

Alegatos Coyuntural

Número 15/16 (enero-junio/julio-diciembre 2020)

Directorio

Rector General

Dr. Eduardo Abel Peñalosa Castro

Secretario General

Dr. José Antonio de los Reyes Heredia

Rector de la Unidad Azcapotzalco

Dr. Oscar Lozano Carrilo

Secretaria de la Unidad

Dra. María de Lourdes Delgado Núñez

Director de la División de Ciencias Sociales y Humanidades

Lic. Miguel Pérez López

Secretario Académico de la División

Lic. Gilberto Mendoza Martínez

Jefe del Departamento de Derecho

Mtro. José Guadalupe Zúñiga Alegría

Coordinador de Difusión y Publicaciones de la División

Dr. Alfredo Garibay Suárez

Comité Editorial

Dr. Carlos H. Durand Alcántara
Dr. Carlos Reynoso Castillo
Dr. David Chacón Hernández
Dr. Fernando Tenorio Tagle
Lic. Javier Huerta Jurado
Mtro. Luis Figueroa Díaz
Dr. Octavio F. Lóyzaga de la Cueva
Dr. Ramiro G. Bautista Rosas
Dra. Sofía Magdalena Cobo Téllez

Coordinadores:

Directora
Diana M. Magñana Hernández

Revisor y Corrector de Estilo
Alejandro Caamaño Tomás

Diseño de Portada
Patricia A. Ibáñez Alvarez

Ayudante del Programa Editorial
Damián J. Jiménez Alejos

Formación
Diana Mejía Salazar

Alegatos Coyuntural

Número 15/16 (enero-junio/julio-diciembre 2020)

Alegatos Coyuntural

Número 15/16 (enero-junio/julio-diciembre 2020)

Presentación

Diana M. Magaña Hernández 1

Sobre el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCyRL)

Carlos Reynoso Castillo 5

¿Asociación delictuosa o delincuencia organizada? El ejercicio de la acción penal pública: entre el principio de legalidad y la discrecionalidad corrupta

Ignacio Becerra Saucedo 11

Nuevos paradigmas constitucionales sobre impartición de justicia. Mexico

Antonio Salcedo Flores 33

Rango constitucional de los programas sociales

Gonzalo Carrasco González 45

El juicio de Bartleby: La objeción de conciencia y la Suprema Corte

Arturo Sotelo Gutiérrez 57

Las modalidades accionarias en las sociedades promotoras de inversión

Luis Figueroa Díaz 65

Presentación

*Diana Margarita Magaña Hernández**

Como en cada edición, *Alegatos coyuntural* nos presenta una selección de artículos que condensan la opinión jurídica de nuestros colaboradores, quienes analizan diversos temas actuales y de interés para el público especializado. Comencemos con el artículo “El juicio de Bartley. La objeción de conciencia y la Suprema Corte” está basado en la obra de Herman Melville *Bartleby, el escribiente*, la cual es un referente sobre la desobediencia de la ley. En este trabajo, el doctor Arturo Sotelo Gutiérrez reflexiona sobre la objeción de conciencia en la era moderna y sobre la lectura de varios autores; además, acerca de la caracterización de lo justo en general de la norma que se objeta, para pasar a hablar del caso mexicano en cuanto a este tema. En sus conclusiones anota que el mayor respeto a los objetores de conciencia reside en las sociedades con una mayor calidad de democracia y pluralismo jurídico.

En el trabajo “El rango constitucional de los programas sociales”, el maestro Gonzalo Carrasco González examina la

* Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana y Directora del Programa Editorial *Alegatos*.

incorporación a rango constitucional de los programas sociales a través de la reforma al artículo 4° de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, lo que, en opinión del autor, puede plantear algunos cuestionamientos, como la equiparación de los programas sociales como derechos fundamentales para incluirlos en la constitución, o si dar una pensión contributiva a los adultos mayores se puede considerar como un derecho o como una transferencia condicionada del Estado, pregunta que extiende también a las ayudas a las personas mayores y a las becas a estudiantes.

También podremos encontrar en este número el artículo “Las modalidades accionarias en las sociedades promotoras de inversión” del maestro Luis Figueroa Díaz, quien se da a la tarea de analizar el caso de las llamadas sociedades anónimas promotoras de inversión como resultado de las reformas a la Ley del Mercado de Valores mexicana, pues hay en su composición nuevos elementos jurídicos que son de gran interés cuando se trata de emisión de los títulos valores que integran dicho capital social. Estudia, asimismo, los elementos que componen dichas sociedades anónimas y afirma que desde su comprensión se deriva un mayor entendimiento tanto de las nuevas tendencias del capitalismo empresarial como de la sociedad anónima.

En el artículo “¿Asociación delictuosa o delincuencia organizada? El ejercicio de la acción penal pública: entre el principio de legalidad y la discrecionalidad corrupta”, el maestro Ignacio Becerra Saucedo hace un interesante análisis jurídico

de los casos de Javier Duarte de Ochoa y de Emilio Ricardo Lozoya Austin, que aunque son dos son casos diferentes, resultaron asuntos mediáticos y de impacto social. El autor nos hace reflexionar acerca de cómo en ambos eventos, la aplicación de los principios de oficiosidad y legalidad quedaron supeditados a una negociación para gestionar una su-puesta óptima solución del caso.

“Nuevos paradigmas constitucionales sobre impartición de justicia. México” del doctor Antonio Salcedo Flores ahonda en las reformas en la administración de justicia acaecidas en los últimos años en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por ejemplo, la Reforma de seguridad y justicia del año 2008; la Reforma en materia de amparo del año 2011 o la Reforma sobre derechos humanos, también del año 2011, entre otras; para pasar a valorarlas en términos positivos, neutros o negativos, o, incluso, demostrar la antijuricidad de algunas de estas medidas.

Y por último, en el trabajo titulado “Sobre el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCyRL)”, el doctor Carlos Reynoso Castillo habla sobre las bases del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, un organismo público descentralizado, que se estableció en 2017 a partir de una reforma constitucional al artículo 123. Su importancia radica en que se encargará de la conciliación prejudicial en asuntos de competencia federal y del registro centralizado en el país de todos los contratos colectivos, contratos ley y reglamentos interiores de trabajo, así como los procedimientos administra-

tivos relacionados. Los retos de este organismo son enormes, pero su trabajo será esencial para la construcción de verdaderos derechos humanos laborales.

Sobre el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCyRL)

*Carlos Reynoso Castillo**

En la reforma constitucional al art. 123 del pasado 24 de febrero de 2017 se establecieron las bases de lo que será el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCyRL), el cual estará encargado básicamente de dos temas: por un lado, el procedimiento, ahora obligatorio, de conciliación prejudicial en asuntos de competencia federal; y, por otro lado, el registro centralizado en el país de todos los contratos colectivos, contratos ley y reglamentos interiores de trabajo, así como los procedimientos administrativos relacionados. Se trata de un organismo público descentralizado que se regirá por las reglas que al efecto señala la Ley Federal de Entidades Paraestatales en cuanto a su integración y naturaleza jurídica.

El CFCyRL se encuentra aún en proceso de construcción, ya que aquellas normas constitucionales que lo consideraron fueron objeto de una reglamentación en la reforma a la Ley Federal del Trabajo del pasado 1 de mayo de 2019 (LFT),

* Doctor en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

además de que su estatuto orgánico data del 6 de enero del 2020; aparte, como es de esperarse en este tipo de organismos, cuando entre en funcionamiento tendrán que adoptarse diversas medidas administrativas que aseguren su establecimiento y funcionalidad.

En el caso de la reforma a la LFT cabe anotar que se incluyó un capítulo específico sobre el CFCyRL en donde se precisaron sus funciones, aparte de la conciliación y el registro. Otras de particular relevancia son, por ejemplo, la de establecer un servicio profesional de carrera y capacitación de los funcionarios que lo integrarán, recibir el depósito de los contratos colectivos y contratos ley, hacer pública la información de los sindicatos que se registren vía internet, así como expedir copias de la información correspondiente, verificar que las elecciones sindicales se hagan con apego a la ley, recibir y verificar que los sindicatos rindan cuenta de su patrimonio sindical, expedir “constancia de representatividad” para acreditar que un sindicato cuenta con el apoyo de los trabajadores para llevar a cabo diversas acciones en su nombre, participar en las consultas para los trabajadores en casos como la expedición de una constancia de representatividad, verificar que un contrato colectivo (inicial o revisado) fue aprobado por la mayoría de los trabajadores cubiertos el mismo revisar esto, expedir copias certificadas de contratos colectivos y tabuladores que tenga registrados, participar en la celebración de contratos ley, registrar reglamentos interiores de trabajo, etc.

Como puede advertirse, se trata de una serie de tareas que por lo menos formalmente estarían dirigidas a concretar una más amplia y sólida libertad sindical y negociación colectiva en México; temas éstos severamente cuestionados en los últimos años. Cabe recordar que el nacimiento de estas nuevas instituciones públicas se da en el marco de un contexto en el cual ha prevalecido la desconfianza de muchos de los trabajadores y de sus sindicatos, en donde las decisiones en materia laboral parecieran haber estado basadas en criterios políticos y económicos, más que en el respeto a los derechos y bienestar de los trabajadores y de sus familias.

Hay que recordar que esta nueva visión de las relaciones laborales en México que se está implementando con instituciones como el CFCyRL, es el reflejo de varios factores, tanto nacionales como internacionales, que permitieron su adopción. Así, por ejemplo, a nivel internacional hay que destacar los compromisos que el Estado mexicano ha venido asumiendo en el proceso de globalización de las economías del cual forma parte y no puede estar ajeno a él, y donde muchos de los acuerdos comerciales internacionales, desde hace varios años, han ido acompañados de compromisos en temas laborales. Asimismo, México había sido señalado en reiteradas ocasiones como un país poco respetuoso de ciertos derechos relacionados con la vida de los sindicatos; concretamente, se le había identificado como infractor ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por otra parte, en el ámbito nacional, la llegada al poder de una nueva conformación política

y de nuevos partidos al Poder Ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión, permitiría que el ambiente fuera más favorable para este tipo de cambios.

Asimismo, el pasado 6 de enero de 2020 se emitió el estatuto orgánico del CFCyRI en donde se precisaron algunas de sus funciones o se agregaron otras, como la expedir un código de conducta para su personal o la de implementar medidas con la finalidad de garantizar un ambiente libre de discriminación y violencia o imponer multas por incumplimientos de disposiciones de la LFT; de igual manera, se detalló la integración de su Junta de Gobierno, así como las atribuciones y funcionamiento de ésta, así como las facultades de su Director (a) General.

Como puede advertirse, el CFCyRL habrá de jugar un papel determinante en el nuevo modelo de relaciones laborales que se está construyendo en México, y entre los retos que tiene, está sin duda poder llevar de manera eficiente y expedita los procedimientos administrativos a su cargo, aparte de jugar el papel de garante de importantes derechos humanos como la libertad sindical y la negociación colectiva.

Se trata de un organismo público respecto del cual se han creado muchas expectativas, ya que al ocuparse de temas tan trascendentes de la vida laboral del país, se busca que poco a poco se vayan abandonando viejas prácticas que inhibían el progreso de los derechos de los trabajadores y sus sindicatos en México. La puesta en marcha del CFCyRL, según lo estableció el artículo tercero transitorio de la reforma a

la LFT de 2019, será a más tardar en mayo de 2021.

Cabe recordar que, durante muchos años casi siempre con razón, un importante sector de la doctrina laboral y del foro señalaba que las Juntas de Conciliación y Arbitraje, dado su diseño e integración a la estructura del Poder Ejecutivo Federal o estatal, impedían que actuaran actuarán realmente como tribunales imparciales debe revisarse desde el comienzo del párrafo, pues hay ambigüedad y no se entiende bien: las juntas impiden que ellas mismas actúen imparcialmente?, lo cual de inicio viciaba y distorsionaba todo el modelo de impartición de justicia laboral en México. Esta falta de independencia fue objeto de largos debates en las últimas décadas; pero hoy el Estado mexicano ha tomado la decisión de abandonar aquellas instituciones de justicia laboral y administrativa emanadas de la Revolución mexicana de 1910, y pasar a otra etapa dando lugar al surgimiento de tribunales de trabajo adscritos ahora al Poder Judicial y a la creación de instancias de conciliación obligatoria y previas a cualquier juicio laboral, las cuales verán la luz también en cada uno de los Estados de la República; en el caso de las funciones de conciliación en asuntos federales, será precisamente el CFCyRL el que se ocupe de este tema. Sin embargo, como ya se notaba, las funciones del nuevo CFCyRL no se agotan con las tareas de conciliación, sino que van más allá, ya que será la única instancia pública en el país encargada, nada más y nada menos, de declarar cuando un sindicato “nace, existe o subsiste” jurídicamente hablando; este amplísimo poder pone en sus ma-

nos la evolución futura del sindicalismo mexicano y, en alguna medida, de los derechos de los trabajadores.

Visto así, los retos que tiene este nuevo organismo son enormes, ya que su actuación podría estar oscilando entre varios extremos; uno de ellos, el control férreo del sindicalismo nacional, modelo del cual se supone que venimos saliendo; dos, la actuación parcial y tendenciosa de las autoridades, administrativas en este caso, para favorecer y apoyar políticamente sindicatos simpatizantes con ciertos grupos políticos; o tres, avanzar a hacia la construcción de verdaderos derechos humanos laborales; esperemos que sea precisamente esta tercera vía la que oriente los trabajos del CFCyRL Este nuevo organismo público deberá, en los próximos años, legitimar en los hechos su pertinencia, independencia y ser garante de los principios constitucionales que deberán guiar su actuación, según lo señaló la misma Constitución, a saber: certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad.

¿Asociación delictuosa o delincuencia organizada? El ejercicio de la acción penal publica: entre el principio de legalidad y la discrecionalidad corrupta

*Ignacio Becerra Saucedo**

Dos casos diferentes pero similares: ¿coincidencia o costumbre? (planteamiento del problema)

El 13 de octubre de 2016, a la otrora Procuraduría General de la República (PGR) se le obsequió una orden de aprehensión en contra de Javier Duarte de Ochoa por su probable participación en los hechos que la ley señala como delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (OR-PI) y Delincuencia Organizada (DO). Bajo estos antecedentes, el ex gobernador de Veracruz huyó del país, siendo capturado en Guatemala el 15 de abril de 2017, y extraditado a México el 17 de julio del mismo año, después de allanarse a la petición del Gobierno mexicano, que le imputó por conducto de la PGR la comisión de los referidos injustos penales, siendo vinculado por los mismos hechos ilícitos el 22 de julio de

* Profesor-Investigador del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana y del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

2017. Finalmente, el día 21 de agosto de 2018, la PGR reclasificó el hecho imputado de DO cuya punibilidad básica oscila entre 20 a 40 años de prisión, por el de Asociación Delictuosa (AD) con una punibilidad primaria de 5 a 10 años de prisión, por lo cual, Javier Duarte aceptó el procedimiento abreviado por los delitos de ORPI y AD y fue sentenciado a nueve años de prisión y el pago de cincuenta y ocho mil quinientos noventa pesos 00/100 (\$58,590.00), el 26 de septiembre de 2018.

El 28 de mayo de 2019 la Fiscalía General de la República (FGR) obtuvo una orden de aprehensión en contra de Emilio Ricardo Lozoya Austin por su probable participación en los hechos que la ley señala como delito de ORPI, AD y Cohecho. Bajo estos antecedentes, el ex Director de Petróleos Mexicanos huyó del país y fue capturado en España el 12 de febrero de 2020 y extraditado a México el 16 de julio del mismo año, después de allanarse a la petición del Gobierno mexicano, que le imputó por conducto de la FGR la comisión de los referidos injustos penales, siendo vinculado por los mismos hechos ilícitos el 28 y 29 de julio de 2020, por los casos de Agronitrogenados y Odebrecht respectivamente aplicándose como medidas cautelares el uso de un brazalete electrónico, la firma quincenal ante la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y el retiro de su pasaporte, sin la aplicación de la prisión preventiva.

Como podemos observar en el primer caso, existió una reclasificación de los hechos, los cuales habían sido calificados preliminarmente como DO sustituyéndose posteriormente por

AD, lo que implicaba una disminución en la punibilidad del ilícito. En el segundo caso, nunca se imputó el hecho bajo la figura típica de DO que enlazaba la hipótesis legal de prisión preventiva oficiosa, sino por el de AD.

Las dubitaciones legales son amplias hacia la función del Ministerio Público Federal en estos casos, siendo algunas de ellas las siguientes: ¿Por qué se realizaron esas clasificaciones jurídicas que generan beneficios procesales y sustantivos de carácter penal al imputado? ¿Es por una discrecionalidad legal? ¿Corresponde a una correcta gestión de los casos? ¿Existe una indebida clasificación y taxatividad de los hechos? ¿Se viola el principio de oficiosidad y legalidad? ¿Hay justicia selectiva? ¿Se protegen intereses políticos? ¿Se sigue tolerando y fomentando la corrupción e impunidad legalmente? Las respuestas a bote pronto probablemente ya existan, no obstante, hagamos análisis de los elementos legales para dar una respuesta objetiva.

Asociación delictuosa y delincuencia organizada (convergencias y diferencias)

Hoy en día, la gran mayoría de los doctos penales nacionales señalan que delito es una conducta típica, antijurídica y culpable; asimismo, es común tener referencias a nivel de doctrinario y académico de que la tipicidad es la adecuación de una conducta al tipo penal.¹ Y aun cuando el Código Penal

¹ Según el *Diccionario jurídico mexicano*, Tomo VIII, México IIJ, UNAM, 1984, p. 281, "...la tipicidad es entendida como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa. Por ello, en derecho

para la Ciudad de México (CPCDMX) en su Art 29 haya hecho eco al aberrante numeral 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), bajo la idea de que conducta y tipicidad son un solo elemento, motivado en los argumentos de autores como Enrique Díaz Aranda,² al final se termina reconociendo la existencia de un juicio de tipicidad.

Particularmente y en un sentido más garantista y procesal que dogmático, el delito es una acción típica, antijurídica, culpable y punible. En esta concepción pentatómica, existe un núcleo fáctico (acción como movimiento corporal voluntario) al cual se le realizan cuatro juicios legales (de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad). Esto implica que la acción al ser fáctica es particular, concreta, temporal y recibirá juicios basados en normas generales, abstractas y permanentes. Esta significación, criticable para algunos, es el cimiento para generar, y más con base en el problema planteado, un concepto distinto de tipicidad.

Entonces la tipicidad no es la adecuación de la acción al tipo penal, sino a la inversa. Y esto no es una simple operación conmutativa, cuyo orden de los factores no altera el producto. Al ser la acción algo fáctico que realiza un sujeto determinado en un espacio y lugar específico, esta es inmutable y no debe ser alterada; no sólo para efectos de la garantía de

penal se dice que un comportamiento es típico cuando coincide con lo previsto en un tipo penal”.

² Cfr. Enrique Díaz Aranda, *Lecciones de Derecho Penal para el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México*. México, UNAM-STRAF, 2015, pp. 49-50.

legalidad y taxatividad, sino para los aspectos procesales y probatorios específicos. La acción, por lo tanto, es única. Por su parte, el tipo penal es la descripción de una conducta (acción u omisión) realizada por el legislador (garantía de legalidad en sentido formal) a la cual le otorga una relevancia penal (punibilidad). Por lo tanto, esa conducta prescrita por la norma penal es general, abstracta y permanente, y al ser así requiere de un ejercicio exegético en atención a los propios elementos del tipo penal (normativos objetivos y normativos subjetivos) además de los ámbitos de validez temporal, material, espacial y personal.

Lo anterior implica que, para una acción particular, concreta y temporal, pueden existir varios tipos penales, dando lugar a un concurso de normas, derivando de ello que, para efectos de volver válida las garantías de taxatividad, estricto derecho y de exacta aplicación de la ley en materia penal³ y además de la garantía *in lato sensu* del *non bis in idem*,⁴ se debe definir y aplicar el tipo penal adecuado entre el universo de tipos penales que pueden tener relación con una acción *sui generis*.

³ “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna [...] En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en el 6 de marzo de 2020, artículo 14.

⁴ Que conlleva no sólo la prohibición de no juzgar dos veces por el mismo hecho, sino de investigar y acusar.

Bajo esta problemática, planteemos una convergencia de normas en relación a la coautoría, agravantes y/o delitos autónomos, tomando para efecto del presente trabajo los dos casos planteados, en los cuales de manera genérica e hipotéticamente (sin comprobar aun, el segundo de ellos), estos personajes transfirieron recursos económicos provenientes del erario público a cuentas privadas propias y, mínimo, de otras dos personas.

Estos hechos pueden ser clasificados como los prevé el Código Penal Federal (CPF), en: Uso indebido de atribuciones y funciones (Art 217), Peculado (Art. 223), Enriquecimiento Ilícito (Art. 224) u ORPI (Art 400 bis). Aquí tal vez se presente un problema, en cuanto a la calificación de estos sucesos (a los cuales no me referiré de manera irresponsable por desconocer la carpeta de investigación y el procedimiento judicial en específico de ambos casos). No obstante, lo interesante está en saber si ellos se cometieron en Coautoría (Art 13, Fr. III),⁵ Pandilla (Art 164 bis),⁶ AD⁷ o DO.⁸

⁵ Código Penal Federal publicado el 14 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 24 de julio de 2009, Artículo 13. "Son autores o partícipes del delito: III.- Los que lo realicen conjuntamente [...]".

Esta figura de autoría implica que al menos dos sujetos activos se pusieron de acuerdo para la comisión del acto, dividieron funciones e hicieron una aportación necesaria e indispensable para la comisión del hecho concreto. Es una autoría en sentido amplio, y sólo puede ser de carácter dolosa, explicada a través de la teoría funcionalista del dominio del hecho. En el *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, México, IIJ, UNAM, 1983. En su acepción gramatical, coautor significa autor con otro u otros. Es decir, el coautor es también un autor que comparte o divide con otro una misma tarea. Para el derecho penal, coautor es aquel que conjuntamente

con otro u otros lleva a cabo la realización de un delito, en forma tal que cada uno de ellos, aisladamente, ejecuta la conducta típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos típicos necesarios para ser autores. p. 115.

- ⁶ Código Penal Federal publicado el 14 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 24 de julio de 2009, Artículo 164 Bis. “Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos.

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

La descripción básica de esta agravante conlleva una pluralidad específica del sujeto activo (tres o más) un elemento normativo subjetivo específico (pertenencia a la pandilla) y una modalidad conductual (habitual, ocasional o transitoria). Según el *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VII, México, IIJ, UNAM, 1984: “El concepto de pandilla...se le ha insertado de manera forzada en el Libro Segundo, a continuación de la figura de asociaciones delictuosas... La pandilla...no es una figura delictiva, sino una regla tocante al concurso eventual de personas a un hecho punible, que como tal debería contenerse en el Libro primero...no se castiga al miembro de la pandilla por el solo hecho de *pertenecer* a ella, como ocurre, en cambio, con la asociación delictuosa, sino por *delinquir* en pandilla. Esta circunstancia tiene por efecto que se agrave la responsabilidad por los delitos cometidos, sumándose a la pena que ellos merecen la que la ley irroga por haberlos perpetrado en pandilla”. p. 28.

- ⁷ Código Penal Federal publicado el 14 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 24 de julio de 2009, Artículo 164: “Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa”. p. 215.

Esta descripción típica, implica un tipo penal autónomo, con una pluralidad específica del activo (tres o más personas), con dos elementos normativos subjetivos (el sentido de pertenencia a la banda y el propósito de delinquir). En el *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, México, IIJ, UNAM, 1982. La palabra asociación, proviene del latín *sociatio*, que significa unión, compañía. Es acción y efecto de unir actividades o esfuerzos; colaboración; reunión; relación que une a los hombres en grupos y entidades organizadas; es la unión de dos o más personas con una finalidad determinada, como son del orden político, profesional, benéfico, religioso, mercantil, etc., pudiendo acontecer de manera específica que los fines perseguidos sean ilegítimos, en cuyo evento se origina la asociación delictuosa; dicese de estos grupos, que el conocimiento que se tienen entre sí sus integrantes contribuyen a la durabilidad de los mismos.

Del análisis de estas cuatro figuras (una como regla general de autoría, otra como agravante (pandilla) y otras como tipos penales autónomos muy similares, con diferencia en la finalidad del delito a ejecutar), queda claro que si el delito de ORPI se comete por dos personas, sería realizado en coautoría; si lo realiza un grupo de tres o más sujetos por única vez o en espacios de tiempos muy prolongados, se cometería en pandilla; pero si existiera un grupo de tres o más personas que se reúne de manera permanente ni siquiera para cometer ORPI, sino para planear la comisión de los mismos...¿será AD o DO? Para lograr dirimir este conflicto, tenemos que aplicar la herramienta metodológica de la dogmática penal en su apartado de concurso de normas. El cual a continuación se analizará.

Conflicto y concurso de normas penales

Como había comentado en líneas anteriores al referirme al concepto de tipicidad, a una acción se le pueden aplicar preliminarmente varias descripciones típicas, e independientemente de que se esté en un concurso ideal o real del hecho o

⁸ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada el 7 de noviembre de 1996 en el *Diario oficial de la Federación*; última reforma publicada el 19 de febrero de 2021, Artículo 2º: Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: Este tipo penal autónomo similar al de asociación delictuosa, se distingue por tener como finalidad un catálogo de delitos contemplados en el propio numeral segundo de dicha ley, operando la modalidad del *numerus clausus*.

delito continuado, pero atendiendo a las garantías constitucionales de taxatividad, estricto derecho y de exacta aplicación de la ley que rige en materia penal, a este hecho le es correlativo de manera definitiva sólo un tipo penal. Este criterio de aplicación se definirá a través de las reglas especiales de colisión de normas penales.⁹ Estas reglas o principios en orden de prelación son cuatro:

1. Especialidad.¹⁰
2. Consunción.¹¹
3. Subsidiariedad.¹²

⁹ Según Fernando Castellanos, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, México, Porrúa, 2020: “En el concurso de leyes un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe un aparente concurso de dos o más leyes que parecen disputarse la tipicidad del acto ... en el concurso aparente sólo se viola una disposición, pero hay dificultad para determinar cuál sea, pues varias tipifican el mismo hecho”. p. 299.

¹⁰ Contenido en el Código Penal Federal publicado el 14 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 24 de julio de 2009, artículo 6, precisa que: “[...] Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.

¹¹ El tipo penal de mayor descripción o amplitud en su contenido excluirá a los de menor descripción. P. Ej.: Robo con violencia/ Robo y lesiones. Este principio tampoco encuentra fundamento legal en el CPF, pero en la legislación penal sustantiva para la Ciudad de México, Código Penal para el Distrito Federal, publicado el 16 de julio de 2002 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*; última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* el 22 de diciembre de 2017, en el numeral 13, Fr. II se define como: “La de mayor protección al bien jurídico absorberá a la de menor alcance”.

¹² Existen dos clases: la propia (se aplicara la norma de menor pena por encima de la de mayor pena cuando la ley de manera expresa decreta dicha aplicación o de manera tacita por la aplicación de un criterio *pro homine*) y la impropia también denominada principio de alternatividad, donde se aplicara la norma de mayor pena desplazando a las de menor punibilidad) Al respecto en el CPF, no existe precepto legal alguno que

4. Alternatividad.¹³

En los casos planteados para su análisis, por respeto al principio de oficiosidad y legalidad, procesalmente sólo se puede aplicar el criterio de especialidad, aunque dogmática y académicamente también sería debatible la aplicación de un razonamiento de consunción y alternatividad, sin que esto signifique la subordinación del de especialidad como primera y única opción a otros, al menos que operen razones procesales y de política criminológica.

Esto implica que el Artículo Segundo de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFCDO) en la Fr. I, al contemplar como fin o resultado el delito de ORPI, en su *numerus clausus* y como uno de los delitos de DO, debe prevalecer sobre el de AD que es genérico. Ahora bien, esta exclusión de la AD no descansa en una hermenéutica tuerta y cerrada, sino en la propia evolución de la descripción típica de DO, como forma de autoría, agravante o tipo penal autónomo a nivel mundial, cambio que deriva, sociológica y estadísticamente, de las cifras de la criminalidad actualmente en México y el mundo. Así, haciendo eco de las cifras estadísticas, a nivel internacional, estas se plasman como realidades medibles y contables en el *top ten* de los delitos más lucrativos y

permita la aplicación de este criterio; no obstante, en el Código Penal para el Distrito Federal publicado el 16 de julio de 2002, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*; última reforma publicada en la *Gaceta Oficial* el 22 de diciembre de 2017, en su artículo 13, Fr. III, se refiere a la subsidiariedad impropia.

¹³ Conocido también como subsidiariedad impropia, es regulado por el Art 13, Fr. III en los siguientes términos: “La principal excluirá a la subsidiaria”.

comunes según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito:¹⁴

1. Tráfico de drogas.¹⁵ 2. Trata de personas.¹⁶ 3. Tráfico ilícito de migrantes. 4. Tráfico ilícito de armas de fuego. 5. Tráfico ilícito de recursos naturales. 6. Comercio ilegal de flora y fauna silvestres. 7. Venta de medicamentos adulterados. 8. Delincuencia cibernética. 9. Lavado de dinero.¹⁷ 10.- Delitos contra la propiedad intelectual.¹⁸

¹⁴ United Nations Office on Drugs and Crime. "The Globalization of Crime: A Transnational Organized Crime Threat Assessment", 2010. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf

¹⁵ United Nations Office on Drugs and Crime, "Informe Mundial sobre las Drogas 2011". <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/WorldDrugReport2011spanish.pdf>

¹⁶ El tráfico de seres humanos es uno de los problemas que se está incrementando de manera alarmante, en especial en el rubro de las mujeres con fines de explotación sexual. Este hecho se constituye por factores tales como: Víctimas provenientes de países pobres, con problemas étnicos, con incapacidad para denunciar por miedo a las represalias, por encontrarse prácticamente secuestradas o por miedo a la deportación.

¹⁷ Pues oculta el origen ilegal del mismo y permite romper con las reglas de competencia y generación de riqueza legítima en el mercado.

¹⁸ Desalienta la creación industrial, artística y científica de sus autores, permite que estos grupos contraten gente inmigrante para su producción y venta, sancionando sólo a estos últimos, facilita el lavado de dinero y produce en ocasiones hasta muertes, tal y como sucedió con las 142 personas que fallecieron en Panamá en el año 2008 que consumieron un jarabe expectorante suministrado por el Ministerio de Salud de dicho país, que fue comprado a su vez a una empresa farmacéutica española, quien a su vez compró a una empresa china, glicerina para la fabricación del medicamento, pero la compañía china de nombre "Fortune Way" encargó a un negocio mercantil chino la fabricación de dicha sustancia, a la cual por disminuir costos, agregó tóxicos mortales para la vida humana. Figura. José María Irujo, "Se buscan culpables por 142 muertes", *El país*, 21 de marzo de 2009. http://elpais.com/diario/2009/03/22/sociedad/1237676407_850215.html

El anterior listado de actividades ilícitas ha sido compactado en un sólo rubro: crimen organizado, el cual a su vez se divide en local, regional y transnacional. Bajo esta perspectiva, podemos dilucidar que dentro del fenómeno del *novi crimen* subyace el de la criminalidad organizada, que, para Antonio Ingroia, se clasifica en tres tipos de grupos: 1) organización del crimen colectivo; 2) las micro-organizaciones criminales, y 3) las macro-organizaciones criminales. Esta taxonomía socio-criminológica se plasmó en nuestro país a través de la figura agravante de la pandilla y de los tipos penales de AD y DO.¹⁹

Este modelo de criminalidad ha sido definido internacionalmente como “DO” en tres eventos:

- a) En la reunión de expertos sobre criminalidad organizada en la OIPC-INTERPOL en 1988, donde se afirma que es “cualquier asociación o grupo de personas que se dediquen a una actividad ilícita continuada y cuyo principal objetivo sea la obtención de beneficios, haciendo caso omiso a la existencia de fronteras nacionales”.
- b) El sistema de indicadores de la Unión Europea (grupo de trabajo “Droga y Crimen Organizado”), en el año 1997, no realiza una conceptualización en sentido directo, sino los caracteres que debe de poseer una organización para ser

¹⁹ Cfr. Antonio Ingroia, Conferencia: “Crimen Organizado, en especial en el delito asociativo de tipo mafioso como herramienta facilitadora de la prueba” en el Seminario Binacional de Derecho Penal: “Experiencias en el combate organizado Italia- México”, INACIPE, 25 y 26 de agosto de 2010.

considerada como criminal. Son 11 los indicadores planteados y son obligatorios: la colaboración de dos o más personas que actúen por un período de tiempo prolongado o indefinido, cometan delitos que por sí solos o de forma global sean importantes y busquen beneficios o poder. Además, puede, sin ser necesario que tengan un reparto de tareas, con existencia de jerarquía, disciplina o control, operatividad a nivel internacional, con empleo de la violencia o de otros medios idóneos para intimidar, uso de estructuras comerciales o empresariales; que realicen actividades de blanqueo de dinero y hagan ejercicio de la influencia en la política, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales o económicas.

- c) Convención de Palermo en el 2000, donde se conceptualiza como “la actividad colectiva de tres o más personas, unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permiten a sus dirigentes obtener beneficios, controlar territorios, mercados nacionales extranjeros, mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto intensificando la actividad criminal como con fines de infiltrarse en la economía legítima, en particular mediante la realización de una serie de actividades tales como tráfico de drogas y blanqueo conexo, trata de personas y explotación de la prostitución ajena, falsificación de moneda, tráfico ilícito de objetos culturales, de materia nuclear, terrorismo, tráfico de armas y explosivos, corrupción de funcionarios, etc”.

Los grupos de DO se encuentran, por lo general, perfecta y rígidamente estructurados de manera jerarquizada,²⁰ emplean códigos de conducta estrictos, dominan espacios territoriales regionales, nacionales y hasta internacionales. Su forma de actuar es planificada, utilizan distintos medios, sus percepciones e ingresos se derivan de grandes operaciones criminales (trata de personas, tráfico de drogas o armas, entre otros), que son invertidos en actividades legales como técnicas de blanqueo de capitales. Sus principales jefes no son conocidos; son empresarios o políticos que mantienen una “buena apariencia social” y colocan gente detrás de sus ilícitos, como jefes o capos de dichos grupos. Cuentan con protección y contacto de personas en los sistemas policiales, judiciales y políticos, además de contar con recursos financieros para contratar grupos de abogados, contadores y personal bancario, así como para penetrar empresas con la finalidad de desviar toda fuente de sus ingresos. En conclusión, el crimen organizado no permanece inmóvil, se ha convertido en un negocio mutable y adaptable a los mercados y desarrollos sociales y tecnológicos, surgiendo nuevas formas de crimen, rompiendo toda clase de fronteras económicas, geográficas, culturales, socia-

²⁰ De aquí derivan características propias de la DO: los principios de división del trabajo, especialización y complementariedad, fijan límites al ámbito de competencia funcional de cada sujeto, que realiza una aportación complementaria de otras dentro de un plan único. A su vez, la descentralización y la delegación de funciones obliga a plantearse la posible responsabilidad de los cargos intermedios y la corresponsabilidad de los jefes, y, sobre todo, son actividades que tienen una finalidad económica y pone en riesgo la gobernabilidad, estabilidad y seguridad económica y política de un país o región. De ahí la razón de ser del *numerus clausus* como factor de distinción entre AD y DO.

les, lingüísticas y legales. Bajo este antecedente, al analizar el término “DO” debemos vincularlo a un espacio temporal y territorial de facticidad del fenómeno y, en consecuencia, se debe desarrollar una teoría histórica del tópico para ir constantemente actualizando dicha figura normativa como agravante de ciertos delitos de alto impacto. Visto lo anterior, legalmente y por ciertas características de perfilación criminológica, los casos analizados son DO y no AD.

Gestión de casos

Una de las metamorfosis principales del sistema de justicia penal a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, es su flexibilidad a través de los procedimientos alternos al juicio oral.²¹ Esto implica adquirir nuevas competencias en los operadores jurídicos, entre las cuales destaca la gestión de los casos. Es decir, procurar la mejor solución al caso tanto para la víctima como para el imputado, e incluso para la propia sociedad; pero para cumplir con esa misión el asunto debe analizarse holísticamente desde un punto de vista fáctico, jurídico sustantivo, jurídico procesal, probatorio, psicológico, económico, político, social y cultural, para tomar una decisión eficaz del procedimiento a seguir

Esta selección, sin lugar a dudas, debe tomarse en relación a la pretensión deseada por las partes, la cual puede ser restaurativa, como la reparación del daño; económica, como

²¹ Facultad de abstención del inicio de la investigación, Facultad de continuar con la investigación, Criterios de oportunidad, Mediación, Conciliación, Suspensión condicional del proceso y Procedimiento abreviado.

el decomiso; punitiva y ejemplificativa como la pena de prisión, etc. Por lo tanto, esta decisión implica la asunción de cargas procesales pertinentes para lograr el cometido; no obstante, a nivel de análisis del caso, pretensional y procesal, el principal elemento a ponderar es el que constituye el núcleo de cualquier actividad procesal: la prueba.

El anterior esquema, en un sentido reduccionista, significa que, si no se tiene prueba legal, suficiente y necesaria, no se puede obtener una sentencia favorable en juicio oral, donde se exige certeza de culpabilidad para destruir la presunción de inocencia.²² Por lo tanto, se debe optar por un procedimiento alterno.

Por ende y con motivo de la instauración del sistema acusatorio al Ministerio Público, al menos de manera simulada se le otorgaron facultades legales para seleccionar casos y su gestión, dotándole de herramientas en el CNPP para el mismo, que le permite flexibilizar el principio de oficiosidad y la garantía de legalidad con la finalidad axiológica de la “verdad, justicia y restauración”. Que en términos objetivos significa despresurizar el sistema penal, ahorrando tiempo, recursos humanos y económicos, lograr la autocomposición de los conflictos, reparar el daño para las víctimas, entre otros objetivos. En el primer asunto de análisis (Caso Duarte), desde una postura ortodoxa, de manera ilícita se reclasificó la acusación de

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en el 6 de marzo de 2020, Artículo 20, Apartado A, Fr. VIII, Apartado B, Fr. I.

DO por la de AD, pero basado en que el Ministerio Público goza del monopolio exclusivo del ejercicio de la acción penal pública,²³ en que en el procedimiento abreviado²⁴ al existir un consentimiento informado de la aceptación y consecuencias de dicho procedimiento, y al no existir agravio o perjuicio en el imputado, ni parte agraviada con la reclasificación en beneficio, en consecuencia tal procedimiento y acusación por más que apesté a ilegal, desde un sentido de justicia ideal y social, es completamente válido, aunque eso no significa que las autoridades que realizaron y autorizaron pudieran haber incurrido en delitos contra la administración y procuración de justicia, amén de faltas administrativas.

En lo que respecta al segundo asunto de análisis (Caso Lozoya), escrupulosamente no se tenían que haber solicitado órdenes de aprehensión, ni vinculársele a proceso por AD, cuando legalmente era DO; pero, de nueva cuenta, la FGR apoyada en el monopolio de la acción penal pública, y posteriormente en la negociación de la probable aplicación de un criterio de oportunidad²⁵ y de los beneficios que de la denun-

²³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en el 6 de marzo de 2020, Artículo 21:

“El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

²⁴ Código nacional de procedimientos penales, publicado en el diario oficial de la federación el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada 12 de enero del 2016, Artículos 201-207.

²⁵ Código nacional de procedimientos penales, publicado en el diario oficial de la federación el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada 12 de enero del 2016, artículo 256:

cia²⁶ presentada por el imputado ante la FGR los primeros días de agosto de 2020 (en contra del ex Presidente Peña Nieto, Luis Videgaray, así como otros personajes políticos), justificaría que el imputado nunca sea acusado y sentenciado por los hechos motivo de su vinculación, situación que si bien es cierto, ha sido muy criticada en los círculos políticos y sociales, es válida, solo que aquí hay que esperar bonanzas o tragedias en los resultados para hacer valoraciones finales.

Solución y conclusión

Ambos casos son diferentes, pero, sin lugar a dudas, ambos son asuntos mediáticos y de impacto social. Y lo que con ellos

“Casos en que operan los criterios de oportunidad:

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

[...]

V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio [...]

²⁶ Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada el 7 de noviembre de 1996 en el Diario Oficial de la Federación; última reforma publicada 12 de enero del 2016, Artículo 35:

“El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona”.

se logró y se logre es un mensaje para la sociedad. En ambos eventos, la aplicación de los principios de oficiosidad y legalidad quedó supeditada a una negociación para gestionar una óptima solución del caso. Analicemos uno por uno.

En el Caso Duarte, la FGR debía haber buscado la pena de prisión y el decomiso del producto de las ORPI. Si por lograr este último acordó un procedimiento abreviado y la reclasificación del hecho, creo que es correcta, en teoría, la gestión del caso y es válido la inaplicación de los principios mencionados. Si, en teoría, porque en la realidad cruda, el Sr. Javier Duarte de Ochoa no sólo recibió una pena menor por AD y no por DO, se le condenó a una multa de cincuenta y ocho mil, quinientos noventa pesos 00/100 (\$58,590.00), y, lo más grave, todos los bienes decomisados en la sentencia del procedimiento abreviado posteriormente se le devolvieron a sus testaferros porque la FGR no pudo acreditar que eran propiedad del Sr Duarte, entonces, la sentencia resulta irrisoria, es un mal mensaje a la sociedad y pone en entredicho la función de la FGR. Considero que los actores en dicho proceso, dolosa o culposamente, cometieron errores muy graves que merecen ser sujetos a investigación.

En el Caso Lozoya, la FGR debió haber solicitado las ordenes de aprehensión, realizado las imputaciones y peticiones de vinculación a proceso por DO y no por AD, porque legalmente procedía como lo he explicado, y además en otros casos, así lo ha hecho, mostrando un trato diferenciado con el imputado. Por otro lado, si lo que se negoció legalmente fue la

aplicación de un criterio de oportunidad y los beneficios que generan las denuncias como testigo colaborador, a cambio de no recibir la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, considero que es un excelente acuerdo para la defensa, pero no para el Ministerio Público y la sociedad a la cual representa.

No obstante, también la supuesta aplicación de un criterio de oportunidad queda también en entredicho, toda vez que el mismo se puede aplicar hasta que el imputado rinda su testimonio en el procedimiento respectivo,²⁷ lo cual implica que puede ser desde la propia etapa de investigación hasta la audiencia de juicio oral, no del imputado, sino de los hechos por los cuales fue vinculado, y de otros en los que haya aportado información o haya denunciado, lo cual genera una incertidumbre absoluta no sólo en el imputado, sino en la sociedad, pues amparados en la ley, la FGR, puede manejar los plazos, y, desde mi perspectiva en este asunto, le queda un largo y sinuoso camino por recorrer. Serán años, tal vez sea transxenial. Por otro lado, no queda tampoco clara la supuesta aplicación del referido criterio, toda vez que la información deberá

²⁷ Código nacional de procedimientos penales, publicado en el diario oficial de la federación el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada 12 de enero del 2016, Artículo 257:

“Efectos del criterio de oportunidad:

En el caso de la fracción V del artículo anterior, se suspenderá el ejercicio de la acción penal, así como el plazo de la prescripción de la acción penal, hasta en tanto el imputado comparezca a rendir su testimonio en el procedimiento respecto del que aportó información, momento a partir del cual, el agente del Ministerio Público contará con quince días para resolver definitivamente sobre la procedencia de la extinción de la acción penal”.

ser para la persecución de un delito más grave;²⁸ pero, sobre todo, la propia ley señala que no podrá aplicarse cuando el delito afecte gravemente el interés público.²⁹ Entonces, ahora la pregunta sería: ¿Para el actual gobierno federal la corrupción, el desvío de cientos de millones de pesos y el quebranto patrimonial de PEMEX afecta el interés público? En la respuesta que de la FGR se verá si existe la simulación legal, la alcahuetería o una verdadera intentona de arrancar el cáncer de México.

Personalmente, en el Caso Lozoya, atendiendo al marco normativo vigente, la FGR debe buscar la pena de prisión y decomiso de los instrumentos, objetos y producto del delito, mediante un procedimiento abreviado o un juicio oral. Ha decidido hasta el momento no hacerlo así, e ingresó a una encrucijada donde si no hay resultados claros, contundentes y a corto plazo en el aspecto legal y no discursivo, será llevada al cadalso de la opinión pública con un veredicto muy severo. El asunto penal del sexenio puede ser la agonía o el éxtasis de este Gobierno en su lucha contra la corrupción y la impunidad.

²⁸ ¿Ahora sí DO?

²⁹ Código nacional de procedimientos penales, publicado en el diario oficial de la federación el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada 12 de enero del 2016, Artículo 256:

“Casos en que operan los criterios de oportunidad Pr III: No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público”.

Por otro lado, la función encomendada a la FGR, en el Art 102, Apartado A y 21, Pr. II de la CPEUM, es muy clara; no está dentro de sus atribuciones explicar cómo funciona la corrupción en México (para eso existen los periodistas, los académicos y los estudiosos del tema), sino investigar, acusar y probar penalmente cómo participaron en un caso concreto a quienes señala como responsables. Y quizás en esas funciones es donde descansa el talón de Aquiles de dicha institución y sus resultados en materia de procuración de justicia.

¿Principio de legalidad o discrecionalidad legal? La respuesta está en la pretensión. ¿Juicio oral o procedimientos alternos? La contestación está en el propio caso. ¿Por qué se opta por negociar con los imputados un procedimiento alternativo? La respuesta está en la fortaleza probatoria del caso. ¿Por qué se basa la investigación y acusación en un acuerdo con el imputado y su defensa? Por la falta de capacidad en investigación criminal. ¿Por qué se pactan beneficios procesales y sustantivos para el imputado a cambio de ínfimas ventajas para la sociedad como víctima? Por un indebido análisis y gestión de casos. ¿Por qué existe un ineficiente análisis y gestión de casos? Yo no juzgo ni acuso, solo apporto argumentos. La decisión, tal vez, esté en usted o en otros.

Nuevos paradigmas constitucionales sobre impartición de justicia. México

*Antonio Salcedo Flores**

En los últimos doce años, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha tenido importantes reformas en cuanto a administración de justicia se refiere. Las expondremos y valoraremos. Al final, defenderemos, argumentativamente, uno de nuestros juicios de valor: es el relativo a la prisión preventiva oficiosa, también conocida como automática y/o forzosa.

La Reforma de seguridad y justicia del año 2008¹

Ordenó implementar, durante los ocho años siguientes y en todo el país, el sistema procesal penal acusatorio, disponiendo:

1. Que la autoridad judicial, a petición del ministerio público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, pueda arraigar a una persona. (art.16)

* Doctor en Derecho y Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

¹ *Diario Oficial de la Federación* (en adelante DOF) de 18 de junio de 2008, cuya vigencia empezaría cuando lo dispusiera la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008

2. La creación de los jueces de control que resuelvan las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad. (art. 16)
3. Que las leyes prevean mecanismos alternativos de solución de controversias. (art. 17)
4. Que las autoridades puedan incomunicar a los detenidos y a los sentenciados por delincuencia organizada, así como a cualquier otro interno que consideren que requiere medidas especiales de seguridad. (art. 18)
5. La excepcionalidad de la prisión preventiva. (art. 19)
6. La incorporación de la prisión preventiva oficiosa al sistema jurídico mexicano. Esta medida la decretó para seis figuras delictivas que consideró graves.² (art. 19)
7. Que el proceso penal sea acusatorio y oral, y se encuentre regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. (Artículo 20, encabezado)
8. Que para los efectos de la sentencia, sólo se consideren como pruebas las que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio (fracción III); que las partes tengan igualdad procesal para sostener la acusación y la defensa, respectivamente; que el proceso pueda terminar anticipadamente, por medio del procedimiento abreviado; que cual-

² Delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley secundaria en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

quier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales sea nula; que los principios contenidos en todo el artículo 20 se deban observar también en las audiencias preliminares al juicio. (Apartado A o de los principios generales)

9. Que a la persona imputada se le presuma inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; que haya casos en los que se reserven las actuaciones de la investigación para salvaguardar el éxito de la misma (fr. VI); que en toda pena de prisión que imponga una sentencia se deba computar el tiempo de la detención. [Reiteración] (Apartado B o de los derechos de la persona imputada)
10. Que la víctima u ofendido pueda intervenir en el juicio e interponer recursos; que tenga derecho a recibir atención médica y psicológica de urgencia; a que se le repare el daño; a que se resguarde su personalidad [en ciertos casos], y a que el ministerio público garantice su protección, así como la de todas las personas que intervengan en el proceso, debiendo los jueces vigilar el buen cumplimiento de tal obligación ministerial; asimismo, que la víctima tenga derecho a solicitar las medidas cautelares y las providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos. (Apartado C o de los derechos de la víctima u ofendido)
11. Que los particulares puedan ejercitar la acción penal. (art. 21)

12. Que el ministerio público pueda considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal [Acuerdos reparatorios]. (art. 21)
13. Que el Ejecutivo Federal pueda, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. (art. 21)
14. Que Toda pena deba ser proporcional al delito que sanciona y al bien jurídico afectado. (art. 22)

La Reforma en materia de amparo de 2011³

Respondiendo a las críticas y reclamos nacionales e internacionales, intentó hacer del juicio de amparo un recurso eficaz para la defensa de los derechos humanos. Al efecto:

1. Mandó que los tribunales de la Federación resuelvan las controversias que se susciten por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte. (art. 103, fr. I)
2. Incorporó al sistema jurídico mexicano la Declaratoria General de Inconstitucionalidad de las leyes. (art. 107, fr. II)
3. La Ley de Amparo⁴, que es el instrumento con que se defienden los derechos reconocidos por la Constitución y los

³ DOF de 6 de junio de 2011, con vigencia a partir de octubre de ese año.
https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011

⁴ DOF de 2 de abril de 2013, que entró en vigor el día siguiente.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lamp/LAmp_abro_02abr13.pdf

tratados, dispuso –casi un año y medio después de la reforma constitucional que se comenta– la improcedencia del juicio de amparo contra adiciones o reformas a la Constitución (art. 61), y autorizó que se continuara aplicando la jurisprudencia que se había integrado con la Ley de Amparo que estaba siendo abrogada. (art. sexto transitorio)⁵

La Reforma sobre derechos humanos de 2011⁶

Reconoció los derechos fundamentales de la persona, declarando a ésta la razón del sistema jurídico. Para ello:

1. Incluyó los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales entre los derechos de mayor jerarquía (art. 1º, párrafo primero)
2. Mandó interpretar las normas relativas a derechos humanos de la manera que más favoreciera a las personas; (art. 1º, párrafo segundo)
3. Obligó a todas las autoridades del país, a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; (art. 1º, párrafo tercero)
4. Prohibió la celebración de tratados para extraditar reos políticos y delincuentes del orden común que hubieran tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos; (art. 15)

⁵ Se recomienda ver el artículo Antonio Salcedo Flores, “Triunfaron los retardatarios en materia de amparo”, revista *Alegatos Coyuntural*, núm. 2, enero 2016, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, pp. 19-26.

⁶ DOF de 10 de junio de 2011, con vigencia a partir del 11 de junio del mismo año. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

5. Prohibió suspender o restringir, aun en caso de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que pusiera a la sociedad en grave peligro o conflicto, las garantías judiciales indispensables para la protección de los demás derechos insuspendibles: la vida, las libertades de pensamiento y conciencia, la prohibición de la esclavitud, la desaparición forzada y la tortura, etcétera; (art. 29, párrafo segundo)
6. Dispuso que el sistema penitenciario se organizara sobre la base del respeto a los derechos humanos. (art. 18, párrafo segundo)

La reforma de 2011 al artículo 19 constitucional⁷

Agregó el delito de trata de personas a la lista de los seis que ya merecían prisión preventiva oficiosa.

La reforma de 2017 al artículo 17 constitucional⁸

Mandó a las autoridades privilegiar la solución de los conflictos sobre los formalismos procedimentales, siempre que no se afecten, dice la reforma, la igualdad entre las partes, el

⁷ Decreto por el que se reforman los artículos 19, 20 y 73 de la Constitución publicado el 14 de julio de 2011, en el *Diario Oficial de la Federación*; con vigencia a partir del día siguiente.

⁸ Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares) publicado el 15 de septiembre de 2017 en el *Diario Oficial de la Federación*; entró en vigor en marzo de 2018.

debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio.

La reforma de 2019 al artículo 19 constitucional⁹

Amplió, con nueve delitos más, la lista de los siete que ya merecían prisión preventiva oficiosa.

Análisis valorativo de las reformas

Ha llegado el momento de valorar los nuevos paradigmas constitucionales. Primero nos referiremos a las medidas que consideramos acertadas, luego a las que encontramos arriesgadas y después a las que pensamos que son contrarias al derecho. Nuestros juicios van justificados. Finalmente, presentamos un ejercicio argumentativo tendiente a demostrar, ampliamente, la antijuridicidad de uno de nuestros juicios, el de la prisión preventiva oficiosa.

Medidas afortunadas

1. La nulidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.
2. El reconocimiento expreso de la presunción de inocencia.
3. El reconocimiento de los derechos de la víctima del delito.

⁹ Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa publicado el 12 de abril de 2019, en el *Diario Oficial de la Federación*; con vigencia a partir del día siguiente.

4. La inclusión expresa de la protección a los derechos humanos tutelados en los tratados internacionales que tácitamente se encontraba en el artículo 133 constitucional.
5. La declaratoria general de inconstitucionalidad. Con esto se da término, ¡por fin!, a la aberración llamada “Fórmula Otero”, que ordenaba a la Suprema Corte de Justicia de la Nación mantenerse impasible ante leyes que había encontrado inconstitucionales.
6. La interpretación pro persona de las normas relativas a derechos humanos.
7. La obligación de todas las autoridades de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.
8. La prohibición de suspender las garantías judiciales (procedimentales) indispensables para defender los derechos insuspendibles. Es decir, se le reconoce al procedimiento jurisdiccional su carácter de garantía del sistema jurídico, especialmente de los derechos más importantes.
9. La organización del derecho penitenciario sobre la base del respeto a los derechos humanos.
10. La proporcionalidad de toda pena al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Medidas arriesgadas

1. El privilegio de la solución de los conflictos sobre los formalismos procedimentales. Se está ordenando al juez que se separe de las formalidades procedimentales

cuando la solución del conflicto la encuentre por otros medios. Esto es peligroso porque nuestro Poder Judicial carece de la preparación, la independencia y los demás atributos que se requieren para juzgar sin sujeción a las formas procedimentales.

2. La autorización al ministerio público para que considere criterios de oportunidad. El fiscal decidirá si acusa o no. Esta medida puede fomentar, además de la impunidad, las ya de por sí generalizadas incompetencia y corrupción de las procuradurías de justicia (fiscalías), así como que sigan bajo el control del Poder Ejecutivo.

Medidas desafortunadas

1. La constitucionalización del arraigo. Por ser violatoria de los estándares internacionales que nuestro país tiene pactados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.
2. La autorización de la incomunicación de las personas detenidas. Por atentar en contra de la dignidad de la persona detenida y contradecir el principio general de *habeas corpus*, hoy incorporado a casi todas las legislaciones del mundo.
3. El procedimiento abreviado. Que es la negación del debido proceso. Relewa al fiscal y al juez de sus respectivas obligaciones de investigar y juzgar. Recibe la confesión

del indiciado y lo condena sin haberle juzgado, a cambio de la reducción de una pena inexistente. Además, lo “ficha”. Ya debe haberse notado que el procedimiento abreviado penal mexicano revive los *autos de fe y de gracia* con los que la Inquisición del Santo Oficio, en el siglo XV, recibía la confesión del hereje o blasfemo sospechoso y lo hacía jurar ante el símbolo de la cruz a cambio de permitirle seguir en libertad. La Inquisición conservaba la identidad y el registro de las personas que participaban en dichos actos.

4. La secrecía o reserva de las actuaciones de la investigación con el fin de salvaguardar el éxito de ésta. Imposibilita el ejercicio del derecho de defensa y viola la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁰ que es obligatoria para nuestras autoridades.
5. La improcedencia del juicio de amparo contra reformas o adiciones a la Constitución. Hace imposible recurrir las reformas y las adiciones a la Constitución que sean violatorias de derechos humanos.
6. El uso de jurisprudencia integrada con base en una ley abrogada. Esto es una aberración jurídica: la jurisprudencia no puede mantener vigente una ley que ha sido abrogada.

¹⁰ Por ejemplo: *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrafo 225.

7. El intento de desconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional que nuestro país tiene aprobada y ratificada expresamente y sin reserva. Esto contraría el derecho internacional de los tratados, particularmente el principio general *pacta sunt servanda*, pactado por nuestro país en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), artículos 2, 26, 27 y 29.
8. La incorporación y el aumento de la prisión preventiva oficiosa.

Demostración de su antijuridicidad

En cuanto a la prisión preventiva oficiosa, incorporada al sistema jurídico mexicano en el año 2008 y aumentada en los años 2011 y 2019, tenemos que:

El artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional previene:

Es un crimen de lesa humanidad, la encarcelación que viole normas fundamentales del derecho internacional cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son normas fundamentales del derecho internacional, y disponen que la encarcelación de una persona sólo puede ordenarla el juez.

El artículo 19 de la Constitución mexicana obliga al juez a decretar la encarcelación automática de toda persona que sea señalada por el ministerio público como partícipe en la comisión de un delito grave; es decir, no es el juez quien ordena la encarcelación, él, en forma automática, tiene que decretarla.

De lo anterior se sigue que la prisión preventiva oficiosa, ordenada por el artículo 19 constitucional, es una encarcelación que viola normas fundamentales del derecho internacional que se comete como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil que se encuentra en México.

Quienes han creado, aumentado y promulgado la prisión preventiva oficiosa deben ser investigados como probables responsables de crímenes de lesa humanidad, y, en caso de que sean encontrados responsables, deben pagar por sus faltas.

El rango constitucional de los programas sociales

*Gonzalo Carrasco González**

El presente estudio tiene como objeto de análisis la incorporación a rango constitucional de los programas sociales a través de la reforma al artículo 4° de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM). Si bien las reformas, en cuestión de forma, fueron aprobadas de acuerdo la técnica constitucional, en cuestión de fondo (contenido) se pueden plantear algunos cuestionamientos, entre los cuales el más relevante es si se puede justificar jurídicamente la equiparación de los programas sociales como derechos fundamentales para incluirlos en la constitución. O si dar una pensión contributiva a los adultos mayores se puede considerar un derecho o como una transferencia condicionada, es decir, un apoyo económico estatal; asimismo, se debe reflexionar respecto a si la responsabilidad de la protección social de los adultos mayores corresponde de manera prioritaria al Estado o a la familia. En el mismo sentido, se requiere analizar si las becas para estudiantes se pueden encuadrar, en primer lugar, como derechos sociales, luego como derechos fundamentales, para así elevarlos a rango constitucional.

* Maestro en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

Con plena conciencia que las reformas al artículo 4° constitucional incluyen materias como salud, discapacidad, pensión contributiva, becas para estudiantes, y cada una de ellas exige un análisis detallado, el presente estudio sólo lo enfocamos al análisis de las reformas constitucionales y los programas sociales.

El decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 4° de la CPEUM se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 8 de mayo del año en curso.¹

El contenido del Decreto estatuye las siguientes reformas y adiciones al artículo 4° constitucional:

Artículo Único. Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto, del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 4°

Párrafo 4. Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución. La reforma consiste en la adición de: “La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuanti-

¹ Véase, DECRETO por el que se reforma y adiciona el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado el 08 de mayo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.

tativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social”.

Párrafo décimo cuarto. El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley. Para recibir esta prestación tendrán prioridad las y los menores de dieciocho años, las y los indígenas y las y los afromexicanos hasta la edad de sesenta y cuatro años y las personas que se encuentren en condición de pobreza.

Párrafo décimo quinto. Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley. En el caso de las y los indígenas y las y los afromexicanos esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años.

Párrafo décimo sexto. El Estado establecerá un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública, con prioridad a las y los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza, para garantizar con equidad el derecho a la educación.²

Reforma constitucional

Al analizar la creación o elaboración del Derecho en materia constitucional,³ el jurista Fix-Zamudio hace referencia a

² *Ibíd.*, pp. 50-51.

³ En el sentido más estricto el derecho constitucional es el estudio de la

que: “Las constituciones escritas establecen la posibilidad de reformarse con la colaboración de un poder revisor o reformador. De este modo encontramos dos tipos de constituciones: la flexible en la que su poder constituyente el mismo que el poder revisor; y rígidas en las que es necesario el poder revisor para llevar a cabo una reforma. En el caso del poder constituyente permanente, es más evidente la sujeción que éste debe tener a la ley fundamental. De la misma manera ocurre con el poder reformador, pues toda reforma o modificación constitucional debe sujetarse a los principios metodológicos y así podemos hablar de una técnica constitucional”.⁴ Es una cita muy larga y debería ir fuera de texto

Desde una perspectiva dinámica del derecho, éste no puede ser inmutable, sino que debe adecuarse a la realidad social cambiante, y la constitución como norma suprema no está exenta de ser reformada. A este respecto Carla Huerta señala que: “La dinámica del derecho hace necesario precisar a los procesos de creación normativa. En relación con la constitución, es preciso distinguir dos momentos: el de su

constitución política... el texto de la constitución no es otra cosa que el resumen de los derechos de los ciudadanos y de las modalidades del ejercicio del poder por ellos mismos o sus representantes. La constitución representa por lo tanto la ley suprema en la organización de la sociedad que confiere al Estado sus fundamentos y sus límites. Michel Mialle, *El Estado de derecho. Introducción al derecho constitucional*, México, Ediciones Coyoacán, pp. 17-18.

⁴ Véase Héctor Fix-Zamudio, *Metodología, Docencia e investigación jurídica*, México, Porrúa p. 34.

otorgamiento y el de su modificación, ya sea mediante reformas o adiciones”.⁵

Por su parte, el jurista especializado en Derecho constitucional Elisur Arteaga Nava, define la reforma constitucional como: “El procedimiento por el cual la constitución puede ser modificada, ya sea para cambiar, adicionar o suprimir un texto. De acuerdo con el artículo 135 el facultado para hacerlo es una combinación de órganos: congreso de la unión y las legislaturas de los estados; para ello, debe atenerse a los principios que regulan su actuación ordinaria.”⁶

Con base en Carla Huerta, en el proceso de modificación de la constitución, tanto la doctrina como nuestra constitución distinguen entre una reforma y una adición. Reformar en sentido amplio implica una modificación del texto de las leyes constitucionales vigentes (suprimir o agregar). La reforma consiste en introducir o suprimir un enunciado que altera el significado del precepto constitucional. Adicionar consiste en introducir un enunciado que no altere su significado; sin embargo, una adición conlleva una reforma: se agrega algo al texto que no estaba previsto.⁷

Podemos observar que, en el decreto en comento, se incluye tanto la reforma como la adición, puesto que así se de-

⁵ Carla Huerta Ochoa, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, IIJ, UNAM, p. 209.

⁶ Elisur Arteaga Nava, *Diccionario de Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, p. 226.

⁷ Carla Huerta Ochoa, *op. cit.*, p. 213.

clara en su promulgación que a la letra estatuye: se reforma y adiciona el artículo 4° de la CPEUM.

En primer lugar, podemos observar que el decreto en comentario cumple con los requisitos establecidos en el artículo 135, por lo que, con independencia de su contenido, se ajusta a la técnica constitucional para llevar a cabo una reforma constitucional.

En segundo lugar, se debe poner atención que el origen de estas reformas es una iniciativa preferente del Ejecutivo y no una propuesta del Poder Legislativo; sin embargo, ello no se contrapone a la técnica constitucional para formular reformas; puesto que el artículo 71 de la CPEUM establece que el derecho de iniciar leyes o decretos compete al presidente de la República; a los Diputados y senadores al Congreso de la Unión, y a las legislaturas de los estados. En el término genérico iniciativa de ley debe incluirse la posibilidad de proponer cambios (reformas o adiciones) constitucionales. Dichas iniciativas pasarán, desde luego, a comisión a fin de que se elabore un dictamen para presentarlo al pleno de la cámara de que se trate. De acuerdo con Elisur Nava, el proceso de reformas a la constitución está integrado por dos etapas principales y dos actos complementarios: una, la que está a cargo del Congreso de la Unión; y la otra, la confiada a la legislatura de los estados. Los actos complementarios son el cómputo de los votos de la legislatura y la publicación.⁸

⁸ Elisur Arteaga Nava, *Derecho constitucional*, México, 3ª. reimp. de la 3ª ed. Oxford University Press, p. 676.

Respecto a la actividad de las comisiones, es importante exponer, de acuerdo con Cisneros Farías,⁹ que éstas deben asumir un papel en el estudio de las iniciativas (los proyectos) y en la determinación de su contenido y redacción más apropiados, ya que su papel no es meramente de aprobación o rechazo en términos simples, sino propiamente de elaboración de una propuesta de normatividad satisfactoria y debidamente sustentada sobre la materia a regular. El Decreto de reforma al artículo 4º que el Ejecutivo promulga y publica en el DOF, siguió con este procedimiento.

Ahora bien, es importante señalar que estos “derechos” han sido promovidos por AMLO, durante su campaña y desde el inicio de su Gobierno, a través de los programas sociales, por lo cual los analistas la consideran como la iniciativa de AMLO para elevar a rango constitucional sus programas sociales. Por ejemplo, Boltvinik señala: “Con leves cambios la Cámara de Diputados (CDC) aprobó este martes, con el voto de más de los dos tercios requeridos, la iniciativa de AMLO de reforma al artículo 4º de la CPEUM para incluir en la carta magna los programas sociales”. De manera crítica, Boltvinik expone además que si cada gobierno incluyera sus programas sociales en la CPEUM ésta tendría el tamaño de una biblioteca (con base en el sistema vigente de revisión constitucional el texto ha tenido 500 modificaciones aproximadamente). Las constituciones no son planes sexenales, ni pre-

⁹ Germán Cisneros Farías, *Metodología jurídica*, 2ª ed., Ecuador, Jurídica Cevallos, 2004.

supuestos de egresos, ni informes de gobierno.¹⁰ Por consiguiente, podemos observar que, desde la perspectiva social, se manifiesta la idea de que la reforma al artículo 4° está orientada a elevar a rango constitucional los programas sociales del Gobierno de AMLO.¹¹

Ahora bien, en la exposición de motivos de la iniciativa de AMLO, en los dictámenes de la Cámaras de diputados y senadores, y en el Decreto del 8 de mayo para reformar el artículo 4°, obviamente el término programas sociales no aparece, en su lugar de manera reiterada se hace mención al término derechos. Pero ¿cuál es la relación que se puede señalar entre derechos y programas sociales? Es innegable que la CPEUM ha reconocido y establecido los derechos sociales a la educación (artículo 3°), a la familia y a la salud (artículo 4o.), al trabajo (artículo 123), así como la seguridad y la pro-

¹⁰ Julio, Boltvinik, "La Cámara de Diputados decidió, en lugar de legislar, obedecer". *La Jornada*, 13 de marzo de 2020, p. 23. Previamente Boltvinik, había expuesto esta situación al exponer que: "Como se ve, se trata de darle rango constitucional a cuatro programas sociales que el gobierno de AMLO ya viene operando". Julio, Boltvinik, "AMLO propone reformas al 4° Constitucional // Una visión crítica", *La Jornada*, 6 de diciembre de 2019.

¹¹ Tal como AMLO lo quería, este viernes fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el decreto que eleva a rango constitucional los programas sociales, con el objetivo de que todos los habitantes del país tengan derecho a servicios de salud, becas y pensiones.

La reforma al artículo 4o. eleva a rango constitucional programas sociales en favor de diversos grupos vulnerables de la población e instaura un sistema nacional de salud para el bienestar, dirigido a personas que no cuentan con acceso a la seguridad social. Aristegui Noticias, "Programas sociales de AMLO llegan a la Constitución". <https://aristeginoticias.com/0805/mexico/programas-sociales-de-amlo-llegan-a-la-constitucion/>

tección social, y que éstos sirven de fundamento a la implementación de los programas sociales.

En búsqueda de la eficacia de los derechos constitucionales, las leyes secundarias permiten materializar los principios constitucionales en normas jurídicas que garanticen los derechos contenidos en la CPEUM. Con base en la Ley General de Desarrollo Social,¹² que de acuerdo con el artículo 1, fracción I tiene como objeto garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales consagrados en la CPEUM, asegurando el acceso de toda la población al desarrollo social; en el artículo 6, son derechos para el desarrollo social (derechos sociales): la educación, salud, alimentación, vivienda, disfrute de un medio ambiente sano, trabajo, seguridad social y los relativos a la no discriminación en los términos de la CPEUM (Artículo reformado DOF 1-6-2016, 22-6-2018).

Ahora bien, el contenido de toda constitución se refiere a derechos fundamentales como derechos consagrados en el nivel más alto de la jerarquía de las fuentes del derecho interno, esto es, de la constitución. Además, desde la perspectiva de considerar la constitución como principialista,¹³ esto es, basa-

¹² Ley General de Desarrollo Social, publicada el 20 de enero de 2004 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 25 de junio del 2018.

¹³ Zagrebelsky expone que la relación entre norma y principio es equivalente a la relación entre ley y constitución, el derecho al “constitucionalizarse” se ha “principializado”. Rodolfo Luis Vigo, “Lectura no-positivista neo-constitucionalista e lusnaturalista del derecho actual”, *La filosofía del derecho hoy*, Arriola Cantero, Juan Federico y Víctor Rojas Amandi, (coord.), México, Porrúa, p. 76.

da en los principios generales del derecho, resulta difícil encuadrar (equiparar) los programas sociales como derechos fundamentales. No obstante, para determinar si los programas sociales se pueden incorporar a la constitución, debemos precisar qué es un programa social.

Políticas públicas, programas y derechos fundamentales

En primer lugar, es necesario precisar que los programas sociales se derivan de las políticas públicas; es decir, de las políticas públicas surgen estrategias como las políticas sociales, las cuales, a su vez, devienen en programas sociales; esto es, las políticas públicas se cristalizan en programas y proyectos a los que se les asignan recursos para su puesta en práctica.

Así, podemos establecer que las políticas públicas es el género, y los programas sociales, la especie. Por consiguiente, para definir los programas sociales, es pertinente en primer lugar definir las políticas públicas.

Existe una variedad de definiciones de políticas públicas, pero éstas tienen como elementos comunes los siguientes: son aquellas intervenciones del Estado que tienen como misión modificar problemas sociales o económicos de fondo; se desarrollan cuando se puede considerar que el Estado no está cumpliendo su responsabilidad general y principal de asegurar una financiación suficiente para garantizar la búsqueda del mejoramiento de la sociedad; tienen como medio la entrega de subsidios por conducto de los programas sociales;

en suma, las políticas públicas son el producto de los procesos de toma de decisiones del Estado frente a determinados problemas públicos.¹⁴

En lo referente a los programas sociales, éstos, a grandes rasgos, surgen para disminuir la brecha de desigualdad que existe entre los distintos sectores sociales. Por lo tanto, estas acciones se relacionan con la distribución de recursos y con la provisión de servicios sociales que, generalmente, tienen que ver con la salud, vivienda, educación, etcétera.¹⁵ Así pues, los programas sociales se desarrollan a partir del reconocimiento, por parte del Estado, de la existencia de un problema que juzga como público y que, por tanto, debe ser resuelto.

Los programas sociales en México son incuantificables – se considera que existen miles de ellos–, dado que existen programas sociales a nivel federal, estatal y municipal o por alcaldías; muchos de éstos se duplican o triplican. En el caso del ámbito federal, en el mes de abril de 2019, de acuerdo con el Coneval, se contabilizaban 146 programas sociales de los cuales la actual administración eliminó 18, sin embargo, se crearon 18 más.¹⁶

¹⁴ Véase, Alexis Poet, *El control público de programas sociales. Lineamientos para su definición y ejecución*, Buenos Aires, UAI Editorial, p.30; Fernández Arroyo, Nicolás Lorena Schejtman, *Planificación de políticas, programas y proyectos sociales*, Buenos Aires, Fundación CIPPEC, 2012, p.14; “Las trapisondas del mercado antesala de la Ley secundaria en materia de competencia económica”, *Cámara*, Núm. 33, Año 03, México, 2014, pp. 3-4.

¹⁵ Revista Cámara, *op. cit.*, p. 4. file:///C:/Users/DCSHDerecho/Downloads/Revista%2036%20may-23.pdf

¹⁶ Angélica Enciso L., *Se eliminaron 18 programas sociales y se crearon 14: Coneval*, Diario la Jornada 10 de abril de 2019.

Ahora bien, en el estudio de los programas sociales existen elementos que podemos considerar esenciales tales como: la focalización o universalización, la sostenibilidad financiera (financiación sostenible), la subsidiaridad, la temporalidad, la transparencia, el clientelismo sociopolítico. Debido a la complejidad de cada uno de estos elementos esenciales, su análisis implica estudios más amplios que han sido y serán motivos de reflexión para la interpretación constitucional.

Finalmente, los programas sociales, si no es posible considerarlos como derechos fundamentales, no deben ser incluidos en la constitución, puesto que todo derecho fundamental implica el principio de universalidad, y los programas sociales, generalmente, son focalizados.

El juicio de Bartleby

La objeción de conciencia y la Suprema Corte

Arturo Sotelo Gutiérrez*

El autor estadounidense Herman Melville, en su historia *Bartleby, el escribiente*, crea un personaje que pasa de ser un empleado judicial ejemplar a un desobediente. Un buen día comenzó a contestar a todo requerimiento u orden, hasta el final de sus días, con una frase enigmática: “Preferiría no hacerlo”.¹ El asombro y la perplejidad que transmite la frase, su falta de sustancia, su aparente irracionalidad, su negación civilizatoria es lo que ha llevado este cuento a ser un referente sobre los temas de desobediencia de la ley.

En las siguientes líneas haré referencia a un asunto pendiente de ser resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la Acción de Inconstitucionalidad 54/2018, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que impugna la reforma a la Ley General de Salud que

* Doctor en Ciencias Sociales y Profesor-Investigador Asociado del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco.

¹ “Esperé sentado en pleno silencio, rehaciéndome del asombro. Lo primero que se me ocurrió fue que mis oídos me habían engañado, o que Bartleby me había entendido mal. Repetí mi solicitud con la voz más clara que pude poner, y con la misma claridad me llegó la respuesta de antes: - Preferiría no hacerlo.” Ver Herman Melville, *Bartleby, el escribiente*, México, ámbra Cooperativa Editorial, p.22.

incorporó la figura de la objeción de conciencia. Para ello haré: 1) un perfil básico desde la filosofía del derecho de la figura de objeción de conciencia y 2) exposición de las expectativas para el caso mexicano.

Apuntes desde la filosofía del derecho

La temática que funda las reflexiones sobre la objeción de conciencia en la era moderna es la relativa a la prestación del servicio militar. Los tres autores a los que aquí hago referencia (Rawls, Dworkin y Raz) lo abordan desde ese caso en particular. Para el filósofo John Rawls, el rechazo de conciencia de una norma por concepciones morales ha de hacerse de forma pública (no de manera evasiva) y es compatible con un régimen político liberal, con tal de que tenga límites que permitan conservar un consenso general sobre todos los otros arreglos políticos y normativos. En su libro de *Teoría de la justicia*, contempla un lugar especial para la desobediencia civil y la objeción de conciencia como aquel parámetro que demuestra, en circunstancias límite, si los arreglos sociales son funcionales o no.

Ronald Dworkin afirmó en su obra *Los derechos en serio* que la desobediencia a la ley se puede dar cuando existan buenas razones (morales, éticas, religiosas o de otra índole) para pensar que el deber de obediencia a la ley es dudoso y se abren tres posibilidades: a) se acata, b) se desobedece y c) aun cuando una autoridad judicial ya validó su obligatoriedad, se insiste en desobedecer. A partir de esto, Dworkin se-

ñala que los objetores que optan por la segunda y tercera opción mandan la señal de que la carga de recibir el castigo por incumplir la ley es menor que el hecho de cumplirla. El derecho debe calcular las consecuencias de que algunas personas por sus “buenas razones” decidan desobedecer la ley, y si no hay daño a terceras personas de por medio, no sólo no aplicar castigos sino modificar la ley para darles cabida.

Por último, Josph Raz en su libro *La autoridad del derecho*, señala que la objeción de conciencia refleja un espacio de protección individual en contra del poder público y está reservado para las ocasiones en que la ley justa es desobedecida por personas que, erróneamente, valoran que no han de obedecerla. En otras palabras, es el derecho de personas a vivir en el error con la condición de que no dañen a terceras personas y asuman el costo de desobediencia. Raz concluye pensando que el derecho debe corresponder a la objeción de conciencia y afirma que debe ser limitado; la objeción debe saberse por anticipado para evitar abusos y, en general, las instituciones han de estructurarse a salvo de objetores potenciales.

Los tres autores coinciden en la caracterización de lo justo en general de la norma que se objeta. En el punto de los límites bajo el argumento de daños a terceros y la carga diferenciada del cumplimiento de la ley coinciden Dworkin y Raz. Sobre los fundamentos de la objeción, está el punto central de la discusión que transcurre desde pedir “buenas razones” hasta entenderlas como una equivocación a la que se tiene derecho.

El caso mexicano

La objeción de conciencia en México tenía, hasta antes de 2018, un modelo *contra legem*,² es decir que no se encontraba regulado. En el país se habían dado justo en este esquema los conflictos con las personas que se negaron a participar en ceremonias cívicas de honores a la bandera (Bárcena, 2007). A pesar de su no regulación, era y es posible aún pensar en la objeción de conciencia como parte del “desemquetamiento”³ del derecho de la libertad de creencia religiosa contenido en el artículo 24 constitucional.

El 11 de mayo de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma a la Ley General de Salud en su artículo 10 Bis⁴ que regula la figura de la objeción de conciencia

² Ver Pauline Capdeville, “Objeciones de conciencia en el ámbito sanitario: reflexiones en torno a su regulación”, *Bioética y bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, Sarah Chan, Francisco Ibarra Palafox y María de Jesús Medina Arellano (Coords.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2018.

³ El desarrollo del término en relación a los derechos humanos en general se puede encontrar en Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, 2013.

⁴ “Artículo 10 Bis. - El personal médico y de enfermería que forme parte del Sistema Nacional de Salud, podrán ejercer la objeción de conciencia y excusarse de participar en la prestación del servicio que establece esta Ley. Cuando se ponga en riesgo la vida del paciente o se trate de una emergencia médica, no podrá invocarse la objeción de conciencia, en caso contrario se incurriría en una causal de responsabilidad profesional. En el ejercicio de la objeción de conciencia no derivará en ningún tipo de discriminación laboral... Transitorios ... Cuarto.- Las acciones que se generen con motivo de la entrada en vigor del presente decreto, se cubrirán con los recursos financieros, humanos y materiales con los que actualmente cuente la Secretaría de Salud.” Ley General de Salud, publicada el

para el personal médico y de enfermería del sector público del país. En términos breves, esta reforma permite el ejercicio de la objeción de conciencia con su respectiva disculpa de las posibles sanciones, y, explícitamente, excluye la discriminación laboral del personal objetor. La limitante a este derecho es el riesgo a la vida o emergencias médicas de pacientes. Un último punto a mencionar es que en sus transitorios la reforma aclara que no se destinarán más recursos a las instituciones de salud ante esta modificación.

Los listados de críticas a este tipo de regulación coinciden en asumir que este tipo de reformas han sido creadas para la obstaculización del derecho a la interrupción del embarazo. En ese sentido, los puntos principales de una regulación adecuada de la objeción de conciencia que se enumeran a continuación están pensados, desde los estudios de Marcelo Alegre, Pauline Capdeville, Romina Cansino, Martha Edith Faerman y Tamara Tenerbaum, a partir de escenarios en donde personal objetor se niegue a prestar el servicio de interrupción del embarazo:

1. *Obligación de derivación.* Se refiere que cuando se presente una mujer a interrumpir un embarazo, en ejercicio de su derecho a la salud y el personal objetor, se niegue a realizarlo. Inmediatamente surge la obligación de remitir a esa mujer ante el personal cualificado de salud no objetor que

7 de febrero de 1984 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada 7 de enero de 2021, artículo 10 Bis.

esté dispuesto y tenga las habilidades profesionales para realizarlo.⁵

2. *Límites a la objeción.* Si los límites son fuertes, cualquier situación que se presente ante una persona objetora con obligación de atender un caso de una mujer de interrumpir su embarazo lo deberá realizar revisando esta redacción. Si los límites son medios se buscará que la objeción no se pueda alegar solo en casos específicos. Los límites deben ser lo más claros posibles.
3. *Registro de objetores.* Con la finalidad de impedir abusos en el ejercicio de la objeción de conciencia, se estima pertinente tener un registro público previo de objetores y que, así, se impida que fuera de su ámbito laboral público pueda ejercer conductas contrarias a su adscripción a la objeción. Para el registro no se requiere que se afirme a qué creencias o motivaciones morales o inclusive políticas se adscribe la persona objetora; mucho menos se requiere calificar de buenas las razones que exprese. El marco normativo debe ser tal que pueda dar cabida, en su justo espacio, a aquellas personas profesionales de la salud ante la solicitud de un servicio de interrupción de embarazo, por cual-

⁵ La Ley de Salud del Distrito Federal que contempla la figura de objeción de conciencia en su artículo 59, específicamente en materia de interrupción del embarazo, contiene la cláusula de la obligatoriedad de la derivación, así como la disponibilidad de personal no objetor en todos los turnos. Ley de Salud del Distrito Federal, publicada el 17 de septiembre de 2009 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*; última reforma el 17 de agosto de 2012 publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, artículo 59.

quier motivo, “preferirían no hacerlo”. Revisar esto, es confuso.

4. *Garantía del derecho a la vida y salud de las mujeres.* No puede existir la objeción de conciencia institucional; es decir, solo las personas pueden declararse (y registrarse) objetoras. Las instituciones públicas deben garantizar en todo momento la disponibilidad de personal no objetor en las áreas de atención. En materia de nuevas contrataciones de personal y cambios de adscripción, no se considera discriminación laboral la preferencia o movimientos de personal en las áreas que deben funcionar como atención de emergencias. El principio de máximo uso de recursos disponibles lleva a que las instituciones públicas de salud hagan los arreglos necesarios para brindar el servicio para el que fueron creadas, más allá de respetar a alguna persona objetora y eventualmente prescindir de todas ellas en las áreas de atención de urgencias.

Ideas finales

La forma en la que una sociedad trate a las personas que se declaran objetoras de conciencia es reflejo de su calidad de democracia y pluralismo jurídico. Las fronteras de la objeción de conciencia están claras: prohibición del daño a terceras personas y distribución de las cargas. El mandato es no obstruir la prestación del servicio de salud de interrupción de embarazo y, así, no atentar contra la vida o la salud de las mujeres. La carga será, en primer lugar, de las instituciones

públicas que deben garantizar, destinando mayor presupuesto y mayor número de profesionales de la salud no objetores, la atención de esas áreas. En un segundo momento, la carga (no sanción, ni discriminación) será para aquellas personas que siendo objetoras de conciencia ante los procedimientos legales de interrupción del embarazo, que tengan la profesión médica, con la especialidad de atención de ginecología y obstetricia, no tendrían lugar en el área de atención de urgencias del sistema público de salud.

En razón a todos los puntos aquí vertidos, la legislación mexicana tiene distintas carencias que deberán ser tomadas en consideración por la SCJN cuando discuta y resuelva el caso: no contiene la obligatoriedad de la derivación, falta de claridad de qué se entiende por “emergencia médica”, ausencia de un registro público de objetores y, por supuesto, la falta de todas las garantías de accesibilidad del servicio de interrupción del embarazo, en cuanto a recursos extraordinarios necesarios, así como la definición de una política de reclutamiento y adscripción del personal médico acorde con su obligación como garante de la vida y la salud de las mujeres.

Las modalidades accionarias en las sociedades promotoras de inversión

*Luis Figueroa Díaz**

Introducción

El derecho se encuentra en permanente dinamismo, lo que implica la evolución de instituciones, fórmulas, conceptos y principios que, en ocasiones, se piensa son inalterables.

Ejemplo de ello, es el régimen económico de las sociedades anónimas, que en las últimas décadas ha incorporado nuevas construcciones legales en torno del capital social que integra el patrimonio de las mismas.

El objetivo, así, de este breve estudio es analizar el caso de las llamadas sociedades anónimas promotoras de inversión que, como resultado de reformas a la Ley del Mercado de Valores mexicana, tienen en su composición nuevos elementos jurídicos que son de gran interés cuando se trata de emisión de los títulos valores que integran dicho capital social.

* Maestro en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco.

Concepto de sociedad anónima promotora de inversión

Las sociedades anónimas se consideraron hasta el siglo XX en todo el mundo como una consecuencia del desarrollo de la gran empresa capitalista tanto en el sector industrial como en el financiero. J. K. Galbraith habla de ellas como el punto medular de una infraestructura privada económica, anticipando que son parte no sólo de la expansión de los mercados, sino además un elemento central en la generación de excedente económico¹ y en la capitalización. Gérard Farjat, por su parte, asume el estudio del control de las sociedades mercantiles como la base de cualquier análisis contemporáneo del derecho económico.

Ello lleva a determinar que la sociedad anónima es, por excelencia, el receptáculo jurídico natural de la evolución del propio capitalismo, lo cual tiene su constatación en la conceptualización y práctica de la propia sociedad anónima. Esa conceptualización pasa, así, por la emisión de los títulos valores que representan el capital social y que ofrecen a los poseedores o propietarios el tipo de responsabilidad jurídica limitada en la propia sociedad.

Denominadas como “acciones”, el vocablo da a entender el acto de aportación de un socio al riesgo de emprender una propuesta económica, por lo que se manifiesta en esa actitud o acción de movilidad de su capital privado hacia el capital social.

¹ Ver, Gérard Farjat, *Las enseñanzas de medio siglo del derecho económico*, p. 16.

La sociedad anónima clásica mercantil, en el caso de México, está regulada por el artículo 87 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) en vigor. Pero a partir de ese concepto general han surgido particulares fórmulas o alternativas que están construyendo nociones particulares, especialmente en el caso que tratamos, sobre lo que se entiende por acciones.

Es el caso de las llamadas Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión que se diseñan en función de los mercados de capital, por lo que su organización fue integrada dentro de la Ley del Mercado de Valores Mexicana, asumiendo que su propósito no sólo consiste en la formación de una empresa mercantil, sino en la permanente captación de capitales de un amplio espectro de inversionistas globales.

Por esto, se les atribuye como una estructuración jurídica especial que, esbozando una conceptualización doctrinal, podemos entenderla como aquella formada por socios con participación accionaria serial diversa y cuya administración se compone por los pactos parasociales² y el autogobierno a fin de realizar intermediación en la captación de inversión o a través de valores en los mercados bursátiles.

Las hay de dos tipos: las llamadas Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión (SAPI) y las Sociedades Anónimas

² Tal como lo explica Soyla H. León Tovar, *Pactos de socios de la sociedad anónima*, p. 131. Señalando que se trata de incluir cláusulas sobre los derechos y obligaciones de los socios o convenios que los modifiquen, transformen, supriman o los suspendan.

Promotoras de Inversión Bursátil (SAPIB). Cualquier sociedad anónima clásica puede optar, previo acuerdo general de la asamblea extraordinaria de accionistas, por convertirse en alguna de esas modalidades.

Las acciones

En el detalle del capital social radica, sin embargo, el contenido de la modalidad o especie de sociedad anónima promotora de inversión, toda vez que la Ley del Mercado de Valores (LMV) desarrolla una tipología particular.

Proponemos analizar en este espacio solamente las que enumeramos a continuación, ofreciendo las acepciones para su identificación por el lector:

- a) Acciones restrictivas de circulación
- b) Acciones amortizables de retiro o exclusión
- c) Acciones sin voto
- d) Acciones de veto

Acciones restrictivas de circulación

En el primer caso, sobre las acciones restrictivas de circulación debemos entender que no se trata de las acciones de circulación limitada de la sociedad anónima clásica del artículo 87 de la LGSM que la doctrina ubicaba normalmente para aquellas que al ser transmitidas requieren de un previo acuerdo del consejo de administración.³ De hecho, los vocablos distin-

³ Ver, Roberto L. Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, pp. 352-353.

tivos son utilizados por la propia Ley del Mercado de Valores, específicamente cuando hace mención a la designación o revocación de miembros del consejo de administración en su artículo 16 fracción I.

Estas acciones de circulación limitada pueden ser utilizadas en aquellas sociedades anónimas donde existe participación del Estado o en las que del tipo familiar se busque la poca movilidad de los accionistas, sujetando su derecho de venta o enajenación a las condiciones que fijen los consejos de administración.

En tanto que, desde el punto de vista jurídico, las acciones restrictivas de circulación estarían caracterizadas porque son resultado de una determinación serial, es decir, los derechos de restricciones afectarían a una serie o clase específica de acciones de la compañía y, por tanto, no a toda la representación del capital social.

Además, estas acciones restrictivas de circulación pueden tener por objeto la incorporación de derechos materia de convenio entre los socios, que no es igual a un tradicional contrato de reporto de acciones, porque la LMV permite esos convenios estatutarios y que ofrecen opciones de compra o venta de las acciones.

Acciones amortizables de retiro o exclusión

El retiro de los socios accionistas de una sociedad anónima ha sido siempre uno de los principios de su éxito en el capitalismo porque les permite comprar y vender sus partici-

paciones sin ninguna restricción más que el cumplimiento de las condiciones jurídicas relativas a los títulos de crédito nominativos en sentido estricto. Además, pueden votar en asamblea la amortización o desaparición de los títulos que representan capital social.

Pues bien, así, la movilidad de los capitales es condición de esos mercados de capital y supone el avance de las fuerzas productivas que asumen los valores societarios como una mercancía más de los mercados.

Esta particularidad de la organización no se ve afectada por estas nuevas clases de acciones, sino más bien se centraliza en el elemento de la exclusión que es más propio de las llamadas sociedades de personas y específicamente de algunas formas sociales corporativas. Ahora, sin embargo, como el resto de acciones que comentamos, es opcional para una SAPI o SAPIB adoptar esta fórmula y plasmarla en un tipo específico de acción.

Pero al elegirse por los socios las acciones amortizables de retiro o exclusión se entiende que se enlazan con el reembolso o pago del costo o valor de la acción al socio.

La ventaja en este caso es que el valor de pago y sus bases pueden estar ya plasmadas en el propio título de crédito ampliando los procedimientos legales de reducción de capital social que en la sociedad anónima general se refieren a la amortización por sorteo- reembolso y la liberación de aportaciones no realizadas.

Para este supuesto, se infiere de la Ley que los socios pueden pactar la enajenación de sus acciones en oferta pública o en bolsa de valores, lo que nos permite afirmar que esta fórmula legal de las SAPIS recupera la autonomía de voluntad como principio de la organización colectiva.

Acciones sin voto y acciones de veto

Una más de este tipo de documentos valores que representan el capital social son estas modalidades de las acciones sin voto y acciones de veto. Recordemos que el principio jurídico en la sociedad anónima clásica consiste en que a cada acción corresponde un voto, siendo materia de una amplia regulación los llamados derechos de las minorías como una vertiente que tiene por objeto balancear el poder interno en las organizaciones de capital.

Es una extensión de las llamadas acciones de voto limitado que ya figuran desde hace muchos años en la sociedad anónima clásica, pero que en tanto éstas se refieren a limitar el voto de las acciones en determinados asuntos,⁴ estas nuevas modalidades suponen no contar en definitiva para cualquier asunto con el derecho político de voto o, en su otro extremo, tener un derecho de veto político.

Transparentan en el derecho mexicano una simulación legal que era recurrente mediante el contrato de reporto para

⁴ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, p. 401. Analiza a estas acciones de voto limitado designándolas como acciones preferentes de voto limitado en tanto expresa alguna ventaja con respecto de otras en cuanto a algunos de los derechos que confieren.

fortalecer o desbalancear los derechos políticos de los accionistas y, por tanto, se asume que el principio de la votación relacionado con el capital suscrito y no con el individuo sigue siendo una de las características notables de la sociedad anónima.

Sin embargo, también puede explicarse este tipo de acciones desde la perspectiva de la sindicación de acciones el cual permite una gestión que evite bloqueos o conflictos entre los socios y que para el análisis de algunos tiene por objeto el control de la sociedad ya sea para distribuirlo, transferirlos o minimizarlo.⁵ En nuestra opinión, estas acciones constatan la característica de autogobierno de las SAPI o SAPIB.

Por otra parte, el derecho de veto está vinculado con la determinación de los asuntos que lo permiten, pero, en todo caso, aparece como una expresión del elemento personal que es recuperado en las grandes sociedades de capital, donde las tendencias *stakeholder*⁶ asumen que hay determinados individuos o accionistas que por sus notables influencias en la sociedad tienen o deben tener un peso político más relevante para, en su caso, vetar las resoluciones de las asambleas generales de accionistas.⁷

⁵ Soyla H. León Tovar, *op.cit.*, p. 219.

⁶ José Manuel Rodríguez Fernández, *El gobierno de la empresa: un enfoque alternativo*, p. 81. Explica que la organización *stakeholder* es aquella que “desea satisfacer las necesidades de los diferentes grupos que la integran y de los cuales depende para su sobrevivencia”.

⁷ Tendencia hacia el *affectio societatis* elemento de la teoría contractualista de las sociedades según el cual hace hincapié en la intención de asociarse y en el elemento económico de cooperación activa, tal como lo explica Gonzalo García Velasco, *Las minorías en las sociedades anónimas*, p. 26.

Conclusión

Las SAPIS, ya sea en su forma no bursátil o bursátil, representan un nicho de estudio relevante para entender las nuevas tendencias del capitalismo empresarial y de la sociedad anónima, considerando que en el estudio particular de algunos de los nuevos tipos de acciones a elegir por los socios tratados en este breve estudio, se presenta una simbiosis entre la regulación pública de la sociedad de capital por excelencia y la autorregulación, y la neotendencia hacia la redefinición de la autonomía de la voluntad en las sociedades mercantiles.

ALEGATOS COYUNTURAL. Número 15/16, Año 2, Tercera época, enero-junio/julio-diciembre de 2020, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma Metropolitana a través de la Unidad Azcapotzalco, División Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Derecho. Prolongación Canal de Miramontes 3855, Col. Ex-Hacienda San Juan de Dios, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14387, Ciudad de México, y Av. San Pablo No. 180, Edificio E, salón 004, Col. Reynosa Tamaulipas, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02200, Ciudad de México; Teléfonos 53189412 y 53189109, página electrónica de la revista: <http://alegatosenlinea.azc.uam.mx> y dirección de correo electrónico alegatos@azc.uam.mx y alegatosuam@hotmail.com Editora Responsable Mtra. Diana Margarita Magaña Hernández Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo de Título No. 04-2015-080410074300-203, ISSN en trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título y Contenido en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Responsable de la última actualización de este número: Ing. Ramón Macías Baltazar; Sección de Desarrollo de Sistemas de la Coordinación de Servicios de Cómputo, UAM-A., Av. San Pablo No. 180, Col. Reynosa Tamaulipas, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02200, Ciudad de México. Fecha de última modificación: mayo de 2021. Tamaño del archivo 748 KB.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Autónoma Metropolitana.