, arrojó la presencia de patrones sobre la desconexión de los mecanismos de videograban y la falta de supervisión constante sobre la patrullas de seguridad pública.

⁵⁵ Seils, Paul y Marieke Wierda, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento", 2006, HR/PB/06/4, disponible en: www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf.

Aunque dicho patrón podría parecer irrelevante para la investigación del delito primario, lo cierto es que en la investigación de un posible delito de Estado representa un elemento o hecho contextual muy importante y permite formular hipótesis relacionadas con el involucramiento de otros niveles de mando de las policías que se encuentren tolerando o incitando conductas ilícitas de los agentes en posiciones jerárquicas inferiores.

En casos como el anterior, será importante que ante resultados positivos en la búsqueda de patrones, casos similares o actores u objetos relacionados, la autoridad investigadora:

- Ordene la realización un análisis de redes que permita establecer la relación, en caso de existir, del delito con aquellos semejantes y del ejecutor del delito con otros autores o partícipes.
- Defina con claridad cuáles son los momentos en donde se detectó que ocurrió el delito, a fin de identificar si se puede tratar de acciones realizadas ordinariamente para la comisión de ese tipo de ilícitos e identificar patrones de comportamiento.

Estas intervenciones aún se encuentran dentro de las diligencias reactivas que, en una primera fase, se realizan en la investigación penal, sin embargo, luego de los actos urgentes se requiere el establecimiento de una planeación en la que se establezcan las diligencias de investigación necesarias –incluso a través de un cronograma– para ir esclareciendo los hechos, así como para recabar los elementos que exija el tipo penal en el que, de manera provisional, se haya situado al hecho delictivo.

Herramientas de investigación

Distintas instancias internacionales que vigilan la actuación estatal en la persecución de delitos complejos han señalado que las fiscalías deben tomar en consideración todas las particularidades de los hechos, las circunstancias y el contexto para de encausar adecuadamente las investigaciones, es decir, para dirigir las diligencias de investigación hacia el esclarecimiento y descubrimiento de la verdad.

Ahora bien, para dicho encausamiento es necesario utilizar apropiadamente las herramientas de investigación existentes, las cuales son también utilizadas por el análisis de contexto, tales como: el establecimiento de hipótesis o líneas lógicas de investigación que se establezcan dentro los de planes de investigación y el diseño y ejecución de estrategias.

Hipótesis de investigación

Nuestra tradición jurídica penal ha mantenido la costumbre de no realizar hipótesis ni planes de investigación. La función investigadora del ministerio público y las fiscalías se desarrolla, en el mejor de los casos, de forma reactiva a cada elemento que va apareciendo en las investigaciones y, en el peor, se limita a la realización de diligencias determinadas por los usos del área investigadora con independencia de las particularidades del caso.

El planteamiento de hipótesis de investigación se realiza de acuerdo al conocimiento que se tenga sobre los hechos y deben irse modificando y replanteando para entender tanto los hechos como el contexto en el que se desarrollan. A partir de este momento el análisis puede empezar un desarrollo bifurcado, por una parte, de donde se desprendan muchos casos investigados, o bien, por otra, desde un caso investigado desde muchas aristas.⁵⁶

Es importante que el equipo de investigación realice un análisis y depuración previa de la información con la que se cuenta en los primeros momentos de intervención a fin de establecer la conducta o conductas probablemente constitutivas de delitos,⁵⁷ ya que como se ha dicho, es necesario que la investigación de posibles delitos de Estado vaya más allá de la simple descripción de lo ocurrido y que permita indagar en aquellos indicadores que obligan a ampliar la mirada de investigación, así como a conocer las causas de lo sucedido.

Para elaborar la o las hipótesis de investigación, será necesario que el equipo de investigación incorpore en su análisis los elementos que los trabajos previos le han proporcionado como:⁵⁸

- La existencia de patrones o casos similares
- Las relaciones entre las personas involucradas con esos casos similares
- Las relaciones de los bienes con otro casos similares
- La información de contexto social con el que se cuente (estudios realizados por instituciones académicas, organizaciones de la sociedad civil, etc.)

La formulación de las hipótesis de investigación, pretenden responder a las pregunta ¿qué, quién, cómo, cuándo y dónde paso?, el hecho que se investiga, se trata pues de respuestas no comprobadas pero con probabilidad lógica de haber ocurrido. En otras palabras, busca establecer de manera lógica las posibles soluciones al caso investigado, con la finalidad de orientar la investigación y serán tantas como explicaciones lógicas surjan las cuales podrán irse descartando o generando nuevas a raíz de los resultados que vaya arrojando la indagatoria.⁵⁹

⁵⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Colombia – UNODC. Plan de investigación para el delito de desaparición forzada de personas, primera edición, Bogotá D.C, Septiembre 2010

⁵⁸ Idem

⁵⁹ Equipos Técnicos Encargados del Ministerio Público y Policía Nacional del Perú. Manual para el desarrollo del Plan de Investigación, Peru, sin año. Disponible en: https://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3534_mp__manuales.pdf

Es importante que las hipótesis de investigación estén libres prejuicios, estereotipos o percepciones subjetivas, sino deben basarse en los elementos objetivos con los que se cuente,⁶⁰ incluidos los análisis de contexto que previamente han realizado instituciones académicas, notas periodísticas, instituciones estatales, etc., y que se relacionen de alguna forma con los hechos investigados. Ello sin perjuicio de propio análisis de contexto que realice la fiscalía en su labor de investigación que servirá para comprobar o descartar la influencia del contexto social o la existencia de nuevos hechos contextuales.

En el caso de la investigación de delitos de Estado, las hipótesis de investigación deben ser capaces de ir más allá de la recreación o descripción de los hechos de los que se tuvo noticia, debe intentar, al menos en un primer momento, llegar a las causas de dicha infracción y prever los efectos. De acuerdo con la Corte IDH, en el caso de delitos complejos la investigación debe dirigirse a través del establecimiento de líneas de investigación que consideren la estructura de ejecución del crimen, por ejemplo, los vínculos de los posibles partícipes con agentes del estado o de éstos con integrantes del crimen organizado.⁶¹

De las hipótesis de investigación que se vayan planteando, el equipo investigador o la persona encargada de dirigir la investigación, deberá seleccionar los contextos específicos que resulten pertinentes y determinará las técnicas con las cuales se realizará ese análisis. Es decir, son las hipótesis las que propondrán los factores relevantes del hecho para encontrar las relaciones estructurales de configuración del delito. Adicionalmente, las hipótesis de investigación cumplirán la función de orientar y delimitar las diligencias de investigación.

Es importante enfatizar que la formulación de hipótesis de investigación no debe confundirse con la teoría del caso, ya que a diferencia de esta última, las hipótesis de investigación pueden ser múltiples, todas aquellas que resulten posibles para explicar los hechos y será a partir del desahogo de las diligencias de investigación que, guiadas por la hipótesis, permitan elaborar una teoría del caso, en tanto la teoría de caso se encuentra comprobada, la hipótesis de investigación, no.

Plan de investigación

Una vez que se han formulado las hipótesis por el equipo interdisciplinario de investigación se desarrolla el plan de investigación, el cual tiene como finalidad, establecer las diligencias de investigación que cada hipótesis necesita para su comprobación o abandono; señalar qué recursos son necesarios para ello y con qué recursos se cuenta; asignar responsables de las actividades de investigación y; establecer el plazo de la investigación.

⁶⁰ Equipos Técnicos Encargados del Ministerio Público y Policía Nacional del Perú. Manual para el desarrollo del Plan de Investigación, Peru, sin año. Disponible en: https://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3534_mp_manuales.pdf

⁶¹ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 164

La existencia de un plan de investigación no puede depender de la voluntad de fiscalías ni de la presión que se haga sobre un caso, sino que se requiere su utilización de manera constante y reiterada en los casos que se pretenden resolver y de un equipo interdisciplinario para su análisis, más aún si el delito que se persigue tiene una configuración compleja como acontece con los delitos de Estado, pues es claro que sin planeación no se podrá indagar en la existencia de redes, personas o utilización de estructuras del Estado no evidentes y que requieren de una estrategia precisa para ser aclaradas.

No es la finalidad de este documento exponer detalladamente la forma en que debe realizarse un plan de investigación, sin embargo, debe decirse que representa una de las herramientas insustituibles de la investigación penal, por lo que, con independencia del delito de que se trate, debe contarse con un plan de investigación serio y efectivo que permita valorar con indicadores claros el avance de la investigación y el desempeño de las policías de investigación así como de los ministerios públicos que dirigen esas carpetas de investigación.

Es pertinente aclarar que el plan de investigación de los delitos complejos, no debe ser igual que la de los delitos ordinarios. Normalmente una investigación penal de un hecho aislado o inconexo, como las de los delitos ordinarios, se avocan a indagar sobre las especificidades del hecho, es decir, se interesan primordialmente en la recreación del acto criminal –considerado singularmente– sin embargo, tratándose de delitos complejos, la recreación específica del momento en que se configura el delito –es decir, el momento de la ejecución–, resulta generalmente insuficiente para obtener pruebas que revelen la participación de otras personas involucradas que no ejecutan directamente el acto (como los autores mediatos, los autores intelectuales, los coautores no ejecutores y otros partícipes). Por ello, es necesario que la investigación sea capaz de indagar los modos de participación y de responsabilidad criminal en los hechos.⁶²

Uno de los elementos más importantes de los planes de investigación es el seguimiento de las líneas lógicas de investigación o hipótesis sobre lo ocurrido que previamente haya definido el equipo. De ese modo, no se trata de establecer un listado de las diligencias que el grupo de investigación “estima” pertinentes realizar, sino de aquellas que sean idóneas y necesarias para acreditar o descartar las distintas hipótesis de investigación. En ese sentido, la Corte ha señalado que constituyen faltas al deber de investigar con debida diligencia, la omisión de realizar todos los actos necesarios para la investigación.⁶³

Es posible que, en muchas ocasiones, la investigación de delitos complejos, como los delitos de Estado, excedan los conocimientos o experiencia de quienes ordinariamente dirigen las investigaciones de delitos ordinarios, lo cual es entendible considerando que los macro delitos, delitos de sistema y delitos de Estado, se sofistican cada vez más y utilizan para la ejecución de sus actos a gente altamente especializada en la

⁶² Martínez Osorio, David, Manual de análisis contextual... op. Cit, p.25
⁶³ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 164

utilización de tecnologías, conocimientos profundos sobre funcionamiento del sistema, etc. Por ello, las fiscalías que conducen la investigación de este tipo de delitos, deberán valorar el acercamiento a otras instancias gubernamentales o expertos independientes que puedan coadyuvar en el diseño del plan de investigación y que, eventualmente, puedan fungir como peritos.

El plan de investigación debe señalar las diligencias mínimas de investigación. Es importante que se tomen en cuenta las características particulares del hecho que se investiga, pues a diferencia de los delitos ordinarios, los delitos de Estado exigen una labor investigativa mucho más activa, es decir, que vislumbre de forma anticipada dónde podría encontrarse la información que se requiere para el esclarecimiento de delitos.

Al tratarse de delitos que utilizan la estructura estatal para su comisión, es indispensable que la autoridad investigadora se allegue de todo tipo de comunicaciones oficiales y extraoficiales que puedan revelar la planificación de operación de la estructura criminal, por ejemplo:

- o Examinación de la correspondencia oficial y personal de los involucrados personalmente y de las instituciones y funcionarios de los que se presume su participación.
- o La interceptación de comunicaciones telefónicas.
- o La recuperación de información dejada al navegar por internet.
- o La examinación de las redes sociales de los involucrados.
- o La vigilancia y seguimiento de personas y de cosas.
- o Infiltración en organizaciones o la utilización de agentes encubiertos.
- o Resguardo de libros de registro, bitácoras, reportes, bases de datos, etc.
- o La búsqueda selectiva en bases de datos.

El desarrollo de la investigación, puede dar lugar a nueva información sobre hechos, personas, bienes y lugares, por lo que el plan de investigación debe caracterizarse por ser dinámico y flexible para irse ajustando a los resultados que vayan arrojando las investigaciones, así como a las consideraciones técnicas que el equipo de investigación vaya realizando sobre los elementos de la indagatoria.

En caso de que se trate de nuevos hechos, personas, bienes y lugares, que no se tenían contemplados de inicio, será necesario establecer nuevas reuniones de trabajo con el equipo interdisciplinario para el establecimiento de líneas diversas de investigación, al igual que al aparecer elementos que permitan confirmar o replantear hipótesis.

Diseño e implementación de la estrategia de investigación

El diseño de la investigación debe ser lo suficientemente flexible para acoplarse al tipo de delito e hipótesis que se investiga, siempre teniendo en cuenta la finalidad última que se persigue con este análisis. Es importante que el diseño de la investigación considere:

- a.** Caracterización de la problemática, todos aquellos factores externos que forman su contexto socio histórico, con atención en los factores que pudieron posibilitar el desarrollo de la actividad; la caracterización de la organización o estructura delictual, la manera en la que se compone, interactúan, operan, dentro de la organización para la comisión del delito; y por último la identificación de los planes delictivos con los que cuentan.⁶⁴
- b.** Identificación de situaciones a ser investigadas. De acuerdo a los hechos deben revisarse específicamente qué situación se investigará y qué tipo de contextos se requerirá para cada situación.
- c.** Del cúmulo de situaciones que se desprendan de lo anterior, se recomienda desde las técnicas de investigación trabajar mediante una priorización de casos, desde una perspectiva de la acumulación de casos.⁶⁵

Aquí vale la pena hacer una pausa para aterrizar los anteriores dos puntos que son usados en protocolos o manuales para el análisis de contexto. Es importante considerar que esta herramienta está diseñada para la revisión de casos que normalmente son sistemáticos y generalizados, que se desprenden de delitos de lesa humanidad o violaciones graves, que se enfrentan a un carácter generalmente de mucha visibilidad, pues se han enmarcado en situaciones de conflicto interno armado, regímenes totalitarios o situaciones de guerra. Sin embargo, requerimos aterrizar ello a la investigación de cualquier delito que por su planeación y ejecución configuran un entramado en donde el Estado como institución (quienes lo representan) es un factor determinante para su ejecución efectivo.

No se trata solo de crímenes identificados como graves o de lesa humanidad, sino que podría ser cualquier delito que cuente con todas las características revisadas en el primer capítulo de este documento. En ese sentido es posible que la multiplicidad de casos no estén a la vista en un primer momento, que no se conozcan y que al contrario, surjan como parte del desarrollo de la investigación, pero no se conozcan de manera temprana en para el diseño de la estrategia.

Por otra parte, la priorización de casos tiene sentido cuando hay un cúmulo de casos que se conectan entre sí, ya sea porque se identifican *modus operandi*, víctimas, tipo de delito, etc. La priorización se debe basar en criterios de orden de casos que tengan

⁶⁴ Martínez Osorio, David, Manual de análisis contextual... op. Cit, p. 31.
⁶⁵ Idem

más elementos que permitan entender la configuración del delito y ello pueda tener un efecto paraguas con todos los demás casos y protegerlos en su acceso efectivo a la administración de justicia.⁶⁶

Nuevamente, nos encontramos frente a momentos en los que se debe considerar si la evidencia constituye contexto en estricto sentido o hechos contextuales que deban ser incorporados a la investigación.

El último paso correspondería de manera general a la ejecución de la estrategia de investigación, por lo que lo único que cabe destacar acá es la importancia de que la ejecución cuente con una coordinación de este ámbito de investigación. Si bien se propone un equipo interdisciplinario desde un inicio, es importante que exista una persona responsable de la ejecución, que sea quien pueda identificar las necesidades de disciplinas adicionales en caso de ser necesario, que pueda regresar sobre las preguntas iniciales, y avanzar sobre las necesidades que vayan surgiendo en el camino. Que vincule a las personas expertas, instituciones, centros de investigación y cualquier otra que se identifique como necesaria para el éxito de la investigación.

⁶⁶ Martínez Osorio, David, Manual de análisis contextual... op. Cit, p. 8

4

Reparación del daño causado por la comisión de delitos de Estado

En términos generales, la reparación del daño se constituye como una obligación de la persona que generó un daño de resarcirlo frente a quien lo sufrió, de manera que refleja, la persona que sufrió el daño se convierte en titular de un derecho subjetivo que le faculta para exigir dicha reparación a través de un proceso que permita evaluar el daño de manera integral.

La finalidad de la reparación del daño es el pleno restablecimiento de la situación previa que sus bienes, derechos o persona gozaban de forma previa a ser afectados, sin embargo, debido a que existen daños que difícilmente pueden ser restablecidos (como la vida, la pérdida de algún miembro corporal, etc.) se ha considerado que la reparación debe lograr resarcir ese daño a partir de diversas formas y mecanismos.

La teoría de la reparación del daño ha sido desarrollada ampliamente en las últimas décadas, trascendiendo sus fronteras tradicionales en el derecho civil hacia el derecho penal y los derechos humanos. En el ámbito del derecho penal se desarrolló en virtud de la relevancia que empezaron a tener las víctimas dentro del proceso y en el ámbito de los derechos humanos tuvo su auge a partir de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana en la materia.⁶⁷

La reparación a la luz del derecho penal parte de la idea de que quien comete un delito y genera un daño por dicho delito, se hace acreedor a la obligación de repararlo, como exigencia para el restablecimiento del orden jurídico y de retribución a la víctima.⁶⁸ Desde el derecho internacional de los derechos humanos se configura como una obligación del Estado frente a las personas agraviadas por la violación a sus derechos humanos; constituyéndose, al mismo tiempo como un derecho humano en sí mismo.⁶⁹

Desde esta perspectiva de derechos humanos, la reparación tiene dos dimensiones, una procesal y otra sustantiva. La procesal se refiere a la posibilidad que tiene la persona de exigir la reparación frente a una violación de sus derechos, en términos simples, el acceso a la justicia. Por su parte, la dimensión sustantiva hace referencia al derecho a obtener el remedio o reparación en sentido estricto.⁷⁰

⁶⁷ La teoría de las reparaciones ya estaba presente en el Derecho Internacional antes del desarrollo de la Corte Interamericana, y ya se consideraban tipos de reparación entre Estados. Sin embargo la Corte Interamericana hace un desarrollo innovador enfocado a la relación Estado-Víctimas.

⁶⁸ Arias Madrigal, Doris Ma. Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. Disponible en <http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones> P. 4

⁶⁹ Saavreda, Yuria. Teoría de las Reparaciones a la luz de los derechos humanos. En Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en derechos humanos. CDHDF, SCJN, OACNUDH México. 2013. P. 14

⁷⁰ Pérez, Héctor. Manual para la reparación del daño en casos de tortura. INSUDE- USAID. 2016. P.8

4.1. El daño a reparar

Es importante comenzar por definir a qué nos referimos cuando se habla de daño, ya que solo su justa apreciación nos permitirá dimensionar las esferas que pueden verse afectadas con la comisión de un hecho ilícito. Es pertinente adelantar que el desarrollo que aquí se propone trasciende las concepciones que el desarrollo del derecho penal ha tenido en nuestro país, mientras nuestro desarrollo procesal y jurisprudencial se centra en reparaciones 100% pecuniarias o estimables en dinero, lo que ahora se propone es incorporar distintos mecanismos de reparación dentro del proceso penal que atiendan adecuadamente a los efectos del delito. Si bien es cierto que dicho desarrollo sobre las formas de reparación ha tenido lugar en nuestro ordenamiento jurídico desde hace algunos años, lo cierto es que aún no ha tenido efectos sobre la reparación en materia penal, de ahí que sea trascendente exponerlo.

En general la materia penal ha percibido a la reparación del daño desde un enfoque meramente pecuniario, los códigos en México la consideran una forma de sanción que siempre se traduce en montos económicos. Debido a ello es posible advertir la constante simplificación de los daños y las formas de reparación, por ejemplo, dentro del “daño moral” se incorporan todos los daños no pecuniarios (psicológicos, morales propiamente, al proyecto de vida, etc.) y normalmente, se asume que todos son comprobables mediante periciales en psicología en los que se determine la cantidad de sesiones de terapia requeridas y el monto al que ascienden ellas.

Así, con independencia del tipo de daño que se cause la condena de reparación siempre recae –o pareciera que debe recaer– sobre un monto de dinero; el daño debe encontrarse plenamente probado y, además, los tribunales han reiterado la práctica de absolver por este concepto al responsable si no se han aportado pruebas en el proceso que señalen de manera precisa la cantidad de dinero necesaria para resarcirlo.⁷¹

Sin embargo, ello representa un error trascendental en la apreciación del daño y en las formas de reparación, por lo que es pertinente utilizar las formas de reparación desarrolladas por la teoría internacional en el derecho penal ya que, con independencia de la materia de la que se trate, el derecho de daños será siempre el mismo.

El daño ha sido identificado como el detrimento material o inmaterial que se genera a una persona o a una colectividad, como resultado de un hecho victimizante.⁷² De acuerdo a la Ley General de Víctimas, el hecho victimizante es el acto u omisión que producen un daño, menoscabo o puesta en peligro de bienes jurídicos o derechos, en la modalidad de delito o violación de derechos humanos.⁷³

⁷¹ Existe una corriente de las teorías penales que reconocen la reparación como una forma alternativa de la sanción, se trata en general de algunas teorías que se identifican como abolicionistas. Véase Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. Disponible en <http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones> P. 2

⁷² Pérez, Héctor. Manual para la reparación del daño en casos de tortura. INSYDE- USAID. 2016. P. 20. Por su parte la Ley de Víctimas en su artículo 6, fracción VI define como daño, Muerte o lesiones corporales, daños o perjuicios morales y materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños; pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico; pérdidas de ingresos directamente derivadas del uso del medio ambiente incurridas como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos; costo de las medidas de restablecimiento, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas o que vayan a adoptarse; y costo de las medidas preventivas, incluidas cualesquiera pérdidas o daños causados por esas medidas, en la medida en que los daños deriven o resulten; ORTIZ Cruz, Fernando Andrés. La reparación del daño como mecanismo alterno de sanción. En Revista Instituto de la Judicatura. P. 246. Disponible en https://www.ijf.gob.mx/publicaciones/revista/23/r23_15.pdf

⁷³ Ley de Víctimas en su artículo 6, fracción X

El daño se ha entendido principalmente en dos dimensiones, como daño material y como daño inmaterial.⁷⁴ El daño material tiene un carácter principalmente pecuniario, al referirse a toda pérdida o detrimento de ingresos que haya tenido la víctima en razón de los hechos ocurridos. Incluye categorías como lucro cesante, daño emergente y pagos y costas erogados. El segundo tipo de daño considerado inmaterial hace referencia a los perjuicios de carácter psicológico o físico;⁷⁵ es decir, aquellos sufrimientos o aflicciones que se desprendan del hecho y que se hayan causado a la víctima y a sus allegados, en otras palabras, alteraciones de carácter no pecuniario para la víctima y sus familiares.⁷⁶

Ahora bien, para pensar en reparaciones en el marco de los *delitos de Estado* será necesario:

1. Identificar al sujeto o sujetos dañados.

- Personas físicas
- Colectividades
- Sociedad

2. Identificar las afectaciones materializadas en un daño o riesgo al bien jurídico protegido colocando en el centro al sujeto afectado y sus necesidades.

- Análisis de contexto micro y macro
 - o Contexto en estricto sentido
 - o Hechos contextuales
- Identificar bien jurídico específico(s) afectados o en peligro

3. Determinación de reparaciones en una visión integral y transformadora

- Identificar necesidades particulares y colectivas
- Pensar reparaciones a nivel macro en términos de transformación y no repetición.
- Determinar reparaciones.

Sobre esto se abundará en los siguientes apartados.

⁷⁴ Esta división está establecida por la Corte Interamericana en CortelDH. Caso Bñamaca Velázquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serie C. Número 91, párr. 43.

⁷⁵ Saavedra, Yuria. Teoría de las Reparaciones ... op. Cit. p. 21

⁷⁶ Pérez, Héctor. Manual para la reparación del daño en casos de tortura. INSYDE- USAID. 2016. P. 41

4.2. Ampliación del enfoque de reparación

Ante la presencia de un hecho ilícito, sea éste calificado como delito, daño civil o violación a derechos humanos, surge tanto una obligación como un derecho correlativo a la reparación. Pueden existir delitos que se ejecuten bajo la modalidad de delito de Estado en donde no existan víctimas directas del delito y en realidad la víctima sea en su conjunto la sociedad mexicana –piénsese en el ejemplo de la Estafa Maestra-. Pueden existir otros delitos en donde las víctimas sean múltiples, muchas veces sin posibilidad de identificarlas.

En ese sentido, cuando se habla de delitos complejos, como los delitos de Estado, se hace indispensable reconocer que la esfera que se afecta suele trascender en muchas ocasiones, sino es que en todas, a una persona en particular y alcanzar a dañar a colectividades, las cuales pueden ser determinadas o indeterminadas, o a la sociedad misma, ya sea de manera material o simbólicamente y ello deberá ser considerado para determinar adecuadamente los daños y posteriormente, las formas de reparación o garantías de no repetición que sean necesarias.

Asimismo representa un reto determinar quién es el actor obligado a reparar el daño. Sería sencillo pensar que las obligadas son aquellas personas en que cometieron el delito, sin embargo, en los delitos de Estado dicha obligación no debe subsumirse a la responsabilidad estrictamente penal, sino ampliarse para efectos de la reparación. En ese sentido, fue el uso de las estructuras del Estado las que permitieron que se generaran daños a las víctimas o a la sociedad misma.

En esas condiciones, si se tiene presente que en los delitos de Estado –tal como se han definido en los apartados previos de este documento– existe alguna deficiencia o vulnerabilidad de la estructura Estatal que permite, tolera o incentiva dichos delitos, será necesario incorporar al Estado como responsable de reparar el daño social y garantizar la no repetición.

En este aspecto, la reparación que se debe determinar en los delitos de estado, guarda cierta similitud con la que se determina en materia de violaciones a derechos humanos, pues con independencia de la responsabilidad penal y sanciones que puedan ser individualmente atribuida, la reparación del daño debe apreciarse en términos más amplios y cumplir con dos funciones esenciales: la de reparar en todos los aspectos posibles a las personas o colectividades directa o indirectamente afectadas y la de disuadir al Estado de mantener las estructuras que permiten la comisión de ese tipo de delitos, haciendo más costoso el mantenimiento de las estructuras que permitieron ese actuar irregular. En ese sentido Valeria Moscoso señala:

Cuando el Estado no condena y, más aún, cuando participa de hechos como los que hoy están en discusión, lo que le transmite a la sociedad es que los aprueba o, por lo menos, los tolera, no reconociéndolos como delitos o, simplemente, dejándolos sin castigo; la impunidad vuelve difusos los límites entre lo permitido y lo prohibido, creando una cultura donde las esperanzas de

justicia y equidad se pierden, la credibilidad del estado de derecho decae y se legitiman conductas que desvalorizan la libertad y la vida, recreando relaciones sociales alienadas y deshumanizantes. Igualmente, con la falta de reparación de estos crímenes, el Estado desconoce e invalida el dolor de las víctimas y sus consecuencias, desprotege a la ciudadanía y la despoja de la posibilidad de resignificar los hechos (tanto de forma individual como colectiva), de darles un sentido en el continuo vital, impidiendo su elaboración, así como su inscripción en lo social e histórico.⁷⁷

En los casos de delitos complejos y, particularmente, en los delitos de Estado, es necesario incorporar en la apreciación del daño del análisis de contexto ya que es de suma utilidad para visibilizar todos los factores afectados a nivel macro, sobre todo en las estructuras sociales e institucionales. Este contexto también proporciona datos importantes para aterrizar las reparaciones a nivel individual o de colectivos de conformidad con el entorno en el que se desenvuelven. Piénsese en personas o grupos en condición de desventaja, como niñas y niños, personas de la tercera edad, comunidades indígenas, mujeres, entre otras.

En esas condiciones, debido a que los delitos de Estado, trascienden la percepción tradicional del derecho penal respecto al hecho delictivo, resulta de vital importancia que se amplíe la visión tanto del delito como de los efectos que el mismo genera, incorporando a las víctimas indirectas y a la comunidad o colectividad que pudo ser afectada. Sobre esto se abundará en los siguientes apartados.

Enfoque individual del daño

Desde el desarrollo de la Corte Interamericana se ha reconocido a la víctima como *la persona cuyos derechos han sido violados*⁷⁸ y de su desarrollo jurisprudencial se puede inferir una clasificación que posteriormente ha sido conceptualizada por la teoría como víctimas directas y víctimas indirectas. Las víctimas directas son aquellas personas que recienten en su persona o derechos los efectos inmediatos del hecho ilícito, por otro lado, se ha reconocido el carácter de víctimas indirectas a las familias o personas que mantengan algún tipo de relación significativa con la víctima.⁷⁹

Esta perspectiva es compatible, en lo esencial, con la percepción de la víctima que mantiene el derecho penal en su enfoque tradicional, que denomina “víctima” a la “víctima directa” y “ofendido” a la “víctima indirecta” –aunque con un enfoque un poco más restringido–. Esta forma de considerar a las personas afectadas por el delito

⁷⁷ Moscoso, Urzúa Valeria. Reparación del daño. Disponible en <http://cmdpdh.org/2011/11/reparacion-integral-del-dano/>

⁷⁸ Saavedra, Yuria. Teoría de las Reparaciones ... op. Cit. p. 23. La autora retoma este concepto del artículo 2.33 del Reglamento de la Corte Interamericana, que señala que este carácter se otorga por una determinación del mismo Tribunal.

⁷⁹ La Ley de Víctimas en su artículo 4 señala a la letra *Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan en una relación inmediata con ella*

guarda un nexo lógico con el sistema de imputaciones individuales de responsabilidad, que aísla el delito y sus efectos, a un solo hecho, sin embargo, no resulta compatible con las nuevas formas de criminalidad y, por lo tanto, las nuevas formas de afectación a las personas.

Es posible afirmar que, desde nuestro marco jurídico local ya existe una protección adecuada a las víctimas del delito, cuando éstas encajan en la definición de víctimas directas e indirectas o, víctimas y ofendidos. Sin embargo, esta categorización presenta limitaciones frente a delitos complejos, de ahí que sea necesario definir un enfoque más amplio de reparación del daño.

Enfoque social del daño

Como se ha mencionado a lo largo de este documento, existen hechos delictivos de configuración compleja cuyos efectos no afectan únicamente a un bien jurídico protegido penalmente, sino a bienes jurídicos de muchas personas, una colectividad o bienes jurídicos protegidos por otras normas, tal como ocurre, por ejemplo, con los delitos asociados a la corrupción.⁸⁰

Los delitos complejos, por definición, implican una conjunción de hechos y actores, así como una multiplicidad de víctimas y, en muchas ocasiones, no resulta fácil identificarlas ni individualizarlas. Si bien en casos de delitos complejos como desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales, las víctimas son claramente identificadas, también es cierto que hay otros delitos en los que el bien jurídico tutelado no pertenece exclusivamente a una persona física, o bien, existen daños al patrimonio nacional, a la estructura institucional, jurídica y económica, así como al entramado social cuando el delito fractura las relaciones de Estado-sociedad.

Es en ese sentido que se configuran los *delitos de Estado*, ya que además de afectar a múltiples víctimas, siempre generan una afectación a la sociedad, pues al verse comprometida la función Estatal se afectan los servicios públicos brindados, los recursos disponibles para gobernar, los beneficios que obtiene la sociedad de esas actividades, etc. En ese modo, la afectación la resiente la sociedad en su conjunto. El tipo de daño depende de cómo se configura el delito, a manera de ejemplo puede observarse la desconfianza que se genera en la policía, la ruptura del tejido social, el miedo infundido en la sociedad o la falta de credibilidad en las instituciones.

Cuando se está frente a delitos complejos que involucran la maquinaria estatal, recursos económicos, materiales o humanos, la evaluación del daño y las formas de reparación deben tomar en cuenta a los sujetos y las dimensiones verdaderamente afectadas con independencia de su individualidad, es decir, si los afectados son grupos, comunidades o la sociedad en su conjunto, las medidas de reparación deberán buscar resarcir a dichos sujetos colectivos.

⁸⁰Delitos como tráfico de influencias, coalición de servidores públicos o ejercicio ilícito del servicio público, entre otros.

En este camino de reconocer a los sujetos colectivos como posibles víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, la Ley General de Víctimas incorporó el reconocimiento de víctimas a grupos, comunidades u organizaciones cuando éstas ven afectados sus derechos, bienes jurídicos o intereses colectivos. Sin embargo, ello no se ha traducido en reparaciones de incidencia colectiva ordenadas dentro de los procedimientos penales. Es importante que, al estar en presencia de delitos de realización compleja, como los *delitos de Estado*, se incorporen estas perspectivas de reparación a la colectividad a fin de que la falta de víctimas individualizadas no impida la adecuada reparación de los daños y, especialmente, las garantías de no repetición.

Es probable que quienes cometen el delito difícilmente pueda garantizar la no repetición de dichos actos, debido a que está fuera de sus posibilidades de actuación la modificación de la estructura que permitió la comisión de esos delitos, de ahí que las reparaciones en este tipo de delitos deba asumirse conjuntamente tanto por quienes cometieron el delito como por el Estado en sí mismo. Así, los responsables penalmente tendrán a cargo las acciones de resarcimiento del daño (como indemnizaciones, satisfacción de las medidas de restitución o rehabilitación), en tanto que el Estado deberá asumir las medidas más simbólicas, colectivas o que implican garantías de no repetición (como la fijación de placas conmemorativas, disculpas públicas, modificación a las estructuras de gobierno, capacitación al personal, mejoramiento de las formas de vigilancia gubernamental, etc.). Los sujetos obligados, deben entenderse ampliados, para efectos de la reparación.

Reparación Integral del Caso 1

A efecto de aclarar estas dimensiones de responsabilidad y reparación conviene recordar el Caso 1 expuesto en el primer capítulo sobre agresiones de índole sexual que afectaron a niñas y niños de un plantel educativo preescolar. En dicho caso, el enfoque tradicional del derecho penal sobre la reparación del daño consideraría que el daño se circunscribe a uno de naturaleza física, que resulta irreparable y otro, de naturaleza moral (psicológica), por el cual se sentencia a los acusados (7 personas) a el pago de determinado número de terapias (según una pericial en psicología realizada hace años, al inicio del procedimiento), para cada uno de los niños y niñas afectados.

Sin embargo, la percepción adecuada del delito implica considerar que la afectación no se reduce exclusivamente a un daño de naturaleza psicológica, sino también a afectaciones colectivas a la comunidad escolar del jardín de niños e, incluso, a otras comunidades escolares de la Secretaría de Educación Pública que, tras los hechos, ven trastocada su confianza en el sistema educativo y exigen, justificadamente, la adopción de medidas que garanticen que lo ocurrido no se repetirá en ese plantel ni en ningún otro.

Si a ello se le suma, además, que dicho delito mantiene indicadores de ser un delito de Estado —debido a la dispersión de casos similares en el mismo sistema educativo—, la mancha de afectación crece y exige medidas más estructurales respecto al sistema educativo nacional. Estas medidas, más allá de las responsabilidades penales que se hayan asignado a los ejecutores de los delitos primarios, exigen del Estado un plan de selección del personal, programas de vigilancia de las actividades escolares, protocolos de actuación frente a sospechas, capacitación al personal supervisor escolar, etc., para resarcir a la sociedad víctima, es decir, medidas que solo mediante la estructura y presupuesto gubernamental pueden realizarse.

Causa Penal radicada en el Juzgado Séptimo de Distrito de Procesos Penales Federales en la Ciudad de México, en litigio desde el año 2011, por la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A. C.

81 Existen críticas a la distinción entre tipos de víctimas, pues se considera que si existe algún derecho violado o afectación de algún tipo, su carácter es simplemente de víctima, sin distinción.

Así, las medidas de reparación, tratándose de delitos complejos y de delitos de Estado, deben ser tratadas desde un enfoque social del daño, para que, como se verá a continuación cumplan con la vocación transformadora que es exigida.

4.3. Las formas de reparación

Ahora bien, la acreditación de la existencia de un daño hace inminente la necesidad de otorgar una reparación. La forma en que ésta se ordenará, dependerá de la determinación de la naturaleza y magnitud del daño, el autor, el hecho que lo ocasionó y el nexo causal entre este y el daño.⁸²

Como se puede observar, las reparaciones exigen un análisis casuístico y específico de los daños para la determinación de las necesidades de restitución, resarcimiento o de transformación. El desarrollo de la teoría de los derechos humanos ha sido bondadosa en clarificar y delimitar los distintos tipos de reparación disponibles para resarcir los daños ocasionados, principalmente se han establecido como formas de reparación, las siguientes:

- **Medidas de restitución (reparación in natura o restitutio in integrum):** consisten en acciones que buscan restablecer la situación existente previa el hecho ilícito⁸³ de acuerdo a la naturaleza de los bienes o derechos transgredidos, devolviendo a la víctima la posibilidad de ejercer el derecho o gozar del bien que le fue afectado (restablecimiento de la libertad, devolución de bienes, etc.).
- **Medidas de rehabilitación:** consisten en la atención médica y/o psicológica o psiquiátrica que debe garantizarse a las Víctimas.⁸⁴ Buscan restablecer la situación de la persona para que goce de sus derechos tal como lo hacía desde antes de ocurrir el hecho.
- **Indemnización o compensación:** la indemnización debe considerarse de carácter compensatorio, es decir, que no debe enriquecer a la víctima ni convertirse sólo en algo simbólico, sino que debe representar justo lo necesario para resarcir el daño causado. En el sistema penal, la indemnización se ha confundido con el propio derecho a la reparación, pues debido a la fungibilidad del dinero y su especial capacidad de satisfacer diversas necesidades, representa el elemento que hace más fácil la condena y cumplimiento de la reparación de un daño, sin embargo, no es la única forma de reparación.
- **Medidas de satisfacción:** como medidas de reparación simbólica, las medidas de satisfacción buscan restablecer la dignidad de las víctimas⁸⁵ en la conciencia colectiva⁸⁶. Su finalidad debe apreciarse, al menos, en dos dimensiones: la indi-

⁸² Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Peru. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C. No. 144, párr. 175

⁸³ Ley General de Víctimas "Artículo 27, fracción I: La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos;[...]"

⁸⁴ Saavedra Álvarez, Yuria. Teoría de las reparaciones a la luz... Op. Cit. P. 34

⁸⁵ Ley General de Víctimas. "Artículo 27, [...] fracción IV: La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas[...]"

⁸⁶ Saavedra Álvarez, Yuria. Teoría de las Reparaciones ... op. Cit. p. 31

vidual y la social, vinculadas estrechamente con el derecho a la verdad. En ese sentido, las medidas de satisfacción serán redignificantes en lo individual, en tanto restauren efectivamente la situación de la persona en su entorno, y en lo social, en tanto difundan la verdad de lo ocurrido (y no sólo pretenden superarlo) para incidir en la consciencia colectiva.

- **Garantías de no repetición:** son medidas ordenadas para evitar que se repitan actos de la misma naturaleza.⁸⁷ Normalmente tienen alcance general y tienen un efecto que sobrepasa al caso concreto, pero que se deriva de éste, guardando un nexo de causalidad.⁸⁸

Ahora bien, no obstante que la teoría clásica de las reparaciones considera una manera muy general de restitución de las cosas al estado anterior a su vulneración o daño, es importante tener presente la teoría de las reparaciones que se ha generado desde el enfoque de derechos humano –sobre todo desde las teorías críticas como el feminismo– que ha abonada una importante crítica a esta postura, pues se considera que en muchas ocasiones, restituir la situación al momento previo a su vulneración no es per sé una reparación integral, puesto que fue la misma situación en la que se encontraba la que propició la vulneración, por eso se ha propuesto el término de reparaciones transformadoras cuya intención es modificar de fondo la estructura inicial.⁸⁹

Desde una perspectiva de derecho tradicional, difícilmente se podría justificar al particular que comete un delito, o incluso a la organización que repare con visión transformadora, contrario a la lógica de derechos humanos en donde se justifica plentamente el actuar transformador del Estado, como obligado de inicio a la prevención y protección. Vale la pena reflexionar la función transformadora de las reparaciones en torno a un delito de Estado, cuando existen delitos que se sirve precisamente del estado de cosas –irregular, impune, con lagunas, con deficiencias de capacidad– para que el delito pueda ser cometido. En ese sentido, si el Estado funcionara adecuadamente el delito de Estado no se habría cometido a costillas de la misma estructura. La reparación transformadora tendría que generar acciones que modificaran dicha estructura para blindarla para la posterioridad.

Bajo ese razonamiento, es importante considerar las medidas de reparación transformadoras como parte del menú posible en estos casos, siempre tomando en cuenta las necesidades que se desprenden del sujeto afectado y el tipo de daño sufrido.

Si bien es cierto que nuestra práctica jurídica no apunta a la consideración de dichas formas de reparación en las sanciones penales, también lo es que representan herramientas de las que pueden valerse las autoridades que se encargan del proceso penal para hacer efectivo el derecho a la reparación del daño de víctimas tanto de delitos como de violaciones a derechos humanos de acuerdo a la Ley General de Víctimas.

⁸⁷ Ley General de Víctimas. "Artículo 27 [...] fracción V: Las medidas de no repetición buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir [...]"

⁸⁸ Saavedra Álvarez, Yuria. Teoría de las reparaciones a la luz... Op. Cit., p. 36
⁸⁹ Guillerot, Julie. Reparaciones con perspectiva de género. Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. P. 106. Aunque en este documento se refieren de manera específica a las mujeres y a sus condición de exclusión estructural, la idea de la reparación transformativa no está asociada exclusivamente al género.

4.4. El papel del Ministerio Público en la reparación del daño como representante del interés social

Finalmente, es oportuno definir cuál es el papel del Ministerio Público en la exigencia de la reparación del daño y como representante del interés social.

Es especialmente importante aclarar que, no obstante que nuestra tradición jurídica ha asimilado al Ministerio Público casi de forma exclusiva como un órgano persecutor de delitos, lo cierto es que se trata de una institución compleja que cumple con más finalidades que aquellas de persecución e investigación penal. Muchas veces se escucha que el Ministerio Público es el representante del interés social y del bien común, y ello se reconoce en las propias normas orgánicas de las procuradurías, señalando que deberán cumplir sus atribuciones respondiendo a la satisfacción del interés social y del bien común. Sin embargo, han sido pocas las reflexiones sobre el significado de dicha representación y, en ocasiones, la labor persecutoria del delito olvida que la finalidad de esa función es atender a ese interés social.

De acuerdo con García Ramírez –que se ha dedicado en varios momentos al estudio de esta institución–, la representación del interés social es uno de “los horizontes más promisorios del Ministerio Público”, asimilando dicha representación al ejercicio de lo que en los últimos años se ha denominado “intereses difusos”, es decir, que las funciones ministeriales deben mantener entre uno de sus objetivos el de defender los intereses que todos compartimos como miembros de la sociedad y que nadie puede reclamar como exclusivos, tal como ocurre con aspectos como el medio ambiente, la confiabilidad en las instituciones, el adecuado funcionamiento de los servicios públicos, etc.⁹⁰

Dentro de los procedimientos penales se sostiene, por una parte, que es deber del Ministerio Público, solicitar la condena en lo relativo a la reparación de daños o perjuicios y “probar su monto”, así como del Juez/a resolver lo conducente. Sin embargo, las mismas normas sustantivas, al precisar quienes tienen derecho a la reparación del daño, señalan únicamente a la persona víctima u ofendida –entendidas como aquellas personas que recienten directamente los efectos del delito–⁹¹ lo que ha llevado en la práctica a que sólo se exija la reparación del daño en aquellos casos en los que la víctima u ofendido está claramente identificado y determinado.

De acuerdo con ello, aunque el ministerio público mantiene el mandato de solicitar la condena en la reparación del daño en todos los procedimientos penales, lo cierto es que dicha obligación sólo es aplicada o exigible en aquellos casos en los que la víctima, en términos generales, es identificada como víctima u ofendida, en términos de los códigos penales; en tanto que, el resto de casos que carecen de la identificación

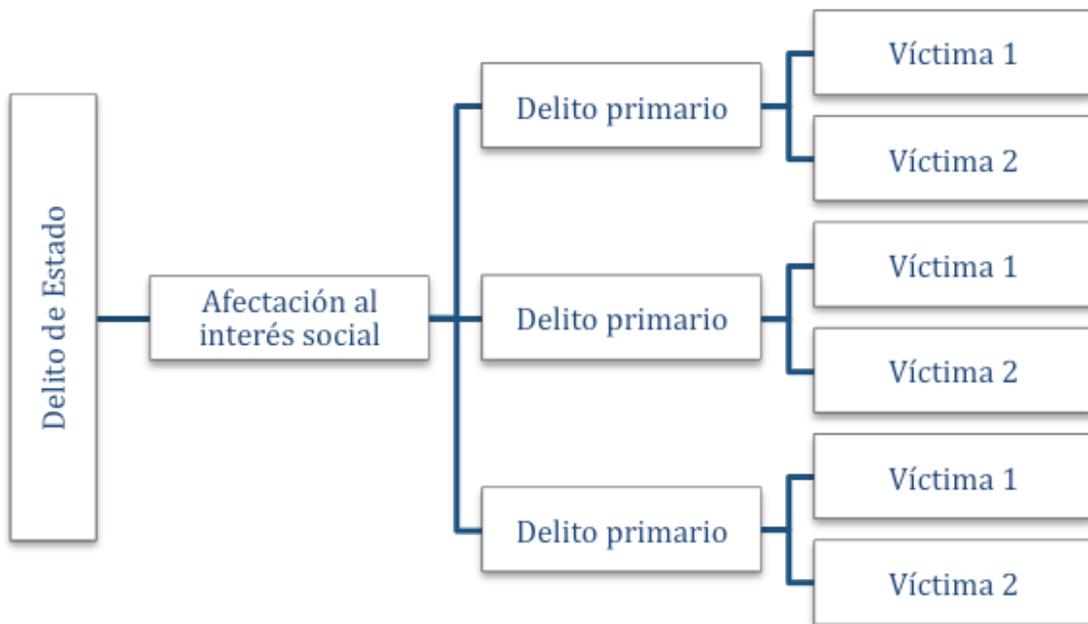
⁹⁰ García Ramírez, Sergio. “La reforma constitucional del ministerio público”, en Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 19. La reforma constitucional en México y Argentina. IJ-UNAM, 1996. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/136/3.pdf>

⁹¹ De conformidad con lo señalado por los artículos 30Bis y 31Bis del Código Penal Federal.

de víctimas y ofendidos en los términos definidos por la ley penal, puede ocurrir que no se realice condena en reparación del daño en tanto que “no existe” quien pueda beneficiarse de la misma.

Ello es precisamente lo que ocurre con lo que en este documento se ha definido como delitos de Estado, debido a que se trata de estructuras delictivas complejas que trascienden a las víctimas y ofendidos directo de los delitos primarios. Veamos de forma simplificada:

Como puede observarse del esquema, aun cuando los delitos primarios con base en los cuales se integra o se investiga el delito complejo de Estado, afectan a personas perfectamente identificadas o identificables, la naturaleza del delito complejo o delito de Estado ya no alcanza a dichas víctimas de forma directa, sino que las incluye en la afectación del interés social:



El desarrollo tradicional del derecho penal nos indicaría que si no existe una afectación particular e individualizable que reparar con víctimas identificadas, no es exigible la condena en reparación del daño, al sostenerse que dicha reparación sólo pueden existir en los delitos de resultado material. Sin embargo, aquí se sostiene que la función del ministerio público dentro de la investigación penal, debería ser capaz de representar y salvaguarda ambos niveles de interés, tanto el de las víctimas de los delitos primarios, como las víctimas del delitos complejo que si bien se expresan en un interés más difuso (como afectaciones colectivas o interés social), no por ello es menos importante o justiciable.

El máximo tribunal de nuestro país ha sostenido interpretaciones similares respecto al papel de las Procuradurías de Defensa –por ejemplo, del medio ambiente– para representar el interés social y la exigencia de reparación del daño a través del derecho penal. Respecto a ello, la Corte ha señalado que al verse afectados bienes indispensables para la vida social –como lo es tanto el medio ambiente como el correcto funcionamiento del Estado y las instituciones–, el Estado tiene obligación de garantizarlo y ello justifica su protección jurídica a través del Derecho penal.⁹²

Idéntica razón le asiste al Ministerio Público de forma general, ya que no obstante que no tiene encargada la garantía de algún bien jurídico en específico, sí que cuenta con el mandato de salvaguardar y representar el interés social, y ello le faculta plenamente para exigir la reparación del daño en delitos complejos y particularmente, en los delitos de Estado, en los términos que han quedado expuestos en este apartado expositivo, es decir, poniendo especial énfasis en la vinculación de las instituciones del Estado para garantizar la no repetición.

⁹²Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia de Amparo en Revisión 71/2016, sesionado el 23 de noviembre de 2016. Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Referencias bibliográficas

Ambos, Kai. "La Macrocriminalidad Política como objeto del Derecho Penal Internacional", en Información Doctrinal, publicado el 26 de febrero de 2014, disponible en: <https://derechovenezolano.wordpress.com/2014/02/26/kai-ambos-la-macrocriminalidad-politica-como-objeto-del-derecho-penal-internacional/>

Amuchategui Requena, Griselda. Derecho Penal, Oxford University Press, México, 2012.

Animal Político, La Estafa Maestra, disponible en <https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/index.html>

Arias Madrigal, Doris Ma. Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. Disponible en <http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones>

Azzolini, Alicia. "Las bases de la responsabilidad penal en el ámbito internacional: la problemática de la autoría", en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords.), Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Serie Doctrina Jurídica No. 393, IJ-UNAM, México, 2007.

Calderón Martínez, Alfredo. Teoría del Delito y juicio oral. En Juicios Orales No. 23. 2ª reimp. IJ-UNAM, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015.

Cesano, José Daniell y Balcarce, Fabián. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la república de Argentina. En ADCP. Vol LVI. 2003. P. 358. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, OEA/Ser.LV/II.106, Doc. 59 rev, 2 de junio 2000, capítulo

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serue C. Número 91.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Peru. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C. No. 144.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Díaz-Aranda, Enrique, "Autoría y Participación en el Derecho Penal Mexicano". en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (Coords.), Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Serie Doctrina Jurídica No. 393, IJ-UNAM, México, 2007.

Equipos Técnicos Encargados del Ministerio Público y Policía Nacional del Perú. Manual para el desarrollo del Plan de Investigación, Peru, sin año. Disponible en: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3534_mp__manuales.pdf

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar. Manual de Análisis de Contexto para casos de Violaciones a los Derechos Humanos. International Bar Association, FLACSO, México, 2017.

Ferrajoli, Luigi. Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado, pág. 33. Disponible en www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/60905/53714

Ferrajoli, Luigi. "El Derecho Penal Mínimo", en El Derecho Penal Mínimo, en Neopanopticum, Artículos de Derecho, Criminología y Ciencias Sociales, publicado el 6 de julio de 2006, disponible en: <https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-mnimo-l-ferrajoli/>

Franco Loo, Eduardo y otros. Las teorías del delito, Facultad de Medicina de la Universidad de Córdoba, 2013, disponible en: http://sistemaucem.edu.mx/bibliotecavirtual/oferta/licenciaturas/criminologia/CRIMI102/las_teorias_del_delito.pdf

García Cavero, Percy. La imputación subjetiva y el proceso penal, ponencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto de 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/1017/961>

García Ramírez, Sergio. "La reforma constitucional del ministerio público", en Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 19. La reforma constitucional en México y Argentina. IIJ-UNAM, 1996. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/136/3.pdf>

Guillerot, Julie. Reparaciones con perspectiva de género. Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2009

Human Rights Watch. México, Eventos de 2015, Humans Rights Watch, disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2016/country-chapters/285507>

La Rota, Miguel Emilio y Carlonia Bernal, Experiencias de los países de América Latina en la investigación de los delitos complejos. DeJusticia, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, Bogotá, abril de 2012, disponible en http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2042/Experienciascomparadas_Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Martínez Osorio, David, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación. ICTJ. Colombia. 2014.

Moscoso Urzúa, Valeria. Reparación del daño. Disponible en <http://cmdpdh.org/2011/11/reparacion-integral-del-dano/>

Muñoz Conde y García Arán, Derecho penal, Parte General, 4ª edición., Valencia 2000.

Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Temis, Bogotá, 2010.

Muñoz Conde, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, Revista Penal de la Universidad de Huelva No. 9, España, 2002.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Colombia – UNODC. Plan de investigación para el delito de desaparición forzada de personas, primera edición, Bogotá D.C, Septiembre 2010

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento, Nueva York y Ginebra, 2006

Ojeda Bohórquez, Ricardo. Hacia la modernización del sistema penal. INACIPE, México, 2009.

Pérez, Héctor. Manual para la reparación del daño en casos de tortura. INSYDE-USAID. 2016.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia de

Amparo en Revisión 71/2016, sesionado el 23 de noviembre de 2016. Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Conclusiones acusatorias. Procedimiento a seguir cuando se formulan en contravención a los artículos 292 y 293 del código federal de procedimientos penales (falta de cita del artículo 13 del código penal federal). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Octubre de 2001, Materia(s): Penal, Tesis: 1a./J. 53/2001, Página: 44, Registro: 188661

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Reclasificación del delito. Cuando el juez de la causa dicta sentencia por uno diverso al contenido en el auto de formal prisión, teniendo como base los mismos hechos, no viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica (interpretación del artículo 19 de la constitución federal). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Junio de 2003, Materia(s): Penal, Tesis: 1a. XXVI/2003, Página: 200, Registro: 184032

Saavreda, Yuria. Teoría de las Reparaciones a la luz de los derechos humanos. En Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en derechos humanos. CDHDF-SCJN-OACNUDH, México, 2013.

Seils, Paul y Marieke Wierda, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento, 2006, HR/PB/06/4, disponible en: www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf).

Tribunal Regional de Berlín, veredicto de 26 de julio de 1994, 5 StR 98/94, BGHSt 40 218, Persecución indirecta de altos funcionarios de la RDA.

Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C.
2018

Diseño: Ibó Angulo



Oficina de Defensoría de los
Derechos de la Infancia a.c.