

REVISTA DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS

57

Año 18 / núm. 57
Octubre 2024 - Marzo 2025



BUAP.
revistas

ITLA MELAUA

Tla-melaua, Revista de investigación en Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP)

DIRECTORIO

María Lilia Cedillo Ramírez
Rectora

José Manuel Alonso Orozco
Secretario General

Ygnacio Martínez Laguna
Vicerrector de Investigación y Estudios de Posgrado

Luis Antonio Lucio Venegas
Director General de Publicaciones

Georgina Tenorio Martínez
Directora de la Facultad de Derecho (FD)

Marcos Gutiérrez Ayala
Secretario de Investigación y Estudios de Posgrado (FD)

Roberto Carlos Gallardo Loya
Coordinador de Comunicación Científica (FD)
Editor Ejecutivo

Eric Cazalco Hernández
Asistente editorial

Víctor García Vázquez y Héctor Francisco González Fernández
Responsables de corrección y estilo

Carlos Martínez Osio
Responsable de traducción

Viridiana Rosas Martínez
Diseño de portada

Manuel Martín Ortiz
Soporte técnico

TLA-MELAUa, año 18, número 57, octubre 2024 - marzo 2025, es una publicación semestral editada por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), con domicilio en 4 Sur No. 104, Col. Centro, C.P. 72000 Puebla, Pue., México, Tel. + 52 222 229 55 00 Ext. 7705. www.tlamelaua.buap.mx, editor responsable: Dr. Roberto Carlos Gallardo Loya, roberto.gallardoloya@correo.buap.mx. Reserva de derechos al uso exclusivo 04-2017-111113564700-203, E-ISSN: 2594-0716, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derecho de Autor de la Secretaría de Cultura. Responsable de la última actualización de este número: Coordinación de Comunicación Científica y Edición Ejecutiva de la Facultad de Derecho, Dr. Roberto Carlos Gallardo Loya, domicilio en Avenida San Claudio esquina boulevard 22 sur, Col. Jardines de San Manuel, C.P. 72570, Puebla, Pue., México. Fecha de la última modificación: 30 de septiembre de 2024. Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

TABLA DE CONTENIDOS / Tla-melaua 57

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

La Inteligencia Artificial y el Derecho: Una mirada a un futuro presente
Lucerito Ludmila Flores Salgado, Diana Alondra Martínez Xelhuantzi4

Dogmática penal, teoría del delito y la acción, un estudio sobre sus problemáticas en la PDF
implementación
José Felipe Bastidas Álvarez22

Los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos: consideraciones con-
ceptuales de PDF derecho constitucional y avances recientes en México
José Luis Ramírez Santos42

La inteligencia artificial y el Derecho: Una mirada a un futuro presente*

Lucerito Ludmila Flores Salgado**
Diana Alondra Martínez Xelhuantzi***

* Artículo de reflexión postulado el 12/10/2023 y aceptado para publicación el 20/05/2024

** Profesora Investigadora de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
lucerito.flores@correo.buap.mx, <https://orcid.org/0000-0002-1551-4843>

*** Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
diana95dox@hotmail.com, <https://orcid.org/0009-0002-8311-8241>

RESUMEN

Las nuevas tecnologías están en constante cambio y avanzan de manera exponencial, provocando inquietud entre muchos estudiosos, toda vez que el desarrollo de estas puede llegar a tener un gran impacto en la sociedad como la conocemos hoy en día. Es por ello, que es necesario atender desde la relación que existe entre el Derecho con las Inteligencias Artificiales, así como la responsabilidad humana durante el desarrollo y uso de estas, para así analizar la necesidad de crear un cuerpo interdisciplinario que involucre tanto abogados como expertos en el tema, para así buscar una normatividad que beneficie a todos.

PALABRAS CLAVES

SUMARIO

- Consideraciones sobre derecho e Inteligencia Artificial.
- Relación entre el derecho y las Inteligencias Artificiales
- Responsabilidad humana en el uso de la Inteligencia Artificial.
- La necesidad de la creación de un enfoque transdisciplinario para regular el uso y creación de Inteligencias Artificiales.
- Análisis sobre el desarrollo de Inteligencias Artificiales en México.
- Consideraciones finales
- Conclusiones.
- Bibliografía.

ABSTRACT

New technologies are constantly changing and advancing exponentially, causing concern among many scholars, since their development can have a great impact on society as we know it today. Therefore, it is necessary to address the relationship between Law and Artificial Intelligences, as well as the human responsibility during the development and use of these, in order to analyze the need to create an interdisciplinary body that involves both lawyers and experts on the subject, in order to seek a regulation that benefits everyone.

KEYWORDS

Artificial Intelligence, law, scientists, development, programming, human responsibility, technology.

Presentación

En los últimos años, se ha escuchado demasiado sobre un tema muy novedoso y recurrente, pero que su vez, preocupa a algunos científicos y expertos cómo es el caso del físico más importante de los últimos años, Stephen Hawking, o personalidades como Elon Musk incluso Bill Gates, han advertido acerca de los riesgos que conlleva el desarrollar tecnología sin medidas seguras. En este sentido, el desarrollo de las Inteligencias Artificiales (IA) es hoy en día, uno de los tópicos más tratados y discutidos en la actualidad debido a la rápida evolución de la tecnología en diversos sectores, siendo un tema hablado principalmente por empresas tecnológicas, gobiernos, investigadores, académicos, organizaciones, foros internacionales, así como medios de comunicación y divulgadores científicos.

Desde obreros, empleados hasta profesionistas en diversas áreas, sienten un profundo temor a ser desplazados por las tecnologías, que han estado creciendo de manera exponencial, todo esto como consecuencia de la automatización, la robótica, la digitalización, y las IA, provocando un impacto en sectores específicos, por lo tanto, estas personas sienten que sus derechos laborales, serán vulnerados en un futuro. Basta observar que, no sólo en México, sino en todo el mundo, las máquinas están suplantando a trabajadores del campo, obreros, empleados, diseñadores, que si bien es cierto, no se ha dado en la misma magnitud, también es cierto, que se ha habido un desplazamiento constante, y eventualmente llegará a todo el globo.

Teniendo en consideración lo anterior, en el ámbito legal y legislativo, es crucial reconocer la importancia de la formación continua en áreas emergentes o especializadas. Dada la naturaleza dinámica de la sociedad, así como la rápida evolución de la tecnología, los profesionales del Derecho pueden beneficiarse al ampliar sus conocimientos en temas específicos que quizás no sean familiares en un principio. Este enfoque proactivo en el aprendizaje garantiza que los abogados y legisladores estén mejor equipados para abordar los desafíos contemporáneos para tomar decisiones informadas que reflejen la complejidad de la realidad actual. La disposición a aprender sobre nuevos temas no solo enriquece el conocimiento individual, sino que también contribuye al fortalecimiento del sistema legal en su conjunto.

Para atender esta situación, es necesario primero contestar la pregunta ¿qué es una inteligencia artificial? Ya que lo primero que nos viene a la mente, es un robot, sin embargo, el concepto como tal no abarca una, sino diversas áreas.

El término inteligencias artificiales, se empleará en plural en reiteradas ocasiones, toda vez que cuando se habla de ello, no se trata de una en específico, sino de diversas, ya que implican diversas clasificaciones al tratarse de un área demasiado amplia, teniendo en cuenta diferentes factores como son puntos de vista de expertos, nivel de inteligencia, manera de operar, etc. Algunos ejemplos son:

1. Sistemas expertos
2. Redes neuronales artificiales
3. Deep learning
4. Robótica
5. Agentes inteligentes

La expresión “Inteligencias Artificiales” se utiliza para hablar de más de una IA o para referirse a diferentes instancias, tipos o sistemas de inteligencia artificial en un contexto determinado. Es por ello que el objetivo principal de este artículo es proporcionar un estudio y análisis sobre

las implicaciones que traería consigo el avance tecnológico, para así establecer si es viable la implementación de un equipo interdisciplinario que involucre tanto abogados y legisladores como expertos en las áreas informáticas y tecnológicas para crear, mejorar, y, en su caso reformar leyes. Se dará una pequeña mirada al futuro que está más presente que nunca.

Consideraciones sobre derecho e Inteligencia Artificial

El Derecho tiene como finalidad en general, encauzar la conducta humana, y establece un orden justo que permite la sana convivencia así como el progreso de la sociedad a través de marcos regulatorios equitativos, sin embargo, muchos investigadores del Derecho como Ryan Calo,¹ Kate Crawford,² Timnit Gebru,³ Frank Pasquale,⁴ Danielle Keats Citron,⁵ Mi-reille Hildebrandt⁶ y Orin Kerr,⁷ en el ámbito internacional, así como Fernando Thomson de la Rosa⁸, José Ramón Cossío Díaz,⁹ y Roberto Duque Roquero,¹⁰ en el caso de México, entre otros, han investigado y hablado acerca del tema, participando en discusiones sobre los temas y una posible regulación de la tecnología, debido a que están superando y desplazando en muchas actividades al ser humano, como se ha mencionado con anterioridad.

Además, se teme que una IA podría llegar a generar un criterio propio en algún momento determinado, lo cual podría representar un riesgo, como lo han señalado en reiteradas ocasiones expertos y científicos como el caso de Stephen Hawking, quien en 2014 advirtió de los peligros que conlleva el avance tecnológico, además menciona que “Los humanos, son seres limitados por su lenta evolución biológica, no podrán competir con las máquinas, y serán superados”;¹¹ tras su muerte se publicó su libro “Breves respuestas a las grandes preguntas”, donde menciona que la IA “podría acabar con la raza humana”.¹²

Teniendo en consideración lo anterior, vuelve a surgir la pregunta ¿es necesario regular el avance tecnológico y uso de las IA? Primeramente, hay que entender qué es una inteligencia

1 Profesor de derecho en la Universidad de Washington y un experto en la intersección entre la ley y la tecnología, incluida la IA.

2 Investigadora principal en Microsoft Research, ha escrito y hablado ampliamente sobre ética y justicia en el contexto de la inteligencia artificial.

3 Antigua co-líder del equipo de ética en inteligencia artificial de Google, ha contribuido significativamente al campo de la ética de la IA y la diversidad en la investigación de la inteligencia artificial.

4 Profesor de derecho en la Universidad de Maryland, se ha centrado en cuestiones relacionadas con la regulación de la tecnología y la ética de la inteligencia artificial.

5 Profesora de Derecho en la Universidad de Boston, ha investigado y escrito extensamente sobre privacidad, ciberseguridad y derechos civiles en la era de la tecnología, incluida la IA.

6 Profesora de Derecho en la Universidad Vrije de Bruselas, se especializa en la intersección entre la inteligencia artificial y la ley, con un enfoque en la privacidad y la protección de datos.

7 Profesor de Derecho en la Universidad de California, ha escrito sobre cuestiones legales relacionadas con la vigilancia y la privacidad en la era de la tecnología.

8 Abogado y académico mexicano que ha abordado temas de tecnología y derecho. Anteriormente, se desempeñó como Comisionado del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) de México.

9 Exministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Aunque su enfoque principal es el derecho constitucional, ha hablado sobre temas relacionados con la tecnología y su impacto en la sociedad y la ley.

10 Abogado y académico con experiencia en derecho tecnológico. Ha participado en discusiones sobre temas como la privacidad y la regulación de la tecnología en México.

11 BBC news mundo, Stephen Hawking: “La inteligencia artificial augura el fin de la raza humana”, https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/12/141202_ulnot_hawking_inteligencia_artificial_riesgo_humanidad_egn

12 El Cronista, “La predicción más certera de Stephen Hawking sobre ChatGPT y la inteligencia artificial”, El Cronista, <https://www.cronista.com/espana/actualidad-es/la-prediccion-mas-certera-de-stephen-hawking-sobre-chatgpt-y-la-inteligencia-artificial/>.

artificial. La RAE tiene algunas definiciones al respecto, pero sólo citaremos las primeras tres, que son a saber: 1) Capacidad de entender o comprender, 2) Capacidad de resolver problemas, y 3) Conocimiento, comprensión, acto de entender;¹³ De igual manera, la misma Academia proporciona una definición de inteligencia artificial, que es a saber “Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”.

Utilizado por primera vez en una conferencia de 1955 por el profesor de matemáticas del Dartmouth College, John McCarthy, nos dice que el concepto de inteligencia artificial se refiere a un proceso mediante el cual “hace que una máquina se comporte de una manera que se consideraría inteligente si un humano hiciera esto”.¹⁴

Además, en el área jurídica, la Dra. Lucerito Flores estudiosa de temas complejos refiere que, se entiende por Inteligencia Artificial el estudio sistemático del comportamiento inteligente y de los procesos de aprendizaje de los seres humanos, con la finalidad de que las máquinas y las computadoras imiten las habilidades humanas: como reconocimiento de objetos, colores, distancias y en otros casos imitar reacciones afectivas y representarlas mediante gestos.

Es una de las áreas de las ciencias computacionales encargadas de la creación de un hardware y software que tengan comportamientos inteligentes que le permitan percibir, razonar y actuar.¹⁵

Al respecto, el destacado científico Seymour Papert expresó en 1993, que el campo de la inteligencia artificial se dividía en varios paradigmas en contienda. Los contendientes diferían en lo que respecta a las formas que se necesitan para capturar todas las formas de la inteligencia. Se encontraban abocados a la búsqueda de mecanismos de aplicación universal.¹⁶

Por su parte, Peguera Poch, en 2020, manifestó que la IA, engloba diversas áreas de investigación. Una de estas áreas mencionadas es el machine learning, que se refiere a la capacidad de mejorar recurrentemente el desempeño en una tarea mediante el análisis de nuevos datos. Entre las diversas manifestaciones de machine learning, resalta el llamado Deep learning, que emplea redes neuronales – conjuntos de pequeñas unidades de procesamiento interconectadas, en cierto modo inspiradas en la estructural cerebral; o el reinforcement learning, que busca optimizar la toma de decisiones.¹⁷

De acuerdo a las definiciones proporcionadas, tenemos que hasta el momento, las IA no poseen una capacidad de reflexionar o comprender en el sentido humano, pero si pueden resolver problemas, incluso aprender, sin embargo, al atender a las mismas, el hecho de que los programas creados tengan capacidades equiparables a las de la mente humana, puede llegar a ser preocupante, toda vez que estás inteligencias son capaces de realizar a la perfección las mismas actividades que un humano, ya que a este último le toma años aprender lo que en cuestión de minutos incluso en segundos, una IA realizará; un ejemplo claro es el desarrollo de arte digital, el cual se va perfeccionando conjuntamente con la tecnología.

13 Real Academia Española, “Inteligencia”. <https://dle.rae.es/inteligencia>.

14 Cfr. Sumup: Inteligencia Artificial - ¿Qué es la Inteligencia Artificial?, <https://www.sumup.com/es-es/facturas/glosario/inteligencia-artificial/>.

15 Flores Salgado, Lucerito: Derecho Informático, 1ª ed., Ed. Patria, México, 2009, p. 71.

16 Cfr. Papert, Seymour: “¿Una sola IA o muchas?”, en Graubard, Stephen R. (Coord.): El nuevo debate sobre la Inteligencia Artificial, Ed. Gedisa, España, 1993, p. 10.

17 Cfr. Peguera Poch, Miguel: “En búsqueda de un marco normativo para la Inteligencia Artificial”, en Cerrillo I Martínez, Agustí y Peguera Poch, Miguel (coord.), Retos jurídicos de la Inteligencia Artificial, Ed. Aranzadi, España, 2020, p. 42.

Como características de la inteligencia artificial, tenemos que incorpora a la informática el concepto de aprendizaje, es decir, la utilización de la experiencia y la deducción lógica para auto mejorarse, además utiliza símbolos no matemáticos; el comportamiento de los programas que usan tienen una secuencia de pasos seguidos por una aplicación influenciada por un problema particular, su razonamiento está basado en el conocimiento, implica el uso de otro software que incorpora factores y relaciones del mundo real, además de que existe una distinción entre lo que es un programa de razonamiento y una base de conocimientos.¹⁸

Teniendo en consideración lo anterior, Pablo Rodríguez¹⁹ menciona que el problema fundamental, es que, como seres humanos, tenemos limitaciones. Nuestra mente y capacidad son limitadas. A veces no podemos tomar siquiera decisiones simples sobre nosotros mismos. Tomamos decisiones basándonos en razonamientos que en reiteradas ocasiones suelen ser erróneos, y muchas veces no encontramos un tiempo siquiera para pensar o razonar en posibles respuestas a los dilemas que se nos enfrentamos, consecuentemente en estos casos nos vemos en la necesidad de recurrir a los presentimientos, y a la intuición, para seguir adelante.

En este orden de ideas, y teniendo en consideración lo expuesto hasta el momento surge la interrogante: ¿Las inteligencias artificiales realmente están desplazando a los humanos? ¿Es necesaria la intervención de las leyes para regular su “conducta” y limitar su avance y aplicación? Para llegar a acercarnos a una posible solución, se empleará una metodología basada en la acumulación de información, así como un análisis con gráficas respecto de los temas para así deducir si es necesaria la intervención de las leyes, pero eso se abordará más adelante.²⁰

Relación entre el derecho y las Inteligencias Artificiales

En vista de la complejidad en constante evolución de la inteligencia artificial, es comprensible que algunos legisladores puedan no tener una preparación específica en este campo. Ser conscientes de la necesidad de conocimientos especializados en temas de IA es esencial para desarrollar políticas efectivas. Quizás podríamos explorar oportunidades para proporcionar educación continua sobre estas cuestiones, garantizando así que los legisladores estén a la vanguardia para abordar los desafíos tecnológicos emergentes. Por lo tanto, el tema de las IA debe ser tratado tanto por legisladores, así como por abogados en conjunto con apoyo de especialistas en la materia.

Campuzano Gallegos afirma, que para comprender como es que se vinculan estas disciplinas tan diferentes, es necesario usar unos “lentes” que permitan mirar al Derecho como un sistema de información que se construye a partir de cierta manera de ver la realidad, que tiene su propia racionalidad, que sirve para identificar conflictos entre intereses distintos y para encontrar soluciones a problemas y que además entraña un proceso de creación de sus propios elementos.²¹

18 Flores Salgado, Lucerito Ludmila, “Derecho Informático”; Op. cit., p. 72.

19 Pablo Rodríguez es doctor en informática y experto en tecnologías de Internet. En la actualidad, es director ejecutivo de Telefónica Innovation Alpha, una unidad de investigación cuyo objetivo es crear moonshots, proyectos que afrontan los grandes retos de la sociedad con ideas radicales y tecnología pionera.

20 Cfr. Rodríguez, Pablo: *Inteligencia Artificial, cómo cambiará el mundo (y tu vida)*, Ed. Deusto, España, 2018, p. 266.

21 Cfr. Campuzano Gallegos, Adriana: “Inteligencia artificial para abogados”, Ed. Thomson Reuters, México, 2019, p. 117.

Complementando lo anterior, Cáceres Nieto²² explica que la habilidad de un operador jurídico para ejercer la profesión dependerá del cambio cibernético que experimente en los centros especializados en el adoctrinamiento ideológico jurídico; dice que en el procedimiento se crean procesos mentales que posibilitan la discriminación y decodificación de ciertos datos (inputs), el aprendizaje de un lenguaje artificial y técnico, la realización de procesos específicos para organizar la nueva información así como la creación de nuevas premisas y presupuestos epistemológicos (la caja negra), todo lo cual determina la nueva información y los programas comportamentales con los cuales el agente interactuará en el nuevo subuniverso simbólico en el mundo exterior.²³

Además, cabe resaltar que Pampeu Casanovas, menciona que está relación entre el Derecho y la IA nació con el objetivo de solucionar un conjunto de problemas específicos que se plantean en el ámbito jurídico. Algunos de estos problemas son conocidos y persisten hasta hoy: la organización de las grandes bases de datos, la clasificación y ordenación de textos jurídicos que varían con el tiempo (leyes, reglamentos, sentencias...), el interfaz con los distintos tipos de usuarios, el modelado de las operaciones realizadas por los agentes políticos (logística) y jurídicos (razonamiento judicial, razonamiento por casos, resolución de problemas), el modelado de determinados ámbitos del conocimiento jurídico (especialmente en derecho financiero y en cálculo de tasas e impuestos), el modelado de la argumentación razonable en función de normas o de precedentes.²⁴

A pesar de la relación establecida, la implementación de nuevas tecnologías se ha enfrentado a diversos desafíos. Entre ellos, se encuentran profesionales del Derecho, tanto jóvenes como experimentados, que podrían no mostrar un interés significativo en explorar conocimientos más allá del ámbito jurídico. Asimismo, algunos veteranos en la profesión, que ofrecen su valiosa experiencia en la impartición de justicia, pueden mostrar resistencia a adoptar nuevas tecnologías como herramientas complementarias a sus funciones, prefiriendo en su lugar mantenerse en métodos más tradicionales.

Otro posible obstáculo, es que Campuzano Gallegos menciona, que el Derecho es un sistema de representación que varía de cultura en cultura y dentro de cada cultura hay diversas concepciones normativas, es decir, no hay consenso único sobre qué es el Derecho, cómo debe concebirse, así como una diversidad de Teorías Generales del Derecho; tampoco hay consensos explícitos sobre los hábitos de razonamiento de sus operadores, la incidencia del Derecho en los procesos de construcción social de la realidad, los insumos cognitivos jurídi-

22 Citado en Aguilera García, Edgar Ramón. *Inteligencia Artificial aplicada al Derecho*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos. No. 104. México. 2007, p. 134. Cit. por Campuzano Gallegos, Adriana; "Inteligencia artificial para abogados", Op. cit., p. 117.

23 Campuzano Gallegos, Adriana; "Inteligencia artificial para abogados", Op. cit., p. 117.

24 Cfr. los Manuales incluidos en la bibliografía al final del capítulo, véase: Pérez-Luño (1986), Guibourg y Chini (1996), Martino et al. (2000), Bourcier (2003), Sartor, G. (2008), Durante y Pagallo (2012), así como el volumen colectivo editado por Paliwala, A. (2010), con interesantes aportaciones de primera mano de algunos pioneros en informática jurídica, sistemas expertos e IA & D. Cit. por Casanovas, Pompeau: "Derecho, tecnología, inteligencia artificial y web semántica. Un mundo para todos y para cada uno", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (coord.), "Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho", UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Volumen 1, México, 2015, pp. 831 y 832. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>.

cos²⁵ y los estados psicológicos que emergen en la mente de los operadores jurídicos.²⁶

Entonces, tenemos que en un primer momento no existe ningún impedimento para que llegase a existir una regulación en el uso de las inteligencias artificiales, incluso éstas pueden llegar a ser un apoyo para las dependencias, y sobre todo para la impartición de justicia, sin embargo, ¿qué es lo que se tendría que regular? Porque las IA no son consideradas personas, no son seres autónomos que toman decisiones a menos que se les indique, no realizan actividades o funciones si no se les da la orden, entonces, si alguna llegase a realizar algún acto que vulnere los derechos de alguna persona, ¿A quién se tendría que castigar? ¿Al desarrollador? ¿Al usuario? Realmente es un tema muy complejo a tratar, por lo que se necesitaría hacer un estudio interdisciplinario, donde se tendría que consultar a diversos profesionistas y expertos en el área, por ello, solamente se hablará brevemente del tema.

Responsabilidad humana en el uso de la Inteligencia Artificial

La Inteligencia Artificial nos dice Alejandra Moran, es considerada como la más reciente e impactante herramienta tecnológica, capaz de aprender así como de decidir, es probable que actualmente pueda cometer delitos -del tipo informático o ciber delitos-, sumándose a los sujetos activos del delito, dejando de ser solo una herramienta más, cuya efectividad informática y decisiva, ocultaría el ataque, al atacante o a la herramienta (IA), lo que invita a analizar y ponderar los elementos fácticos actuales, para proponer su regulación especial a través de dos vertientes principales: 1. La creación de un tercer tipo de persona jurídica - “la persona artificial”-, y 2. La probable responsabilidad penal (IA) -frente a irresolubles y variados casos cometidos por ésta-, y dada la ausencia de precedentes regulatorios nacionales, permite inducir claramente como la próxima, apremiante además de urgente frontera jurídica a regular.²⁷

Es pertinente señalar qué es un delito informático o electrónico, del cual la Dra. Lucerito Flores nos dice que estos comprenden todas las acciones típicamente antijurídicas para cuya consumación se utiliza o se afecta perjudicialmente una computadora o sus accesorios y se incluyen las acciones de uso indebido del software, apropiación o comunicación ilícita de datos, interferencias de bancos electrónicos ajenos de datos, y muchas otras conductas antijurídicas relacionadas con la informática, dichas figuras delictivas tipificadas en el Código Penal y en leyes especiales pueden ser cometidas con los sistemas electrónicos de elaboración de datos, o contra ellos, dañándolos.²⁸

Además, cabe citar a Moran, que dice “Si bien una IA es capaz de reflejar así como de realizar lo que la humanidad desee -posibilidad tentadora igual que emocionante-, debe tenerse presente que ello incluye lo mejor o peor de las personas, por lo tanto, al programarla para dejar que aprenda, al ser emuladora del ser humano y pese a no tener propiamente un libre albedrío para la toma de decisiones,²⁹ no se evita el riesgo de que emule esa capacidad de

25 Dato o información proveniente del exterior que pertenece al discurso del derecho positivo (legislación y jurisprudencia), a la dogmática jurídica o a la teoría general del Derecho, susceptible de ser procesada por un agente psicológico. Aguilera García, Edgar Ramón. Op. cit., p. 27. Cit. por Campuzano Gallegos, Adriana; “Inteligencia artificial para abogados”, Op cit., p. 120.

26 Ibidem, p. XXI. Cit. por Campuzano Gallegos, Adriana; “Inteligencia artificial para abogados”, Op. cit., p. 120.

27 Cfr. Morán Espinoza, Alejandra: “Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?”, Scielo, Rev. IUS vol.15, no.48, Puebla, jul./dic. 2021 E pub 14-Mar-2022, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472021000200289.

28 Flores Salgado, Lucerito Ludmila, “Derecho Informático”; Op. cit., pp. 131 y 132.

29 Véase el caso de DeepMind, de Google y su experiencia con el juego AlphaGo. Cit. por. Morán Espinoza, Alejandra;

tomar decisiones malas, peligrosas, lesivas o delictivas que afecten incluso a los propios seres humanos. Convirtiendo nuestra mejor herramienta tecnológica, en el armamento que atente contra nosotros mismos además de ser nuestra peor debilidad”.³⁰

El uso de la Inteligencia Artificial, complementa Ana Ayerbe, variará dependiendo del perfil de los usuarios que la usen, en especial existiendo ciber delincuentes, que van desde los más inofensivos, asociados a la ciber malicia, a los más peligrosos, como pueden ser los relacionados con el ciber terrorismo, el ciber espionaje o la ciberguerra. La misma variedad puede encontrarse en el nivel de sofisticación y complejidad de los ciberataques, que resultará diferente en cada caso. Detrás de los ciberataques más peligrosos y complejos, susceptibles del uso de la IA pueden estar relacionados a grupos muy especializados, financiados por determinados Estados, cuyos ataques pueden estar dirigidos hacia infraestructuras críticas de otros países o a generar campañas de desinformación. Si se analiza a los potenciales atacantes desde otro ángulo, el de su forma de operar, pueden verse el existe un uso de las IA tanto para explotar vulnerabilidades conocidas como para encontrar otras desconocidas o crear nuevas.³¹

Además, otro de los grandes problemas que se presenta es la rendición de cuentas, ya que los dispositivos y sistemas dotados de IA interactúan cada vez más con las personas y su entorno. Esta interacción suscita la pregunta de quién es responsable de los daños producidos en caso de que alguno de estos dispositivos opere erróneamente o tome una decisión de forma autónoma que resulte en algún tipo de perjuicio.³²

De acuerdo a lo anterior, se entiende que el tema del uso de las IA puede llegar a ser demasiado complejo, que requiere un estudio más detallado y analítico, ya que es un reto que se puede presentar durante el proceso legislativo, se tiene que estudiar a fondo todos los aspectos que se deben que considerar antes de crear leyes que puedan regular el uso de estas tecnologías.

La necesidad de la creación de un enfoque transdisciplinario para regular el uso y creación de Inteligencias Artificiales

El humano tiene una gran capacidad de guardar conocimiento, eso es algo que todos sabemos, sin embargo, es imposible que una persona pueda almacenar en su mente todos los conocimientos existentes, incluso, para las IA, hasta el momento de escrito este artículo, es algo que aún no pueden lograr. Por ello, muchos profesionistas buscan especializarse en áreas específicas, para poder ejercer su profesión con una mayor eficacia, tal es el caso de médicos, ingenieros, incluso abogados, quienes tienen un conocimiento general para ejercer.

Para la aseveración anterior se pondrá como ejemplo la legislación. Tenemos que existe, la Constitución, Tratados Internacionales, leyes federales, leyes estatales, códigos, reglamentos, normas, en fin, existe demasiado material, que es imposible que un solo abogado tenga conocimiento de todo. En este orden de ideas, no se puede esperar que se conozca sobre el funcionamiento pleno de una inteligencia artificial al tratarse de un área diferente a las de sus estudios;

³⁰ Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?, Op. cit. s. n. p.

³⁰ Cfr. Morán Espinoza, Alejandra; “Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?”, Op. cit. s. n. p.

³¹ Cfr. Ayerbe, Ana, “La ciberseguridad y su relación con la Inteligencia Artificial”, España, Instituto Real El Cano, noviembre 2020. <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-ciberseguridad-y-su-relacion-con-la-inteligencia-artificial/>.

³² Comisión Europea, “Directrices éticas para una IA fiable”, Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, 2019, p. 24. <https://urjes.com/pruebas/wp-content/uploads/2021/05/Grupo-independiente-de-expertos...-Directrices-eticas-para-una-inteligencia-artificial-IA-fiable-ES.pdf>.

entonces en ese sentido ¿cómo se podría hablar de regular algo que no se conoce plenamente?

Ahora bien, los programadores y desarrolladores de tecnologías, así como de inteligencias artificiales, pueden tener una noción de que es el Derecho, sin embargo, no cuentan con el conocimiento que un abogado, al no ser su área de conocimiento, por lo tanto, en muchas ocasiones no van a tener en cuenta las implicaciones jurídicas, incluso éticas que pueden llegar a tener el uso mal intencionado de las IA.

Campuzano Gallegos menciona que, algunos estiman que aún es prematuro y advierten del efecto inhibitorio que pueden tener las regulaciones para retrasar o impedir el uso de las tecnologías que resulten más benéficas que lesivas para las sociedades humanas, mientras otros aseveran que es oportuno legislar para brindar seguridad jurídica, así como previsibilidad en el uso de estos productos y tutela de bienes superiores como los Derechos Humanos.³³

Además, se hace mención que hay quienes señalan que crear en esta época una legislación profusa no es recomendable porque aún no se tiene suficiente información sobre cómo se desarrollará esta industria y cómo resultará la integración entre persona humana y máquinas, lo que podría inhibir el desarrollo de nuevas tecnologías útiles para resolver grandes problemas que aquejan a la población:³⁴

De manera que una de las decisiones importantes que debe adoptar la sociedad, luego de un debate robusto y profundo, es cuál será el camino que se tomará para crear espacios de desarrollo tecnológico e innovación y, al mismo tiempo, las estrategias para dar cauces a ese desarrollo.³⁵

Considerando todo lo mencionado, tenemos que existen tanto ventajas como desventajas, que la legislación tiene que afrontar en materia de inteligencias artificiales, por lo que es necesario un análisis exhaustivo, teniendo en cuenta cada una de las vertientes que pueden tener el uso de éstas, es necesario como se ha estado mencionando, la intervención de expertos que dominen las diversas áreas relacionadas con las IA, así como expertos en derecho, que en conjunto lleguen a una conclusión observando las diferentes perspectivas que conlleva el uso, desarrollo, y creación de tecnología para buscar un resultado satisfactorio que beneficie a todos.

Análisis sobre el desarrollo de Inteligencias Artificiales en México.

Hasta ahora hemos hablado de los diferentes aspectos que conlleva el uso de las inteligencias artificiales, así como de algunos retos al momento de legislar, sin embargo, lo que no se ha mencionado, es el aspecto relacionado a la situación actual en México. Y es de menester abundar en el hecho de que México se encuentra rezagado en el aspecto tecnológico en comparación a muchos otros países que son pioneros en tecnología, toda vez que hasta la fecha no existe ninguna empresa mexicana, que se dedique al desarrollo de tecnología.

Jacques Rogozinski precisa, que la falta de oportunidades, bajos salarios y la pequeña cantidad de espacios disponibles para que los jóvenes trabajen en sus campos de especialización han generado frustración entre las nuevas generaciones. El clima de inseguridad y violencia que ha afectado al país en los últimos años se ha convertido en uno de los mayores alicientes para que los educados emigren. Los más preparados son los más informados y sensibles al

33 Campuzano Gallegos, Adriana; "Inteligencia artificial para abogados", Op cit. p. 176.

34 Cfr. Campuzano Gallegos, Adriana; "Inteligencia artificial para abogados", Op. cit., p. 176.

35 Campuzano Gallegos, Adriana; "Inteligencia artificial para abogados", Op cit. p. 177.

tema de la inseguridad. Los adultos jóvenes se sienten decepcionados, asustados, frustrados y cansados. Están perdiendo la esperanza y se sienten traicionados por sus gobernantes. Sienten que su país no puede brindarles lo que merecen y que tienen derecho a sentirse seguros.³⁶

De acuerdo a CONACyT, alrededor de 1.2 millones de mexicanos con títulos universitarios y de posgrado salieron en busca de mejores oportunidades entre 1990 y 2015. La emigración calificada combina diferentes perfiles, incluye estudiantes, científicos y académicos; también los que se desempeñan en ocupaciones ejecutivas y de gestión, así como técnicos y profesionales que no encuentran empleo y que incluso buscan insertarse en ocupaciones no profesionales en EU u otros países.³⁷

La investigadora Sánchez Zamora también hace una observación al respecto, en la cual expresa que si bien es cierto, que existe un fundamento legal (artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) en cuanto a la obligación del Estado de promover y apoyar la investigación científica y tecnológica, también lo es que a lo largo de la historia de México (desde la promulgación de la Constitución de 1917) hemos visto que no se ha brindado ese apoyo al progreso científico y desarrollo tecnológico; al contrario, hay ocasiones que se vende al mejor postor, no se brindan los recursos necesarios o, en el peor de los casos, se le da la espada y se deja ir al talento y la innovación.³⁸

De igual manera, otro factor que afecta al desarrollo de la tecnología es la dependencia tecnológica, tema del cual Medina Ramírez³⁹ menciona es consecuencia de la falta de inversión de los empresarios en investigación y desarrollo tecnológico, por la escasa vinculación con los sectores académicos y la falta de apoyo financiero a la investigación científica, toda vez que resulta más barato importar la tecnología que desarrollarla, además de las restricciones presupuestarias, pues el gobierno considera más relevante invertir en materia de seguridad pública que en educación; es decir, lo único que le interesa al gobierno es desarrollar talento humano para ser ensamblador y mano de obra barata, lo que provoca la fuga de talentos.

La falta de desarrollo tecnológico y la dependencia que ésta conlleva producen dos efectos sobre la economía de una nación en desarrollo, específicamente, en cuenta corriente. El primer efecto que se genera es la fuga del multiplicador interno de la inversión. Esto se debe a que la producción requiere de una gran cantidad de bienes de capital e intermedios importados que no se producen internamente a causa del rezago tecnológico. La expresión de este fenómeno es un déficit de comercio exterior cuando existe crecimiento económico.⁴⁰

El segundo problema, derivado del primero, es el crecimiento de la deuda externa, tanto privada como pública. El gobierno y las grandes empresas privadas no pueden comprar con moneda nacional la tecnología e insumos que requieren, por lo que recurren al endeudamiento externo con el fin de adquirir las divisas necesarias para cubrir la brecha tecnológica.⁴¹

36 Rogozinski, Jacques: "Fuga de cerebros", El Financiero, diciembre 2020, <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/jacques-rogozinski/fuga-de-cerebros/>.

37 Rogozinski, Jacques, "Fuga de cerebros", Op. cit. s. n. p.

38 Cfr. Sánchez Zamora, Luz Aurora, ¿Por qué México no produce tecnología?, Revista Eletheia, ieu universidad, agosto 2018, p. 5, https://revista-aletheia.ieu.edu.mx/documentos/A_opinion/2018/8_Agosto/Art_Op_5.pdf.

39 Cfr. Medina Ramírez, Salvador, "La Dependencia Tecnológica en México", No. 330. México, 2004, pp. 73 y 74, <http://economia.unam.mx/publicaciones/reseconinforma/pdfs/330/07SalvadorMedina.pdf>.

40 Medina Ramírez, Salvador, "La Dependencia Tecnológica en México", Op. cit., p. 74.

41 Se debe mencionar que también la construcción del sistema financiero internacional coadyuva a este fenómeno, ya que las monedas de la mayor parte de las naciones en desarrollo no son una moneda de aceptación internacional como el euro, el dólar, el yen o el franco suizo. Existen sus excepciones como Panamá o El Salvador, que han adoptado al dólar como su moneda oficial. Cit. por Medina Ramírez, Salvador, "La Dependencia Tecnológica en México", Op. cit., p. 74.

Todo esto resulta ser un inconveniente, debido a que la falta de impulso tecnológico influye en que no se avance en la legislación. En muchos países están creando leyes en torno a estas temáticas, quienes, de forma previsor, con ayuda de diferentes expertos, buscan mejorar el avance científico y establecer medidas éticas. En México apenas se está impulsando una iniciativa para regular a las IA y la robótica,⁴² por tanto, aún no existe una defensa como tal ante las posibles adversidades, dando como resultado un estado de indefensión respecto a las futuras amenazas.

Consideraciones finales

Stephen Hawking, uno de los científicos más importantes de nuestros tiempos, advirtió que los esfuerzos por crear máquinas inteligentes representan una amenaza para la humanidad.⁴³ Para este destacado científico, la inteligencia artificial desarrollada hasta ahora ha probado ser útil, pero teme que una versión más elaborada de IA “pueda rediseñarse por cuenta propia e incluso llegar a un nivel superior”.

Finalmente, Hawking menciona que: “Los humanos, que son seres limitados por su lenta evolución biológica, no podrán competir con las máquinas, y serán superados”, comentó el científico.⁴⁴

Sin embargo, Rollo Carpenter, creador de Cleverbot⁴⁵ comenta al respecto: “Creo que vamos a permanecer en control de la tecnología por un tiempo bastante prolongado, tanto como podamos resolver los problemas mundiales que se vayan presentando”.⁴⁶

Carpenter, afirma que la humanidad aún se encuentra muy lejos de desarrollar los algoritmos necesarios para alcanzar la completa inteligencia artificial, pero cree que se llegará en las próximas décadas.⁴⁷

Teniendo en consideración estos puntos de vista, y con todo lo abordado hasta el momento, tenemos que existen dos vertientes diferentes en torno al desarrollo y uso de las Inteligencias Artificiales, así como de su respectiva regulación, hay división en los puntos de vista.

A continuación se presentará un estudio preliminar realizado a 170 personas, obtenido a gracias a encuestas realizadas a través de la plataforma Google Form, cuya motivación que fundamenta su realización es mostrar el alcance que puede tener el uso de las tecnologías, en cuanto a economía en tiempo, recursos, y distancia, toda vez que está fue realizada a estudiantes, egresados y profesores del Instituto Tecnológico Nacional de México, campus Cuautla así como de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, resaltando que pertenecen a carreras relacionadas a la programación, y a Derecho, además de otras áreas para tener un punto de vista neutral acerca del uso de las IA.

42 Cámara de Diputados, “Impulsan iniciativa para expedir la Ley de Regulación Ética de la Inteligencia Artificial y la Robótica”, Boletín no. 4474, <https://comunicacionsocial.diputados.gob.mx/index.php/boletines/impulsan-iniciativa-para-expedir-la-ley-de-regulacion-etica-de-la-inteligencia-artificial-y-la-robotica>.

43 BBC NEWS: “Stephen Hawking: “La inteligencia artificial augura el fin de la raza humana””, BBC News Mundo, diciembre 2014, https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/12/141202_ultnot_hawking_inteligencia_artificial_riesgo_humanidad_egn.

44 *Ibidem*.

45 Cleverbot es un bot conversacional que aplica el aprendizaje automático o machine learning. Connecting Visions: “¿Qué es Cleverbot y cómo utilizar bots en procesos operativos?” <https://connectingvisionsgroup.com/ideas/digitalizar/que-es-cleverbot/>.

46 Cleverbot es un bot conversacional que aplica el aprendizaje automático o machine learning. Connecting Visions: “¿Qué es Cleverbot y cómo utilizar bots en procesos operativos?”; Op. cit., s.n.p.

47 Cleverbot es un bot conversacional que aplica el aprendizaje automático o machine learning. Connecting Visions: “¿Qué es Cleverbot y cómo utilizar bots en procesos operativos?”; Op. cit., s.n.p.

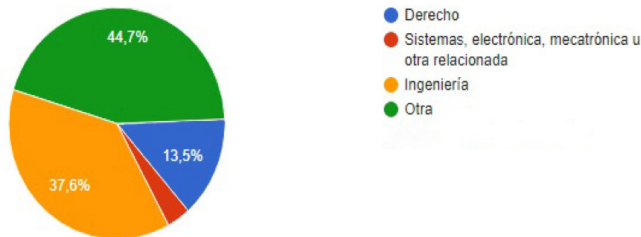
El cuestionario a saber fue:

1. Indica cuál es tu área de estudios
2. ¿qué tanto conoces de las leyes mexicanas?
3. Considerando las leyes actuales, ¿Cuál es tu evaluación sobre la eficacia y equidad de las leyes vigentes?
4. ¿Qué tanto conoces sobre Inteligencia Artificial (IA) y tecnología?
5. ¿Consideras que las IA pueden aplicarse en el ámbito legal como herramienta para usuarios, funcionarios y/o abogados?
6. ¿En qué aspectos crees que la IA podría ayudar a mejorar en la Administración de Justicia?
7. ¿Consideras que debería haber leyes especiales para el uso y desarrollo de la Inteligencia Artificial?
8. ¿Tienes alguna experiencia personal con sistemas legales automatizados o asistentes legales basados en Inteligencia Artificial?
9. ¿Considera que los abogados y expertos en Inteligencia Artificial deben trabajar en conjunto con los legisladores para crear una ley especial?
10. ¿Crees que la sociedad mexicana está preparada para aceptar y confiar en la Inteligencia Artificial?⁴⁸

Una vez conocidas las preguntas, se presentará para su análisis sólo algunas de las gráficas con la finalidad de interpretar las respuestas.

Indica cuál es tu área de estudios

170 respuestas

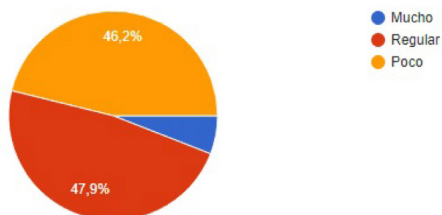


En esta gráfica se puede resaltar que existe una cantidad mayor de representantes de otras áreas, que las de Derecho, o sistemas, sin embargo, está bien tener un punto de vista neutral donde no impere un conflicto entre las disciplinas.

⁴⁸ La encuesta se puede consultar en el siguiente enlace: <https://forms.gle/ywoxfXJ8CSea4eDa8>.

¿Qué tanto conoces de las leyes mexicanas?

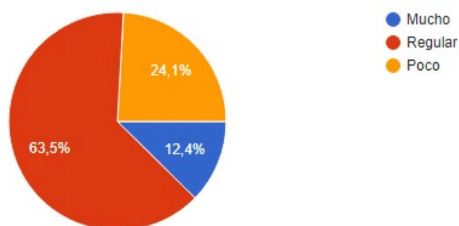
169 respuestas



En esta gráfica se puede observar que el 47,9% de los encuestados conocen, o por lo menos tienen una percepción de las leyes mexicanas, sin embargo, también es alarmante que el 46,2% conoce muy poco de éstas, e incluso se observa que existió una abstención en la respuesta.

¿Qué tanto conoces sobre Inteligencia Artificial (IA) y tecnología?

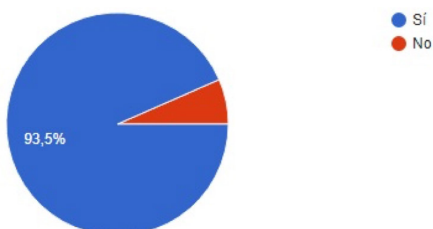
170 respuestas



En relación a esta gráfica, se observa que los números han cambiado drásticamente, teniendo en consideración que muchas más personas tienen más conocimiento acerca de las IA antes que del Derecho.

¿Considera que los abogados y expertos en Inteligencia Artificial deben trabajar en conjunto con los legisladores para crear una ley especial?

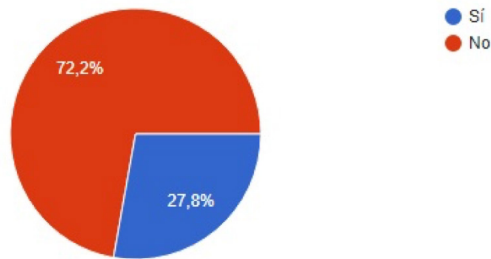
168 respuestas



Teniendo en consideración las gráficas anteriores, en esta gráfica se observa que más del 93% de los encuestados están de acuerdo en que se debe trabajar en conjunto, sin embargo, a pesar de ello hubo 2 abstenciones, de las cuáles, una de las participaciones comentó al respecto de que una ley podría llegar a frenar la creatividad y la libertad entre los programadores, cuya conversación no se agrega por motivos de privacidad.

¿Crees que la sociedad mexicana está preparada para aceptar y confiar en la Inteligencia Artificial?

169 respuestas



A pesar de lo anterior, se observa en esta última gráfica que un gran porcentaje de las personas, de las áreas encuestadas, considera que la sociedad mexicana no está preparada para aceptar y confiar en las IA, por lo que podría llegar a ser un camino complicado antes de tener una legislación que prevea los escenarios que se puedan presentar en un futuro.

Es evidente, como menciona Campuzano, que existe un desequilibrio en cuanto al acuerdo del avance, y esto es debido a que las preocupaciones éticas han florecido ante los avances de la inteligencia artificial y los peligros que se pueden llegar a representar.⁴⁹

Conclusiones

El tema de las inteligencias artificiales presenta una complejidad que a menudo subestimamos. Aquellos dedicados al estudio del Derecho podríamos beneficiarnos al profundizar más en este ámbito. En muchas ocasiones, nos enfrentamos a temáticas y terminología desconocidas, e incluso puede que desconozcamos términos precisos. Sin embargo, al adquirir las bases de estos conocimientos, estaremos mejor preparados para abordar cualquier desafío que se nos presente.

Como estudiantes de Derecho, es fundamental reconocer y aceptar nuestras limitaciones. Esto nos permite tener una visión más amplia hacia las diferentes perspectivas del conocimiento tecnológico, económico y social que influyen en la sociedad, así como en el mundo globalizado. Es beneficioso explorar diversas áreas y evitar quedarnos con los paradigmas de épocas anteriores. Este enfoque nos brinda la oportunidad de comprender y adaptarnos a la evolución constante de la intersección entre el Derecho y la tecnología.

Como conclusión, me gustaría resaltar la importancia de abrazar el cambio y la innovación en la búsqueda del futuro, considerando que la tecnología está cada vez más relacionada

49 Cfr. Campuzano Gallegos, Adriana, "Inteligencia artificial para abogados"; Op. cit., p. 189.

con todas las áreas del conocimiento, incluyendo al Derecho. La idea de que “no se puede conquistar el futuro con viejos paradigmas” encapsula de manera elocuente la necesidad de adaptarse y evolucionar. Aunque el autor de esta frase permanezca desconocido, su mensaje resuena poderosamente en el contexto de la transformación y el progreso.

Bibliografía

- Campuzano Gallegos, Adriana: “Inteligencia artificial para abogados”, Ed. Thomson Reuters, México, 2019.
- Cerrillo I Martínez, Agustí y Peguera Poch, Miguel (coord.), Retos jurídicos de la Inteligencia Artificial, Ed. Aranzadi, España, 2020.
- Flores Salgado, Lucerito Ludmila, Derecho Informático, Ed. Patria, México, 2009.
- Papert, Seymour, “¿Una sola IA o muchas?”, en Graubard, Stephen R. (Coord.): El nuevo debate sobre la Inteligencia Artificial, Ed. Gedisa, España, 1993.
- Rodríguez, Pablo, Inteligencia Artificial, cómo cambiará el mundo (y tu vida), Ed. Deusto, España, 2018.

Otras fuentes:

- Ayerbe, Ana, “La ciberseguridad y su relación con la Inteligencia Artificial”, España, Instituto Real El Cano, noviembre 2020. <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-ciberseguridad-y-su-relacion-con-la-inteligencia-artificial/>.
- BBC NEWS, “Stephen Hawking: “La inteligencia artificial augura el fin de la raza humana””, BBC News Mundo, diciembre 2014, https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/12/141202_ulntot_hawking_inteligencia_artificial_riesgo_humanidad_egn.
- Comisión Europea, “Directrices éticas para una IA fiable”, Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, 2019. <https://urjes.com/pruebas/wp-content/uploads/2021/05/Grupo-independiente-de-expertos-...-Directrices-eticas-para-una-inteligencia-artificial-IA-fiable-ES.pdf>.
- Connecting Visions, “¿Qué es Cleverbot y cómo utilizar bots en procesos operativos?” <https://connectingvisionsgroup.com/ideas/digitalizar/que-es-cleverbot/>.
- Forbes, “México, el cuarto país más corrupto del mundo según ranking de ‘US News’”, Forbes Staff, Octubre, 2022, <https://www.forbes.com.mx/mexico-el-cuarto-pais-mas-corrupto-del-mundo-segun-ranking-de-us-news/>.
- Medina Ramírez, Salvador, “La Dependencia Tecnológica en México”, No. 330. México, 2004, pp. 73 y 74, <http://economia.unam.mx/publicaciones/reseconinforma/pdfs/330/07SalvadorMedina.pdf>.
- Morán Espinoza, Alejandra: “Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?”, Scielo, Rev. IUS vol.15, no.48, Puebla, jul./dic. 2021 E pub 14-Mar-2022, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472021000200289.
- Real Academia Española, “Inteligencia”. <https://dle.rae.es/inteligencia>
- Rogozinski, Jacques: “Fuga de cerebros”, El Financiero, diciembre 2020, <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/jacques-rogozinski/fuga-de-cerebros/>.
- Sánchez Zamora, Luz Aurora, ¿Por qué México no produce tecnología?”, Revista Eletheía, ieu universidad, agosto 2018, https://revista-aetheia.ieu.edu.mx/documentos/A_opinion/2018/8_Agosto/Art_Op_5.pdf.

- Sumup, “Inteligencia Artificial - ¿Qué es la Inteligencia Artificial?”, <https://www.sumup.com/es-es/facturas/glosario/inteligencia-artificial/>.

**Dogmática penal, teoría del delito y la acción,
un estudio sobre sus problemáticas en la
implementación. ***

Criminal dogmatics, theory of crime and action, a study
on its problems in implementation

José Felipe Bastidas Álvarez**

* Artículo de reflexión postulado el 23/10/2023 y aceptado para publicación el 06/05/2024

** Estudiante de doctorado en Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Sinaloa
jf_bastidas@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-5244-3028>

RESUMEN

Nosotros a través del presente conforme la metodología implementada, realizamos un estudio sobre algunos pensamientos de la dogmática jurídica penal y teoría del delito, además establecimos una postura personal conforme el estudio de algunos elementos de las teorías causalistas, la finalista y las funcionalistas, con ello, consideramos alcanzamos los tres principales objetivos en el presente, los cuales son el estudio dogmático sobre elementos de nuestro interés de la teoría del delito, asumir una postura referente a los aportaciones doctrinales analizadas en el presente, y dar espacio a una propuesta referente a los temas tratados con base a nuestra perspectiva de la realidad.

PALABRAS CLAVES

Teoría del delito, dogmática jurídica penal, la acción.

ABSTRACT

Through the present, according to the methodology implemented, we carried out a study on some thoughts of criminal legal dogmatics and theory of crime, we also established a personal position according to the study of some elements of the causalist, finalist and functionalist theories, thereby, we consider we have achieved the three main objectives in the present, which are the dogmatic study of elements of our interest in the theory of crime, assuming a position regarding the doctrinal contributions analyzed in the present, and giving space to a proposal regarding the Topics discussed based on our perspective of reality.

KEYWORDS

Theory of crime, criminal legal dogmatics, action.

SUMARIO

Resumen

Introducción

Contexto conceptual de elementos dogmáticos jurídicos penales básicos.

Teoría del delito y algunos de sus principales postulados.

Comprensión y análisis de lo expuesto sobre las teorías. Primero el causalismo.

Finalismo en la comprensión, crítica y discusión desde nuestro punto de vista.

Funcionalismo y sus dos principales representantes.

La crítica dogmática penal a las teorías del delito, desde nuestro punto de vista.

Conclusiones.

Fuentes consultadas.

Introducción.

En general ¿Es necesario el estudio, asumir una postura y generar propuestas en el tema de la dogmática jurídica penal en la actualidad? Y en particular ¿Es necesario el estudio, análisis y sobre todo cuestionar los postulados de la teoría del delito? Acaso ¿Encuentran problemáticas las teorías del delito en cuanto a su loable aplicación en la actualidad en México? Y después del funcionalismo penal ¿Pueden surgir nuevas teorías? O simplemente debemos asumir que después de Jakobs y Roxin, ya no existirán aportaciones, cambios y elementos significativos sobre los temas del presente (dogmática penal en general y teoría del delito en particular), nosotros buscamos alcanzar tres objetivos principales, los cuales son un estudio dogmático sobre elementos de nuestro interés referente a la teoría del delito, y con ello poder asumir una postura concerniente a las aportaciones doctrinales que se analizaron, después poder facultarnos al dar una propuesta referente a los temas tratados, esto con base a nuestra perspectiva de la realidad, sin embargo, por su historicidad, acervo e incluso el nivel de abstracción que pueden llegar alcanzar los temas, nos limitamos al abordaje sobre elementos de nuestro interés.

Nosotros sostenemos como hipótesis por evolución científica, esto conforme los constantes cambios sociales en diversos rubros y, sobre todo por la historicidad que guardan los temas de dogmática jurídica penal y teoría del delito, que surgirán nuevas teorías que terminarán sustituyendo a las actuales en la práctica y realidad, sin embargo y tras el estudio realizado, hemos entendido que el principal problema ha radicado desde nuestro punto de vista, en que a través de la teoría se busque solucionar problemas en la realidad con base a un elemento tan conflictivo como lo es el delito, por ello no podemos dejar de comprobar en el presente, otra hipótesis la cual consiste en las problemáticas que enfrentan en la realidad todas las teorías pues, creemos se pretende continuar con la intención de buscar una respuesta penal generalizada, esto en donde todos los problemas multifactoriales que pueden emanar de un solo delito, encuentren solución de tal manera que radiquen la criminalidad, y de esto último sostenemos como una hipótesis más, es difícil ya que el fenómeno delincencial solo se puede mantener en cuotas tolerables.

Contexto conceptual de elementos dogmáticos jurídicos penales básicos.

Señala Beccaría al ser citado por Moccia que “...toda ley que no está armada o que la naturaleza de las circunstancias hace que no exista, no debe de ser promulgada, leyes tan injustas, despreciadas por los hombres, comunican su degradación a leyes aún más sanas.”¹ Con lo señalado por el marqués, nos queda claro que lo mínimo a exigir por un notorio peligro en elaboraciones normativas, es contar con leyes justas y que produzcan resultados efectivos, en éste sentido es como diversos, pensamientos, postulados, teorías, tratados y en general conocimientos de índole penal, han buscado ante todo marcar una evolución en particular en las ciencias penales, el problema en lustros anteriores como en la actualidad, es tocante a lo que significa derecho penal y si vamos más allá, la dogmática penal ya que en relación con la prevención de los hechos por parte del legislador, a menudo es combinado con ajustes represivos sobre el plan de sanciones, lo que no lleva a grandes resultados en cuanto al control de los fenómenos criminales,² por tanto, las leyes penales dejan de ostentar un significativo

1 Moccia, Sergio, “El rol de la dogmática penal ante la transformación de la política criminal”, en Espina, Gusi (coord.), Magna carta la dogmática penal como garantía del Estado constitucional de derecho, Argentina, Editorial EDIAR, 2021, p. 30.

2 *Ibidem*, p. 29.

contenido al no ser tan funcionales.

Las leyes penales desde nuestro punto de vista, pueden carecer de funcionalismo porque a menudo se convierten en reglas escritas, con un contenido aleatorio y difuso, que no es funcional para el respeto de las reglas de abstracción y generalización en la elaboración dogmática, por ende, pensamos que toda ley no funcional que se relacione con el castigo y prohibición de forma común, no se suele justificar de manera adecuada con base a sus fundamentos para un también adecuado tratamiento sancionador, por lo tanto el problema funcional y de contenido proviene inducidos, por lo general de conflictos dogmáticos que, para comprenderlos primero hemos de conocer el termino de dogmática penal y sus elementos, por lo tanto, es menester señalar lo siguiente:

La dogmática penal es el conocimiento sistemático de todo el derecho penal y de cada una de sus partes importantes. Cada una de esas partes a su vez, puede ser objeto de análisis separado y conformar grupos de conocimientos más concretos o específicos que son caracterizados como teorías. Por ello, al ser el delito uno de los aspectos importantes del derecho penal, este ha sido objeto de un desarrollo dogmático específico al surgir así lo que conocemos como teoría general del delito.³

Al definir la materia cabe resaltar el principio que señala Gómez Zamudio, cuál es que no toda conducta debería castigarse con pena de prisión, tal y como se pretende hacer en la actualidad conforme orientaciones punitivas, pues no todo comportamiento que aparece en el mundo, debe ser punible para merecer represión, de allí la necesidad de estudiar cada caso en particular,⁴ por tanto "...racionalizar la administración de justicia para tomarla igualitaria, y a ella suministrarle criterios relevantes para la aplicación de equidad que proporcionará seguridad jurídica, distinguirá lo punible de lo que no lo es...".⁵ Es en lo expuesto, uno de los objetivos que pretendemos alcanzar en el presente, pues practicar esta clase de dogmática, significa hacer una construcción sistemática argumentativa de una estructura legal coherente y efectiva, con la que se puede llegar a los anhelos sociales, los cuales consideramos son de igualdad y justicia pero sobre todo, llegar aquellos elementos que conforman un conocimiento sistemático del derecho penal, ya que el estudio y análisis de cada elemento, no solo requiere de una destreza mecanicista al describirlos, sino que se sean provistos de contenido y justicia.

En el contenido de igualdad y justicia que se debe impregnar en la dogmática penal, pudiera surgir del concepto de la misma descrito con antelación, esto, al conformar grupos de conocimientos caracterizados como teorías, ya que la materia de estudio se puede inclinar hacia el análisis de un elemento específico y este pudiera ser la norma penal. Pero ¿Qué se entiende por norma penal? Lo primero que se debe entender antes de allegarse al concepto es que aquella ley o norma penal plasma una norma de conducta, preexistente o concomitante a ella, que, en todo caso, adquiere eficacia jurídica desde el momento en que entra en vigor,⁶ por lo tanto, si la norma penal es "...toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia cual, su misión será la de posibilitar dicha relación que se da en convivencia en sociedad...".⁷ La norma penal, por ende, tendrá como misión que las relaciones en sociedad

3 Moreno Hernández, Moisés, *Dogmática Penal y Política Criminal*, México, Ubijus Editorial, 2018, p. 31.

4 Gómez Zamudio, Carlos Guillermo, *Dogmática jurídico penal aplicada en el sistema judicial mexicano*, México, Editorial Flores, 2015, p. 36.

5 *Ibidem*, p. 38.

6 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Colombia, Editorial Temis S.A., 2012, p. 9.

7 *Ibidem*, p. 10.

se den sin conflictos o que no lastimen bienes jurídicos, para ello, ésta deberá ostentar el máximo respeto y para mantenerlo, necesitará de la amenaza penal que se puede convertir en la sanción penal, y por lo expuesto, se deben describir prohibiciones de conductas.

La norma jurídica penal por todo lo mencionado, se deberá entender "...como simples expresiones simbólicas del funcionamiento del sistema social, porque para la teoría sistémica aplicada al derecho penal, el delito no es más que la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social, la pena o medida de seguridad, es una reacción a una infracción normativa..."⁸ Pero al observar los conceptos que rodean la norma jurídica penal, pudiéramos argumentar lo contrario que señala el autor (en cuanto a elementos capaces de conformar una teoría), porque se marca un hecho al ser trascendente perder o ganar algo, y eso sucede al ocurrir un conflicto, y éste precisamente lo buscará solucionar la norma penal, por ello en cuanto el hecho figure en la descripción típica, el conflicto que ocasionó el delito también pone a la dogmática especial interés en él, porque el conflicto dentro y fuera de los trazos normativos, es importante y ha sido para la materia de estudio en los últimos lustros como en la actualidad, todo al pretender ser versado en los sentidos de igualdad y justicia expuestos.

El concepto de la norma penal expuesto con antelación, se respeta y se expuso por ostentar un postulado filosófico que, desde nuestro punto de vista todavía es dominante, pero Corrales Hernández asegura que la ley penal ostenta una doble naturaleza, la primera valorativa (en la antijuricidad) y la otra imperativa (en la culpabilidad), pero sobre todo su principal variante será la sanción con las que están conminadas las conductas previstas,⁹ porque además de constituir expectativas (sobre todo de fidelidad), se espera que no se realice una conducta descrita en el tipo penal, lo que supone la frustración de otra expectativa (la delincuencia) y de no frustrarse consiguientemente, la imposición de una pena o medida de seguridad, porque la norma penal tiene construido un sistema propio, y no debemos olvidar "...las prescripciones de comportamiento, cuya infracción queda perfecta cuando se dan tanto el disvalor del resultado (aspecto objetivo) como el disvalor de acción (aspecto subjetivo), solo de esta manera, se podrá afirmar que autor o partícipe infringe la norma o concreta el tipo injusto..."¹⁰ Con lo que se configura el contexto de la descripción de actos de razón y conciencia.

La norma penal como punto teórico y dogmático o, como teoría específica de la dogmática, se discute por las diversas formas de interpretación, tal y como lo señala Schroeder, como una normativa orientada, valorativa, dirigida en sentido normativo, con base a criterios normativos, normativizante o, en síntesis con una interpretación normativa, lo importante para el autor es el sentido gramatical, sistemático, histórico, teleológico u óntico otorgado que se le pueda dar a la norma jurídica,¹¹ ya que de allí parten postulados que en el sentido estricto, según el deber buscarán solucionar problemas de índole penal y político-criminal, porque en todo apartado de dogmática penal, de una u otra manera siempre regresamos al concepto de norma penal, y sobre todo si éste se ha aportado de contribuciones científicas significativas, tal y como sucedió con "Binding y su positivismo jurídico, cual fue inspirado por las teorías de la pena de Kant y Hegel, así como la surgida por la transformación del Estado liberal al Estado social en el positivismo penal naturalista de von Liszt, hasta llegar a la actualidad con

⁸ *Ibíd.*, p. 15-16.

⁹ Corrales Hernández, Jesús, *Flexibilidad de la dogmática penal mediante la teoría del espacio libre de derecho*, México, Ubijus Editorial, 2012, pp. 77-78.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 84.

¹¹ Schroeder, Friedrich Christian, *Fundamentos de dogmática penal*, México, Editorial Flores, 2019, pp. 15-16.

el normativismo de Roxin y Jakobs...”.¹² Son aportaciones de carácter científico que evolucionan la ciencia.

Dentro de la norma penal en general, al contextualizarla en el tema del delito en específico y como la parte conflictiva del derecho penal, podemos asegurar que enfrenta serios desafíos, entre ellos la “...progresiva ampliación de la protección jurídico-penal a bienes universales difíciles de precisar, así como el adelantamiento del derecho material a través de delitos de peligro abstracto, también el debilitamiento de la imputación individual a través de la responsabilidad por conductas relacionadas con organizaciones, entre más.”¹³ Derivado de dichos desafíos en donde la máxima expresión como tal, debería ser en el delito, es en donde ha surgido desde nuestro punto de vista, la más interesante y significativa necesidad de generar nuevos conocimientos, mismos que al ser parte de la dogmática jurídica penal, se deben estructurar bajo un orden de conocimientos científicos de carácter general y especial, así como dependientes e independientes pero con relación a la materia de estudio.

El delito y sus teorías son desde nuestro entender, la parte fundamental de los avances dogmáticos, por ello, importante es fijar como objetivo en el presente, su estudio y establecer una base para una dogmática justa, igualitaria y funcional, para ello, es imprescindible además de un análisis general sobre la teoría del delito, una aportación dirigida no solo a la sociedad o gobernados, sino también a los gobernantes quienes son garantes de un todo política y jurídicamente organizado.

Teoría del delito y algunos de sus principales postulados.

La teoría del delito según Díaz Aranda es un “...método de análisis de las normas penales para interpretarlas con el fin de aplicarlas a casos reales, esto para poder sostener una solución fundada y motivada, en ese saber, particularmente desde su análisis, se debe partir de lo que se le llama sistema normativo penal...”.¹⁴ Las primeras posturas fueron el sistema clásico o causalistas naturalista y el neoclásico o teleológico (causalista normativista), y partieron según Moreno Hernández de las bases ideológicas y arribaron a conclusiones que buscan incidir en las decisiones político-criminales, ya que el sistema clásico inicia con Franz von Liszt desde 1881, y fue concebido con base en clasificaciones, es aquí donde se le dio al concepto de acción, un perfil con elementos de corporalidad y de causalidad del resultado, con esto el sistema de clasificación se resume a un concepto de delito estructurado fundamentalmente en dos elementos (antijuricidad y culpabilidad), al corresponder al primero en todo lo objetivo del delito y el segundo, a todo lo subjetivo, después de von Liszt, se incorpora Beling a la discusión y éste concibió al delito como una conducta, típica, antijurídica y culpable,¹⁵ es aquí donde inicia la teoría del delito.

La conducta en el sistema clásico según Díaz Aranda, debe ser compatible con el resultado de las causas, las cuales se ha producido hasta llegar a demostrar que la conducta

12 Miró Llinars, Fernando, El progreso de la dogmática penal (y sus problemas) aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal, España, tirant lo Blanch, 2022, pp. 48-49.

13 Kuhlén, Lothar, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del derecho penal, España, Marcial Pons, 2021, p. 109.

14 Díaz Aranda, Enrique, “Evolución del causalismo al funcionalismo ¿En la legislación penal mexicana?, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), Evolución del sistema penal en México tres cuartos de siglo, México, INACIPE-UNAM, 2017, p. 247.

15 Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 42.

es el desencadenante de dichas causas que culminaron con el resultado,¹⁶ de aquí la frase la causa de la causa, es causa de lo causado, lo que podemos interpretar como sí una conducta desencadena el proceso (causal) que termina con un resultado, esto, sobre una lesión al bien jurídico, y ello bastará con su unión a través del nexo causal para que “...no puedan argumentarse criterios de valoración, por ejemplo que la conducta normalmente no habría producido el resultado, ello está claramente descrito en los artículos 302 al 304 del código penal federal en México...”¹⁷ La conducta se encuentra inmersa en un concepto de acción y se caracterizará como causa de acción. Por todo lo expuesto, la acción en esta teoría tiene que existir mediante una relación de causa y efecto, y la omisión se pretende aclarar en forma nominal, como la realización de un no movimiento, por lo tanto, la concepción de acción no sale de los movimientos corporales.

La acción en el sistema clásico es concebida naturalísimamente, porque el tipo se entiende como la descripción de los elementos exteriores de la acción, algo totalmente libre de desvalor, de antijuricidad, neutra, es decir, definida en forma permanentemente descriptiva, pero no valorada normativamente.¹⁸ La antijuricidad en esta teoría será una contraposición del hecho objetivo con el orden jurídico y que se encuentra nutrida de consideraciones causales desahogadas en la acción, en concreto, la diferencia del sistema clásico al neoclásico es que “...sometió las cuatro categorías del delito a otro criterio de valoración, esto es, el análisis de conducta con una causalidad que requiere establecer que cualquier persona identificará a dicha conducta, como la adecuada para producir el resultado, sin olvidar tomar en cuenta que, la conducta es objetivamente la causante del resultado.”¹⁹ Esto lo podemos observar en el artículo 305 del Código Penal Federal de México, el definir el sistema neoclásico o teleológico, sería a través de la teoría que se implementó y de los aportes que se generaron, en este sentido se expone lo siguiente:

Moreno Hernández señala que dentro de la teoría del conocimiento neoclásico, su aporte principal fue un método científico intelectual, mas éste se incorpora al método científico causal de la ciencia natural, en esta combinación se manifiesta que el concepto de culpabilidad debe ser entendido con la simple suma de dolo y culpa,²⁰ Mezger es uno de los principales representantes del neoclasicismo, su dogmática la canalizo al “...régimen nacional socialista que proyectó al derecho penal alemán hacia los principios de la filosofía aria (hitleriana) pues, proclamó como básico el pensamiento de la responsabilidad del individuo ante su pueblo, por ende, todo debe ser sobre la protección del régimen aún se tenga que exterminar elementos dañinos al pueblo o la raza.”²¹ Mezger señalaba:

El injusto a la vez, son los elementos de la culpabilidad, aquello sí se resuelve a través de la filosofía de valores que complementan la esfera de la realidad del positivismo, siempre con la configuración de la ciencia del derecho como elaboración metodológica de los conceptos, esto es, que la esfera de la realidad (ciencia del derecho), aparece formada no por puras reproducciones de lo real, sino por conceptos resultantes de una elaboración metodológica practicada por el sujeto empírico, por lo que ahora los hechos están referidos a valores y fines, de ahí que se defina materialmente a la antijuricidad como lesividad social y que se trans-

¹⁶ Díaz Aranda, Enrique, op. cit., p. 248.

¹⁷ Díaz Aranda, Enrique, op. cit., p. 248.

¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

¹⁹ *Ibidem*, p. 249.

²⁰ Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 45.

²¹ Quintino Zepeda, Rubén, Los principios del derecho penal, México, Editorial Arquinza, 2018, pp. 203-204.

forman los tipos en tipos del injusto.²²

Para Mezger y el neoclasicismo el tipo ya no aparece como mera descripción libre de valoración de un acontecimiento, sino como descripción normativa de la lesión (típica) del bien jurídico, esto es, la descripción legal en el neoclasicismo funge como medio o recurso del legislador para distinguir los elementos del injusto que son característicos para todos los tipos delictivos y con ello, de simple indicio de la antijuricidad, se transforma en portador del injusto penal. Con lo anteriormente señalado, es como pudiéramos argumentar lo siguiente:

Se distinguen el sistema clásico y neoclásico como sistemas causalistas del delito, la teoría de la causalidad es un fenómeno empírico que sigue determinadas leyes al contemplar la causa y el efecto, esto es, aplicabilidad de los sucesos y verificación que depende de los conocimientos teóricos de las ciencias naturales con la causa a cualquier condición del resultado, con lo cual no se hace una selección entre las numerosas condiciones de todo resultado, por lo que es inocuo al demostrar que sus diferencias casi no pueden ser lógicamente realizadas, porque al verificar dicha causalidad, se vislumbra una carga en cuanto a una serie de decisiones jurídicas que, son previas y las hacen inservibles para la demarcación de un marco límite de responsabilidad, esto en cuanto tengan recién que aunarse las categorías jurídicas de valoración, por tanto, la relevancia particular de la relaciones causales (causa y efecto), con base a elementos naturales, es lo que le genera problema a la teoría causalista, porque pueden llegar a ser indemostrables los elementos que emerjan solamente de una causa o efecto sobre los conocimientos teóricos de las ciencias naturales.

Una vez analizado de manera breve el causalismo, es momento de comenzar con el análisis del finalismo, y si se menciona este, también se tiene que mencionar a su principal representante, Hans Welzel y según Ferré Olivé impulsó la idea de cómo debe ser la acción finalista del delito, esto, a través de postulados filosóficos con el propósito de vencer el naturalismo en el derecho penal, los principios de su derecho penal se basaron en el respeto a la vida, a la libertad y la propiedad de los demás, pero antes pugnaba los valores de manera permanente para el derecho penal de lealtad, obediencia y defensa,²³ el finalismo entró en discusión con el causalismo principalmente por la categoría de la acción, pero también sobre “...el aspecto personal y ético del injusto, esto, a través de los elementos subjetivos para buscar una dirección personal pues, el dolo lo trasladó del campo de la culpabilidad, al de la acción y consecuentemente al del injusto, lo último precisamente con la inclusión del contenido de la voluntad en el concepto de acción...”²⁴ Con ello, se dio un fuerte contenido de valoración en el concepto de culpabilidad.

El finalismo criticó al causalismo principalmente por su base filosófica, al provenir del naturalismo positivista, Welzel la consideró como “...la doctrina de la omnipotencia jurídica del legislador, esto es, que el orden positivo según el finalismo ya no debe tener contenido arbitrario pues, el legislador tiene límites immanentes del derecho positivo, dentro de ellos, lo es la estructura ontológica de la acción, y de no observarla el legislador para hacer sus regulaciones, estas serían falsas.”²⁵ Referente a la estructura ontológica de la acción, debe ser toda valoración y regulación en donde el legislador no podrá ni agregarle ni quitarle nada a la norma penal porque en ella radica, el respeto irrestricto y absoluto a las categorías del delito,

22 Moreno Hernández, Moisés, op. cit., pp. 48-49.

23 Ferré Olivé, Juan Carlos, Los oscuros orígenes de la ciencia del derecho penal, México, INACIPE, 2014, p. 16.

24 Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 50.

25 Welzel, Hans, Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, 2a. ed., Argentina, Editorial B de F, 2013, p. 279.

porque la acción es la piedra angular de la construcción sistémica del derecho, entonces no debe ser un mero proceso causal ciego o carente de sentido, sino un momento final de todo proceder humano al ordenarle o prohibirle una conducta, porque el hombre es capaz de un obrar con conciencia final,²⁶ por lo tanto, la acción final será la que configure al delito como directriz más eficaz que una causalidad.

Conforme lo expuesto y según el postulado finalista, las acciones al poder configurar finalmente el hecho, deben dirigir las normas penales porque en ellas reside el poder mandar o, prohibir una conducta final, en este sentido, las aplicaciones dogmáticas en el finalismo transitan en torno a la finalidad de la voluntad humana y dentro de esto, el tipo subjetivo "... se configura como un momento esencial del comportamiento personal en los delitos dolosos pues, si bien es cierto, el finalismo acoge la estructura de la teoría causal de la acción, también cierto lo es que desarrolla un nuevo concepto de injusto sobre la base de la estructura final, el concepto de injusto personal."²⁷ Por ende, la acción como elemento fundamental e inicial en la estructura del delito, ofrece elementos para determinar el objeto de la prohibición o el mandato penal, porque la teoría del injusto personal al configurarse sobre la acción final, delimita el dolo en el tipo porque esta categoría del concepto de delito, no se excluye del concepto final de acción, en este sentido, el finalismo desarrolló estructuras lógicas objetivas y, datos ontológicos que argumentan elementos dogmáticos innovadores.

El finalismo estructura la acción mediante un orden lógico objetivo, pero no contribuye en la resistencia contra infracciones ideológicas en el campo del derecho penal, porque la acción final cuando se contrapone a enfoques normativos como base empírica-ontológica del derecho penal, solo "...ofrece un extracto muy breve de la realidad y abarca de manera incompleta el sustrato objetivo de los sucesos penalmente relevantes pues, no puede explicarse como finalidad la existencia empírica en la omisión, imprudencia u omisión bajo culpa inconsciente..."²⁸ Lo anterior se debe a que un empirismo tan selectivo, solo comprende de manera parcial la realidad de los fenómenos penalmente relevantes, por lo que genera una función muy limitada, esto se pone de manifiesto en lo siguiente:

La teoría de la acción final tiene consecuencias en la estructura del delito que han influido en la jurisprudencia y legislación de manera permanente, así, la teoría de la culpabilidad, la cual no concede ninguna influencia al error de prohibición en el dolo, constituye una derivación de la estructura de la acción asumida, según la cual, una acción de homicidio solamente puede consistir en que el autor ha causado finalmente la muerte de otro. Si se considera correcta la teoría de la culpabilidad (que ha sido adoptada en el artículo 17 del código penal alemán), entonces uno se verá ligeramente inclinado a ver en ella, una prueba de la fertilidad de la concepción finalista. Pero la teoría estricta de la culpabilidad, desde la perspectiva de una evaluación razonable de política criminal, no se entiende porque alguien, quien, también desde un análisis objetivo, quería algo ajustado al derecho, deba ser marcado como criminal doloso debido a un simple error en los hechos.²⁹

26 Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 51.

27 Polaino Navarrete, Miguel, "Finalismo y postfinalismo: hitos históricos de dogmática penal", en Roxin, Claus et al., *Dogmática penal y política criminal cuestiones fundamentales para el nuevo sistema de justicia penal*, México, Editorial Flores, 2015, p. 24.

28 Roxin, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, 3a. ed., trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2021, t. I p. 99.

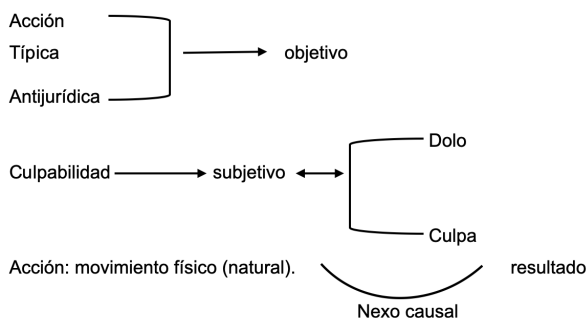
29 Ídem.

Comprensión y análisis de lo expuesto sobre las teorías. Primero el causalismo.

De lo expuesto hasta aquí, sustraemos lo siguiente:

El causalismo clásico o naturalista sus principales representantes son Liszt y Beling, y por lo que al neoclásico o valorativo respecta, lo es Mezger. En el causalismo surge la conducta, típica, antijurídica y culpable, y para ser específico en el clásico se recaban ideas de las escuelas clásica y positivista, que son la acción u omisión, un movimiento o no movimiento corporal (mecanicista), fuerza física irresistible en el que existe una causa y efecto de acción y resultado con base a un nexo causal. En el causalismo se priman elementos como acción, omisión, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, inculpabilidad, imputabilidad, inimputabilidad, punibilidad, excusas absolutorias. La acción es manifestación de la voluntad, resultado y la existencia de la relación de causalidad, esto bajo un deber ser consiente, espontáneo y exteriorizado por lo tanto, la acción no contaba por sueño, por movimientos reflejos y cuando hayan sido resultado de no poder oponer resistencia a una fuerza física que sea irresistible, ya que el resultado es la modificación en el mundo exterior por la realización o no de una acción y la relación de causalidad, esta última al ser la manifestación de la voluntad del individuo en relación a la causa efecto.

Para hacer una notoria diferenciación de los dos causalismos en comento, en el causalismo clásico se toman en cuenta todas las causas para un delito (teoría de la equivalencia). Y en el causalismo valorativo de Mezger (neokantiano) no se pueden aplicar los mismos métodos de las ciencias naturales a las ciencias sociales, porque debe existir una causa valorativa que no se conforma con un resultado que cause una modificación en el mundo exterior, por ello, se debe introducir la noción de la voluntad, esto es los elementos subjetivos en los tipos porque el injusto no puede ser netamente objetivo, ya que hay tipos penales que exigen elementos subjetivos, un ejemplo es a quien con el ánimo de enriquecerse. Debemos agregar que el causalismo valorativo es el origen de la imputación objetiva, obsérvese la siguiente gráfica para mejor conocer:



Para concluir con el causalismo, en él surgen las causas de exclusión de la antijuricidad, y es cuando el hecho delictivo produce más provecho que daño, de lo que podemos tomar como origen y antecedente de lo que hoy conocemos como estado de necesidad. Aquí es importante cuestionarse ¿Las causas son importantes y se tienen que analizar en la actualidad?

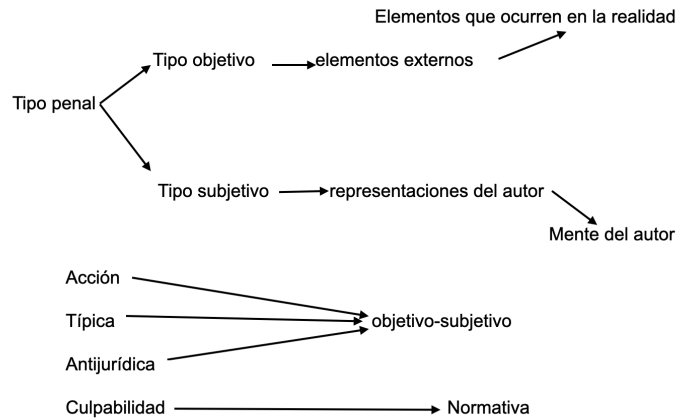
La respuesta es afirmativa, porque desde nuestro punto de vista de no hacerlo se llegan a soluciones absurdas, sin embargo, es necesario señalar que el causalismo tiene problemas, y estos surgen en la comprobación de la causa, al tomar siempre al efecto como consecuencia directa pues, una persona será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado, por lo que da como respuesta, que el ubicar la acción de forma causal, puede llegar a ser una forma ciega de observar el delito, porque se hace sin tener en cuenta la acción como finalidad o, conforme el valor de la causa real que provocó la afectación del bien jurídico.

Finalismo en la comprensión, crítica y discusión desde nuestro punto de vista.

En cuanto al finalismo éste señala que se le debe de dar una aportación a la naturaleza de las cosas, éstas sobre el planteamiento del orden del ser del ente (el orden al que el ente pertenece), porque de lo contrario se estaría refiriendo a un ente distinto, esto es, si Welzel quiere que su teoría sea eficaz, se debe de dirigir al objeto que de voluntad manifiesta, y aquí se debe de respetar la estructura óptica del ente tal y como es en el mundo real pues, de lo contrario no sería el objetivo hacia donde se quiere dirigir el derecho penal. Con lo expuesto, el finalismo pretende tomar un realismo en donde busca ponerle límites al poder punitivo estatal, a su vez, alcanzamos a percibir que se concibe la idea que no hay acción sin contenido, por lo tanto, no hay conducta sin finalidad y bajo esa primicia, se hace un reacomodo en la teoría del delito en donde, se respeta el orden previamente dado, pero redefinido en cuanto a las categorías del delito. En el finalismo se concibe a la acción como ejercicio de actividad final (acción=actividad final), se descubre los elementos subjetivos del injusto y, el dolo y culpa pasan a la tipicidad y la culpabilidad será normativa (reprochabilidad).

Lo expuesto nos da como resultado que no se puede elaborar un concepto de acción humana para un mundo real y, otro concepto de acción humana diferente y exclusivo para el mundo del derecho penal que, produce una separación entre ambos mundos, esto, porque el intérprete del derecho penal, no se puede separar de la realidad que valora, por ello, en el finalismo se fija o acentúa la acción final, ya que en el mundo real desde una visión óptica, cada conducta humana se guía por una finalidad, por ende, la conducta no es un mero proceso mecanicista pues, no se puede prescindir del elemento subjetivo de una acción, esto porque la voluntad puede proveer los resultados de su conducta y selecciona los medios para poner en marcha la causalidad. Con el sentido anteriormente interpretado, se coloca lo subjetivo en el tipo y lo normativo en la culpabilidad, el dolo se hace parte de la acción como voluntad jurídica relevante conforme estructuras lógico-objetivas, esto, con fundamento óptico o del ser que ya no podrá evitar el legislador.

Conforme el análisis realizado en cuanto al finalismo, cabe agregar que desde nuestra visión y para solventar mejor comprensión, es necesario establecer un apoyo gráfico de cómo lo observó Welzel, pues la estructura lógico objetiva que se conforma por el ser óptico, esto desarrollado y establecido en la teoría del delito, creemos es mejor y más prudente para obtener un mejor desarrollo en el presente, una interpretación más explícita sobre lo mencionado, obsérvese lo siguiente:



Según lo explicado en la gráfica, alcanzamos a comprender que el injusto ya no es netamente objetivo pues, necesita de elementos subjetivos, y por ello en este punto, se marca una diferencia entre el finalismo y causalismo, puesto que en el último cualquier clase de error excluía al dolo, y en el finalismo el error de tipo se analiza en la tipicidad y tiene como efecto la exclusión del dolo y, el error de prohibición permanece en la culpabilidad, pero sin efecto alguno sobre el dolo. La teoría finalista cobra sentido en el contexto actual, ya que ésta busca impregnar de realismo al derecho penal, pero no siempre en un hecho delictivo la acción final es la base de las causas del delito (véase los delitos culposos), así como las causas y efectos medidos por métodos de las ciencias naturales, esto para comprobar la causa del delito sería lo idóneo, por esas razones, es por la que las teorías causalistas y finalista ostentan problemas en su aplicación, ya que ambas teorías al ser sometidas a la realidad por influir o manifestarse en las leyes, no producen los resultados esperados, y de buscar justificar lo contrario, sería tanto como negar que la criminalidad no ha ido o va aumento,³⁰ esto cuanto menos en México.

La efectividad e influencia de las teorías causalistas y finalista dentro de las leyes penales mexicanas, no son en la actualidad lo idóneo para el contexto de criminalidad de México en el siglo XXI, pues además de ir en incremento la criminalidad (elemento fundamental para inducir el declive de las teorías mencionadas), esto por las incidencias delictivas señaladas en el párrafo anterior; y al dar un salto inductivo, nos hace creer que en México por tomar de referencia una demarcación territorial en el planeta, no existe el respeto a la norma penal por parte de su sociedad, porque año con año al incrementarse las incidencias, también hace suponer que tampoco existe un considerable grado de temor a las penas y castigos que contienen las leyes penales mexicanas, y si no existe respeto, es porque creemos se desconoce el castigo, y si se desconoce el castigo o la sanción penal, es porque la sociedad no está informada y quien desconoce la ley generalmente, no podrá prevenirse de la sanción de ésta, y al no poderse prevenir de la sanción, tampoco podrá defenderse adecuadamente, esto bajo una estructura sistemática otorgada por el gobernante para salvaguardar la seguridad y justicia.

Para salvaguardar la seguridad y justicia en México, debemos reestructurar las leyes pe-

30 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, "Incidencias delictivas.", Gobierno de México, México, [Consulta: 04 de mayo de 2023]. Disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/articulos/incidencia-delictiva?idiom=es>

nales sustantivas principalmente, esto a través de la ya mencionada parte fundamental de la dogmática penal (la teoría del delito), se ha buscado fijar como objetivo un orden sistemático que anhela encontrar justicia e igualdad, y en su momento histórico en sus rubros quizás lo encontraron, sin embargo, como lo hemos observado no es funcional actualmente, de allí el surgimiento de teorías que buscan ser igualmente justas e igualitarias pero funcionales, y encuentran espacio para su aplicación en la actualidad sobre delitos de especial relevancia, con elementos excepcionales y dirigidos a entes peligrosos (gobernados y no gobernantes), medidos a través de riesgos o, un sistema donde priorizan la norma penal para que se respete, esto por encima incluso del ser humano al ser considerado y tratado por su estado de peligrosidad como enemigo.

Funcionalismo y sus dos principales representantes.

Los principales representantes del funcionalismo penal son Jakobs y Roxin, y referente a la definición de funcionalismo según Polaino Orts, es aquella teoría según la cual, el derecho penal se orienta a garantizar una identidad normativa, la constitución y la sociedad, y esa sociedad se integra por personas que se caracterizan por emitir comunicaciones, esto es, expresiones con sentido comunicativamente relevantes,³¹ por ende, el funcionalismo en general son "...las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación, resultan necesarias para el mantenimiento de un sistema social. Desde ese punto de vista, tales elementos o prestaciones cumplen en sí un cometido estabilizado del sistema, y en tal sentido, resultan funcionales para el mismo."³² Lo que nos da por conclusión que este sistema funciona por partes para mantener un conjunto, y el mal funcionamiento de una de esas partes, supone la obligación de reajustar, por lo tanto, el funcionalismo no versará sobre una base sino de diversas, ya que resultaría ilógico argumentar que pudiera estar orientado únicamente a los fines de la pena.

Para ostentar mayor claridad del funcionalismo, señalamos lo siguiente:

Primero. - la norma jurídica dentro de este sistema, forma junto con la sociedad y la persona, el triángulo conceptual esencial de la teoría funcionalista.

Segundo. - la teoría sistémica se encuentra inmersa en el funcionalismo jurídico penal.

Tercero. - en la teoría funcionalista penal, lo primordial es exponer el ámbito del derecho penal en la sociedad y la persona.³³

No todo funcionalismo es igual ni pudiera llegar a seguir las mismas bases, por ejemplo:

Existe una incriminación de conductas en un estadio previo a la lesión del bien jurídico que, vulneran el principio del hecho y el principio de ofensividad, esto es, todas las criminalizaciones de lo que materialmente eran actos preparatorios y, en la medida en que la conducta preparatoria se realizará en el ámbito privado, se incluye la tentativa de participación y la constitución de asociaciones criminales y terroristas. Se busca con lo anterior, legitimar la criminalización de acciones delictivas que, como actos preparatorios de lesión de determinados bienes jurídicos, no podían legitimarse en un Estado de libertades. Lo anterior por buscar el mantenimiento de la vigencia de la norma como función primordial del derecho penal, porque este constituye la espina dorsal de la configuración social y, la prevalencia y expectativas que de ella se esperan (respeto a la norma por la sociedad), corresponde a un estado de orden y fidelidad al sistema jurídico, esto es, nadie puede negar la constitución social porque la norma no rige por el simple hecho de que sea respetada por sus destinatarios, sino que al ser vulnerada, el Estado debe imponer un castigo ejemplar para

31 Polaino Orts, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, México, Editorial Flores, 2016, p. 33.

32 *Ibidem*, p. 32.

33 Jakobs, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*, México, Editorial Flores, 2015, p. 39.

mantener sus expectativas.³⁴

A esta clase de funcionalismo se le denomina radical normativista y su principal representante es Gunter Jakobs, las principales críticas a este funcionalismo es que carece de sustento científico y, en la búsqueda de neutralizar delincuentes de alta peligrosidad, se vulneran derechos humanos y sacrifican libertades de sectores delincuenciales específicos, pero lo anterior se contradice desde el punto señalado por la jurisprudencia 2006224 al mencionar lo siguiente:

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubrimiento de la constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento, es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.³⁵

Lo expuesto con antelación refiere a los artículos 16, 18, 19, 20, 22, 73 y sexto transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que regulan lo referente a delincuencia organizada y esta a su vez, ostenta el pensamiento doctrinal del derecho penal del enemigo, y con lo expuesto por la jurisprudencia, nos queda claro que si para algunos este pensamiento doctrinal vulnera derechos humanos, para nosotros los relativiza y estamos de acuerdo por el nivel de violencia y peligrosidad que tienen a quien va dirigido. Ciertamente es que pueden representar algunos sectores criminales como los aquí señalados, pero ¿Cuál es la base principal del derecho penal del enemigo y la razón de ser tan criticado? Lo es la teoría jurídica de los tipos penales de peligro abstracto y consiste en "...la técnica que emplea el legislador para elaborar tipos penales, los cuales no esperan que se produzca una lesión al bien jurídico, sino que buscan reprimir a la persona desde el momento que programan delinquir, elevándose a rango de delito consumado."³⁶ Con ello, se produce un adelantamiento de la punibilidad sin que se haya cometido materialmente un hecho delictivo (delitos en prospectiva).

Existe también el funcionalismo moderado con un sustento teleológico y, es sostenido analíticamente a través de la denominada imputación objetiva, es el funcionalismo de Claus Roxin, este pensamiento según Moreno Hernández se separa del método deductivo axiomático del finalismo, esto por su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente

34 Merino Herrera, Joaquín, *Tendencias de la política criminal contemporánea*, Madrid, MARCIAL PONS, 2018, pp. 87-90.

35 Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

36 Cita Triana, Ricardo Antonio, "Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica", Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales Bogotá, d.c., 2010, pp. 15-48.

lógico abstractas, en este sistema se observa (y también en Jakobs) influencia Hegeliana, prepondera el aspecto normativo y las categorías del sistema serán orientadas a los fines según político criminales del derecho penal,³⁷ con esto se busca "...comprender todos los presupuestos de la punibilidad independientemente de las características de cada concreto tipo penal, y lo vinculará lógicamente en un contexto que, de manera clara y fácil de abarcar, procura los fundamentos valorativos para una solución plausible en los casos concretos."³⁸ Lo que se exterioriza en construcciones dogmáticas abiertas y no cerradas con contenido político criminal, y esto versa sobre realidades a las que no se debería renunciar según su postulante.

El tema del funcionalismo que incorpora realidades político criminales es loable desde nuestro punto de vista, y esto se desarrolla a través de la imputación objetiva la cual consiste en "...la presunción de realización de un riesgo creado por el autor, el cual no está cubierto por el riesgo permitido dentro del alcance del tipo..."³⁹ Entonces éste funcionalismo versará por los riesgos permitidos y no permitidos por parte de las normas, y otro aspecto destacable del funcionalismo Roxiniano es que toma como punto de partida el injusto penal, el cual debe ser deducido a partir de la tarea del derecho penal mientras que la culpabilidad, debe ser deducida a partir del objetivo concreto de la imposición de la pena, el autor citado con antelación advierte que ambas cosas no son lo mismo, porque el derecho penal con sus disposiciones, se dirige a todos los ciudadanos al apelar a ellos y prometer protección, en cambio la pena concreta afecta de manera primaria y únicamente, al delincuente y solo tiene efectos mediatos frente a la generalidad.⁴⁰ Lo que implica un teleologismo político-criminal que se contrapone por obviedad a un ontologismo finalista.

El teleologismo político-criminal es partidario de la normativización de los conceptos jurídicos, y considera según Roxin que la vinculación ontológica es relativa, porque de ella no se deriva un imperativo y un deber ser propio jurídico, por ello, en el funcionalismo se deben reformular los elementos jurídicos del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), al robustecerse de contenido político-criminal,⁴¹ con esto se genera un sistema abierto y no cerrado, porque al ingresar realidades político-criminales al sistema de la teoría del delito se "...conjugan aspectos preventivos y se rechaza la retribución como fin de la pena, con ello, la pena desdeña simultáneamente fines de prevención general y especial, con esto, los hechos delictivos serán evitados a través de la influencia sobre el particular y la colectividad, ambos medios, se subordinan al fin, se extienden y son legítimos."⁴² Por lo tanto, la culpabilidad será el límite de la pena, y esta no puede rebasar la misma, y se reducirá si así encuadra en los criterios preventivos especiales.

El análisis a las teorías del delito desde nuestro punto de vista.

Cada postulado de la teoría del delito en derecho penal, ha representado para la dogmática penal evolución científica, sin embargo, en la aplicabilidad al contexto sea en el momento histórico donde surgieron o en la actualidad, han tenido y tienen problemas, porque la primer

37 Moreno Hernández, Moisés, op. cit., pp. 61-62.

38 Roxin, Claus et al., Dogmática penal y política criminal..., cit., p. 77.

39 Roxin, Claus, La imputación objetiva en el derecho penal, 2a. ed., trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Perú, GRIJLEY, 2022, p. 81.

40 Roxin, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, t. I..., cit., p. 30.

41 Roxin, Claus et al., Dogmática penal y política criminal..., cit., p. 48.

42 Ídem.

teoría que se analizó (causalidad), versaba en las leyes de las ciencias naturales, la cual buscaba ser exacta y de ésta se desprenden principalmente las teorías de la equivalencia e individualizadoras, en la primera entre una conducta y un resultado, hay varias causas y estas son equivalentes (no hay una causa más grande o pequeña), todas producen un resultado equivalente pues, el método implementado es el *sine qua non* (sin el cual no), el problema con la teoría en comento, es que termina encontrando varias causas que, a pesar de ser exactas desde un punto de vista de las ciencias naturales, desde un punto de vista jurídico esa causa puede ser considerada injusta, por tal motivo era conflictivo el hecho de postular las causas y el nivel de importancia de las mismas a un caso concreto.

La teoría de la equivalencia creemos era impecable desde la ciencia, pero desde el derecho tiene problemas porque las causas no siempre son equitativas. Y por otra parte las teorías individualizadoras de varias causas seleccionaban una, y dentro de esta teoría encontramos a la teoría de la causa próxima o teoría de la causa eficiente, después surgen las individualizadoras valorativas que dentro ellas está la teoría de la causa adecuada o, adecuación social de la conducta que repetimos, es el antecedente de la imputación objetiva, todas ellas surgen ante el así proclamado y mencionado fracaso por parte de las teorías que le sucedieron, y en ese entendido, nuevamente se señaló un fracaso del casualismo por el finalismo y del finalismo por el funcionalismo, todos al precisar que a la teoría del delito siempre le hará falta algo, sea de contenido jurídico, teleológico, causal, final, entre más. Así duraron tiempo en conflicto los causalistas y finalistas principalmente, hasta la llegada de Roxin y la imputación objetiva que, al principio ostentaba funciones de complementación en la relación de causalidad y que, al pasar del tiempo terminó por sustituirla.

En la actualidad la imputación objetiva funciona para resolver problemas de causalidad en delitos de resultado, y con ello dotar en un nivel de valoración jurídica al criterio seleccionador de la causa del resultado, esto es seleccionar jurídicamente una causa para mejor aplicación y, no dejarse llevar por puntos de vista de las ciencias naturales o, por elementos subjetivos erradicados en posturas finalistas, toda la imputación objetiva se debe medir conforme riesgos. Por otro lado, el funcionalismo radical normativista de Jakobs busca primar la norma penal para que la sociedad le guarde fidelidad, en este sentido, cabe señalar que los conceptos y definiciones de ambos doctrinarios pueden ser criticables y mejorados, tal y como a continuación se señala:

La dificultad que se observa en las doctrinas de Jakobs y Roxin, radica en el amplio nivel de generalidad con que ellas se formulan, pues definiciones como bien jurídico, política criminal, orientación teleológica, derecho penal del enemigo, entre más, son vistas con frialdad por ser fórmulas vacías y definiciones persuasivas elaboradas de una manera estipulativa, pero con pretensiones de universalidad y generalidad, no se brindan criterios intersubjetivos y racionalmente debatibles que sirvan para validar, refutar o falsar en la praxis. Referente al concepto de política criminal (si entendemos esta como una parte de la política) ¿Cuándo no ha formado parte de la dogmática penal? Si el acontecer jurídico e histórico de esta revela que siempre ha estado impregnada (y ha sido manipulada) por distintas concepciones político ideológicas de su entorno, porque el derecho penal no es más que política social aplicada, de tal manera que los principios y categorías de la política criminal deben siempre penetrar en el sistema del derecho penal pues, los fines valorativos son los amos del derecho.⁴³

43 Salas, Minor E., *Anti- dogmática el derecho penal en el banquillo de los acusados*, Chile, Ediciones Olejnik, 2017, pp. 283-315.

A lo anterior podemos agregar que tanto Jakobs como Roxin parten de un ideologismo dialéctico (al recordar que ambos ostentan bases filosóficas de Hegel), donde el primero glorifica a la norma penal y exaspera el poder punitivo ante la sociedad, el segundo dedica sus esfuerzos en medirle riesgos solo a la sociedad y no al Estado, porque parte de la creencia que el ente jurídico es el absoluto padre para castigar a los hijos (sociedad), en el sentido expuesto, nosotros podemos aportar que, si el ente público decepciona a la sociedad, de regreso se debe de castigar aquellos de forma contundente que traicionaron la confianza depositada por la comunidad, porque el Estado y las normas no son sin la sociedad, y si para Jakobs primero es la norma y para Roxin primero es el Estado, para nosotros primero es la sociedad y, tanto la norma como el Estado deben protegerla porque sin la sociedad repetimos el Estado y la norma no son.

Una vez analizado algunos postulados de la teoría del delito, es pertinente establecer la postura que se debe adoptar, esto para generar una diferencia en las áreas de oportunidad que nos otorgan los elementos de las teorías en comento, creemos se debe nivelar la balanza entre gobernantes y gobernados pues, todas las teorías expuestas en el presente, van dirigidas solamente a los gobernados, incluso se analizó el surgimiento de una de ellas por considerar a un sector de la sociedad peligroso, y es aquí donde cabe el siguiente cuestionamiento ¿Acaso los gobernantes con todo el poder que se les otorga por sacrificar libertades de la sociedad no son peligrosos? Llegar a una teoría equitativa que investigue, procese, castigue y mida las acciones en riesgos, donde se proyecte un contundente poder punitivo estatal en la coacción y de ser necesario, un adelantamiento de la punibilidad, para aquellos entes o fenómenos delictivos que sean considerados peligrosos, abstractos y complejos que atacan los bienes jurídicos más preciados y/o traicionen a la sociedad o al Estado, creemos es el inicio para fundamentar nuevos pensamientos en los temas principales del presente, y consideramos deben ser la meta actual para la dogmática penal, la teoría del delito, las leyes penales, la sociedad y el Estado.

Conclusiones.

Primera. – La teoría del delito es la base y parte fundamental de la dogmática jurídica penal, es por ello que enfrenta desafíos para estructurar un orden de conocimientos científicos en la realidad, por ende, ambas (teoría del delito y dogmática penal) deben encaminar de la mejor forma posible al derecho penal en su parte sustantiva, adjetiva y ejecutiva, en tal sentido, es importante el continuo análisis para encontrar y/o perfeccionar una dogmática igualitaria, justa y funcional, y así también sería el camino por consecuencia a seguir de la teoría del delito, esto sin olvidar las aportaciones que le impregnen vitalidad para el continuo avance de las mismas, además es importante tomar en cuenta que la aplicabilidad de ésta no solo debe ser a los gobernados, sino también a los gobernantes.

Segunda. – La acción es el elemento fundamental e inicial en la estructura del delito, de allí que las teorías que analizamos busquen impregnarle contenido a la misma, y con ello modificar dicho elemento para una mejor aplicación teórica y práctica del postulado que generaron, los causalismos, el finalismo y los funcionalismos estudiados, ostentan problemas en su aplicación, esto al ser sometidas a la realidad en la influencia sobre las leyes y no producir los resultados esperados, de allí que no contienen la criminalidad e inclusive va en incremento conforme las incidencias delictivas, esto por la muestra presentada de México conforme las mediciones del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Tercera. – Los causalismos y el finalismo no son en la actualidad lo idóneo para combatir la criminalidad por lo menos en México, ya que ostentan problemas de aplicabilidad, los primeros al querer fundamentar sus teorías con base a métodos de las ciencias naturales, y el segundo al sostener que todo delito debe contener una conducta cimentada en una voluntad final de acción, esto último creemos no es aplicable en cuanto los delitos culposos. Si bien las teorías funcionalistas parten de una fuente ideológica donde prospectan o, proyectan riesgos y peligrosidad, creemos que son fuentes para generar conocimientos en la aplicabilidad de la teoría del delito en el contexto actual, esto cuanto menos visible y delimitado en México, y podemos comenzar con proyectar una teoría equitativa que mida la acción en riesgos, donde se proyecte un contúndete poder punitivo estatal, esto al estar en riesgo un todo política y jurídicamente organizado (sociedad y Estado), donde entes peligrosos y fenómenos delictivos graves, abstractos y difíciles de investigar, procesar y castigar, busquen atacar la paz, la seguridad pública, la libertad y el Estado de derecho, encuentren castigo por actos que vulneren a quienes realmente desean permanecer en un sistema legal y políticamente organizado.

Fuentes consultadas.

Bibliográficas.

CORRALES HERNÁNDEZ, Jesús, Flexibilidad de la dogmática penal mediante la teoría del espacio libre de derecho, México, Ubijus Editorial, 2012.

DÍAZ ARANDA, Enrique, “Evolución del causalismo al funcionalismo ¿En la legislación penal mexicana?”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), Evolución del sistema penal en México tres cuartos de siglo, México, INACIPE-UNAM, 2017.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, Los oscuros orígenes de la ciencia del derecho penal, México, INACIPE, 2014.

GÓMEZ ZAMUDIO, Carlos Guillermo, Dogmática jurídico penal aplicada en el sistema judicial mexicano, México, Editorial Flores, 2015.

JAKOBS, Günther, El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal, México, Editorial Flores, 2015.

KUHLEN, Lothar, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del derecho penal, España, Marcial Pons, 2021.

MERINO HERRERA, Joaquín, Tendencias de la política criminal contemporánea, Madrid, MARCIAL PONS, 2018.

MIRÓ LLINARES, Fernando, El progreso de la dogmática penal (y sus problemas) aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal, España, tirant lo Blanch, 2022.

MOCCIA, Sergio, “El rol de la dogmática penal ante la transformación de la política criminal”, en Espina, Gisis (coord.), Magna carta la dogmática penal como garantía del Estado constitucional de derecho, Argentina, Editorial EDIAR, 2021.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Dogmática Penal y Política Criminal, México, Ubijus Editorial, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal y control social, Colombia, Editorial Temis S.A., 2012.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Finalismo y postfinalismo: hitos históricos de dog-

mática penal”, en Roxin, Claus et al., *Dogmática penal y política criminal cuestiones fundamentales para el nuevo sistema de justicia penal*, México, Editorial Flores, 2015.

POLAINO ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, México, Editorial Flores, 2016.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Los principios del derecho penal*, México, Editorial Arquinza, 2018.

ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal*, 2a. ed., trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Perú, GRIJLEY, 2022.

ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, 3a. ed., trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Perú, Instituto Pacifico S.A.C., 2021.

SALAS, Minor E., *Anti- dogmática el derecho penal en el banquillo de los acusados*, Chile, Ediciones Olejnik, 2017.

SCHROEDER, Friedrich Christian, *Fundamentos de dogmática penal*, México, Editorial Flores, 2019.

WELZEL, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, 2a. ed., Argentina, Editorial B de F, 2013.

Hemerografías.

CITA TRIANA, Ricardo Antonio, “Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales Bogotá, d.c., 2010.

Documentos electrónicos.

SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA, “Incidencias delictivas.”, Gobierno de México, México, 04 de mayo de 2023, <https://www.gob.mx/sesnsp/articulos/incidencia-delictiva?idiom=es>

Normativas.

Constitución política de los estados unidos mexicanos.

Código penal alemán.

Código penal federal México.

Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

Metodología implementada.

Método argumentativo, método analítico, método sintético y método sistemático o dogmático.

Los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos: consideraciones conceptuales de derecho constitucional y avances recientes en México*

The rights of victims of human rights violations:
conceptual considerations of constitutional law and
recent advances in Mexico

José Luis Ramírez Santos**

* Artículo de reflexión postulado el 10/07/2024 y aceptado para publicación el 07/10/2024

** Profesor de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
luis.ramirezsan@correo.buap.mx, <https://orcid.org/0009-0009-0734-7115>

RESUMEN

El presente artículo se enfoca en analizar el reconocimiento de los derechos de las víctimas desde la perspectiva del derecho constitucional mexicano. El objetivo es destacar la importancia del lenguaje victimológico en el derecho actual y responder preguntas clave sobre las víctimas de violaciones a los derechos humanos como su definición, fuentes, contenido específico y particularidades frente a las victimizaciones por comisión de delitos. La metodología incluye una revisión documental, descriptiva y analítica de avances recientes en la jurisprudencia mexicana y del derecho victimal vigente. Se examinan resoluciones y marcos jurídicos para responder a las preguntas planteadas. Como resultado, se señala que los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos no están regulados de manera detallada en la Constitución, a diferencia de los derechos de las víctimas en el proceso penal. Sin embargo, sí están respaldados por el resto del parámetro de regularidad constitucional. La investigación aboga por una mayor adopción del enfoque victimológico en el derecho constitucional mexicano, especialmente en la protección de derechos humanos.

PALABRAS CLAVES

derechos humanos, derecho victimal, derecho constitucional, reparación integral, compensación.

SUMARIO

Introducción.
Marco teórico, conceptual y jurídico.
Resultados.
Interpretación de los resultados.
Conclusiones.
Fuentes.

ABSTRACT

This article focuses on analyzing the recognition of victims' rights from the perspective of Mexican constitutional law. The aim is to highlight the importance of victimological language in current law and address key questions about victims of human rights violations, such as their definition, sources, specific content, and particularities compared to victimization through criminal acts. The methodology involves a documentary, descriptive and analytical review of recent developments in Mexican jurisprudence and positive victimal law. Resolutions and legal frameworks are examined to address the questions. As a result, it is noted that the rights of victims of human rights violations are not detailed in the Constitution, unlike victims' rights in criminal proceedings. However, they are supported by the rest of the constitutional framework. The research advocates for greater adoption of the victimological approach in Mexican constitutional law, especially in the protection of human rights.

KEYWORDS

human rights, victimal law, constitutional law, comprehensive reparation, compensation.

Introducción

En este artículo describiremos algunos avances recientes en el reconocimiento de los derechos de las víctimas desde la perspectiva del derecho constitucional mexicano, resaltando las particularidades conceptuales de la calidad de víctima en al menos dos contextos jurídicos: el penal y el de derechos humanos. Esto, con la finalidad de poner de relieve la importancia y utilidad del lenguaje victimológico en el derecho actual.

Así mismo, indagaremos sobre el concepto de víctima o calidad de víctima y sus consecuencias jurídicas en el derecho constitucional mexicano, especialmente en la protección de derechos humanos. En ese sentido, realizaremos una revisión somera del derecho victimal mexicano y analizaremos recientes avances en la jurisprudencia mexicana tratando de responder a las siguientes preguntas:

1. ¿Quiénes son las víctimas de violaciones a los derechos humanos?
2. ¿Cuáles son las fuentes jurídicas que permiten determinar sus derechos?
3. ¿Cuáles son esos derechos?
4. ¿Cuáles son las particularidades del derecho victimal desde perspectiva constitucional, en oposición a la perspectiva penal?

El lenguaje victimológico es todavía poco utilizado o comprendido en la práctica profesional jurídica. Por ello, dar respuesta a las preguntas planteadas podría favorecer la adopción de la figura de víctima y el enfoque victimológico en el derecho constitucional mexicano, sobre todo en la protección de derechos humanos.

Además, esta investigación responde a la constatación de que en el texto constitucional se encuentran regulados con detalle los derechos de las víctimas de delitos, pero no son igual de claros los de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Para responder a las preguntas planteadas, consultaremos algunos avances recientes en el derecho jurisprudencial mexicano y haremos un breve análisis del derecho victimal vigente, por lo que esta es una investigación que se puede clasificar como documental, descriptiva y analítica.

Marco teórico, conceptual y jurídico

Antecedentes

La noción de víctima y el enfoque del derecho victimal son relativamente nuevos en México. Ya en 2012 se contaban al menos cuatro reformas de amplio alcance en la construcción de la figura de víctima y desde 1969 se contaba con una “Ley sobre Auxilio de las Víctimas del Delito” para el Estado de México, primer antecedente del derecho victimal e instrumento jurídico más avanzado que muchos posteriores.¹

En 1985 la ONU aprobó la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” (A/RES/40/34, en adelante “Declaración”). Ese se convirtió en el estándar internacional de referencia para la definición de la víctima y, alrededor de ella, la articulación de una rama autónoma del derecho que María de la Luz Lima Malvido bautizaría “derecho victimal” en un artículo publicado en 1992.²

1 Lima Malvido, María de la Luz, «El derecho victimal, naturaleza y alcance» en García Ramírez, Sergio e Islas González Mariscal, Olga (coords.), Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo, México, IIJ, UNAM, INACIPE, 2017, p. 577, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/4770>; Rodríguez Manzanera, Luis, «Derecho victimal y victimodogmática», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 26, 2012, p. 133.

2 Lima Malvido, María de la Luz, «El derecho victimal...», op. cit., p. 574.

Sin embargo, el contenido de esta incipiente rama del derecho tendía a criminalizar a la víctima, es decir, a concebirla como agente criminal.³ En lo sustancial, el surgimiento del derecho victimal puede entenderse como la superación del enfoque meramente penalista o punitivista. Es decir, el derecho victimal se enfoca no en el castigo sino en la reparación, no en la persecución del criminal, sino en la justicia para la víctima.⁴

Los cambios de acento descritos pueden considerarse el origen del derecho victimal: cambio del sujeto central de la rama (no el criminal, sino la víctima), de los fines principales (no el castigo, sino la justicia) y los medios (no las medidas represivas, sino las restitutivas). Sin embargo, su origen formal tendría que ubicarse en el surgimiento de los primeros instrumentos especializados, como el de 1969 en el Estado de México y la citada Declaración de la ONU de 1985.

De acuerdo con Lima Malvido, el origen formal del derecho victimal mexicano se encuentra en la reforma de 1993 al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constitucionalizó por primera vez los derechos de las víctimas y los ofendidos en materia penal, de forma extensiva mas no limitativa, como los derechos a recibir asesoría jurídica, a que se les repare el daño sufrido, a coadyuvar con el Ministerio Público y a recibir atención médica de urgencia.⁵

En principio, el derecho victimal abarca sólo lo relacionado a víctimas de delitos, pero la Declaración da un tratamiento especial al “abuso del poder”. Así como el concepto de víctima hace mucho superó la noción limitada de “sujeto pasivo”,⁶ no es excesivamente aventurado proponer que también superó el campo del derecho penal y ha concluido su proceso de separación como rama autónoma al abarcar también a víctimas de violaciones de derechos humanos que no necesariamente califican o tienen que calificarse como delitos.⁷

Así, parece haberse perfeccionado la propuesta de Lima Malvido: “no es a través de las disciplinas jurídico-penales donde se deben ubicar las normas jurídicas que guían la relación que establece el Estado con las víctimas”.⁸

Derecho victimal: consideraciones conceptuales

El derecho victimal es el articulado alrededor de la víctima. Es la rama del derecho que abarca el conjunto de principios y normas que tienden a posibilitar el cumplimiento de prerrogativas a favor de las víctimas.⁹

El derecho victimal se halla estructurado sobre los principios del derecho internacional y constitucional de los derechos humanos (pro persona, progresividad, transversalidad, igualdad y no discriminación); y en otros que le son propios, como los de buena fe, trato compasivo, complementariedad, flexibilidad, enfoque transformador, no criminalización, participa-

3 Rodríguez Manzanera, Luis, «Derecho victimal y victimodogmática», *passim*.

4 Lima Malvido, María de la Luz, «El derecho victimal...», *op. cit.*, p. 580; Rodríguez Manzanera, Luis, «Derecho victimal y victimodogmática», *op. cit.*

5 Lima Malvido, María de la Luz, «El derecho victimal...», *op. cit.*, p. 580.

6 Rodríguez Manzanera, Luis, «Derecho victimal y victimodogmática», *op. cit.*, p. 135.

7 Cfr. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, A/RES/40/34, Nueva York, 29 de noviembre de 1985, numeral 8, <https://tinyurl.com/59jzwp3>.

8 Lima Malvido, María de la Luz, «El derecho victimal...», *op. cit.*, p. 574.

9 Rodríguez Manzanera, Luis, «Derecho victimal y victimodogmática», *op. cit.*; Lima Malvido, María de la Luz, «El derecho victimal...», *op. cit.*, *passim*.

ción conjunta, trato preferente, entre otros.¹⁰

Así mismo, el derecho victimal tiene una parte general, que se refiere a toda víctima de delitos o “abusos de poder”; y una parte especial que se refiere a las víctimas de tipos específicos de afectaciones dados por la materia, el derecho afectado, el sector vulnerable, etcétera.¹¹

Víctimas y calidad de víctimas

De acuerdo con la citada Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, víctimas son las personas que han sufrido daños “como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal”, “independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima”.¹²

Dichos daños pueden consistir en “lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial” de los derechos fundamentales de la víctima.¹³ Los principios que propone la Declaración responden, en términos generales, a la existencia de ese daño, y pueden interpretarse como derechos de las víctimas, a saber: el acceso a la justicia, el trato justo con compasión y respeto, la adecuación de los procedimientos, la información, la minimización de las molestias y las demoras, el acceso a mecanismos alternativos de resolución de controversias, el resarcimiento, la indemnización y la asistencia.¹⁴

De acuerdo con la Ley General de Víctimas (que incorpora y profundiza los principios contenidos en la Declaración), las víctimas pueden ser directas, indirectas o potenciales, e individuales o colectivas. Las víctimas directas las que sufren los daños, menoscabos o puestas en peligro de sus derechos; mientras que las víctimas indirectas son personas físicas con las que guardan una relación inmediata (familiares o “personas a su cargo”). Las víctimas potenciales aquellas cuyos derechos están en riesgo a causa de que prestan asistencia para detener o impedir el hecho victimizante.¹⁵

La “calidad de víctima” debe ser reconocida por las autoridades con la sola acreditación del daño o menoscabo sufrido, independientemente de la identificación, aprehensión o enjuiciamiento del responsable, “o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo” con este propósito.¹⁶

Sería interesante, en este ámbito, cuestionarse si la “calidad de víctima” es distinta de la existencia de la víctima. De la lectura de la Ley General de Víctimas parece desprenderse que, en efecto, son cosas distintas. Si bien ambas son situaciones jurídicas, una está dada por la acreditación y la otra no. Esta distinción es relevante para los estudios de caso que haremos más adelante.

En ese sentido, resulta importante también el artículo 110 de la Ley General de Víctimas, que dice que el “reconocimiento de la calidad de víctima” pueden realizarlo: (a) los jueces penales, de paz o de amparo; (b) los organismos de protección de los derechos humanos, na-

10 Ley General de Víctimas, Diario Oficial de la Federación, México, 09 de enero de 2013, última reforma publicada el 25 de abril de 2023, art. 5; Lima Malvido, María de la Luz, «El derecho victimal...», op. cit., pp. 582-589.

11 Ibidem, pp. 589-591.

12 Declaración sobre los Principios Fundamentales..., op. cit., numerales 1 y 2.

13 Ibidem, numeral 1.

14 Ibidem, numerales 4-17.

15 Ley General de Víctimas, op. cit., art. 4.

16 Idem.

cionales e internacionales; (c) la autoridad responsable de la violación de derechos humanos; (d) el Ministerio Público; y (e) la propia Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.¹⁷

El marco jurídico del derecho victimal mexicano

Es pertinente explicar con brevedad algunos instrumentos clave para comprender el derecho victimal y los avances que estudiaremos más adelante.

En México, el marco jurídico del derecho victimal abarca tanto el derecho constitucional (particularmente los artículos 1º, 17, 18, 20 y 73 del texto constitucional) como el llamado “parámetro de regularidad constitucional” (de conformidad con la Contradicción de tesis 293/2011), que incluye las fuentes de derecho internacional de derechos humanos (tratados y jurisprudencia, particularmente); la legislación nacional, general o federal; las leyes locales; y diversas normas administrativas.

Actualmente, dicho marco jurídico es muy extenso y sería imposible abarcarlo todo en el presente artículo. Sin embargo, puesto que se ha propuesto esta investigación como un estudio desde la perspectiva del derecho constitucional, vale destacar el desarrollo del derecho internacional en la materia.

Conviene recordar sobre todo que los derechos de las víctimas y la victimología entendida como movimiento tienen una especial relevancia en el contexto interamericano. En ese sentido, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son un referente obligado en relación con la delimitación conceptual del derecho victimal.

En ese sentido también debe leerse la Convención Americana sobre Derechos humanos, cuyo artículo 63 fue interpretado por la Primera Sala de la SCJN como una fuente del derecho fundamental a la reparación integral del daño por violaciones a los derechos humanos ocasionado por particulares.¹⁸

Debe comprenderse que, a raíz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, todas las autoridades mexicanas están obligadas a respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos.¹⁹ Esto, sujetándose siempre al principio pro persona, es decir, prefiriendo las normas e interpretaciones normativas que proporcionen la mayor protección a las personas.

Puede considerarse especialmente relevante en el tema que nos ocupa la porción del artículo 1º de la Constitución, que dice: “el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.²⁰ De esto se sigue que las leyes deben establecer los términos en que se prevengan, persigan y reparen ciertos tipos de hechos victimizantes (los que suponen menoscabo a los derechos humanos).

Probablemente el instrumento más importante en ese sentido sea la Ley General de Víctimas, por desarrollar con detalle los derechos de las víctimas. Sin embargo, como instrumentos que regulan la tutela de derechos humanos, también deberían incluirse en el catálogo del

¹⁷ Ibidem, art. 110.

¹⁸ Tesis [A.] 1a. CXCIV/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XII, septiembre de 2012, t. 1, p. 522, reg. dig. 2001744.

¹⁹ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, 10 de junio de 2011, <https://tinyurl.com/nzw5a2rv>.

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial, México, 05 de febrero de 1917, última reforma publicada el 24 de enero de 2024, art. 1º.

derecho victimal a las leyes que regulan el funcionamiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y del Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (INAI), así como la Ley de Amparo.

Como se ve, la transversalidad de los derechos humanos supone también una expansión del concepto de víctima y de su marco regulatorio.

Violación a los derechos humanos

La fracción XXI de la Ley General de Víctimas define las violaciones a los derechos humanos con suma claridad, por lo que se transcribe la definición:

Violación de derechos humanos: Todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales, cuando el agente sea servidor público en el ejercicio de sus funciones o atribuciones o un particular que ejerza funciones públicas. También se considera violación de derechos humanos cuando la acción u omisión referida sea realizada por un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente por un servidor público, o cuando actúe con aquiescencia o colaboración de un servidor público.²¹

Reparación integral del daño y compensación

La reparación integral del daño es un derecho fundamental.²² De acuerdo con Jaime Verdín, esta figura puede interpretarse también como:

1. Un derecho autónomo entre los previstos por la Constitución, con el propósito de restituir o compensar los daños, pero también garantizar que el mismo tipo de violaciones no se repitan, por lo que tiene una vocación transformadora que, entre otras cosas, se dirige a evitar la impunidad;
2. Una obligación del Estado que se actualiza con la comisión de un daño; (
3. Una forma de restituir el orden constitucional a través de la satisfacción y el reconocimiento de los derechos de las víctimas; y
4. Una forma preventiva de evitar el desconocimiento de la constitución.²³

La figura presenta diversas peculiaridades en contextos de violaciones generalizadas o sistemáticas de derechos humanos. La existencia de tales situaciones ha puesto en la discusión los procesos de reparación cuyo enfoque no es retributivo o punitivo, sino restaurativo. Este redimensionamiento de la reparación que ya no se circunscribe únicamente a los contextos de justicia transicional, pone de relieve la posibilidad de la posibilidad de la reparación masiva.²⁴

Esta forma de reparación o tipo de violación de derechos humanos no están comprendidos en la presente investigación. Sin embargo, ponemos énfasis en que la reparación integral no comprende únicamente medidas económicas y punitivas.

21 Ley General de víctimas, op. cit., art. 6, fr. XXI, negritas en original.

22 Tesis [A.] 1a. CXCIV/2012 (10a.), op. cit.

23 Verdín Pérez, Jaime Arturo, "La autonomía del derecho a la reparación integral del daño de las víctimas de violaciones a derechos humanos", en Martínez Ramírez, Fabiola; Franco Martín del Campo, María Elisa; Verdín Pérez, Jaime Arturo; Fajardo Morales, Zamir Andrés (coords.), Voces por la universalidad de los derechos humanos. A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, pp. 459-468.

24 Guadarrama Prado, Andrea, y Pedro Pallares-Yabur. "La prioridad de las víctimas y dos lógicas para diseñar su reparación", en Sepúlveda, Ricardo; Pelayo Moller, Carlos María; Estrada Adán, Guillermo; Cervantes, Magdalena; Fuchs, Marie-Christine (coords.), Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación, México, Konrad Adenauer, Tirant lo Blanch, IIJ-UNAM, 2021, pp. 487-503.



De acuerdo con la Ley General de Víctimas, la reparación integral está compuesta por diversas medidas que corresponden a ciertos tipos de daños sufridos por las víctimas, en las dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica; a saber: la restitución, la rehabilitación, la compensación, la satisfacción, las garantías de no repetición, la reparación colectiva, la “declaración que establezca la dignidad y la reputación de la víctima u ofendido y de las personas vinculadas a ella” y la disculpa pública.²⁵

Para lo que concierne a este artículo, resulta particularmente relevante comprender que la compensación es una medida de reparación integral, no su equivalente. Según la Ley General de Víctimas, debe incluir “como mínimo” conceptos por daño físico, daño moral, de perjuicios (o lucro cesante), pérdida de oportunidades, gastos y costas judiciales, tratamiento y “transporte, alojamiento, comunicación o alimentación” en determinados casos.²⁶

Resultados

A continuación, describiremos los “avances recientes” que se anunciaron en la introducción, con el propósito de realizar un análisis que arroje las principales aportaciones de estos casos, responder a por qué son relevantes y dar respuesta a las preguntas de investigación.

Contradicción de tesis 440/2018: ¿la concesión de amparo es un reconocimiento de la calidad de víctima?

La Contradicción de tesis 440/2018 fue resuelta por la Primera Sala de la SCJN el 2 de febrero de 2022. En nuestra opinión, esta sentencia conecta definitivamente al derecho jurisprudencial y al victimal. El objeto de esta sentencia fue, en términos generales, determinar si la concesión de amparo a la parte quejosa implica un reconocimiento judicial del carácter de víctima por violaciones a derechos humanos.

Criterios contendientes

Los criterios contendientes fueron los sostenidos por (a) el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el Amparo en revisión 257/2016, y (b) el Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el Amparo directo 323/2014.²⁷

En el primero (AR 257/2016), se sostuvo que los juzgadores de amparo no estaban facultados para reconocer la calidad de víctima del gobernado ni establecer la responsabilidad patrimonial por daño de la autoridad a causa del retraso en la resolución, sino que esto era competencia de otras autoridades, según el caso.²⁸

En el segundo (AD 323/2014), se sostuvo que “todo gobernado al que se le conceda el amparo y protección de la justicia federal, será víctima y tendrá derecho a ser tratado como tal y a la serie de consecuencias que la ley previene, pues precisamente la concesión del amparo hace evidente esa transgresión a los derechos humanos previstos en tales ordenamientos”.²⁹

Ambas sentencias coincidieron en que no correspondía a los juzgadores de amparo cuan-

25 Ibidem, arts. 1 y 26-27.

26 Ibidem, art. 64, fr. I-VIII.

27 Sentencia recaída a la contradicción de tesis 440/2018, Primera Sala de la SCJN, México, 2 de febrero de 2022, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

28 Ibidem, párrs. 9-10.

29 Ibidem, párr. 12, inciso b).

tificar las respectivas reparaciones, por lo que la contradicción versó únicamente sobre lo que se refiere al reconocimiento de la calidad de víctima:

Esto, porque sobre la facultad del juzgador de amparo para establecer el daño y grado de afectación de la autoridad al gobernado, ambos órganos colegiados coincidieron en que el amparo no era la vía para tal finalidad; aunado a que en un caso se trató de un amparo indirecto en revisión y, en el otro, de un amparo directo, lo cual, dadas las diferencias entre ambos juicios constitucionales, impide que sobre el tema de reparaciones fuere posible entablar un punto contradictorio.³⁰

Estudio de fondo

Ya en el estudio de fondo, la Contradicción de tesis 440/2018 consideró pertinente señalar que...

... el objetivo del juicio constitucional de amparo consiste en detectar y, en su caso, restituir a la persona que alega haber sufrido violaciones en su esfera de derechos y que, por tanto, se reconoce su carácter de sujeto pasivo o víctima frente a la autoridad, debido a su posición subordinada frente al acto de autoridad.³¹

Aunque la Ley de Amparo no define lo que es una víctima, en términos de la Ley General de Víctimas se aclara que una víctima lo es con la sola violación de sus derechos humanos y, visto el objetivo del juicio de amparo, una resolución que declara la existencia de una violación tal es un reconocimiento de la calidad de víctima. En efecto, “si la parte quejosa demuestra su pretensión, entonces adquiere la naturaleza de víctima..., lo cual dará lugar a un efecto determinado para que dichas transgresiones sean reparadas”.³²

Es decir que los jueces de amparo pueden reconocer la calidad de víctima cuando cuenten con elementos para acreditar una violación a derechos humanos, lo cual se entiende como un objetivo fundamental de este procedimiento.

De ahí que la Primera sala fuera más allá y dijera que “la sentencia estimativa de amparo tiene una doble función: por un lado, determina que la persona quejosa es víctima”, lo cual es un “reconocimiento necesario para proceder en los términos y para los efectos que señale la Ley General de Víctimas” y tiene en sí “un efecto protector y reparador específico a nivel constitucional”.³³

Jurisprudencia

La Primera Sala de la SCJN resolvió, pues, que la sentencia de amparo es apta para reconocer la calidad de víctima a las personas que han sufrido violaciones de derechos humanos, puesto que ese es su objeto, y su contenido establece los elementos que sirven para sustentarlo. Además, puede ser utilizada como tal reconocimiento para los efectos conducentes. De esto resultó la jurisprudencia 1a./J. 17/2022 (11a.).³⁴

Amparo en revisión 581/2022

El Amparo en revisión 581/2022 fue resuelto por la Primera Sala de la SCJN el 8 de marzo de 2023. Su objeto fue resolver si en la resolución impugnada (sentencia del 13 de octubre de

30 Ibidem, párr. 22.

31 Ibidem, párr. 38.

32 Ibidem, párr. 40.

33 Ibidem, párr. 49.

34 Tesis [J.] 1a./J. 17/2022 (11a.), Semanario Judicial de la Federación, 20 de mayo de 2022, reg. dig. 2024688

2021 recaída a un amparo indirecto) debió reconocerse a una de las quejas la calidad de víctima indirecta, si la autoridad debió cuantificar las reparaciones por violaciones a derechos humanos de ambas quejas.

Hechos

El 9 de mayo de 2013, un alambre se le incrustó en el ojo a la quejosa (víctima directa, de doce años en ese momento) mientras realizaba una actividad escolar en su clase de Arte y Cultura. Tras pedir ayuda a su profesor y que éste la enviara a lavarse el ojo, su madre (quejosa) fue notificada del accidente y de que la niña no mejoraba. La madre llevó a la niña al hospital, donde le informaron que su hija necesitaría una cirugía, que se agendó para el día siguiente (10 de mayo).

Sin embargo, el 10 de mayo el hospital se negó a hacer la cirugía agendada alegando que los materiales quirúrgicos estaban caducados y no era recomendado hacer la intervención en esas condiciones. Fue referida entonces a otro hospital para realizar la cirugía el 11 de mayo. En el segundo hospital tampoco fue intervenida la herida, por “cuestiones administrativas atribuibles al hospital”.

La madre de la víctima pidió a un médico particular que atendiera a la niña, por lo que éste realizó un procedimiento para detener el avance de la infección e informó que sería necesaria la implantación de un lente ocular. A pesar de los esfuerzos de la madre, la niña perdió la vista en el ojo afectado.³⁵

Madre e hija iniciaron una queja a los pocos días de estos hechos ante la comisión local de derechos humanos. Ésta emitió recomendaciones para la Secretaría de Educación local y la Secretaría de Salud local en el sentido de otorgar reparación a ambas personas. No obstante, las autoridades no acataron esta resolución, por lo que la hija solicitó la cuantificación de las medidas a la Comisión Estatal de Atención a Víctimas de Tamaulipas (CEAVT) el 19 de octubre de 2020, ¡ya con diecinueve años!³⁶

La joven y su madre impugnaron la resolución de la CEAVT por vía de amparo indirecto alegando que (a) no cuantificó la reparación desglosándola en todos los conceptos que dispone la ley respectiva; y (b) que no reconoció la calidad de víctima indirecta de la madre, por lo que tampoco cuantificó una reparación a su favor.³⁷

La jueza de distrito que conoció de este asunto sobreseyó el caso respecto de la madre por considerar que carecía de interés jurídico. En cuanto a la hija concedió el amparo por lo que hacía a la cuantificación errónea de la reparación, pero se negó a ser ella misma una recuantificación toda vez que eso escapaba a los límites de su competencia. Las quejas promovieron una revisión de dicha sentencia que fue atraída por la Primera Sala de la SCJN en el amparo en revisión 581/2022.³⁸

Fondo

Con base en estos antecedentes, la Primera Sala se cuestionó nuevamente si los jueces de amparo tenían la facultad de reconocer la calidad de víctima, aunque en este caso se trató

35 Sentencia recaída al amparo en revisión 581/2022, Primera Sala de la SCJN, México, 8 de marzo de 2023, Ponente: Ana Margarita Ríos Farjat.

36 Ibidem, párrs. 11-13.

37 Ibidem, párrs. 16-17.

38 Ibidem, párrs. 15-20.

de la calidad de víctima indirecta. Además, se cuestionó (a) si la madre tenía interés jurídico realmente para el amparo indirecto, (b) si la CEAVT debió reconocer oficiosamente la calidad de víctima indirecta a la madre, (c) si la jueza tenía facultades para hacer cuantificaciones de la reparación integral de ambas quejas y (d) cómo deberían cuantificarse los montos de compensación como medida de reparación integral.

¿La madre de la víctima tenía interés para promover juicio de amparo?

La Primera Sala realizó un estudio pormenorizado de los argumentos de la jueza para sobreseer el asunto respecto de la madre y encontró que “un presupuesto fundamental para la aplicación de las causales de sobreseimiento es que sean claras e inobjetables”.³⁹ Además, está permitido sobreseer un asunto por falta de afectación al interés de la quejosa únicamente cuando el argumento para fundar esta decisión no se refiera a cuestiones de fondo.⁴⁰

La madre no sólo podía presumirse víctima indirecta, por lo que la causal de improcedencia no estaba tan clara, sino que la jueza argumentó que tal ausencia de interés derivaba de que la CEAVT no debía emitir resolución respecto de nadie más que la víctima directa por ser ella la solicitante, determinación que es cuestión de fondo. En efecto, resolver si la madre tenía interés jurídico debía subordinarse al estudio de la resolución impugnada, su objetivo y la determinación de los deberes de la CEAVT (como el de reconocer o no la calidad de víctima indirecta a la quejosa).⁴¹

¿La madre de la víctima es víctima indirecta? ¿La CEAVT debió reconocerlo oficiosamente?

La Primera Sala estableció que, de conformidad con la Ley General de Víctimas, la madre resintió un daño con el solo hecho victimizante. Además, la madre fue la persona que apoyó y dio seguimiento a la víctima directa, como fue ampliamente demostrado por el expediente de la CEAVT,⁴² del cual incluso podía deducirse sin dificultad “la preocupación y angustia que la señora... sufrió con motivo del accidente de su hija”.⁴³

En este tenor, resulta de lo más interesante la apreciación de los ministros:

... la afectación psicológica a ***** se presume a partir de la demostración del daño ocasionado a su hija, por lo que la falta de ese dictamen respecto de la víctima indirecta no era impedimento para que la CEAVT le reconociera dicha calidad y le otorgara una compensación en la resolución aquí reclamada.⁴⁴

Según explicó la Primera Sala, ya en las sentencias recaídas a los amparos directos 5126/1976 y 30/2013 había sostenido que, cuando se causa la muerte a un hijo, la madre debe demostrar sólo ese hecho y su parentesco para que se tenga por demostrado el daño moral. Por analogía, la Sala consideró aplicable el mismo criterio: “tener por demostrada una afectación psicológica para el caso de la madre cuando su hija menor de edad resiente un daño grave en un órgano fundamental para los sentidos, como lo es la vista”.⁴⁵

En otras palabras, la calidad de víctima indirecta de esta quejosa era presumible o, por

39 Ibidem, párr. 40.

40 Ibidem, párr. 41. Esta regla es un criterio obligatorio que la Primera Sala sustentó en su jurisprudencia 135/2001 (con registro digital 187973) y, por analogía, en la jurisprudencia de la Segunda Sala 137/2006.

41 Ibidem, párrs. 42-60.

42 Ibidem, párrs. 100-110.

43 Ibidem, párr. 109.

44 Ibidem, párr. 111.

45 Ibidem, párr. 112.

lo menos, evidente, por lo que no haberla reconocido como tal y no cuantificar a su favor la reparación integral del daño fue una violación de sus derechos humanos, toda vez que “esta situación obviamente genera sufrimiento y dolor en su progenitora”.⁴⁶

¿La jueza de distrito debió cuantificar la reparación de ambas quejas?

Los ministros negaron que la jueza de distrito tuviera el deber de cuantificar o recuantificar las reparaciones. Lo anterior, ya que el principio de división de poderes se vería afectado si los jueces constitucionales se arrogaran esta facultad ya atribuida a diversas autoridades, ocasionando una situación de centralismo judicial.⁴⁷

No obstante, consideraron la posibilidad de que los jueces constitucionales realicen recuantificaciones de las reparaciones ya dictadas por las autoridades correspondientes. Esto no significa que, en el caso concreto, se pudiera realizar tal actividad, puesto que el acto reclamado consistía precisamente en que no se habían cuantificado concepto por concepto las reparaciones pertinentes. Es decir, si la jueza hubiera hecho este cálculo respecto de cualquiera de las quejas, habría realizado una primera cuantificación, invadiendo así la competencia de la CEAVT.⁴⁸

Así pues, se debe distinguir entre los supuestos en que el acto reclamado sea (a) la omisión y (b) la indebida cuantificación de la reparación. En el primer caso, los jueces constitucionales no están facultados para cuantificar, en el segundo sí.⁴⁹

¿Cómo se deben calcular los montos indemnizatorios?

Uno de los actos reclamados consistía en la cuantificación errónea de la reparación por parte de la CEAVT. Por ello, la Primera Sala tuvo que responder cómo debía hacerse ese cálculo, lo que ocupa una gran porción de la sentencia. No hay que olvidar que la Primera Sala considera que, más que una cuantificación indebida, en el caso se había actualizado una omisión de cuantificar, por lo que no sustituyó este deber, sino que proporcionó un marco teórico y jurídico para cumplirlo.

Los ministros hicieron esto tomando en cuenta la regulación respectiva y haciendo una amplia revisión de jurisprudencia constitucional previa. Esto, partiendo del concepto de reparación integral y de la distinción entre daño material e inmaterial.

Cabe mencionar que la sentencia toma algunos de estos conceptos de la ley local en materia de atención a víctimas, pero esta es una norma espejo de la Ley General de Víctimas, por lo que pueden considerarse abordados esos términos en el presente artículo.

La Primera Sala comienza por analizar el objetivo de la ley local para la atención a víctimas desde la exposición de motivos de la Ley General de Víctimas (puesto que son normas espejo). En este aspecto, advierte que...

... desde un punto de vista victimológico, y dentro del marco de un contexto de violencia generalizada y crecimiento de la delincuencia organizada, el legislador pretendió promover la expedición de programas de asistencia a las víctimas, con la finalidad de: compensar económicamente las pérdidas producidas por la victimización; sufragar los gastos médicos; resarcir la incapacidad para trabajar; ayudar a los dependientes de víctimas fallecidas; y, compensar el sufrimiento.⁵⁰

46 Idem.

47 Ibidem, párr. 175.

48 Ibidem, párrs. 169-174.

49 Ibidem, párrs. 170-172.

50 Ibidem, párr. 72.

El acto reclamado giró, en lo general, en torno a una sola medida de reparación integral: la compensación. En ese sentido, los ministros precisaron que...

... el legislador contempló la compensación como un derecho de la víctima de tipo económico para intentar reparar el daño sufrido, tanto en su vertiente material como moral; reparación que debe ser integral, inmediata y absoluta por parte del Estado, así como expedita, justa, apropiada y proporcional.⁵¹

Las reflexiones de la Primera Sala también acudieron a su propia jurisprudencia y a las resoluciones de la Corte IDH. En ese sentido, cita numerosos precedentes en materia de compensación, como el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Indemnización Compensatoria, el Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, y el Caso La Cantuta Vs. Perú.⁵²

La sentencia apunta que la compensación es la medida complementaria de la reparación integral⁵³ más usual en la jurisprudencia interamericana y que “comprende tanto los daños materiales como los inmateriales provocados por la violación cometida a los derechos humanos”.⁵⁴ Además, la compensación es de “carácter compensatorio y no sancionatorio”, por lo que no ocasiona enriquecimiento.⁵⁵

Al respecto, la Sala afirma que...

... las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito; así, la compensación ha de otorgarse de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.⁵⁶

Por lo que hace a los daños materiales, son los que repercuten en las “posibilidades económicas de la víctima”, incluyendo sus capacidades productivas,⁵⁷ o bien, las consecuencias patrimoniales declaradas del hecho victimizante, (b) la pérdida o detrimento en los ingresos; (c) los gastos realizados por las víctimas con motivo de este hecho y (d) todas las demás consecuencias de carácter pecuniario, haciendo énfasis en la necesidad de que haya un nexo causal entre el hecho victimizante y la consecuencia pecuniaria.⁵⁸ Para su cuantificación, deben considerarse las pretensiones de las víctimas y las pruebas aportadas para ello.⁵⁹

La Primera Sala dice que, para reparar la afectación a la capacidad productiva como la derivada de daños físicos debe considerarse que “sea posible comprobar la efectiva pérdida de ganancias económicas para su vida —ello con independencia del costo económico de una intervención quirúrgica que tenga como propósito su reparación corporal—”.⁶⁰

El daño material también incluye los perjuicios (o lucro cesante), entendidos como los “beneficios que el lesionado hubiera recibido de no haber resentido el hecho ilícito... en virtud de que el daño patrimonial ocasionado por ese motivo puede tener consecuencias tanto presentes como futuras”.⁶¹

51 Ibidem, párr. 73.

52 Ibidem, n. 30.

53 Ibidem, párr. 89.

54 Ibidem, párr. 81.

55 Ibidem, párr. 84.

56 Ibidem, párr. 125.

57 Ibidem, párr. 126.

58 Ibidem, párr. 82.

59 Ibidem, párr. 86.

60 Ibidem, párr. 127.

61 Ibidem, párr. 135.

Incluye también la pérdida de oportunidades, es decir, “la pérdida de la expectativa de bienes o derechos sobre el empleo, la educación, o las prestaciones sociales”.⁶² En ese aspecto, resulta interesante la siguiente consideración:

... el propósito transformador último de este concepto de indemnización pecuniaria es coadyuvar a cambiar las circunstancias que dieron origen a las violaciones de los derechos humanos de las víctimas —directas e indirectas—; y, de no ser posible, generar nuevas oportunidades para contribuir al cambio y facilitar la promoción social de las propias víctimas.⁶³

Asimismo, el daño material incluye los gastos por asesoría jurídica, tratamientos y los que hayan realizado “para lograr la implementación y aplicación efectiva de la reparación integral” en transporte, alojamiento y alimentación. 142---- Sobre el transporte, aclara:

... es dable sostener que la compensación por gastos comprobables de transporte comprende las erogaciones económicas que hayan efectuado las víctimas —directas o indirectas— de la violación de derechos humanos, ya sea para: 1) trasladarse de forma urgente; 2) recibir atención médica; 3) como consecuencia del fallecimiento de la víctima directa y de la necesidad del traslado de su cuerpo; y/o 4) como consecuencia de la necesidad de trasladarse al lugar donde se encuentre la agencia del ministerio público responsable de la averiguación correspondiente, del juicio o para asistir a su tratamiento, si la víctima reside en municipio o delegación distintos al del enjuiciamiento o donde recibe la atención.⁶⁴

En cuanto a la compensación por gastos comprobables de alojamiento, dice que debe cubrir...

... las erogaciones económicas efectuadas por las víctimas... con la finalidad de aposentarse en determinado lugar, ello derivado de la necesidad —a su vez— de trasladarse al lugar del juicio o para asistir a recibir tratamiento, si residen en municipio o delegación distintos al del enjuiciamiento o donde reciben la atención.⁶⁵

Y en cuanto a la compensación por gastos comprobables de alimentación, comprende...

... las erogaciones económicas efectuadas por las víctimas de la violación —directas e indirectas— con la finalidad de ingerir los alimentos necesarios para su supervivencia, ello derivado de la necesidad —a su vez— de trasladarse al lugar donde se encuentre la agencia del ministerio público, del juicio o para asistir a recibir tratamiento, si residen en municipio o delegación distintos al del enjuiciamiento o donde reciben la atención.⁶⁶

Asimismo, a propósito de la característica de “comprobables” de estos gastos, la Primera Sala dispone que este requisito “no puede ser interpretado de manera restrictiva sino con cierta flexibilidad, pues una visión legalista o rigorista del precepto conlleva un obstáculo para lograr la reparación integral del daño”, por lo que si las víctimas “no pueden presentar prueba alguna para comprobar los gastos reclamados, su monto debe de calcularse con base en la equidad, tomando en cuenta aquellos gastos que sí hayan quedado efectivamente comprobados”.⁶⁷

Los daños inmateriales, en cambio, se determinan tomando en cuenta (a) el sufrimiento y las aflicciones causadas a las víctimas, (b) el “menoscabo de valores muy significativos para ellas” y (c) “alteraciones” no pecuniarias en las “condiciones de existencia” de las víctimas.⁶⁸

62 Ibidem, párr. 138. En este punto, la Primera Sala sigue su propia doctrina, expresa en la tesis aislada CXC/2018 (10a.), con rubro digital 2018645.

63 Ibidem, párr. 141.

64 Ibidem, párr. 155.

65 Ibidem, párr. 160.

66 Ibidem, párr. 163.

67 Ibidem, párrs. 174-175. En este punto, la Primera Sala sigue una tesis de la Segunda Sala, la LX/2018 (10a.), con número de registro digital 2017140.

68 Ibidem, párr. 83.

Esto incluye el “menoscabo en la auto-consideración que se tenga sobre la funcionalidad, esteticidad, belleza y/o perfección” del cuerpo propio de la víctima, “que le provoque una afectación a sus sentimientos o aflicciones”.⁶⁹

El daño moral también está dado por “la lesión en los sentimientos personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica de una persona, que no son equiparables a las simples molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones”,⁷⁰ por lo que se actualiza con el quebrantamiento de una “obligación erga omnes de no dañar los sentimientos de las personas”⁷¹ y se acredita con la sola demostración de la “lesión sobre la esfera jurídica”, sin necesidad de prueba específica sobre el daño moral sufrido.⁷²

La compensación por daños inmateriales debe calcularse conforme a equidad y razonable arbitrio judicial, ya sea en dinero o en bienes o servicios apreciables en dinero.⁷³ Así, por ejemplo, la Primera Sala hizo hincapié en que los daños físicos (como el sufrido por la quejosa víctima directa) pueden desdoblarse en daños materiales o inmateriales, por lo que el cálculo de la compensación en este aspecto debe tomar en cuenta si el daño es “material y/o inmaterial con impacto económico”.⁷⁴

En términos generales, el cálculo de cada concepto de compensación debe hacerse tomando en cuenta los siguientes factores de individualización: (a) gravedad o magnitud del hecho victimizante; (b) que el monto respectivo resulte apropiado y proporcional a tal gravedad, y que sea razonable; (c) los nexos causales hecho-daño, incluyendo la titularidad de los derechos dañados; (d) el derecho o interés lesionado; (e) las afectaciones inmateriales y patrimoniales que derivaron del hecho victimizante —esto aplica incluso en lo relativo a daños morales—; y (f) otros factores relevantes, como la pertenencia de la víctima a una categoría sospechosa.⁷⁵

Para la determinación de daños físicos deben tomarse en cuenta sólo los aspectos (a) y (b) del listado anterior, junto con las “circunstancias y características del delito”.⁷⁶ Para la de lucro cesante debe añadirse la evaluación del nivel económico y/o académico de la víctima.⁷⁷ En cuanto a la pérdida de oportunidades, debe considerarse el nivel económico de la víctima.⁷⁸ Para el cálculo de las compensaciones por gastos comprobables, deben añadirse las pretensiones de las víctimas y las pruebas aportadas.⁷⁹ Además, a todos los cálculos deben sumarse las consideraciones especiales indicadas previamente.

Resolución

La Primera Sala concedió el amparo a ambas quejas por unanimidad de cinco votos con base en las consideraciones anteriores, para efectos de que la jueza modificara su resolución. O sea, anuló el acto reclamado y ordenó a la autoridad responsable que emitiera una nueva, en la que calculara nuevamente la compensación a favor de la joven desglosando cada con-

69 Ibidem, párr. 128.

70 Ibidem, párr. 130.

71 Ibidem, párr. 131-132.

72 Ibidem, párr. 133.

73 Ibidem, párr. 87.

74 Ibidem, párrs. 126 y 129.

75 Cfr. ibidem, párrs. 126, 129, 132, 134, 137, 139, 140 y 164.

76 Ibidem, párr. 126.

77 Ibidem, párr. 137.

78 Ibidem, párr. 139.

79 Ibidem, párr. 164.

cepto y admitiera la procedencia del amparo respecto de la madre.⁸⁰

Interpretación de los resultados

Los casos citados resultan de suma relevancia para la construcción conceptual del derecho victimal y para realizar el paradigma de derechos humanos por lo que hace a expandir los derechos de las víctimas más allá de las fronteras del procedimiento penal. Es pertinente proponer una discusión en torno a los resultados de esta investigación, como haremos a continuación.

Sobre la Contradicción de tesis 440/2018

En nuestra opinión, la sentencia de la contradicción de tesis 440/2018 no es realmente innovadora en lo relativo a su objetivo central (determinar si los jueces de amparo pueden reconocer la calidad de víctima por medio de la sentencia favorable al quejoso). Por el contrario, su principal fundamentación es el artículo 110 de la Ley General de Víctimas y los conceptos que ésta proporciona, en particular los de víctima de violaciones a derechos humanos y reconocimiento de la calidad de víctima.

Sin embargo, esta contradicción proporciona bases para discutir en torno a un tema de adjudicación de derechos, es decir, para discutir cuáles son y cómo deben determinarse los derechos de las víctimas desde una perspectiva de derecho constitucional en contextos distintos a los previstos por el artículo 20, apartado C de la Constitución.

Esto es así por cuanto la sentencia excluye de su objeto la cuestión de si los jueces de amparo podrían cuantificar las compensaciones correspondientes por violaciones a los derechos humanos, con base en la diferente naturaleza de los juicios de origen (amparo directo y amparo en revisión) y el acuerdo existente entre ambos criterios en el sentido de que los jueces de amparo no tienen dicha facultad.

En el campo del derecho constitucional, este precedente sirve para consolidar la expansión del derecho victimal y generalizar el uso de sus categorías en casos de violaciones a los derechos humanos; así como siembra una discusión en torno a los efectos del reconocimiento de la calidad de víctima. Así, a pesar de que no es un caso del que se desprendan nuevas reglas o nuevos conceptos, sí puede considerarse una sentencia relevante en la articulación del derecho victimal con el constitucional.

Sobre el Amparo en revisión 581/2022

La sentencia recaída al amparo en revisión 581/2022 resulta un precedente articulador entre el derecho victimal y el constitucional, además de que guarda un gran potencial didáctico y proporciona o reitera algunas consideraciones interesantes y novedosas.

Esta sentencia sintetiza una gran cantidad de reglas contenidas en las diversas fuentes del derecho victimal: la Ley General de Víctimas y su relativa tamaulipeca, las sentencias de la Corte IDH y los criterios de la SCJN. De ahí que afirmemos que articula las ramas del derecho victimal y el constitucional, y que puede ser utilizada para explicar la regulación de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, incluso en el aspecto adjetivo, en lo relativo a la cuantificación de reparaciones y el alcance del juicio de amparo en la materia.

⁸⁰ Ibidem, párr. 194.

Algunos criterios novedosos o interesantes que arroja la sentencia, a pesar de que no surgieron tesis al respecto, son:

1. La presunción de afectación psicológica (daño moral) a las madres de las víctimas directas, que las constituye víctimas indirectas sin más prueba que la demostración del hecho victimizante y el parentesco.
2. El deber universal erga omnes de no dañar los sentimientos de las personas.
3. La defensa de la doctrina de separación de poderes a través de la exclusión de la facultad juzgadora de subsanar las omisiones de cuantificación de las autoridades.
4. Los criterios de cuantificación de la compensación como medida de reparación integral, entre los que destacan el desdoblamiento del daño físico en daños morales y materiales, la consideración de la afectación a la autoestima como daño moral y la flexibilización del cálculo de gastos comprobables.

Conclusiones

Planteamos, al inicio de esta investigación, una serie de preguntas que parecen hallar respuesta en la revisión del marco jurídico y de las resoluciones estudiadas, como se muestra a continuación:

¿Qué o quién es la víctima de violaciones a derechos humanos?

Las víctimas son aquellas que sufren lesiones en su esfera jurídica fundamental. Determinar la existencia de violaciones a derechos humanos compete a diversas autoridades, incluyendo a los juzgadores de amparo.

¿Cuáles son las fuentes que permiten determinar los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos?

La actual interpretación del derecho constitucional mexicano autoriza a afirmar que las fuentes del derecho victimal de los derechos humanos es transversal, es decir, abarca todas las fuentes y regulaciones de los derechos humanos, puesto que todos son susceptibles de ser violados e interpretados para garantizar la mayor protección a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

¿Cuáles son los derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos?

Destaca, como su derecho central, el de la reparación integral. Esta incluye el reconocimiento de la calidad de víctima incluso cuando no lo solicitan directamente. Es decir, existe una posibilidad de reconocimiento oficioso de la calidad de víctima, como en el caso concreto analizado en el Amparo en revisión 581/2022. La reparación integral también incluye la compensación, ampliamente descrita en ese mismo precedente, y otros conceptos bien definidos en la Ley General de Víctimas, como la satisfacción, la disculpa pública y el tratamiento.

¿Cuáles son las particularidades del derecho victimal desde perspectiva constitucional, en oposición a la perspectiva penal?

Del análisis de las sentencias consultadas hemos encontrado que las normas aplicadas en casos relativos a victimización por medio de la comisión de delitos fueron aplicadas por analogía en un caso de violaciones a los derechos humanos sin pasar por ninguna consideración de

derecho penal (por ejemplo, cuando la Primera Sala reconoció la calidad de víctima indirecta a la madre de quien sufre una lesión no mortal).

Podría decirse, para mayor precisión, que la diferencia entre los derechos contenidos en el apartado C del artículo 20 constitucional y todos los demás derechos de las víctimas es que los primeros comprenden prerrogativas que sólo tienen sentido dentro del proceso penal. En ese sentido, podría considerarse inadecuado que estén regulados tan detalladamente en la Constitución y que no lo estén del mismo modo los demás derechos de las víctimas.

No obstante, este posible defecto del texto constitucional no puede interpretarse en detrimento de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, porque sus derechos están ampliamente normados en todo el parámetro de regularidad constitucional y ya existen precedentes que los detallan exitosamente, como los consultados en esta investigación.

Fuentes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial, México, 05 de febrero de 1917, última reforma publicada el 24 de enero de 2024.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, A/RES/40/34, Nueva York, 29 de noviembre de 1985, <https://tinyurl.com/59jzwp3>.

Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, 10 de junio de 2011, <https://tinyurl.com/nzw5a2rv>.

Ley General de Víctimas, Diario Oficial de la Federación, México, 09 de enero de 2013, última reforma publicada el 25 de abril de 2023.

Guadarrama Prado, Andrea, y Pedro Pallares-Yabur. “La prioridad de las víctimas y dos lógicas para diseñar su reparación”, en Sepúlveda, Ricardo; Pelayo Moller, Carlos María; Estrada Adán, Guillermo; Cervantes, Magdalena; Fuchs, Marie-Christine (coords.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, México, Konrad Adenauer, Tirant lo Blanch, IIJ-UNAM, 2021, pp. 487-503.

Lima Malvido, María de la Luz, «El derecho victimal, naturaleza y alcance» en García Ramírez, Sergio e Islas González Mariscal, Olga (coords.), *Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo*, México, IIJ, UNAM, INACIPE, 2017, pp. 573-596, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/4770>.

Rodríguez Manzanera, Luis, «Derecho victimal y victimodogmática», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 26, 2012, pp. 131-142.

Sentencia recaída a la contradicción de tesis 440/2018, Primera Sala de la SCJN, México, 2 de febrero de 2022, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Sentencia recaída al amparo en revisión 581/2022, Primera Sala de la SCJN, México, 8 de marzo de 2023, Ponente: Ana Margarita Ríos Farjat.

Tesis [A.] 1a. CXCIV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XII, septiembre de 2012, t. 1, p. 522, reg. dig. 2001744.

Tesis [J.] 1a./J. 17/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, 20 de mayo de 2022, reg. dig. 2024688.

Verdín Pérez, Jaime Arturo, “La autonomía del derecho a la reparación integral del daño de las víctimas de violaciones a derechos humanos”, en Martínez Ramírez, Fabiola; Franco

Martín del Campo, María Elisa; Verdín Pérez, Jaime Arturo; Fajardo Morales, Zamir Andrés (coords.), *Voces por la universalidad de los derechos humanos. A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, pp. 459-468.