

Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo

Estudios en homenaje a la
Maestra Emma Mendoza Bremauntz

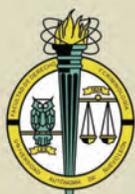
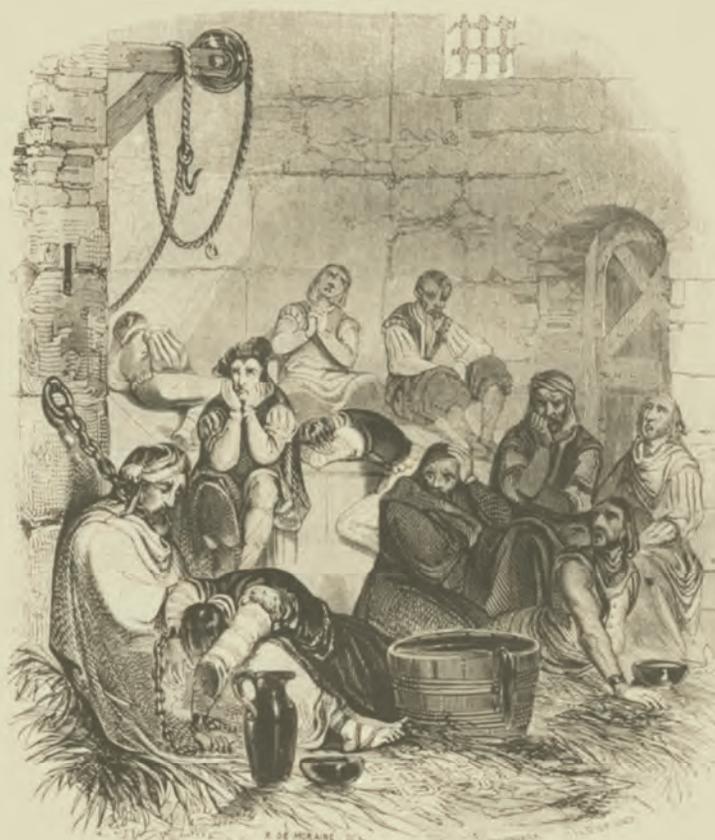
Fernando Gerardo Campos Domínguez

David Cienfuegos Salgado

Luis Gerardo Rodríguez Lozano

José Zaragoza Huerta

COORDINADORES



CRIMINOGENESIS



El Colegio de Guerrero, A.C.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
PARLAMENTARIOS
EDUARDO NERI
LIX LEGISLATURA
H. CONGRESO DEL
ESTADO DE GUERRERO



Editora Laguna



**ENTRE LIBERTAD Y CASTIGO:
DILEMAS DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO**

**ESTUDIOS EN HOMENAJE
A LA MAESTRA EMMA MENDOZA BREMAUNTZ**

ACERCA DE LOS COORDINADORES:

Fernando Gerardo CAMPOS DOMÍNGUEZ. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, donde se ha desempeñado como profesor de *Derecho Económico y Teoría Económica*. Fue Técnico Académico Asociado “C” de Tiempo Completo y Tutor del programa de fortalecimiento “PRONABES” a becarios con alto promedio. Miembro del Colegio de las Materias Jurídico-Económicas y miembro de la Asociación Autónoma del Personal Académico de la UNAM. Ha laborado en el Instituto Electoral del Distrito Federal, en el Centro de Comunicación, Control, Cómputo y Comando de la Secretaría de Seguridad Pública en Tabasco, en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

fdocamdom@yahoo.com.mx

David CIENFUEGOS SALGADO. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Guerrero. Maestro y doctor en Derecho por la UNAM. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Profesor por oposición de las asignaturas *Argumentación Jurídica* y *Derecho Procesal Constitucional* en la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Director General de El Colegio de Guerrero y Presidente de la Fundación Académica Guerrerense. Actualmente Secretario de Estudio y Cuenta de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

davidcienfuegos_unam@yahoo.com.mx

Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO. Doctor con honores y maestro en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Autor de diversos ensayos en revistas nacionales y extranjeras, ha participado en foros académicos de derecho administrativo nacionales y extranjeros. Miembro de la Asociación Nacional e Internacional de Derecho Administrativo. Actualmente se desempeña como Presidente del Comité Doctoral de Derecho Procesal, en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

geradorodriguezmx@yahoo.com.mx

José ZARAGOZA HUERTA. Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares (España), Licenciado y Maestro en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Autor de diversos libros y ensayos sobre Derecho Penitenciario y Derecho Penal, ha participado en diversos foros nacionales e internacionales. Actualmente se desempeña como Subdirector de Criminología y presidente del Comité Doctoral en la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL.

dr.zaragoza@yahoo.com.mx

***ENTRE LIBERTAD Y CASTIGO:
DILEMAS DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO***

ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA MAESTRA
EMMA MENDOZA BREMAUNTZ

Fernando Gerardo CAMPOS DOMÍNGUEZ
David CIENFUEGOS SALGADO
Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO
José ZARAGOZA HUERTA
coordinadores

FACULTAD DE DERECHO – UNAM
CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE TECNOLOGÍA JURÍDICA Y CRIMINOLÓGICA
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
COMUNIDAD JURÍDICA - EDITORA LAGUNA
EL COLEGIO DE GUERRERO - CRIMINOGÉNESIS
INSTITUTO DE ESTUDIOS PARLAMENTARIOS “EDUARDO NERI”
México, 2011

Primera edición electrónica: diciembre de 2011

DR © 2011, Fernando Gerardo Campos Domínguez,
David Cienfuegos Salgado, Luis Gerardo Rodríguez
Lozano y José Zaragoza Huerta, por la coordinación

DR © 2011, Facultad de Derecho de la Universidad
Nacional Autónoma de México, Centro de Investigación
de Tecnología Jurídica y Criminológica de la
Universidad Autónoma de Nuevo León, El Colegio de
Guerrero, Editora Laguna, Criminogénesis e Instituto de
Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri”

ISBN 978-607-7679-39-4

Editado en México

RECUERDOS PARA UNA GRAN MAESTRA:

EMMA MENDOZA BREMAUNTZ

A manera de presentación

Una de las imágenes que recuerdo con especial significado de la Dra Emma Mendoza Bremauntz, es la que me proporcionó mi arribo a la UNAM: al inicio de mis estudios en la maestría, tuve el valor (o atrevimiento) de participar, en 1994, en el proceso para la selección de profesores para una de las nuevas materias del plan de estudios de la licenciatura, *Matemáticas aplicadas al derecho*. Ahí la conocí, ella era una de las profesoras que habrían de entrevistar a los escasos aspirantes a docentes de la novedosa asignatura. La recuerdo en la entrevista, con su mirada inquisitiva e intimidante que parecía augurar mi fracaso en ese mi primer acercamiento a la docencia en las aulas de la más emblemática escuela jurídica del país. Me equivoqué: Emma resultó ser una persona amabilísima y quiero creer que algo advirtió en mi persona, en aquel año en que arribaba al DF, pues además de permitirme superar el proceso de selección (y con ello más tarde incorporarme a la planta de profesores de la Facultad), me distinguió con su fina amistad en los siguientes años.

Los lustros que han seguido a tal experiencia en la Facultad de Derecho, donde concluí los estudios de maestría y doctorado, fueron el escenario para las pláticas con Emma. Los comentarios sobre los temas de actualidad, sobre los problemas que advertía en la propia Facultad y los consejos sobre la docencia, la educación y en general sobre la profesión jurídica, fueron una constante. Nunca escatimó crítica cuando había que hacerla, ni palabra certera para definir lo que pasaba.

Nunca estuve con ella en aula, en esa relación profesora-discípulo de la que pueden presumir muchos miles de estudiantes de Emma. No fue necesario. Supe que ella era Maestra a partir de esas pláticas y críticas, llenas ambas de su fina inteligencia y de su admirable cultura. Abrevé no los contenidos de una asignatura, sino lo mejor de la vocación que ella representa: la de una jurista convencida del papel de primer orden que tiene la Universidad en la vida del país.

Con ella es fácil imaginar el talante de Miguel de Unamuno, aquel octubre de 1936, cuando enfrentó a los franquistas luego del incendiario discurso de Francisco Maldonado. En Emma es fácil advertir a lo que el bilbaíno estaba

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

refiriéndose en tan difícil trance, cuando soltó a los presentes aquellas palabras que pintan al universitario de cuerpo entero: *"Estáis esperando mis palabras. Me conocéis bien, y sabéis que soy incapaz de permanecer en silencio. A veces, quedarse callado equivale a mentir, porque el silencio puede ser interpretado como aquiescencia"*. Con Emma se aprende el valor de no quedarse callado, de disentir, de discutir, de proponer. Aunque también, su impronta me ha permitido valorar la importancia de elegir qué batallas pelear. Parafraseando al rector de Salamanca, podríamos trocar sus palabras para imaginarla en más de una ocasión, defendiendo la Facultad y el señorío de la tradición jurídica en ella presente. Unamuno en aquella ocasión habría dicho, enfrentando a los reaccionarios: "Éste es el templo de la inteligencia, y yo soy su sumo sacerdote! Vosotros estáis profanando su sagrado recinto. Yo siempre he sido, diga lo que diga el proverbio, un profeta en mi propio país. Venceréis, porque tenéis sobrada fuerza bruta. Pero no convenceréis, porque para convencer hay que persuadir. Y para persuadir necesitaréis algo que os falta: razón y derecho en la lucha".

Razón y derecho no le han faltado a nuestra homenajead. Ese acervo vital de experiencias y revisiones (y su generosa disposición a compartirlas) forjaron mi admiración por ella, de forma tal que la invitación a otros compañeros para convocar a un libro en su homenaje fue un paso necesario en esta amistad, basada en lo que a mi se refiere principalmente en la admiración y ejemplo que suscita.

Para quienes la conocen no se requiere realizar una semblanza de nuestra homenajead, sin embargo, ello es necesario para quienes no han tenido la grata oportunidad de hacerlo. Afortunadamente, han sido mejores plumas las que han relatado aquello que merece destacarse en la vida profesional y académica de Emma Mendoza Bremauntz. El lector encontrará que los ensayos de Luis Rodríguez Manzanera y Gerónimo Miguel Andrés Martínez ofrecen semblanzas precisas que expresan claramente la admiración que se puede sentir por esta mujer, de méritos indiscutibles y de alturas insospechadas, cuyo paso por las aulas universitarias durante más de tres décadas ha dejado un indiscutible legado en numerosas generaciones de juristas en nuestro país.

Su legado y ejemplo se acrecenta cuando advertimos algunos de los méritos que la pintan de cuerpo entero: fue una de las primeras agentes del Ministerio Público en el entonces Departamento del Distrito Federal; inició su labor docente en el nivel secundario y solo lo hizo en el nivel superior cuando estudió el doctorado; fue parte de la generación del cambio de la UNAM del centro a la Ciudad Universitaria; estudio pintura en San Carlos, aunque interrumpió sus estudios por el movimiento del 68; integró numerosos grupos de trabajo (entre ellos el de la revista *Messis*); su vocación de Maestra le ha llevado siempre a

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

investigar, escribir, publicar, organizar ciclos de conferencias e impartir algunas; ha sido funcionaria universitaria en numerosas ocasiones: ha recibido múltiples reconocimientos en México y en el extranjero. A pesar de todo esto, Emma sigue adelante, no se detiene ante lo hecho, sigue enseñando, sigue investigando, sigue dándonos muestra; sigue siendo modelo.

Hace algunos años invité a Emma a participar en un libro para homenajear a Marcia Muñoz de Alba Medrano, a quien perdimos en plena madurez académica. Su participación no pudo ser otra: escribió sobre la enseñanza del derecho. El epígrafe de su ensayo es un magnífico *obiter dicta*, de innegable contundencia, que retrata una visión particular del profesional del derecho y de la cual nuestra maestra y amiga hace gala todos los días: “*Quien se siente poseedor de información acabada tiene agotadas sus posibilidades de aprender y de enseñar en forma realmente provechosa*”. Emma lo sabe y lo ha transmitido a nuestros oídos de manera constante, en una prédica inacabada que emula el primer mandamiento de Couture. Al lado de Emma he podido reafirmar la importancia de tener presente esta circunstancia en la labor docente y profesional: “*Estudia: El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado*”.

Finalmente, porque es necesario hacerlo, a Emma le extiendo una disculpa, a nombre de los coordinadores, por un detalle evidente en la confección de este merecido homenaje: no están todos los que estoy seguro hubieran querido participar en él. Mis limitaciones son palpables en el rubro: desconozco a los miles de amigos y alumnos que estoy seguro querrían estar aquí en esta obra, para homenajearla. Me consuelo pensando que no todo está perdido: estoy seguro que nuevos esfuerzos tendrán mejor arquitecto. Pero sobre todo, espero que el nuevo esfuerzo pueda ser editado en versión impresa. Si aquí faltó el papel, me queda claro que sobró el corazón y el cariño que entregamos a Emma, nuestra Maestra y Amiga.

A nombre de los coordinadores, agradezco a tod@s quienes nos enviaron sus ensayos para integrar esta obra colectiva. Invariablemente tod@s manifestaron beneplácito por el proyecto y tod@s se interesaron oportunamente por los detalles. Contingencias que escaparon de nuestras manos nos llevan a entregar esta obra en versión electrónica, pero estamos convencidos de que en nada mengua la intención de que Emma pueda advertir la merecidísima admiración que ha dejado su impronta en quienes la hemos tratado en estos años.

Las instituciones que aceptaron gustosamente participar en esta edición electrónica lo hicieron convencidas de la valía de homenajear a la Dra. Emma Mendoza Bremauntz, y a todas ellas les expresamos nuestro agradecimiento. Mi agradecimiento especialmente a la Facultad de Derecho de la UNAM, cuyo

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

director, el Dr. Ruperto Patiño Manffer, aceptó inmediatamente que la obra llevara el sello editorial de la institución, por ser ahí donde en las últimas cuatro décadas los pasos y las voces de nuestra homenajeada han resonado y donde espero lo sigan haciendo por mucho tiempo.

A Fernanda González Tucker le agradezco su valiosa ayuda en la revisión de los textos, para lo cual robó tiempo, de manera desinteresada, a sus estudios de posgrado. Rodolfo Sánchez Zepeda contribuyó no sólo en el plano académico con un artículo de su autoría, sino que también lo hizo en el plano económico permitiendo que esta obra colectiva viera la luz en su versión digital. De la misma manera, el maestro Nelson Valle López, director del Instituto de Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri” del Congreso del Estado de Guerrero, contribuyó institucionalmente con recursos para este libro electrónico que homenajea a la primera autora que abordó la problemática penitenciaria en el Sur de México. Alejandro Carlos Espinosa, director general de Criminogénesis, desde el inicio apoyó la idea del homenaje y estuvo presto a orientar sobre la edición de la obra. La Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de los profesores Luis Gerardo Rodríguez Lozano y José Zaragoza Huerta, allanó algunas de las dificultades económicas surgidas. En suma, este libro electrónico es, por encima de todo, una suma de voluntades y recursos, institucionales y personales, que permiten advertir como un objetivo loable, como es el de honrar a una ilustre jurista, puede y debe llevarse a cabo, pese a todos los contratiempos.

Los coordinadores de la obra, a la distancia, nos sentimos satisfechos de la convocatoria y del resultado. Creemos que el esfuerzo vale la pena porque da cuenta del cariño y admiración que numerosos juristas nacionales y extranjeros sienten por Emma Mendoza Bremauntz, doctora en derecho, pero por encima de todo nuestra Maestra. Ese agradecimiento que todos los días le hacemos al agradecerle su ejemplo, hoy se concreta en este volumen colectivo de estudios para ella. Ojalá y nuevos y merecidos reconocimientos se hagan realidad pronto.

David CIENFUEGOS SALGADO
Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM
Miembro del Sistema Nacional de Investigadores
México, DF, diciembre de 2011

EMMA MENDOZA BREMAUNTZ

Luis RODRÍGUEZ MANZANERA

Emma Carmen Mendoza Bremauntz fue mi alumna en la cátedra de Criminología, en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y pocos alumnos han influido tanto en mi vida personal y académica como Emma.

La División de Estudios Superiores se había fundado a fines de 1969 para substituir al antiguo doctorado; el Jefe de la División lo fue el Dr. Fausto Vallado Berrón, uno de los pilares de la Facultad, quien me llamó para ser el Secretario y reorganizar los estudios de postgrado.

Convocamos a los profesores de la Facultad a ingresar a la División para acrecentar su currículum con miras a presentarse a concursos de méritos y, en su caso de oposición, para obtener la titularidad.

Emma Mendoza era de los jóvenes profesores que acudieron, había acreditado las materias de especialización y maestría, de manera que ingresó directamente al doctorado, optando por materias del área penal, pues ya su tesis profesional había versado sobre la ejecución de las sentencias penales.

Sin embargo, la materia que impartía desde 1972 era Historia del Pensamiento Económico, quizá influida por los semestres de la carrera de Historia que había frecuentado en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM.

En 1973 la conocí con un grupo de alumnos de los que deja huella, no sólo por su madurez (algunos como Emma ya principiaban a dar clases en la Facultad), sino por su gran actividad y participación en todas las actividades de política estudiantil, sociales y, sobre todo, académicas.

Emma había fundado una revista jurídica denominada “*Messis*”, que tuvo gran influencia por la calidad de los artículos, escritos en principio por los profesores de la División de Estudios Superiores y, posteriormente, por diversos catedráticos.

La revista *Messis* representaba una proeza lograda por la dedicación de Emma y de sus colaboradores, todos alumnos de la División, como Maurilio Córdoba Saldaña, José Trabulsi, Beatriz Galindo, Raquel Sagaón, entre otros, y con un Consejo Editorial de lujo, conformado con la flor y nata de los catedráticos doctorales.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Con “*Messis*” como tarjeta de presentación, Emma y su grupo destacaban en la Facultad, muy unidos, tenían su propio escudo (diseñado por Maurilio), y sus propias actividades, de manera que les propuse realizar algunas acciones relacionadas con la materia que estaban cursando: Criminología.

Organizamos el primer curso de Actualización en Criminología en julio de 1974, con Quiroz Cuarón, Franco Guzmán, Moreno González y Sánchez Galindo, e inmediatamente, dado el gran éxito del primero, un segundo con ponentes brasileños, Alves da Silva, Pizzotti Méndez y Viana de Moraes.

La idea de crear una Sociedad Mexicana de Criminología la teníamos de tiempo atrás, y muy desarrollada por las diversas reuniones que con colegas y alumnos teníamos en mi casa, sin embargo no cuajaba pues al maestro Quiroz Cuarón no le convencía mucho, a pesar de pertenecer a la Academia Mexicana de Ciencias Penales como miembro de número, y tener su propio grupo denominado “los Pergaminos”, no le gustaban mucho los membretes.

Con Roberto Tocavén y Emma hicimos un proyecto de Sociedad de Criminología, con estatutos y todo; Emma diseñó un escudo con Tzinacantli, el dios murciélago, guardián nocturno de templos, casas y tumbas, rodeado de un aro que representaba los puntos cardinales.

Llevamos el material al maestro don Javier Piña y Palacios, Director del Instituto Técnico de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (Instituto que llevaría su nombre), donde se iniciaba la primera Maestría en Criminología; la idea le pareció excelente y nos prometió hablar con el Maestro Quiroz Cuarón.

En tanto Salvador Avelar, esposo de Emma y patrocinador de la revista *Messis*, nos preparó una papelería de lujo, con proyecto de diplomas, invitaciones, sobres, etc., ya que tenía una importante editorial, “Avelar hermanos impresores”.

Así, con el maestro Piña y con Emma, se convenció a Quiroz Cuarón a aceptar la presidencia, realmente es difícil decirle que no a Emma, y menos acompañada de Tocavén, Sánchez Galindo, Julia Sabido y María de la Luz Lima.

Así se fortificó una amistad que ha durado toda la vida, nuestras relaciones de familia han sido muy estrechas y hemos estado juntos en las buenas y en las malas, en mi boda (Emma me regaló las invitaciones), en la muerte de los maestros Quiroz, Piña y Tocavén, en los problemas, huelgas y revueltas universitarias. Nuestros hijos jugaron juntos y Emma es la madrina de bautizo de mi hija Italia.

La Sociedad Mexicana de Criminología se protocolizó el primero de marzo de 1975, el acta la firmamos el maestro Quiroz Cuarón, Emma como tesorera y yo como secretario. La ceremonia de entrega de diplomas se haría en ceremonia solemne en el Auditorio de la Procuraduría, con invitados de lujo —como Carlos Severín Versele, de Bélgica—, y con los 144 socios fundadores.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

El éxito de la Sociedad fue inmediato, ahora los cursos, conferencias y actividades diversas se hacen bajo el membrete de la Sociedad; Emma y su hermana hacen una cubierta sobremesa (a la que llamamos “el mantel”) con el escudo de la Sociedad, para todas nuestras ceremonias. Se publica una “Revista Mexicana de Criminología”, pues Messis se ha convertido en Editorial, que va a publicar, entre otros títulos, mi libro “Delincuencia de Menores en México”, así como “La personalidad psicopática” de María de la Luz Lima.

En 1978 muere el maestro Quiroz Cuarón dando clase en la UNAM, lo cual fue una conmoción, le pedimos al maestro Piña hacerse cargo de la presidencia de la Sociedad, lo cual aceptó con la condición de que Emma y yo continuáramos en la Mesa Directiva; Piña y Palacios fue presidente hasta 1981, en que yo tomé la presidencia, ahora con Emma y Tocavén.

Emma fue Vicepresidenta de la Sociedad de 1984 a 1986, año en que es elegida Presidenta, encargo que desempeñó hasta 1988 en que tomaría la Presidencia Roberto Tocavén.

Largo sería relatar todo lo que se ha hecho en la Sociedad Mexicana de Criminología en estos 35 años, en todo ha estado Emma Mendoza, no se entendería la Criminología en México sin ella: 25 cursos de actualización, 13 congresos nacionales, casi 100 números de la Hoja Criminológica, más la presencia internacional y nacional en cursos, conferencias, reuniones, foros, simposia, etcétera, etcétera.

Por todo lo anterior se otorgó a Emma la Medalla al Mérito Criminológico “Alfonso Quiroz Cuarón”, correspondiente a 1998, que se entregó en una emotiva ceremonia en el Auditorio *Jus Semper Loquitur* de la Facultad de Derecho. La Medalla “Quiroz Cuarón” es la máxima presea que se concede en nuestro país en materia criminológica.

Otra faceta importante en la vida de Emma Mendoza es la de penitenciarista, ya que en 1984 Antonio Sánchez Galindo, Director General del Sistema Penitenciario del Distrito Federal, le pidió que lo auxiliara en la Subdirección del Centro Femenil de Readaptación Social, lo que Emma aceptó, pasando a la Dirección en 1985, donde permanecería hasta 1988.

La misión no era fácil, pues además del deterioro que había sufrido el sistema penitenciario en el sexenio de López Portillo, las instalaciones eran inadecuadas, pues “cárcel de mujeres” ocupaba el edificio que había sido construido para hospital de concentración de reclusorios con anexo psiquiátrico. En una de las decisiones más absurdas de la historia del penitenciarismo mexicano, se cerró el hospital (que era un orgullo para el país) y se trasladaron los enfermos al Reclusorio Sur, pasando las mujeres al hospital y convirtiendo la antigua prisión femenil en la terminal de los autobuses de la “Ruta 100”.

Para colmo de males, viene el terremoto de 1985 y las instalaciones quedan seriamente dañadas (se derrumbó una parte de la pared de la torre), pero Emma

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

logró superar la situación con gran inteligencia, capacidad de organización y, sobre todo, bondad y humanitarismo, lo que le ganó el respeto y reconocimiento de la población reclusa y de sus familiares.

Emma fue una excelente directora del Centro Femenil, no tuvo problemas serios y pudo desarrollar, con un selecto equipo humano, un buen programa de readaptación social.

Lo anterior me consta, pues en esa época yo había aceptado la Dirección Técnica del Sistema de Reclusorios del DF, y pude trabajar codo con codo con Emma, tanto en el diseño de instrumentos como en los programas de tratamiento; teníamos el apoyo de Sánchez Galindo y se había conformado un buen grupo de trabajo, con el que fuimos superando las dificultades y carencias.

No cabe la menor duda que la vocación primaria de Emma es la Academia, su casa ha sido la Universidad, donde es claro que ha pasado la mayor parte de su vida.

Como mencionamos, ingresó a la cátedra en 1972 y logró la titularidad por oposición en 1977, en las materias de Historia del Pensamiento Económico y Teoría Económica. Llama la atención que una persona tan reconocida en el medio criminológico tenga como cátedra base las materias económicas, pero esto es muestra del espíritu universal, la variedad de intereses y su cultura general. Actualmente preside el Colegio de Profesores de materias económicas en la Facultad de Derecho.

Desde luego que imparte también materias criminológicas, tanto en la División de Estudios de Posgrado como en diversas universidades de la República, así entre sus cursos encontramos: Criminología, Penología, Menores infractores, Criminalidad femenina y, desde luego, Derecho penitenciario.

En la UNAM ha ocupado diversos puestos, pero son de remarcar en la Facultad de Derecho, la Secretaría de Asuntos Estudiantiles y la Secretaría General. La primera destaca por la peculiar dificultad de la posición, pues es la encargada de tratar con los estudiantes, para lo que se necesita autoridad pero, sobre todo, simpatía, paciencia y espíritu juvenil, todas ellas virtudes de Emma. La segunda, la Secretaría General, por la enorme responsabilidad, ya que es la segunda posición en el organigrama; es digno de mencionarse que, según mis registros, es la primera mujer en este cargo, que desempeñó con eficacia a pesar de tener una época con problemas de salud.

En el INACIPE, además de sus brillantes cátedras, ocupó la Dirección de Docencia (1989-1993), llevando a la institución a uno de sus mejores momentos en calidad académica y, cuando el Instituto Nacional de Ciencias Penales fue cerrado por un capricho político y convertido en Instituto de Capacitación (materialmente policiaco), Emma sacó adelante los estudios superiores como Directora de Posgrado.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

La obra escrita que nos ha obsequiado la Dra. Mendoza es abundante y digna de un amplio análisis y múltiples comentarios que, por la naturaleza de este escrito, no es posible realizar, pero debemos, con la brevedad del caso, al menos mencionar.

Independientemente de sus numerosos artículos, me detendré en un par de libros que ilustran de manera muy objetiva la profundidad y calidad del pensamiento de Emma Mendoza; ellos son el “Derecho Penitenciario” y la “Delincuencia Global”.

El primero de ellos, Derecho Penitenciario, nació como tesis doctoral; por el agobiante trabajo penitenciario y la nutrida actividad académica, la maestra Mendoza había ido posponiendo la elaboración de su trabajo recepcional para el grado de Doctor, a pesar de que sus amigos la animábamos a terminar, pues tenía material de sobra.

Por fin se decidió y me pidió que fuera su director de tesis; menudo trabajo, pues la experiencia teórica y práctica rebasaba en mucho los requisitos para su obra, además de que la minuciosidad y el cuidado en la redacción hacían tender hacia el perfeccionismo.

Fueron muchas horas de trabajo conjunto, de discusiones, de intercambio de ideas, en las que aprendí una buena cantidad de cosas y me obligué a revisar algunos conceptos que se me estaban anquilosando. Sale sobrando mencionar que el examen fue un éxito y que Emma, ahora la Dra. Mendoza, obtuvo el grado con todos los honores.

Con los ajustes y correcciones necesarios, la obra se publicó de inmediato como libro (McGraw Hill), y se convirtió en texto obligatorio de la materia, por lo completo, actualizado y de fácil comprensión gracias a la experiencia docente de la autora y su larga experiencia en el campo.

En nuestro país hemos tenido un considerable desarrollo (al menos en la teoría y en la llamada “dogmática”) en el Derecho penal sustantivo, y notables autores en el Derecho procesal penal pero, con notables excepciones, padecemos una gran carencia en el Derecho ejecutivo penal o Derecho penitenciario. Comprensible por la tardía aparición de normas específicas que reglamentaran la ejecución de la pena y los aspectos penitenciarios, regidos por antiguos reglamentos y por inveteradas costumbres.

Es necesario normar contra qué y cómo se reacciona, cuando se capta alguna conducta (o algún sujeto) como peligroso o dañoso; nacen así las normas penales y las teorías de la pena, que buscan justificar o al menos explicar la potestad punitiva del Estado.

El libro se orienta a estudiar la etapa final, la reglamentación de cómo se ha de ejecutar la sanción y la forma como han sido tratados los delincuentes, que ha evolucionado permanentemente (unas veces para mejorar, otras para empeorar, nos dice la autora), hasta la realidad jurídica (y fáctica) actual.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El hilo conductor de la obra es el trato y el tratamiento del delincuente: cómo ha sido, cómo es, y cómo se propone que debería de ser, a través de las normas internacionales (instrumentos de Naciones Unidas) y de la experiencia nacional.

Aunque son muchas las formas de reaccionar o sancionar por parte del Estado, ha sido la privación de libertad la que ha prevalecido, y como “la prisión, desde el momento en que sistemáticamente se le utiliza ya como pena, ha sido el medio favorito para castigar y manejar a los delincuentes”, se convierte en el personaje central de la historia y hay que ver su desarrollo, su evolución (y en ocasiones su involución), sus idas y venidas, sus éxitos y fracasos.

La prisión está sufriendo una de sus peores crisis, reflejo de una crisis más profunda que es la del sistema de justicia penal en general. Sin embargo es omnipresente, es la referencia obligada al hablar de castigo, de pena, de justicia.

Vilipendiada y despreciada, acusada de ser el origen de todos los males, su fin natural parecería ser la abolición, como alguna vez sucedió con la siniestra pena de muerte, pero las probabilidades de que la cárcel desaparezca parecen ser muy escasas.

Por esto nos preocupa, al igual que a la Dra. Mendoza, el amenazante retorno a las ideas vindicativas y de simple retribución, a la eliminación de toda idea de tratamiento (el deprimente “nothing works”), a la desaparición de instituciones abiertas y regímenes progresivos, a la imposición de penas que suman cientos de años, a la aparición de la prisión “presoteca”, simple depósito de seres humanos en altísima seguridad, al retroceso que representa la suspensión de beneficios penitenciarios y la exclusión de los substitutivos y alternativas a la pena privativa de la libertad, y como una lógica secuencia, al amago siempre latente de la pena de muerte.

Por esto es tan valioso el “Derecho penitenciario” de Emma Mendoza, que representa lo positivo, con una crítica dura, clara y fundada, pero con la presentación de soluciones, de propuestas, de prácticas exitosas, que pueden si no hacer la cárcel “buena” —eso no existe—, por lo menos que México retorne al paradigma penitenciario que alguna vez fue ejemplo en el mundo y orgullo propio.

La otra obra de Emma que me gustaría comentar es “Delincuencia global”, que tiene espléndidos prólogos de Raúl Zaffaroni y de Elías Carranza, y que logra reunir la formación de economista con la de criminóloga y jurista de la autora, logrando una síntesis remarcable.

La primera versión de este libro fue publicada por la Academia Nacional de Seguridad Pública, que yo tenía el privilegio de dirigir y que contaba, entre sus múltiples funciones, con la difusión y formación de una cultura en materia de prevención del delito y de seguridad pública.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Principiaba el presente siglo y era indispensable enfocar y enfrentar el fenómeno de la globalización y sus consecuencias en el ámbito de la criminalidad, que se hacía cada vez más internacional y más presente en nuestro país.

Pedimos a la Maestra Mendoza hacer un estudio de la situación, claro y comprensible, que tuviera gran difusión y en que se explicaran los vínculos que se establecen entre globalización y delincuencia, no sólo en nuestro país sino a escala mundial, con miras no solamente al conocimiento del fenómeno, sino a la búsqueda de formas exitosas para enfrentarlo.

La respuesta de la Dra. Mendoza fue excelente y produjo un estudio intitulado “La Globalización de la delincuencia”, que rápidamente se convirtió en una consulta obligada para todos los que participaban en las complejas funciones del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Cinco años después publicaría su “Delincuencia Global”, con las ideas ya afinadas, con la experiencia del terrorismo (S-11), y con la clara consciencia de que los principios enunciados era válidos y que, a pesar de parecer alarmantes, se habían quedado cortos.

La formación de la Dra. Mendoza le permite encontrar la vinculación de los aspectos económicos y de la globalización de la economía con el delito transnacional, la organización comercial, financiera e industrial con el crimen organizado, y el hilo conductor que representa la corrupción y sus consecuencias de impunidad.

Se hace una cuidadosa revisión de los instrumentos internacionales y de la necesidad de una cooperación y asistencia mundial para enfrentar esta nueva delincuencia globalizada, altamente tecnificada, notablemente bien organizada y, por desgracia, terriblemente violenta.

Estamos con Emma en que el problema va más allá de lo criminológico y que es necesaria una toma de conciencia de las múltiples variables que vienen a complicar la situación, que tiene implicaciones sociales, políticas, jurídicas y económicas, que van más allá de lo regional y local.

Con esto terminamos este modesto homenaje a una de mujer, universitaria integral y figura internacional, que mucho ha aportado a la ciencia, al conocimiento y a nuestro país.

México, MMXI

LA ACTUALIZACIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN

Emma MENDOZA BREMAUNTZ

En homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano

Quien se siente poseedor de información acabada tiene agotadas sus posibilidades de aprender y de enseñar en forma realmente provechosa [José Bleger]

Sumario: I. Una justificación y una visión panorámica del trabajo II. Aspectos críticos y criticables. III. Los profesores universitarios en la UNAM, en sus diversos niveles y categorías. IV. La profesión de abogado y la forma en que se mira desde los distintos grupos sociales. V. La crisis del Derecho en el fin de milenio. VI. Enseñanza y aprendizaje jurídico ¿Posible combinación? VII. Reforma y modernización de la enseñanza del Derecho VIII. El peso del mundo globalizador frente a una tradición educativa no superada. IX. La reforma de la enseñanza jurídica como una posibilidad actual. X. Fuentes de consulta.

I. UNA JUSTIFICACIÓN Y UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL TRABAJO.

En primer lugar la participación en un libro homenaje para alguien a quién, entre otras muchas cuestiones académicas, le ha sido importante analizar el tema de la enseñanza, me parece una distinción, además de que los reconocimientos académicos son quizá una de las mayores satisfacciones que se pueden obtener, cuando se ha trabajado intensamente en el mundo académico por lo cual siempre es grato contribuir a hacer patente el reconocimiento que una publicación así significa.

Puedo en principio afirmar que este trabajo es más un ensayo que una investigación, apoyado en una larga experiencia profesional y docente, que no son lo mismo. Primero fui abogada, Licenciada en Derecho como se dice técnicamente ahora, y después fui docente y ambas experiencias me han llenado una ya larga vida, de satisfacciones pero también de inquietudes y cuestionamientos.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Sé por experiencia propia que a pesar de que un mayoritario porcentaje de profesores de Derecho en todo el mundo, no solo en México y en la UNAM, ingresan a la cátedra sin ninguna o muy poca preparación para la docencia, especialmente para la docencia en educación superior, por lo cual se desarrolla esta enseñanza mas con el deseo de comunicar experiencias que con las técnicas pedagógicas que mucho servirían para inducir un mejor aprendizaje.

De ahí algunos de los planteamientos contenidos en este trabajo; que por otra parte encuentra una fuerte motivación en lo que está sucediendo en el mundo, tanto por la tendencia mundializadora como por las agresiones al Derecho, cuestiones estas que vivimos cotidianamente; por lo cual se requiere un mejor esfuerzo en el cumplimiento de los fines fundamentales que por Ley se le han asignado a nuestra Universidad y que además derivan de su naturaleza misma y sus orígenes, como son la enseñanza, la investigación, la difusión de la cultura.

El profesionista recién egresado, se enfrenta ante los cambios mundiales y ante las consecuencias que estos están produciendo en la vida cotidiana de toda la población y nuestros discípulos enfrentan en su desempeño profesional, cuando salen de las aulas, con un mundo nuevo, desconocido en tanto que la enseñanza tradicional, a veces casi medieval, les parece insuficiente frente a todos los problemas que deben resolver.

Par mí, la justificación de incursionar en estos temas educativos se encuentra no solo en los años de experiencia y estudio, en la inquietud de encontrar opciones para mejorar la enseñanza, en la observación de los errores cometidos, propios y ajenos y la firme convicción de la necesidad de superarlos y mejorar siempre la función docente, sino en estas condiciones que el mundo presenta y respecto a las cuales no estamos aún preparados para enfrentar y menos estamos preparando a nuestros egresados..

Tal vez la primera inquietud nace en los tiempos de mi inicio de la cátedra, en el Curso de Didáctica que para la formación de profesores de Derecho se dio hace ya muchísimos años por un grupo de pedagogos que incluía a Tessy Obregón y a Martiniano cuyo apellido se me escapa y en el cual participamos un grupo de profesores de la Facultad que nos inquietábamos por aprender a enseñar.

Ya en años anteriores durante el estudio del Doctorado, que en esos tiempos era, como la Especialidad y la Maestría, presencial y consecutivo de las dos etapas, tuve clases de Técnica de la Investigación, de Metodología y de Técnicas de enseñanza, las cuales sirvieron de guía espléndida para el nuevo aprendizaje de la profesión y muy especialmente las técnicas de enseñanza, por los maestros extraordinarios que tuve, lo cual me sensibilizó de manera especial para preocuparme por una mejor preparación didáctica y me orientó en cuanto la auto preparación en esa área para desempeñarme con mayores probabilidades de éxito.

Con los años, el contacto con los estudiantes me ha permitido moldear un poco mis clases y descubrir el “cómo hacer” (el famoso “know how” norteamericano) para

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

motivar a los alumnos y guiarlos, a veces con una presión más fuerte, a veces induciéndolos a la lectura y a la discusión, pero siempre encontrando nuevos problemas y nuevas soluciones.

Esa preparación me ha impulsado a continuar investigando en diversos temas jurídicos, libremente ahora, por cuanto a profundizar en las cuestiones que me han parecido interesantes y aplicables a la profesión, tanto de maestra como de abogada, dirigiendo mi trabajo en forma mixta, por así llamarla, para a la vez que se comparten las lecturas y los estudios con los estudiantes, también se expliquen las experiencias del mundo laboral.

Los problemas que se nos presentan ahora con el cambio de siglo y la mundialización y sus políticas, demandan una constante investigación y estudio, tanto de los profesores como de los alumnos. Y para completar el cuadro de actividades de actualización permanente tenemos la política legislativa que parece suponer que si no se reforman las leyes cada semestre, se hacen obsoletas y así no se les puede culpar de los problemas sociales.

Se ha comentado siempre que el investigador serio debe ser objetivo, no involucrar en sus investigaciones cuestiones emocionales o ideológicas propias, pero realmente resulta imposible hacerlo, porque desde la selección de los temas a estudiar, se denotan intereses e inquietudes personales y pienso que si en el estudio y la investigación, así como la enseñanza, no hay pasión e interés personal, los resultados son frecuentemente, por no decir siempre, poco atractivos, fríos o demasiado técnicos, lo cual a veces los hace inútiles para respaldar los cambios de conducta que significan la educación y el aprendizaje útil.

La afirmación respecto a la falta de conocimientos pedagógicos en la mayoría de los profesores en las Escuelas y Facultades de Derecho, no constituye de ninguna manera una agresión ya que yo misma me incluyo en mis inicios, dentro del grupo que iniciamos el ejercicio docente sin estos conocimientos, o con unos muy superficiales, pero también hay que admitir que una parte importante de ellos, entre los que me vuelvo a incluir, hemos buscado la forma de mejorar nuestro desempeño y hemos logrado algunos avances, aún cuando se sabe que esta cuestión de la enseñanza demanda, como todos los estudios, una permanente actualización.

II. ASPECTOS CRÍTICOS Y CRITICABLES

En los años finales del siglo XX, fue claramente perceptible una actitud crítica respecto a la importancia del Derecho y la imposibilidad que se presentaba, para resolver los conflictos internos e internacionales que, desde el final de la II Guerra Mundial, con todos sus horrores, se había supuesto o deseado que no se repitieran.

Pero la violencia brutal en África, la desatada en la antigua Yugoslavia, por mencionar solo los más notorios pero no únicos movimientos bélicos en el mundo, los ataques terroristas con resultados dolorosos en miles de personas inocentes, la proliferación del tráfico de armas y la creación de estas, con un poder cada vez más destructivo y selectivo, han concurrido al desprestigio de las soluciones pacíficas,

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

impulsado este desprestigio por los negociantes de la delincuencia y los promotores de las guerras como negocio y campos de experimentación de sus productos.

Es difícil explicar la evolución de la enseñanza o mejor dicho del proceso de enseñanza-aprendizaje, partiendo de una situación como la esbozada, además de arrostrar los problemas que los abogados han de tratar de resolver, en un mundo con presiones globalizadoras pero que mantiene la soberanía de la mayoría de sus componentes nacionales y en el cual, para formarse en la profesión de estudioso del Derecho, deberán mantener el conocimiento válido al interior de sus países pero además aprender, aunque sea de la manera más elemental, los principios jurídicos que sostienen la globalización y las relaciones internacionales en niveles públicos y privados, analizando lo positivo y lo negativo de las nuevas tendencias.

Conocer la forma de organización de los despachos legales en otros países para poder competir con ellos dentro y fuera del país, es una de las cuestiones que requiere la formación de los nuevos abogados, la utilización de los sistemas electrónicos de comunicación y conocimiento, inclusive la forma de cobrar honorarios y pagar impuestos son aspectos que no encajan en los sistemas de enseñanza tradicionales de las universidades de América Latina, que aún rigen en la mayoría de ellas.

La universidad, desde su medieval nacimiento, ha sido el centro de difusión cultural y científico, dedicado básicamente a la enseñanza superior y aún cuando ha evolucionado conjuntamente con las sociedades a las cuales pertenezca, no lo ha hecho al mismo ritmo

Podemos percibir sus cambios con la desaparición del sistema feudal, con el auge y desaparición de las monarquías absolutistas, su adecuación a los resultados de la Revolución francesa y del Estado liberal, para hacerlo igualmente al sistema económico capitalista surgido de la Primera Revolución Industrial y al socialista en la URSS surgido de las ideas de Marx y las propuestas de Lenin.

Es claro observar que “entre la Universidad de París, de 1245 y la misma Universidad azotada por la rebelión universitaria de 1968, que abocó a Francia a una grave crisis política; entre las universidades coloniales de Santo Domingo y de México y Lima,... y las universidades latinoamericanas de esos mismos lugares en nuestros días, solo existen en común el nombre de “universidad” y la condición de centro del conocimiento superior”.¹

Y en el caso de las universidades de América, desde México a la Argentina, tan celosas de su autonomía, aparece como monstruosa la idea de uniformarse con las universidades europeas o norteamericanas, como se está haciendo en muchos casos, para abrir la posibilidad de continuar o iniciar estudios en ellas sin necesidad de llevar cursos especiales para complementar conocimientos o requisitos de estas.

En algunas escuelas primarias y secundarias particulares, se ha hecho un esfuerzo para implantar y desarrollar un sistema que, cumpliendo con los programas

¹ Ricord, Humberto E., UNIVERSIDAD Y ENSEÑANZA DEL DERECHO., México, Ricord, 1971, p.19.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

determinados por la Secretaría de Educación Pública, desarrolle al mismo tiempo, sin hacer demasiado prolongados los plazos de estudio, el programa que con visión mundial, llevan a cabo los sistemas educativos europeos, por ejemplo, de manera que un estudiante que por circunstancias familiares no pueda terminar sus estudios en México, pueda continuarlos en el extranjero sin perder el tiempo de estudio hecho en México, el cual, en estos casos y mediante acuerdos privados interinstitucionales, tiene reconocimiento en el país en que van a continuar sus estudios.

Pero el negarse a estas posibilidades parece marginar a los alumnos de nuestros sistemas para desempeñarse con éxito en el mundo global que amenaza con tragarse las naciones, en aras de una uniformidad deseable en algunos aspectos pero verdaderamente desagradable en otros.

Sin embargo, la apertura que a nivel profesional se antoja como indispensable, resulta sumamente compleja en cuanto a enfrentar las deficiencias que los alumnos tienen desde sus primeros años escolares, carentes de solidez y que han mal cumplido con los programas oficiales.

Se tiene que estará consciente de la necesidad de lecturas analíticas, argumentación, discusión, investigación independiente, capacidad de análisis y síntesis, la fundamentación de opiniones y todo aquello que puede y debe hacer un profesionista para desenvolverse como tal, y observamos las carencias que arrastran los jóvenes que milagrosamente llegan al nivel profesional, sin tener los prerrequisitos lógicos y educativos para hacerlo, nos preguntamos cuál puede ser la mejor manera de ayudarlos a superarse.

Las actuales campañas de colaboración mediante las cuales solicitan instituciones y gobierno ayudar para comprar por ejemplo, computadoras para que los niños de primaria aprendan a usar Internet, me pregunto si los pequeños que acuden a las escuelas después de caminar kilómetros para llegar a ellas, con sus estomaguitos casi vacíos y la piel erizada de frío. ¿Qué será más importante, darles computadoras, o vestirlos y alimentarlos?

¿Tiene la población la responsabilidad de, además de pagar religiosa y forzosamente sus impuestos, hacerse cargo de los compromisos políticos de campaña que no se han cumplido? y ¿Quién va a verificar de que se utilicen adecuadamente las computadoras y se enseñe a los maestros y a los niños a usarlas?

Porque cuando ya llegan los pequeños por fin a las aulas de nuestras escuelas o facultades, icómo quisiéramos que supieran leer y escribir mejor, que pudieran analizar sus lecturas, aprobar sus materias, que tuvieran un sentido crítico y propositivo y no que simplemente repitieran, cuando bien nos va, los contenidos de los textos que se les recomiendan o aceptar lo que los manipuladores les dicen sin entender claramente su significado y consecuencias!

Es entonces cuando los docentes somos presa de la angustia al imaginarlos compitiendo con los bien alimentados abogados de otros países, que han tenido mejor formación y oportunidades, más abundantes contactos y bibliotecas, una más

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

amplia visión del mundo jurídico y social. ¿Será que su destino es desaparecer o funcionar siempre como empleados de baja categoría?

Por otra parte, contemplando la situación de nuestra población que frecuentemente requiere de la intervención de los abogados para la solución de sus conflictos, pequeños y grandes, contra el Estado, contra los poderosos o contra sus iguales, ¿Cómo podrán pagar los asesores jurídicos de los grandes despachos, cuando sufren tantas limitaciones económicas?

Y ¿qué decir del monstruo mayor, que daña e invade todo lo que toca, la corrupción, algo con lo que se deben enfrentar tarde o temprano y para lo cual también deben estar capacitados, los estudiantes, sin que ello signifique que desde las aulas prolonguemos el poder de la inmundicia, pero que deben reconocer y saber enfrentar?

Vemos que no es fácil la tarea y que no la podemos abordar solamente desde un punto de mira técnico o solamente práctico, mecanización o crítica del conocimiento, en nuestro caso, de la legislación o las políticas legislativas, administrativas o judiciales, conocimiento teórico y doctrinario o eminentemente aplicativo, son unas de las tantas disyuntivas que nos impone el compromiso con el mundo docente, difíciles de seleccionar y aplicar o mezclar y muy relacionadas con nuestra propia formación.

Todos estos comentarios nos llevarían a ideas antiguas, reiteradas una y otra vez en distintas palabras y tonos pero que finalmente resaltan lo complejo del problema, por ejemplo, en las palabras de un preocupado profesor de la Universidad Autónoma de Centro América, Guillermo Malavassi, respecto a lo que puede esperarse de la reforma (yo diría de cualquier reforma universitaria) refiriéndose a algunos problemas y ataques que en esa época sufría su Universidad:

“si confluyen los factores del buen profesor, no excesivas lecciones a su cargo, adecuada dirección y supervisión y asesoría, buen material didáctico, podemos esperar jóvenes bien formados, de perfilada personalidad, con una firme concepción del mundo y de la vida, inspirada en los ideales de la cultura universal, con el pensamiento reflexivo desarrollado, capaces de percatarse de los valores éticos, estéticos y sociales, preparados para una vida cívica, para el ejercicio responsable de la libertad, en posesión de una cultura personal básica, interesados por los mas importantes problemas culturales... Si no confluyen esos factores, sobretodo el de buenos, muy buenos profesores, tendremos jóvenes frustrados en sus más caras aspiraciones, decepcionados de su mentes, resignados a la más triste mediocridad cultural y, como corolario, en este último caso, nuestra Educación Media convertida en un continente sin contenido.....”²

² Malavassi, Guillermo, LA ENSEÑANZA DEL DERECHO., en Revista Académica, <http://www.uaca.ac.cr/acta/1994nov/gmalvss1.htm>

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Algunos de los conceptos transcritos quizá resulten extemporáneos ante la problemática que, en el avanzado inicio del nuevo milenio enfrentamos, y tenemos que preguntarnos si al luchar, mediante un contrato colectivo, por mejorar las condiciones laborales de los académicos, no estamos propiciando la mediocridad y pobreza de miras que tiene los profesores de primaria en muchas ocasiones, haciendo un flaco servicio a la Universidad al anteponer los intereses económicos y de estabilidad en el trabajo, del empleado académico, a las obligaciones de calidad en el desempeño.

En la UNAM, con una gran tradición histórica y con una gran preocupación por la formación y calidad de los profesores, generó en su momento, una ley que, con el problema de todas las leyes, las personas que deben hacer la efectiva, ya que refleja la inquietud respecto a la calidad del personal académico, pero que en la realidad su cumplimiento daría lugar a una adecuada selección de los maestros responsables de las cátedras o de investigadores y ayudantes serios y preocupados por la realidad del mundo y no a la simulación que frecuentemente se da, ante el incumplimiento de las previsiones legales.

III. LOS PROFESORES UNIVERSITARIOS EN LA UNAM, EN SUS DIVERSOS NIVELES Y CATEGORÍAS

Quizá resulte un poco tediosa la exposición siguiente pero hay que considerar que a pesar de ser la normatividad que por autorización constitucional rige la selección, promoción y permanencia del personal académico en la Universidad Nacional Autónoma de México, es frecuentemente ignorada tanto por académicos como por autoridades y ello me justifica el breve comentario sobre el Estatuto del Personal Académico que sigue, pues forma parte, cuando se cumple, del proceso de enseñanza en la UNAM, ya que este proceso se desarrolla con la participación de académicos, fundamentalmente docentes y estudiantes.

Nuestra Universidad, así, con mayúsculas, porque a pesar de los ataques de los que frecuentemente es víctima, sigue siendo la mejor de México y la más importante de América; ha desarrollado un cierto método de selección de sus docentes que aún cuando se encuentra un poco modificado por los contenidos del Contrato Colectivo del Personal Académico.

Precisamente por ese motivo, en el momento actual, su reglamentación, contemplada en el Estatuto del Personal Académico en adelante EPA, se encuentra en una rigurosa revisión; pero contiene un sistema interesante para la selección, ingreso, promoción y permanencia de este personal que de manera muy superficial vamos a describir.

En general, se habla de personal académico, referido al que se dedica a las llamadas labores sustantivas que son docencia, investigación y difusión de la cultura, señaladas legalmente como las funciones básicas de nuestra Universidad, para servir al país y a la humanidad, como se establece claramente en los artículos 1 y 3 del Estatuto General de la Universidad Nacional Autónoma de México (EG).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El personal que ha de cumplirlas está clasificado en categorías y niveles que se regulan para investigadores y profesores, así como para los técnicos académicos y los ayudantes de profesor o de investigador que sería todos los académicos previstos en el artículo 4º del Estatuto del Personal Académico de la UNAM, EPA en lo sucesivo, y cuya definición, categorías y niveles son señaladas en el EPA a partir del art. 20, describiéndolos, así como los requisitos de selección, promoción y permanencia, así como los derechos y obligaciones que se les reconocen.

Entre los profesores encontramos los de Asignatura con categorías A y B, contemplados en los artículos 35 a 37 del ordenamiento en comento y los de carrera que pueden ser Asociados niveles A, B y C, señalados en los artículos 38 a 41; y los Titulares también de niveles A, B y C, regulados en los artículos 42 a 44.

Existen dos diferentes formas básicas de ingreso para los académicos, que con cierta elasticidad en la primera de ellas, permite que algún personal ingrese, mediante un contrato temporal y para de esta manera resolver los problemas urgentes que pueda tener la institución para allegarse del personal académico para el desarrollo de las actividades académicas, en el caso de no contar con el personal ya trabajando y debidamente seleccionado, como se menciona en el artículo 49 del ordenamiento en comento y cuyo contrato tendrá una duración determinada y estará sujeto a requisitos previstos en el EPA.

La otra manera, de carácter formal y mas riguroso, es la que se presenta para adquirir la definitividad mediante los concursos de oposición, que además es la forma deseable para todos los académicos, pero que se limita en razón de la disponibilidad presupuestal de la Universidad, es la del ingreso mediante un concurso de oposición, del cual se contemplan algunas variedades y se encuentran regulados a partir del Título Quinto, artículo 66 del EPA.

En el art. 66 se define al concurso de oposición como el procedimiento para el ingreso o la promoción para los profesores e investigadores. Define también al concurso de oposición para ingreso o concurso abierto como el procedimiento público a través del cual se puede llegar a formar parte el personal académico como profesor o investigador de carrera interino o a contrato o como profesor definitivo de asignatura.

Se contempla también el concurso para promoción o cerrado como el procedimiento de evaluación mediante el cual, los profesores o investigadores de carrera, interinos o a contrato, pueden ser promovidos de categoría o de nivel o adquirir la definitividad; y los definitivos de carrera y asignatura, ser promovidos de categoría o nivel.

Primero, se habla del concurso de oposición abierto, al cual deberá sujetarse todo el personal académico de la universidad que aspire a obtener una seguridad en el trabajo, lo cual lo pondrá a salvo de los posibles vaivenes políticos o de otro orden que pudieran presentarse, seguridad que se denomina definitividad y que continuará vigente en tanto el académico cumpla con sus responsabilidades, tanto legales como contractuales, a menos que él se de de baja voluntariamente.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Existe, desde luego, una categoría diferente para los profesores que solamente asistirán a desempeñarse en una o varias materias que cumplirán en un número de horas semanales con base en las cuales serán remunerados, semestralmente que es como casi siempre se desarrollan los cursos en las Escuelas y Facultades de Estudios Superiores, lo cual no excluye que algunas puedan hacer sus cursos anuales. Estos son los mencionados arriba como profesores de asignatura.

En el caso de los profesores que comentamos, de asignatura, la presentación y triunfo en el examen de oposición abierto significará haber obtenido la definitividad en el trabajo, lo cual quiere decir que no será dado de baja de su materia, mas que cuando incumpla sus obligaciones universitarias o contractuales y podrá ser de nivel A o B.

Los dos tipos o categorías de profesores previstas para los académicos de carrera son Asociados y Titulares, que tienen diferente carga de trabajo en cuanto a la obligación de desempeñar la cátedra, además de cumplir con ciertos requisitos, diferentes a los previstos para los profesores de asignatura, que de ninguna manera podría considerarse excesiva, siendo mas intensa en el caso de los Asociados y mas ligera en el caso de los Titulares.

En lo que hace a los profesores de carrera, los cuales tienen un compromiso de tiempo completo o de medio tiempo con la Universidad, podrán lograr su definitividad mediante la participación en un concurso de oposición abierto para ingreso y posteriormente, en caso de ser triunfadores en este y haberse desempeñado en la cátedra y cumplido su compromiso por lo menos durante tres años, podrán solicitar un concurso de oposición cerrado mediante el cual, en el caso de ser triunfadores, habrán obtenido la definitividad como profesores de carrera, en el nivel en el cual hubieran concursado.

Mencionamos ya como para los profesores de carrera se presentan dos categorías, como Profesor Asociado en niveles A, B y C, y la de Profesor Titular en niveles A, B y C, aunque existe un nivel D que tiene un perfil diferente únicamente de aplicación en lo relativo al otorgamiento de ciertos estímulos. Precisamente y en orden a un reconocimiento especial, se puede dar la designación de Profesor Emérito que es la distinción mayor que se otorga a un profesor o investigador por su desempeño como tal y que está previsto en el art. 65 del EPA.

También se prevén los miembros del personal académico con la categoría de Ordinario, que pueden ser de asignatura y de carrera en el caso de los profesores, porque los investigadores siempre serán de carrera.(art. 34 del EPA), Visitante y Extraordinario designados por contrato o por acuerdo con una cierta limitación en derechos y obligaciones, contraídos ambos a lo señalado en el contrato o acuerdo correspondiente.(art. 63 y 64)

En el área de la investigación existe una organización semejante, los investigadores también pueden ingresar por contrato por obra determinada o por servicios profesionales, satisfaciendo los requisitos de ingreso previstos para las categorías y niveles correspondientes.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Todo el personal académico puede ingresar a la labor universitaria mediante un nombramiento interino o definitivo o bien por contrato de prestación de servicios (art. 4º EPA).

En el artículo 6º del mismo EPA se precisan los derechos de todo el personal académico, en claros XXI incisos y los requisitos para ingreso y permanencia en cada nivel y categoría están anotados en sucesivos títulos y artículos, así como las correspondientes obligaciones y derechos específicos de cada categoría y nivel, cuya lectura resulta de interés fundamental para los académicos de la Universidad.

En el caso de los investigadores se señala la responsabilidad que tienen de desempeñar alguna cátedra para complementar su actividad y hacer llegar sus avances culturales a los discípulos de las carreras o materias de su especialidad, además de relacionarla con las necesidades de la vida diaria, de suerte que la investigación no se despegue absolutamente de la realidad y las abstracciones no lleven al Derecho y a sus propuestas personales, a un nivel desligado de posibilidades fácticas.

IV. LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y LA FORMA EN QUE SE MIRA DESDE LOS DISTINTOS GRUPOS SOCIALES

Podríamos inquirir que importancia tiene la forma en como son vistos los abogados con la enseñanza del Derecho y la razón de incluir este punto en el trabajo es por cuanto a que los aspectos fundamentales de la profesión deben estar involucrados con las cuestiones éticas y la responsabilidad ante los consultantes y clientes, lo cual tiene que ver con la imagen del profesionista que se proyecta en el ejercicio profesional.

Es fácil entender que muchos errores y pillerías se han cometido en demérito del correcto ejercicio de nuestra profesión, por años individuos sin estudios y sin principios se han hecho pasar por profesionales del Derecho cuando en la realidad son simples gestores o personas que con algún conocimiento de trámites administrativos, pretendiendo ser abogados, han estafado y cometido ruindades sin fin, por algo surgió el término de “coyotes” para referirse a ellos, aunque también en demérito de dicha especie animal.

Por años también, impunemente han actuado sin que nadie los ponga en su lugar, aunque han participado en ese desprestigio algunos abogados frustrados o estudiantes de la carrera que la abandonaron sin culminarla y que aprovechando los pocos conocimientos adquiridos, medran con la confianza de sus clientes, sin cumplir con sus compromisos, por falta de principios o por ignorancia.

Vista de lejos, parece que se trata de una carrera fácil y que con un superficial manejo de la legislación, cualquiera puede sentirse abogado, pero esta es una visión torpe de nuestra profesión. Se requiere una sólida preparación, una constante actualización y una dedicación formal para considerarse de verdad un profesional del Derecho.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Los tiempos que corren hacen difícil mantenerse, como profesional del Derecho, actualizado y vigente. Mucho estudio y decisión han menester para ser un abogado en el mejor sentido de la palabra, el que aboga, lucha por defender en un juicio los intereses de los litigantes y el que aconseja en cuestiones jurídicas o intercede por alguien³

Los vacilantes cambio de criterio en el sistema judicial, especialmente en cuanto a la seguridad jurídica proporcionada por una jurisprudencia cualitativa que se fundamente en el análisis de las resoluciones y no solamente en el sentimiento u orientación de un magistrado o ministro, como si fuera un “volado” para apoyar una u otra decisión, el cambio mismo de la denominación histórica de “abogado”, han ocasionado dudas respecto al ejercicio de la profesión

Los acuerdos internacionales respecto al desempeño profesional de los extranjeros en nuestro territorio, suscritos por parte de los firmantes del TLC, lo cual implica una exigencia de mas altos niveles de preparación en nuestros profesionales, todas las circunstancias coincidentes con el nuevo siglo, nos orientan a profundizar en el análisis de las posibilidades de mejorar la enseñanza en nuestras facultades para que los egresados tengan mejores posibilidades laborales en este siglo.

Coincidiríamos en principio con Tessy Obregón y José Bleger en cuanto a que “Lo más importante en un campo científico no es el cúmulo de conocimientos adquiridos, sino el manejo de los mismos como instrumentos, para indagar y actuar sobre la realidad.”^{4y5}.

V. LA CRISIS DEL DERECHO EN EL FIN DEL MILENIO

Al utilizar el vocablo crisis respecto al Derecho no es propiamente referido a una crisis interna, en cuanto a su estructura, fines y validez, sino es precisamente refiriéndonos a la crítica y los ataques que, infundadamente y sustentados solo en la ignorancia, grupos de personas, han hecho al sistema jurídico...

Estos grupos están constituidos por resentidos por la victimización de que fueron objeto en algún momento tanto por abogados corruptos o por autoridades iguales, y cometen el error de considerar que es Derecho, solo la legislación, algo de lo que puede prescindirse en cualquier grupo social.

También existe la posibilidad de que los grupos delincuenciales o con estas tendencias, traten de hacer desaparecer los sistemas normativos que les impiden actuar impunemente o ser cuando menos señalados por sus hechos delictivos y que por ese motivo, traten a toda costa, mediante infiltraciones y corruptelas, de destruir los principios legales que permiten la convivencia social.

³ García-Pelayo y Gross, PEQUEÑO LAROUSSE EN COLOR. , basado en el Nuevo Pequeño Larousse Ilustrado del Miguel de Toro y Gisbert, Barcelona, Larousse y Noguer, 1972, p. 4.

⁴ Tessy Obregón lo planteó en su Curso de Didáctica para Profesores de Derecho, en 2003.

⁵ Bleger, José, TEMAS DE PSICOLOGÍA. ENSEÑANZA O APRENDIZAJE. Buenos Aires, Nueva Visión, 1977, s/p.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La legislación que rige el orden y la convivencia dentro de cada grupo social, casi siempre ha sido producto históricamente reconocido como necesario para que los grupos humanos progresen y vivan en paz, aunque algunas veces la ley es injusta y producto de legisladores o dictadores que atienden a sus propios intereses y no al bienestar de la sociedad.

Algunas personas atribuyen a la ley un poder mágico, el cual operará por el solo hecho de que sea una buena ley y haya sido aprobada conforme a las normas previstas para ello, sin tomar en cuenta que es el cumplimiento de la ley, su ejecución, lo que permitirá modificar, mejorar al grupo social o impedir la realización de hechos negativos, por lo que ese cumplimiento y ejecución de la ley es fundamental y lo único que podrá demostrar su eficacia o la falta de esta.

La verdad es que en los años finales del siglo pasado, los desequilibrios económicos mundiales impactaron a todos los países pero especialmente a los países pobres, ocasionando problemas sociales graves, miseria, ignorancia y desesperación, facilitando el desarrollo de actividades delictivas profusamente, lo cual generó inseguridad en las ciudades y en el campo.

Ello propició en el campo, grandes migraciones hacia el norte en busca de trabajo y en las ciudades un incremento de las actividades delictivas, tanto tratándose de delitos leves como robos y asaltos en vía pública y en casas, como delitos de mayor gravedad, organizados y manipulados por grandes grupos de delincuencia trasnacional, como robos y exportación fraudulenta de vehículos, de personas, tráfico de armas y especialmente de drogas de abuso.

Todo este panorama contribuyó enormemente a la desconfianza de la población respecto a las autoridades, frecuentemente involucradas en actos delictivos e impunidad por ineficacia y corrupción y se dio, como una actitud derivada de esta desconfianza, un creciente rechazo a las autoridades y al sistema jurídico, achacándosele los errores humanos a la ineficacia de normas.

También tuvo como consecuencia una actitud inclusive agresiva respecto a los profesionistas del Derecho, tanto en el sistema gubernamental como en el de libre ejercicio, aumentado por los casos, no diré que excepcionales pero no como para considerar que todos los abogados son corruptos, magnificados con frecuencia por los medios masivos de comunicación.

Ello dio lugar igualmente, a una actitud despectiva respecto al valor del Derecho, identificado con la legislación en este caso, como instrumento adecuado para la convivencia y a un profundo decaimiento de la confianza de las personas en la ley, cuando en realidad no es la ley la que falla sino los humanos responsables de cumplirla.

Este estado de cosas ha tenido severas consecuencias en muchos aspectos sociales, pero en lo que hace al tema de nuestro trabajo, ha dado como resultado, frente a estas severas críticas, una demanda en cuanto a la actualización de los sistemas de enseñanza y una profundización en la introyección de valores y de actitudes éticas.

VI. ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE DEL DERECHO ¿POSIBLE COMBINACIÓN?

Se hace mención que desde el triunfo de la Conquista, los pueblos americanos tuvieron contacto con las primeras facultades de Derecho, las cuales abrevaron en las comunidades religiosas de fines del Medioevo, responsables de la cultura y la educación en Europa, con la mejor intención “de formar jóvenes ilustres, sin más pedagogía que el pensamiento medieval de las “catedralicias” y sin más horizonte que la exigencia y la rigidez del pensamiento escolástico y monárquico. Esa es la concepción de alumno (a = sin, lumine = luz)”⁶, que perduró hasta varios siglos después y que tal vez inconscientemente se conserva en la idea de muchos profesores de distintos niveles educativos.

Claro es que este sistema de enseñanza dio excelentes resultados para exaltar el ejercicio de la memoria como recurso ideal para el aprendizaje jurídico, que aún se utiliza en algunas escuelas confesionales en las que los alumnos deben repetir con puntos y comas lo dictado por el profesor o lo escrito en el texto, sin el peligro de que se haga investigación o creación jurídica que sobrepase al profesor.

Se conserva este método en las instituciones que se preocupan, tal vez, como lo señala Henry Cabra, por la idea de generar profesionistas aptos para el presente y sin mirar hacia el futuro, lo cual, en el momento actual, en que las reformas legales se dan anual o semestralmente, constituye un desperdicio de espacios cerebrales al memorizar conceptos y leyes que tienen una duración efímera.

No se toma en cuenta que debemos cultivar los cuatro pilares del conocimiento, ligados unos con otros, que son:

1. Aprender a conocer. O lo que significa aprender a aprender.
2. Aprender a hacer. Significa aprender a convivir, a trabajar en equipo, con el paradigma holístico que implica que para explicar algo es necesario verlo integralmente y en su contexto.
3. Aprender a ser. No dejar sin explorar ninguno de los talentos que, como tesoros, están enterrados en cada persona; debemos revalorarnos, reactivar nuestra autoestima como maestros y las de los estudiantes.
4. Aprender a convivir. Conocer mejor a los demás, para crear una situación nueva, proyectos comunes, comprender las relaciones de interdependencia para tener o planear un mejor futuro.⁷

La preocupación por la enseñanza del Derecho frente a la globalización, es ampliamente compartida por una gran cantidad de profesores, no solo de la Universidad Nacional Autónoma de México, he tenido oportunidad de leer artículos

⁶ Cabra Camacho, Henry, LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. En CVG, www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=569.

⁷ Obregón, Ma. Teresa, NOTAS de clase de DIDÁCTICA UNIVERSITARIA APLICADA A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. Fac. de Derecho, Unam, 2000.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

y oír comentarios en diverso países y diversas entidades federativas y desde luego en nuestra Facultad de Derecho y encuentro la misma inquietud.

¿Cómo actualizarla, como modernizarla, como arrastrar a los profesores que, como dijimos líneas arriba, ni siquiera tienen una preparación pedagógica, para mejorar la enseñanza? ¿Cómo motivar y orientar a los estudiantes para superar su breve vida de pasividad como escuchas y no como partícipes en la escuela? ¿Cómo lograr que las escuelas mismas se introduzcan en una dinámica participativa para que el conjunto pueda funcionar?

Cabra Camacho sugiere cimentar nuestras Facultades sobre ciertos “ejes estructurales que respondan a la necesidad de una ciencia jurídica que gire en torno a la investigación, desarrollada en un ambiente pedagógico que favorezca la participación y conduzca a la formación de un profesional crítico, analítico y sobre todo con un alto sentido ético.”⁸

Para este deseable ideal, el autor en cita sugiere que se requiere el desarrollo de cuatro ejes estructurales sobre los cuales descansaría el quehacer didáctico y pedagógico de una facultad de Derecho, que serían:

1. Eje sustancial, al cual le incumbe el espíritu de la ley en canto a sus fines porque se debe comprender que la norma es una forma transitoria que no involucra al deber ser referido por Kant. Sugiere el autor que en el estudio del espíritu de la ley se implica la génesis normativa que es la que hay que conocer o inferir tomando en cuenta que, como hemos mencionado, en nuestra profesión y especialmente en la etapa actual, estamos expuestos, mas que nunca, a que nuestros conocimientos se vean, de la noche a la mañana, derogados, porque en su mayoría se han sustentado en leyes que simplemente pueden desaparecer.

En cambio, si el estudio realizado por los estudiantes, se ha fundamentado en el espíritu de la Ley, las reformas no podrán destruir sus conocimientos ya que desde un principio se han formado juicios críticos y no se han fundamentado en una memoria adiestrada para repetir definiciones aunque no se las comprenda. El conocimiento adquirido de la otra forma ha procedido al examen de la norma, no a su memorización. En todo caso, se ha utilizado la memoria analítica.

2. Eje procedimental, el cual demanda sí, una visión mas rígida ya que están los procedimientos legales previstos de esa forma para alcanzar los fines buscados a través de ellos, pero aún así, la enseñanza debe orientarse a su aprovechamiento, desarrollando la habilidad necesaria para llevar a cabo acciones racionales y críticas en el momento de la acción como se menciona

⁸ Cabra Camacho, Henry, LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA., vid cit. supra., p. 2.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

arriba, usando cada momento procesal para orientar y avanzar en la lid jurídica hacia resultados positivos.

Nuestro autor comenta que en este eje se ínter implican dos aspectos fundamentales; Los Conocimientos y Las Aptitudes, pues se requiere de ambos para lleva a cabo cualquier acción pues no se puede prescindir de ninguno de los dos, “los conocimientos sin las aptitudes se quedan en el plano de la aridez e improductividad, las aptitudes in los conocimientos, son acciones vanas y estériles; para dirimir una buena causa, es necesario la conjugación de los dos aspectos.”⁹

3. Eje comunicativo jurídico. En cuanto a este eje, se debe atender aciertas competencias que señala Cabra como la de comprensión e interpretación y la de producción y recreación, par lo cual se requiere que los profesionistas manejen adecuadamente el lenguaje jurídico y la acción para estar en condiciones de comprender, interpretar, analizar y producir hechos y oratoria jurídica. Aquí aparece una cuestión que resulta básica para el trabajo jurídico y que me parece que su carencia es la que en abogados malformados e informados ocasiona errores garrafales en cuanto a la comprensión e interpretación de textos, ya que resulta fundamental el reconocer los niveles intratextual par derivar de las estructuras presentes y evidentes, semánticas y sintácticas, la presencia de micro y macro estructuras le dan cohesión y coherencia al texto.

Se requiere también el proceso de nivel ínter textual que permite reconocer las relaciones existentes entre el texto y los otros textos, relacionar la jurisprudencia y la doctrina con el contenido del texto, así como las opiniones de diferentes autores en la materia.

Se presenta otro nivel llamado extra textual que resulta básico para comprender y derivar el sentido de la norma del componente contextual en que se generó, el trasfondo ideológico y político que impulsó su creación, para cuyo análisis se requiere una buena competencia pragmática que tendrá como correlativa la formación de verdaderos juristas para los cuales el proceso, y cada uno de ellos será un “verdadero acopio de argumentación.”

4. Eje de procesos de desarrollo del pensamiento. En este mismo orden de ideas, este eje se fundamenta en la fuerza argumentativa que debe tener, en su caso, el discurso oral, la ilación y coherencia de ideas que se manifiesten ante una audiencia. Es así como revalidamos la idea de que entre muchas características históricas y actuales que debe tener el abogado, una fundamental es la cultura, que si bien es útil y necesaria en la vida social y en ejercicio de otras profesiones, en el caso de la nuestra resulta indispensable para darle su verdadero sentido a las palabras a todas pero

⁹ Ibidem, p. 3.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

en especial aquellas que permiten precisar los planteamientos y propuestas, como “sustentar, jerarquizar, comparar, contrastar, sintetizar, clasificar, argumentar... entender la conceptualización jurídica y continuar con la inducción, la deducción, el análisis, la síntesis, la generalización, la extrapolación, la clasificación, la definición, la elaboración de hipótesis, entre otros”¹⁰.

Es siempre importante reconocer que la precisión en el lenguaje, tanto escrito como oral, es indispensable para el jurista, cuando una diferente palabra parecida en su significado, puede cambiar totalmente el resultado que se obtenga en una ley o proceso.

Finalmente, el artículo que venimos de comentar y que refleja de manera importante muchas de nuestras inquietudes, hace referencia a la cuestiones éticas y axiológicas que según Henry Cabra, deben atravesar transversalmente toda la carrera, no como unas simples y áridas clases de estas materias, sino como centro de interés y principios que deberán introyectarse desde los primeros estudios para que acompañen en toda su vida al profesionista.

VII. REFORMA Y MODERNIZACIÓN DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

En etapas como las actuales, en que la corrupción prolifera sin límites ciertos, los profesores nos preocupamos del compromiso que significa, por una parte estimular principios y respeto social en nuestros estudiantes y por otra, lanzarlos a una lucha desigual en un complejo y corrupto sistema en el cual encontrarán pocas oportunidades de supervivencia, y mas difícilmente de triunfo.

Quizá el conocer los peligros de la corrupción para ellos, deberá ir aunado a un fuerte espíritu de lucha y una gran resistencia a la frustración, para saber que a la larga, saldrán triunfadores si mantienen verticalmente esos principios y sus conocimientos.

Estas actitudes, que deberán ser aprendidas como toda la educación, mediante el ejemplo y el tesón en el trabajo, además de las posturas analíticas y críticas, podrán llevar, con el tiempo, a la dignificación de nuestra profesión, a la recuperación del respeto social por el Derecho, tan importantes par permitir una mejor convivencia social.

Estas reflexiones nos inclinan a preguntar que tan factible es modernizar la enseñanza y sobre todo en una universidad que como todo el país sufre de una enfermedad común que es la sobrepoblación.

Desde mi personal punto de vista, muchos de los problemas gubernamentales administrativos de México, tienen ese origen y por lo mismo no es fácil aplicarles las soluciones que han funcionado en otras partes.

¹⁰ Idem.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

La situación es por ejemplo, en cuanto a los servicios públicos que frecuentemente son rebasados por la excesiva concentración de población en las grandes y medianas ciudades o en ciertas áreas productivas.

Pronto se produce la saturación, en cuanto al desagüe, en cuanto al servicio de limpias, en cuanto al agua potable, inclusive el control del cobro de los mismos servicios, la luz, los impuestos, la educación, una cantidad de cuestiones que con la elevada concentración de personas se vuelve casi imposible.

Y si a eso se le suma la falta de preparación de los empleados públicos, propiciada por la alternancia política y la búsqueda de votos, vamos a encontrarnos con un grave desorden que hace cada vez de más mala calidad los servicios públicos, los cuales además de los mencionados, ser reflejan en la calidad de la enseñanza y el descuido que esta sufre, especialmente la enseñanza superior.

Ello explica mis dudas en cuanto a las posibilidades de reforma en la enseñanza del Derecho, pensando en que la sola Facultad de Derecho de la UNAM, tiene aproximadamente diez mil alumnos en el momento actual, además de los inscritos en las otras Facultades de Derecho de la misma Universidad, en Aragón y Acatlán. Inclusive en estas últimas no se lleva el mismo plan de estudios que en la ubicada en Ciudad Universitaria, lo cual sin duda, contribuye a un cierto desorden.

Aunado a este exceso de alumnos, encontramos uno proporcional de profesores, que en la Facultad de Derecho que es la principal por ser la histórica, en Ciudad Universitaria del Distrito Federal, se tiene alrededor de novecientos profesores por semestre, con los perfiles y problemas que venimos de comentar, lo cual nos hace parecer complejo el planteo de una reforma en la enseñanza a corto plazo, que con sus dificultades, de cualquier forma resulta urgente y necesaria.

De cualquier forma, aún conservando mucho del sistema de enseñanza tradicional, es importante ir induciendo cambios, utilizando estímulos para la actualización práctica en cuestiones docentes, independientemente de la revisión constante y periódica de los contenidos de las materias que se desarrollan en la carrera.

Pero la conservación de algunos aspectos del sistema y del currículo de la Facultad, no implica el no adecuarse a las cuestiones y contactos internacionales, que validen los estudios de nuestras facultades y que permitan el estudio continuado, mediante posgrados y estancias en centros de estudio del extranjero.

Así podremos considerar que nuestros egresados forman parte de este mundo globalizado y no participarán como profesionales de segunda en su evolución.

VIII. EL PESO DEL MUNDO GLOBALIZADOR FRENTE A UNA TRADICIÓN EDUCATIVA NO SUPERADA

La situación del mundo en el momento actual, en los inicios del milenio y del siglo XXI, contempla un enfrentamiento entre ricos y pobres, países y personas, aún cuando el término enfrentamiento no es el más exacto, tal vez el de confrontación se acerque más a lo que está sucediendo.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La realidad ha permitido que los países que alcanzaron un mas alto desarrollo, evolucionen, como diría Malthus, geoméricamente, cuando los países pobres lo siguen haciendo, si bien les va, aritméricamente, de tal suerte que la brecha que los separa es cada día más amplia y más profunda.

Se dice que la causa de esta división “es la expresión enfermiza de una sociedad irresponsable, egoísta o apática en la cual los valores se han trasmutado en un sentido materialista sin un fin trascendental”.¹¹

Es importante entender que la globalización como fenómeno integrador que parece dominar el mundo en realidad, desde el momento en que los Estados crean fronteras que los separan unos de los otros, tal vez desde el momento en que los grupos humanos se definen a si mismos como diferentes de los demás.

Sabemos, de acuerdo con los historiadores de la economía, que la llamada globalización actualmente, se presenta en las sociedades humanas impulsadas por el mercantilismo a finales del siglo XIV y a partir del XV hasta el XIX, cuya etapa se denomina como el Primer Orden Económico Mundial ¹²que se inicia con los viajes de Cristóbal Colón y Vasco da Gama y termina en las vísperas de la difusión de la Revolución Industrial, o mejor dicho, de la Primera Revolución Industrial.

Es en esta etapa en la que podemos encontrar muchas explicaciones que permiten comprender la globalización actual.

Creo que es importante anotar algunas cuestiones respecto a las diversas interpretaciones que se le dan al término globalización y a sus equivalentes, de acuerdo al área de estudio en la cual se esté trabajando, sea económica que ha sido la originaria, pero puede ser sociológica, penal, política y de muchos otros puntos de mira.

De lo que se trata es de la búsqueda de una nueva estructura mundial, organizado de manera uniforme, por lo cual acudiremos en principio al significado gramatical y al origen del término.

Global viene del inglés que se le atribuyen diversos significados, “1. relativo a todo el mundo, mundial, 2. relacionando o abarcando el total de algo, o un grupo de cosas... de lo cual se derivan las palabras globalizado, globalización...”¹³.

La globalización, en castellano se entiende como la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales” y se encuentra también “globalizar como universalizar”.¹⁴

¹¹ Fuchs Bobadilla, Margarita, DERECHO ECONÓMNICO Y DESARROLLO SUSTENTABLE. Tesis doctoral, México, UNAM, Derecho, 1999. p. 92.

¹² Ferrer, Aldo, HISTORIA DE LA GLOBALIZACIÓN. ORÍGENES DEL ORDEN ECONÓMICO MUNDIAL. 1ª ed, 5ª reimp., Buenos Aires, FCE, 2001. p, 11y sig.

¹³ Pearsall, Judy, THE CONCISE OXFORD DICTIONARY., USA, Oxford University Press, 1999.

¹⁴ Real Academia Española, DICCIONARIO DE LA LENGUA Española., T.5, 22ª ed., reimp. especial, Bueno Aires, Planeta, 2003.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

“La voz globalización se vincula a las de internacionalización y mundialización, el primer término deriva de internacionalizar y significa someterse a la autoridad conjunta de varias naciones o de un organismo que las represente, territorios o asuntos que dependen de la autoridad de uno solo. Mundialización deriva de mundial, es decir, que pertenece o es relativo a todo el mundo, fenómeno que se vive incluye a todo el género humano”.¹⁵

La globalización como fenómeno internacional, tiene su inmediato antecedente en la búsqueda de ampliación de los mercados, es decir, es de carácter económico, pero ha ido ampliando sus metas ya que la economía afecta todo el entorno humano y por lo mismo, tiene impactos en lo social, en lo jurídico, en lo cultural.

La circunstancia histórica de la desaparición de la URSS ha permitido el desarrollo hegemónico de los países mas adelantados en su desarrollo, especialmente los Estados Unidos de América, que han buscado imponer y no convencer de la homologación de todos los sistemas y todas las políticas, lo cual parece hasta ahora como difícil de detener, a pesar de que han surgido voces opuestas unas, con un absoluto sentido común, como las de la ONU, y otras, con una reacción de oposición violenta defensiva, como los grupos globalifóbicos de todo el mundo.

Es ahí donde nos preguntamos si podemos o debemos oponernos a una globalización forzosa, impuesta exógenamente o si simplemente debemos dejarnos llevar por lo que resulta imposible detener, o bien si debemos penetrar en el análisis para seleccionar las posibilidades de oposición y defensa y la adopción de las medidas convenientes, decidir hasta donde y cuanto.

La intercomunicación en el mundo actual, con avances impresionantes mediante el uso de tecnología acumulativa, que permite un súper avance en los lugares más avanzados, significa importantes beneficios porque permite un mejor conocimiento de las personas y las poblaciones de los países del mundo, facilita el turismo y el intercambio cultural, además de hacer llegar las noticias con mayor rapidez, casi instantáneamente.

La expansión del comercio, las operaciones transnacionales de las empresas, la integración de las plazas financieras en un mega mercado de alcance planetario y el espectacular desarrollo de la información, han estrechado los vínculos entre los países creando inclusive bloques multinacionales,¹⁶ lo cual nos obliga a ampliar conocimientos y estudios en la materia internacional y ello afecta directamente a la enseñanza del Derecho.

¿Cuántos sistemas jurídicos hay que conocer? ¿Como los podemos agrupar para su mejor comprensión? ¿Existen diversos sistemas en cada una de las ramas del Derecho? ¿Es sano para las jurisdicciones la búsqueda de una homologación de sistemas? ¿La homologación de sistemas y lenguaje jurídico se presentará de

¹⁵ Citado por Fuchs Bobadilla, cit., p. 95.

¹⁶ Ferrer, Aldo, Ibid.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cualquier forma? Todas estas son apenas algunas de las interrogantes que ha de plantearse el desarrollo y reorganización de los cursos en las escuelas y facultades de Derecho, frente al impacto de una inevitable, por lo pronto, globalización.

Es interesante el análisis que hace Ferrer sobre como en 1500 aproximadamente se presentan dos circunstancias que favorecen la interacción del ámbito interno con el contexto internacional al producirse un aumento persistente de la productividad frente a la posibilidad de existencia de un sistema internacional globalizado, ocasionándose la interacción que va a dar por resultado el desarrollo y el subdesarrollo de los países y el reparto de poder entre ellos.

La conquista de América por los europeos marcó el destino de sus países para los americanos, lo cual significó la mayor catástrofe demográfica del mundo y la imposición de la esclavitud dejó su huella en la composición étnica y en la estratificación social de la población americana, además de su inclusión en un papel de proveedor de materias primas y monocultivos agrícolas que la han mantenido hasta la fecha en un sistema de capitalismo secundario o dependiente que no le permite crecer y avanzar económicamente hablando.

Con una población mayoritariamente pobre y sin preparación, el papel que se vislumbra para los profesionistas de estos países, es el mismo que el que existe desde la conquista para los productores y los campesinos, de dependencia absoluta y con economías de sobre vivencia.

Por eso es importante superar tradiciones y costumbres medioevales y tratar de orientar la enseñanza utilizando participación activa de los estudiantes, y usando los medios tecnológicos y culturales mas ágiles de suerte que los profesionistas americanos, los nuestros (a pesar de la globalización) se preparen de manera de desenvolverse adecuadamente en ese nuevo mundo que superado el Nuevo Orden Económico y que con resistencias o sin ellas, enfrentará de inmediato una competencia despiadada que exige su mejor preparación y la ampliación de sus conocimientos.

IX. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO COMO POSIBILIDAD ACTUAL

Después de hacer una revisión de las principales escuelas pedagógicas, explicando los mecanismos que proponen y los autores que las han impulsado, entra López Betancourt en estudio de la pedagogía europea occidental, sin dejar de reconocer los altos méritos del sistema canadiense y el estadounidense; en el estudio de sistema que se ha desarrollado en Europa después de la II Guerra Mundial, no sin advertir sus características casi antagónicas con los dos mencionados antes.

En principio, el sistema pedagógico europeo enfoca al individuo como parte del medio social, aún cuando evitando atribuirle cuestiones de carácter socialista porque si recordamos la guerra fría entre los dos extremos políticos, el capitalismo impulsado por los norteamericanos y el socialismo impuesto por los soviéticos,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

mantuvo a toda Europa en una actitud vigilante y ajena a cualquiera de los dos extremos, sin inclinarse a uno u otro.¹⁷

Las bases educativas desarrolladas en esa comunidad han permitido que, salvando infinidad de escollos, lograran una unificación que los presenta como el bloque económico más importante del mundo, que ha avanzado en su integración y ampliado su perspectiva original.

Recordemos que tal vez todo comienza con la Comunidad del Acero y el Carbón y el Benelux y ha alcanzado a ser la Unión Europea, inclusive integrando a países salidos de la Unión Soviética o que sustentaron posturas en contra de la unificación originalmente.

Ello requirió el desarrollo de un sistema educativo que superara los nacionalismos radicales para permitir, con muchas dificultades pero convenciendo a su población para adherirse a estos movimientos de unificación, no solo económica sino jurídica.

Los primeros pasos fueron en las cuestiones laborales, manteniendo los beneficios de la seguridad social para los trabajadores que se trasladaban de un país a otro, suprimiendo aranceles al cruzar mercancías de uno a otro país de la comunidad europea y así, con firmeza pero nada a espaldas de la población, se fue avanzando a partir de los años cincuenta.

No podemos considerar que toda la población de los diversos países, esté absolutamente de acuerdo con la integración, la unificación monetaria ha ocasionado inflación en los precios al traducir las moneas casi como equivalentes al euro, y muchos otros problemas, pero los avances logrados son impresionantes.

Simplemente, la aceptación del euro como moneda transnacional significa un fortalecimiento de la unidad, que incluye a varios países que en algún momento fueron enemigos entre sí.

La educación ha sido otro instrumento de unificación, enfocada no al individuo nacional sino al ciudadano universal, al ciudadano del mundo “que entienda la conflictiva de lo que alrededor acontece, ajeno a partidismos nacionalistas; con el vehemente anhelo de prestar ayuda mutua, cooperar con los demás, marcar reglas muy bien establecidas, respetar la ley, otorgar a los demás lo que les corresponde; los principios de carácter jurídico han encontrado un fértil y generoso campo de trabajo que ha permitido resurgir la grandeza de Europa”.¹⁸

No afirmamos con esto que haya desaparecido la delincuencia o las desigualdades entre países o que los seres humanos que integran su población, de la noche a la mañana se hayan vuelto bondadosos y respetuosos de la ley.

Estamos muy lejos de esto, pero sí que el milagro de la integración se ha dado con el apoyo de la población en general y es deseable que, a pesar de las críticas y las

¹⁷ López Betancourt, Eduardo, PEDAGOGÍA JURÍDICA., 2ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 83.

¹⁸ Ibidem, p. 84.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

desigualdades, se siga avanzando en la creación de un nuevo mundo democrático y solidario.

Y en lo que ve a la educación se puede afirmar que ha sido un fuerte apoyo para lograr estos avances y que su organización y planificación son consecuencia de un trabajo sistemático, con visión de futuro, manejado por los gobiernos sin posturas nacionalistas o regionalistas pero tampoco desconociendo cualidades o calidades específicas regionales, para la formación, en su momento, del nuevo europeo, dispuesto a los cambios trascendentales y a la valoración de los hombres como sus iguales y no como sus inferiores.

La amarga experiencia de las dos grandes Guerras Mundiales en su territorio, con todas sus dolorosas consecuencias para vencidos y vencedores, ha permitido a los europeos comprender que “por encima de los nacionalismos está el hombre como ciudadano universal. Con la vigencia de este concepto ha considerado la Europa Occidental a los seres humanos de tal manera que ahora referirse a la educación en Europa no es individualizando a un belga, un español, una alemana, sino es considerar a un ciudadano del mundo, un ciudadano que entienda la conflictiva de lo que alrededor acontece, ajeno a partidismos nacionalistas; con el vehemente anhelo de prestar ayuda mutua, cooperar con los demás, marcar reglas muy bien establecidas, respetar la ley, otorgar a los demás lo que les corresponde; los principios de carácter jurídico han encontrado un fértil y generoso campo de trabajo que ha permitido el resurgir de la grandeza de Europa”.¹⁹

Estos ideales aún se encuentran lejanos para su completa maduración y realización, como hemos visto en la violencia racial que se ha presentado en algunos de los países miembros de la Unión Europea en tiempos recientes.

Las aportaciones de hombres brillantes al sistema educativo, independientemente de su nacionalidad, sin tomar actitudes de superioridad, sin predominio de algún país sobre los otros, sin actitudes nacionalistas, permitieron la formulación de un sistema educativo en el cual se reconoce la importancia de la educación superior, con la idea de universalidad, de un Universidad sin fronteras que impacte a todos los que la rodean, no solo a sus estudiantes, con personas dispuestas a buscar la mejoría económica, política y cultural para todos.²⁰

La inadmisibilidad de la anarquía en la educación ha llevado por buen camino al sistema educativo, sujeto a reglas y lineamientos bien pensados y analizados.

La tragedia del México actual, en el área educativa, deriva, entre otras cosas precisamente a la anarquía que rige la educación primaria y secundaria, en las cuales privan criterios políticos y ambiciones personales y no el reconocimiento de los problemas y ni la intención de combatirlos, y con pretexto de la democracia, se camina aceleradamente al desorden y la confusión.

¹⁹ Idem.

²⁰ López Betancourt, op. cit. p. 85.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Carece de sentido profundizar en el comentario de los problemas que la educación de todos los niveles, enfrenta en este momento nuestro país, simplemente debemos subrayar que se está, efectivamente, marginando la educación pública, desatendiendo la Educación Superior también pública.

Se está dando preferencia a egresados de buenas y malas escuelas privadas, que se han mantenido al margen de la política educativa diseñada por un Estado que hace treinta y tantos años atendía a la educación con la conciencia de la necesidad de formar profesionistas realistas y extraídos de las diversas clases sociales, por lo cual conocían la problemática social y se encontrarían en su momento, con la capacidad necesaria para tratar de resolverlos.

En la carrera de licenciados en Derecho se han desarrollado una cantidad importante de escuelas poco serias, ante la tolerancia de las autoridades educativas que reparten autorizaciones sin ton ni son y reconocimientos, inclusive de postgrados, a escuelitas que quizá podrían desarrollar cursos de jardín de niños o primaria.

Pero poco a poco hemos recuperado la imagen real de lo valioso que es nuestra Universidad y la Facultad de Derecho, frente a esta suerte de competencia desleal impulsada por los mercenarios de la educación.

Sin embargo, es importante continuar con una necesaria actualización de nuestro *curriculum*, no solo en cuanto a materias y sus contenidos que deben ser revisados con seriedad, sino en cuanto a métodos de enseñanza y una mas profusa utilización de los medios tecnológicos para facilitar el aprendizaje y una difusión muy clara de las opciones tanto de intercambio con escuelas y universidades extranjeras, como de contactos, ciclos de conferencias, paneles sobre cuestiones como las mencionadas en el desarrollo de este trabajo, seminarios y diferentes medios que permitan la participación activa de los estudiantes para mejorar su aprendizaje y la ampliación panorámica de su cultura jurídica y general.

Además inducir y convencer a los señores profesores y a los directivos, de la importancia del conocimiento didáctico y de que no es tan necesario cumplir con programas rígidos sino ampliar las miras de los estudiantes compartiendo y asistiendo con ellos a las actividades extracurriculares y asitiendo siempre, los profesores a cumplir con sus responsabilidades para predicar con el ejemplo.

Ese podría ser el inicio de la reforma de la enseñanza jurídica que, de acuerdo con lo expuesto, es absolutamente necesaria e imposible de posponer. El ya no tan reciente inicio del milenio, es una buena oportunidad, un buen pretexto que hay que aprovechar.

X. FUENTES DE CONSULTA

Bleger, José, *Temas de psicología. Enseñanza o aprendizaje*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1977.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- Cabra Camacho, Henry, *La enseñanza del derecho en América Latina*. En <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=569>
- Ferrer, Aldo, *Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial*, Buenos Aires, FCE, 2001.
- Fuchs Bobadilla, Margarita, *Derecho económico y desarrollo sustentable*, tesis doctoral, México, UNAM, Derecho, 1999.
- García-Pelayo y Gross, *Pequeño Larousse en color*, Barcelona, Larousse y Noguer, 1972.
- López Betancourt, Eduardo, *Pedagogía jurídica*, 2ª ed., México, Porrúa, 2003.
- Malavassi, Guillermo, “La enseñanza del derecho”, en *Revista Académica*, edición digital, en <http://www.uaca.ac.cr/acta/1994nov/gmalvssl.htm>
- Obregón, Ma. Teresa, *Notas de clase de didáctica universitaria aplicada a la enseñanza del derecho*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 2000.
- Pearsall, Judy, *The concise Oxford dictionary*, USA, Oxford University Press, 1999.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., reimp. especial, Buenos Aires, Planeta, 2003.
- Ricord, Humberto E., *Universidad y enseñanza del derecho*, México, Ricord, 1971.

EN HONOR DE LA MAESTRA EMMA MENDOZA BREMAUNTZ

Gerónimo Miguel ANDRÉS MARTÍNEZ

Una felicitación muy sentida hacia el Doctor José Zaragoza Huerta, quien me distingue ahora con participar en este Homenaje hacia la Doctora Emma Mendoza Bremauntz, nuestra querida maestra al que me sumo sin pensarlo siquiera, ya que es un honor el colaborar con esta modesta aportación policial y penitenciaria sobre los estudios en su merecida distinción.

Hablar de la Doctora Emma Mendoza, es para mí un honor distinguido y una gran responsabilidad, ya que como ella me considera --su alumno putativo--, me obliga a señalar algunos aspectos inherentes a nuestra relación maestra-alumno, que fueron de relevancia trascendental en esta vida por demás azarosa, que creo que ella ahora compartirá con singular alegría y preocupación, pero de reflexión criminológica profunda por las repercusiones que ello conlleva.

A la Doctora Bremauntz, la conocí en el año de 1985, precisamente con motivo de que en ese entonces, como alumno del quinto semestre de la Licenciatura en Derecho en mi querida Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, junto con algunos maestros y compañeros auspiciamos la creación de la Sociedad Mexicana de Criminología filial Estado de México, el 25 de abril de 1985 en uno de sus auditorios.

Con este motivo organizamos un Ciclo de Conferencias a la que la Doctora aceptó intervenir de buena gana, así como el Doctor Luis Rodríguez Manzanera a quien respeto profundamente y también participó el Doctor Gustavo Malo Camacho, (q.e.p.d.) en ese tiempo se desempeñaba como Director General del Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Procuraduría General de la República, con una conferencia sobre el Derecho Penitenciario Mexicano.

Posteriormente, con la celebración del Primer Congreso Nacional de Criminología, a fines del año de 1986 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en el Municipio de San Nicolás de los Garza, compartimos la experiencia de estar en este bello Estado en el que ahora me encuentro prestando mis servicios como Alcaide del Centro de Reinserción Social, Cereso, de Apodaca.

Fue demasiado relevante el constatar que aquí --en el Estado de Nuevo León--, se fundó la primera Licenciatura en Criminología del país. Un logro por demás ejemplar y significativo para nuestros pares, que albergaba la ilusión de prevenir y combatir al delito y yo --iluso como todo buen humanista--, pensaba que con estas

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

instalaciones académicas se abatiría por completo a la delincuencia convencional y organizada.

Emma Mendoza, mujer brillante y sobre todo académica de la Facultad de Derecho de la UNAM y además Doctora en Derecho, con 40 años de docencia y un gran número de publicaciones, entre los que destaco sus obras de *Derecho Penitenciario y Justicia en la Prisión del Sur: El caso Guerrero*, que son un referente para cualquier investigador y de lectura obligatoria para los que tengan el afán de aprender en materia penitenciaria y Criminológica.

Compañera, amiga y discípula de los que denominamos en su tiempo las “Vacas sagradas de la Criminología y del penitenciarismo”, como los maestros Alfonso Quiróz Cuarón, Javier Piña y Palacios, Celestino Porte Petit, Sergio García Ramírez, Gustavo Malo Camacho, Gustavo Barreto Rangel, Héctor Solís Quiroga, Antonio Sánchez Galindo, Julia Sabido, Roberto Tocavén, Raúl Carranca y Trujillo, Raúl Carrancá y Rivas, Hilda Marchiori, Elías Neuman, Luis Rodríguez Manzanera, Carlos Tornero Díaz, etc.

Enamorada por lo auténtico y de genuina raíz por lo mexicano, le gusta vestir y complementar sus arreglos personales ataviada con trajes típicos cuyos orígenes y significados conoce con demasía por su basta cultura. En sus clases y conferencias magistrales le gusta traer su cabello trenzado, adornado con listones... en suma es una belleza de mujer.

Es una magnífica persona y denota sapiencia en sus consejos académicos y sobre todo de una verdad absoluta en sus comentarios sobre los aspectos personales y humanos de nosotros sus discípulos.

En el año de 1990, con motivo de la instrumentación de la capacitación del personal penitenciario que prestaría sus servicios para el Cefereso número 1, en ese tiempo denominado de Almoloya de Juárez en el Estado de México,--posteriormente de la Palma y hoy del Altiplano--, tuvo la gentileza de recomendarme con el Doctor Ignacio Carrillo Prieto y además con el Lic. José Luis Alvarado Ruíz, Director General del Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Procuraduría General de la República y Director del área Penitenciaria, respectivamente, para desempeñarme como Jefe del Departamento Jurídico y se emprendió la capacitación del personal penitenciario. Me dijo: “tu no necesitas de una recomendación...pero a veces es necesaria”. Ella era su Directora de Docencia. Generosa en su trato y en su apreciación personal, que considero muy subjetiva.

Una excelente maestra en su participación en el año de 1991, junto con Juan Pablo de Tavira y Noriega, Elías Neuman, Massimo Pavarini, Carlos Tornero Díaz, Antonio Sánchez Galindo, con motivo de la celebración del Diplomado Internacional en Pena, Prisión y Ejecución Penal, que impartió en el INACIPE, cuando era su Director General el Doctor Gustavo Barreto Rangel (q.e.p.d) y disertó sobre el tratamiento penitenciario, señalando que sobre todo debe imperar la ciencia penitenciaria por medio del tratamiento criminológico, sobre los aspectos “rudos de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

la seguridad”, como una forma de Control Social por medio de la prisión. Recuerdo que en una ocasión me dijo que yo era un “penitenciario represivo”.

Recuerdo que en una ocasión, allá por el año de 1994, en la Facultad de Derecho en la Ciudad de Toluca, Estado de México, celebramos un Ciclo de Conferencias denominado “La Mujer Delincuente” y nos dimos a la tarea de seleccionar a 5 ponentes mujeres especialistas con temáticas diferentes para impartir dichas conferencias. En el área penitenciaria seleccionamos a la Mtra. Emma Mendoza, con el tema la mujer en prisión. Es la mejor conferencia que he escuchado sobre esta temática. La Mtra. Laura Angélica Gutiérrez Ruiz, impartió la “Criminalidad femenina” y la Mtra. Clementina Rodríguez García, sobre “las menores infractoras”.

Muy ingeniosas sus participaciones y sobre todo de amena y ágil charla. Cuando sus alumnos nos enfrascábamos en inútiles discusiones bizantinas, ella terminaba de tajo nuestras intervenciones diciendo: “Estamos jodidos... todos Ustedes”.

Cuando nos impartía clase, En los temas relacionados de la materia, siempre nos requería de bibliografía actualizada, exposición, discusión crítica y abierta de las conclusiones, pero sobre todo de las propuestas serias y novedosas. Siempre está dispuesta a compartir sus opiniones, sus libros y en el año 2001, con motivo de la publicación de su obra Justicia en la Prisión del Sur: El caso Guerrero, me obsequio inmerecidamente una dedicatoria. Corría el año 2007 cuando le dije que había escrito un Libro sobre Derecho Penitenciario y que además se lo había dedicado, la maestra Emma me dijo: “Te felicito y no sabes cuánto, te agradezco tu dedicatoria...pero fíjate lo que te digo...otros te estarían envidiando, yo no soy así”. Me sentí feliz con sus palabras y sumamente recompensado por su infinita generosidad.

En el mes de julio del año de 1995, se celebró en mi facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, el V Congreso Nacional de Criminología, auspiciado por la UAEM y la Sociedad Mexicana de Criminología, en el que no participé y me dijo: “olvidate de discrepancias, tu eres joven y la vida te sabrá recompensar”. Cuanta verdad tenía la maestra.

De amplio criterio jurídico y de una visión aguda en su discurso, siempre mereció elogios por su ética y honradez, al asumir la dirección del Centro Femenil de Rehabilitación Social, para procesadas y sentenciadas, de Tepepan y dirigió magistralmente esta prisión de mujeres que ennobleció aún más su sensibilidad sobre el tema penitenciario y en las actividades de difusión, tanto en el país, como en el extranjero.

Sobre los aspectos policiales:

Con motivo de la celebración de la XXV Feria Internacional del Libro Monterrey 2011, organizada por el ITESM, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, tuve la inmerecida invitación el 8 de octubre del 2011, para presentar el Libro DERECHO DE POLICÍA. Con el subtema de POLICIOLOGÍA Y SEGURIDAD PÚBLICA. De Flores Editor y Distribuidor, México 2010, que con

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

motivo de los estudios en honor de la Doctora Mendoza Bremauntz, plasmo sus líneas principales.

Contenido

La policía es un cuerpo de seguridad organizado y subordinado al Estado, la cual nace para proteger el cumplimiento de la ley; ejecuta las normas jurídicas del Estado, así mismo, advierte la obligación de imponer toda fuerza social, moral y material ante cualquier persona física o a sus gobernados que pongan en peligro la ley, el orden público y la seguridad pública que el Estado ofrece. La Policía ejerce el poder coercitivo del Estado.

Este Libro se integra por 6 capítulos en 1180 fojas y está dirigido a las corporaciones policiales de México, hace una muestra y un análisis de la crisis del Sistema Nacional de Seguridad Pública; inicia con la historia de la policía en México hasta el derecho de policía, señala varios casos que visualizan el entorno real del México de hoy, que es la inseguridad pública actual y la falta de protección de los integrantes de las instituciones de Seguridad Pública, como son: La Investigación Policial, El Poder de Policía y La Violenta Policía Mexicana.

Ejemplos policiales clásicos y trágicos: El caso Tláhuac; El caso Atenco, Casos de prisión y secuestradores, Organizaciones delictivas, De policías y ladrones, El fracaso del sistema penitenciario de alta seguridad, El caso de la Discoteca News Divine, El caso del Comandante Edgar Eusebio Millán Gómez, El caso Martí, Degradación Policiaca, Derechos de los Policías, Funciones, obligaciones y atribuciones de los policías.

Este libro refiere el “status” en que se encuentra la Institución de policía en México, así mismo contiene planteamientos relevantes en el desarrollo de la misma, como son: El Capítulo primero se denomina “El Marco Histórico de la Policía en México”; El segundo capítulo “Marco Teórico Conceptual de la Policía en México”; El Capítulo Tercero, “Seguridad Pública y Estadística Criminal”; El cuarto Capítulo “Marco Jurídico Comparado de las Corporaciones Policiales”; El quinto titulado “La Unificación de las corporaciones Policiales Federales y de los Estados” y el Capítulo Sexto “El Derecho de Policía en México”.

Esta obra es una interesante, objetiva y valiosa aportación doctrinaria de la policía dentro del Sistema Nacional de Seguridad Pública y la nueva tendencia de las propuestas de modificación a la normatividad que las regirá, donde se hace un análisis y la aportación del Derecho de Policía en México; el Servicio Profesional de Carrera Policial; Las nuevas formas de combate a la delincuencia e investigación policial; las reformas efectuadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de junio del 2008, para intentar establecer el Derecho de Policía en México.

Sinopsis

Cuando el gobierno federal decidió enfrentar al crimen organizado, no consideró la profundidad de que algunas corporaciones policiales federales, estatales y

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

municipales se encontraban infiltradas por la corrupción y coludidas con la delincuencia, por lo que decidió enviar al Ejército y a la Marina en su combate, mientras fortalecía, capacitaba y unificaba a las policías federales a fin de prepararlos para dar el supuesto ataque frontal.

Ante los terribles resultados—más de 35,000 ejecutados en este sexenio, que ahora, junto con los desaparecidos son alrededor de 50,000--, surge la idea de sentar las bases de un moderno y eficaz Derecho de Policía en México, para combatir a la delincuencia convencional y organizada y regresar, paulatinamente a sus cuarteles a los militares y a los marinos.

Es un trabajo de investigación que basado en la problemática que nuestro país vive en la actualidad, sugiere propuestas de enmienda, basándonos en un análisis de índole policial y por supuesto sin dejar de lado la realidad existencial entre el crimen organizado y la delincuencia organizada, es decir, hablamos de una dualidad jurídico-social, pues la relación entre ellos es indiscutible.

Se propone la creación del Derecho de Policía como un factor indiscutible para combatir la elevada incidencia delictiva que en la actualidad aqueja a nuestro país, por medio de una estructura que implica coordinación efectiva entre las corporaciones policiales de los tres niveles de gobierno, capacitación constante y permanente, unificación de las corporaciones de los Estados y suprimir a las policías municipales, controles de confianza de los elementos de seguridad pública y unificación legislativa, como parte importante de las políticas públicas en materia policial, en congruencia con la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Es decir, crear la Policía Nacional.

El crimen organizado en sus tres ejes rectores: Capacidad de operación, capacidad financiera y el grado de contubernio o connivencia y penetración entre autoridades, sobre todo en los mandos medios y directivos, debe ser contrarrestada estratégicamente, combatiendo no solo su capacidad financiera, la operación del crimen organizado, también la prevención del delito y la protección de la población vulnerable. Deberá promoverse la economía de las zonas geográficas dominadas por organizaciones delictivas, esto es, desarrollar una política social que establezca presencia del Estado.

Deberá atacarse la operación financiera y el lavado de dinero, que con la acción policial no es suficiente, sobre todo si éstas se encuentran mal capacitadas y en proceso de deterioro social, de imagen e inclusive físico, por la realidad imperante, que no puede ocultarse.

Por ello es menester analizar ese vínculo policial, en sus diferentes etapas, haciendo referencia a sus antecedentes, evolución, situación actual y prospectiva.

Resulta totalmente inconcebible que en nuestro país con un gobierno democrático, nos revele cifras alarmantes por cuanto a su criminalidad, como las aproximadamente 50,000 ejecuciones, solamente en lo que va del sexenio--cifra mayor que los muertos de la guerra de los E.U.A. contra Irak--, esto a pesar de las

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cerca de 2,000 corporaciones policiales en sus tres niveles: Federal, Estatales y Municipales.

Tenemos actualmente un símil entre el número de muertos que arrojó en tiempos de la revolución mexicana, la División del Norte de Francisco Villa, que según él fueron 43,000, con los muertos que ahora tiene la guerra contra el narcotráfico del gobierno federal.

Según estadísticas oficiales recientes elaboradas por el Sistema Nacional de Seguridad Pública Federal, de los casi 400,000 elementos policiales, el 56% demuestra serias deficiencia por cuanto a su formación y educación actual, colocándose en el nivel básico, además de presentar problemas de salud, tales como hipertensión arterial, sobrepeso y edad avanzada, entre otros.

Estos dan como resultado la necesidad de implementar una política pública integral, en la esfera policial, tanto de su sistema, como de sus integrantes, mediante el manejo de valores y profesionalización.

Implementar el reconocimiento del Derecho de Policía, como la Ciencia que estudia el marco jurídico normativo de las corporaciones policiales y su situación de trabajo, para de ahí partir en una estrategia urgente y decisiva para combatir la delincuencia convencional y organizada que vulnera y flagela a nuestro país.

Presentación

La motivación estrictamente personal que me decidió a elaborar este trabajo de investigación, fue porque nuestro país se encuentra actualmente rebasado por la delincuencia organizada; tierra de impunidad ante los esfuerzos del gobierno que así lo han demostrado, pero que a pesar de sus esfuerzos, no se abate este cáncer social; más al contrario, este índice de delitos comunes y del crimen organizado, da como resultado un urgente replanteamiento de las políticas públicas, porque actualmente la ciudadanía se encuentra a merced de la delincuencia convencional y organizada, ubicándose en la esfera total y absoluta de la inseguridad.

Otro interés particular fue el escaso número de trabajos relacionados en materia policial y su intervención jurídico social que señalen su presencia ante el crimen organizado que en la actualidad ha rebasado todo límite, aunado al 98.75 % cifra aproximada de impunidad en México; generado por la desconfianza en el ciudadano a denunciarlos y el temor a represalias en su persona, familia y bienes, mientras el crimen organizado mantiene intacta su capacidad de operación y violencia.

En esta tesitura, los tres niveles de gobierno Federal, Estatales y Municipales deben de instrumentar planes y políticas públicas en materia policial, social y de infraestructura económica que ayuden a hacer de nuestro país, una realidad científica y no un universo de delincuencia y crimen.

Este trabajo tiene como finalidad principal realizar un recorrido histórico-jurídico, policial y delictivo, formándose un criterio en ambos contextos, evaluando cada uno

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de ellos, tanto en alcances de poder jurídico como económico y de corrupción en México.

Criminológicamente hablando, la mecánica delictiva del sujeto no se acepta en su totalidad, debido a los diferentes criterios que se tienen en este sentido, las estadísticas criminales así lo muestran en nuestro país, pues en estos momentos enfrenta graves problemas de inseguridad debido a que la delincuencia organizada ha traspasado toda barrera de ese control social, incluso a abierto las puertas a una más sofisticada delincuencia convencional y organizada.

Por lo que respecta a las Políticas Públicas Federales en materia Policial, establecen las diferentes acciones y estrategias implementadas por la federación, algunos Estados de la República y por el Gobierno del Distrito Federal; que con fundamento en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, nace la Secretaría de Seguridad Pública, marca la función de organizar la defensa y prevención social contra la delincuencia, esto se lleva a cabo a través de programas preventivos que organiza la misma Secretaria, la Procuraduría General de la República y las Procuradurías de Justicia de los Estados.

En este contexto, es necesario contemplar las bases de coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, comparadas con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y derecho comparado externo con países como Colombia, Alemania, España, Francia, Gran Bretaña, y Estados Unidos; anexando las Iniciativas Presidenciales en Materia Penal.

Las corporaciones policiales y las de procuración de justicia, necesariamente deben corresponsabilizarse, en donde se tiene que proporcionar seguridad a los gobernados. Por ello con el presente trabajo se pretende un análisis de la función policial a través de la historia, con el fin de llegar a una propuesta de organización y homologación del quehacer policial, por supuesto delimitando su organización, estructura, funciones y atribuciones; sin dejar pasar derechos y sanciones y evitar la complejidad existente de relaciones entre el sistema policial y la sociedad que da como resultado una policía corrupta e ineficiente, una sociedad legalista.

El Programa “Limpiemos México”, ofrece nuevas oportunidades de coordinación para compartir información y operar conjuntamente contra la delincuencia, con métodos homogéneos y con el apoyo de las tecnologías de información y comunicación integradas a una plataforma que permite la interconexión y la interoperatividad de los sistemas de información policial de los tres órdenes de gobierno. A este programa se le conoce como “Plataforma México”.

Bajo el subprograma RENIP, Registro Nacional de Investigación Penitenciaria, dio resultados en Nuevo León para lograr la captura de los responsables del siniestro del “Casino Royal”. Esta información fue proporcionada previamente por la Agencia de Administración Penitenciaria del gobierno del Estado.

El nuevo Derecho de Policía en México; es el tema medular, en el que se centra la ideología policial, no sin tener como base todo un análisis de contenido jurídico,

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

criminológico y policial que nos lleven a entender la complejidad que encierra el hablar de “Seguridad Pública”, que nos conlleva a una corresponsabilidad entre autoridades de los tres niveles de gobierno Federal, Estatales, municipales y sociedad en su conjunto.

En razón de lo anterior, considero que el tema es de actualidad y su interés primordial, radica en la posibilidad de hacer realidad las propuestas y que la ciudadanía entienda la actuación del personal policial en ese difícil terreno y en especial se debe reforzar la seguridad; el que en ocasiones se desdeña y se repele, pero que no se comprende a cabalidad, siendo la base piramidal de la seguridad pública.

En este orden de ideas, el derecho de policía es el conjunto de normas jurídicas que se encargan del estudio del marco jurídico normativo en materia policial y de seguridad pública, el que estará integrado por todos los ordenamientos positivos y vigentes en materia policial.

El reconocimiento del Derecho de Policía por todos los actores sociales, sin duda ennoblecerá las funciones de la policía y así, estimularlos para combatir frontalmente a la delincuencia convencional y organizada, que hoy azota al país.

Para evitar la degradación policial, debemos reforzar los perfiles de ingreso de los elementos policiales, como ya se hace en el Estado de Nuevo León al constituir la “Fuerza Civil” y será necesario acreditar estudios de enseñanza superior o equivalentes, así como aprobar el concurso de ingreso a la carrera de Técnico Superior Universitario en la Investigación Policial, someterse a exámenes toxicológicos y a exámenes y evaluaciones periódicas, tal como lo marcan el Centro de Evaluación y Control de Confianza y la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Debemos consolidar el Consejo para la Aplicación del Nuevo Modelo de la Policía de Investigación, cuyos integrantes ciudadanos, organizaciones civiles, servidores públicos, legisladores, académicos y expertos, se abocarán al diseño del nuevo modelo de policía a partir de cuatro ejes: Servicio Profesional de Carrera para el personal de seguridad pública, que incluya personal ministerial, pericial, de seguridad pública Estatal y Municipal, personal penitenciario y de Adolescentes; Normatividad Interna, Nuevo Modelo de Administración Policial y Filosofía Institucional, así como Contacto con la Ciudadanía o Policía de Proximidad.

Es decir debemos involucrar a toda la sociedad y a los medios de comunicación masiva, no censurarlos.

Este programa deberá ser efectivamente coordinado entre su titular, con el de Seguridad Pública. La seguridad pública no debe tener signos políticos, sino efectiva coordinación.

La Política criminal en materia policial: Reformas pendientes: 1. Ley de Seguridad Nacional. 2. Mando único Policial. 3. Ley contra el Lavado de Dinero. 4. Fuero Militar.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

No debemos hacer de la Constitución Política un Código Penal.

Con reformas y adecuaciones de Leyes no podremos tener una avanzada en materia de seguridad. Con leyes y modificaciones nuevas no se abate a la delincuencia.

Además debemos de dejar de copiar modelos y estereotipos de otros países, que quizás dieron resultados en su tiempo, pero no podemos implantarlos por la realidad e idiosincrasia de nuestro país y Estado.

No se trata de un problema de Leyes ni de cuestiones presupuestales, sino de verdadera aplicación y de una acertada Política Policial. Lo más grave actualmente es la IMPUNIDAD, derivado de la mala coordinación entre las corporaciones policiales de los 3 niveles de gobierno.

Sobre los aspectos penitenciarios:

Crisis y violencia

Es uno de los temas que son de actualidad y relevancia significativa que deteriora al sistema penitenciario Mexicano. Diagnóstico y problemática actual: Subcultura penitenciaria. Este trabajo forma parte de un adelanto del Libro La Penitenciaría Varonil del Distrito Federal, Santa Martha Acatitla, del suscrito.

En este momento la prisión mexicana se encuentra severamente cuestionada, ya que no cumple con cabalidad su misión, es decir, que no reinserta, se encuentra en crisis, fracaso o muerte real. Se buscan opciones para que haga realidad la prevención especial.

En los últimos años, los gobiernos Federal, del Distrito Federal y de la República, han enfrentado en forma decidida dicha problemática por medio de cuatro programas fundamentales: fortalecimiento de la capacidad instalada, despresurización penitenciaria, dignificación penitenciaria y la modernización de los programas de reinserción social.

El sistema penitenciario Mexicano a nivel federal tiene un rezago de décadas en cuanto a las instalaciones donde se alberga a la población penitenciaria, su insuficiencia e inadecuado diseño las hace vulnerables a la seguridad.

Limitados mecanismos de readaptación y seguridad, así como la ausencia de personal profesionalizado obstaculizan el cumplimiento básico de la adecuada reinserción social, por otro lado, la legislación y normatividad de la materia han sido desactualizadas, lo mismo que el trabajo y capacitación laboral como consecuencia de la dinámica social y prospectiva delincencial.

Uno de los principales problemas que enfrenta el Sistema Penitenciario Nacional es el acelerado crecimiento de la población, pues rebasa las posibilidades materiales de incremento inmediato en la infraestructura penitenciaria y de personal penitenciario, lo que produce altos índices de sobrepoblación en diferentes entidades y con ello menores posibilidades de control, tal es el caso del Distrito Federal, Baja California, Sonora, Estado de México, Veracruz, Tamaulipas, Michoacán, Jalisco, Chihuahua y Sinaloa, por mencionar los principales.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Las consecuencias inmediatas a dicha problemática son: el hacinamiento, violaciones a la normatividad, actos de indisciplina y violencia entre la población, introducción y consumo de sustancias prohibidas, riñas, evasiones, motines, además de la conformación de grupos de internos que lesionan y degradan el fin último de la prisión como medida de tratamiento.

Otras de las que se derivan son la necesidad de sacrificar espacios y recursos destinados originalmente para el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, con el fin de incrementar la seguridad y la capacidad de las Instituciones para albergar a un mayor número de internos, por lo que los centros paulatinamente se convierten en lugares de resguardo más que de tratamiento.

En los últimos años, además de los que motivaron la creación y puesta en marcha de los Ceferesos, se tienen los siguientes ejemplos de subcultura carcelaria:

1. Del Cefereso número 2 de puente grande, El Salto, Estado de Jalisco, la evasión del interno Joaquín Guzmán Loera, conocido como el “Chapo Guzmán”, el 19 de enero del 2001.
2. En el Cereso de Tamaulipas fueron externados con ayuda de personas con uniformes militares a seis internos del penal de Matamoros, Tamaulipas, en el año 2002.
3. En el Penal de Apatzingán, en el Estado de Michoacán, el rescate y la fuga masiva de 25 internos considerados como peligrosos, el 5 de enero del 2004.
4. En el Centro Preventivo y de Readaptación Social de Netzahualcóyotl Bordo de Xochiaca, en el Estado de México, la fuga de 7 internos, el 10 de marzo del 2004.
5. En el Penal de la Mesa, en Tijuana, en el Estado de Baja California, la evasión de 5 internos, el 13 de abril del 2004.
6. En el Cefereso número 1 de la Palma, en el Estado de México, la muerte por estrangulamiento del interno Alberto Soberanes, el 3 de mayo del 2004.
7. En el Cefereso número 1 de la Palma, en el Estado de México, la ejecución a balazos por disparos de arma de fuego calibre 22, del interno Miguel Ángel Beltrán Lugo, conocido como “El ceja güera”, el 9 de octubre del 2004.
8. En el Centro Preventivo y de Readaptación Social de Netzahualcóyotl Bordo de Xochiaca, en el Estado de México, la fuga masiva de 8 internos, el 10 de octubre del 2004.
9. En el Cefereso número 1 de la Palma, en el Estado de México, la ejecución a balazos por disparos de arma de fuego calibre 9 milímetros del interno Arturo Guzmán Loera, conocido como “El Pollo”, el 31 de diciembre del 2004.
10. La fuga de 3 internos sentenciados por delitos contra la salud, el Penal Federal de Islas Marías, detectada el 16 de enero del 2005.
11. La fuga del interno “El Moya” del penal ubicado en la Ciudad de Zacatecas, el 12 de enero del 2005.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

12. El día 20 de enero del 2005, fueron descubiertos 6 cadáveres de personas que trabajaban en el Cefereso número 3 en Matamoros, Tamaulipas, manejado en los medios de comunicación masiva como custodios. Esta fue una respuesta del crimen organizado en contra de los “supuestos traslados”, realizados en ese Penal de alta seguridad.
13. La muerte de dos internos en el mes de junio del 2006, En el Centro Preventivo y de Readaptación Social de Almoloya de Juárez, “Santiaguito”, Estado de México.
14. La fuga aún no determinada de internos en el Cereso de Nuevo Laredo Tamaulipas, en junio del 2006.
15. El motín trágico con 28 muertos, en el Penal de “La Mesa”, Tijuana, el 19 de septiembre del 2008.
16. “La batalla o enfrentamiento a tiros “, escenificada entre internos del cereso de Reynosa Tamaulipas, con un saldo aún no oficial se habla de 25, el domingo 19 de octubre del 2008.
17. La fuga masiva de 53 internos de alto perfil criminal del Penal de Cieneguillas, Zacatecas el 16 de mayo del 2009.
18. La muerte por diversas causas en los primeros seis meses del 2009 de 16 internos en el Reclusorio Preventivo Varonil Norte del Distrito Federal.
19. La muerte de 2 internos en la Penitenciaría de Santa Martha Acatitla del Distrito Federal, en los meses de mayo y junio del 2009.
20. El enfrentamiento a tiros y motín en el penal de Durango el 15 de agosto del 2009, con un saldo de 19 muertos;
21. La fuga de 85 internos de un penal de Tamaulipas, en 2010;
22. La fuga misteriosa de 141 internos de un penal de Tamaulipas en 2010;
23. Las “salidas nocturnas autorizadas” de internos por la ex directora del penal de Durango, para cometer delitos graves entre ellos homicidios y ejecuciones “por encargo”, 2010;
24. La muerte por quemaduras de 14 internos y 35 lesionados en el cereso de Apodaca, Nuevo León, el 20 de mayo del 2011, ... etc, etc.

Estos botones de muestra, aunados a los motines, huelgas de hambre y judiciales, paros de actividades de los custodios y del personal administrativo, en diferentes penales de la República y Ceferesos, muertes efectuadas y no aclaradas del personal penitenciario, directores, custodios, así como de internos por carencia de atención médica oportuna y adecuada, reflejan que el sistema Penitenciario Mexicano, se encuentra verdaderamente en una profunda crisis de credibilidad y que se encuentra en el umbral del fracaso.

Nos encontramos ante una respuesta frontal en contra del Gobierno, por parte de los integrantes del narcotráfico y la delincuencia organizada, la que debe ser forzosamente controlada y atacada con todos los elementos y fuerza del Estado, a fin

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de mantener en armonía los ideales de la Seguridad Pública en beneficio de la sociedad.

De acuerdo con los medios de comunicación masiva, los problemas al interior de las prisiones, tanto del fuero común como en las de carácter federal, se han incrementado notablemente, ya que la prisión es un reflejo de lo que sucede en la sociedad externa: Muertes violentas o ejecuciones al interior por medio de armas de fuego que son introducidas por el mismo personal carcelario, motines, fugas, riñas intramuros, corrupción, hacinamiento, desórdenes, falta de personal capacitado, etc.

Es innegable que deben instrumentarse políticas públicas, o sea, medidas acertadas de política penitenciaria, pero de carácter preventivo y no reactivo, ya que se realizan acciones hasta que las conductas de internos peligrosos se manifiesten brutalmente.

Lo anterior se especifica como una actividad preventiva que el personal penitenciario debe conocer, en especial el de seguridad y custodia, así como los directivos y mandos medios de las prisiones, a fin de controlar cualquier indicio de disturbio que desestabilice a la prisión.

En este tenor, este tipo de acciones violentas sucede en todos los sistemas penitenciarios del país, así tenemos otro ejemplo: “La Subsecretaría del Sistema Penitenciario del Gobierno capitalino confirmó que un custodio de la Penitenciaría de Santa Martha fue asesinado cuando se dirigía a su centro de trabajo el pasado 18 de octubre.

Es a través de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que podemos hablar del Penitenciarismo en México. Reflejado en el Artículo 18 del citado ordenamiento, que debemos interpretar y aplicar específicamente lo siguiente: El Trabajo, la Capacitación para el mismo, la Educación, la Salud y el Deporte, serán la base para la reinserción social del sentenciado.

En este sentido, se requiere lo siguiente:

1. Es importante el incremento de los espacios físicos para la ubicación de la población penitenciaria, lo que permitirá respetar y sostener invariablemente los criterios de calcificación que eventualmente conlleva a garantizar una mejor convivencia entre la población y la gobernabilidad de las instituciones. En este sentido, de igual importancia es el incremento de espacios para llevar a cabo actividades relacionadas al tratamiento criminológico penitenciario en todas sus vertientes y áreas, ya que este aspecto no se contempla en la planeación y diseño de las instituciones penales y carcelarias. (Construcción de nuevas y adecuación de las instituciones actuales de baja, media y alta seguridad).
2. En consonancia y con relación a este tema, es esencial homologar los salarios del personal técnico de base con el personal técnico de confianza (Técnicos Penitenciarios), de tal manera que se incrementen sus horas de trabajo y que se destinen para actividades propias al tratamiento, además de las actividades de diagnóstico; (cabe señalar, que en la mayoría de los casos los

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

niveles salariales actualmente son hasta de intendencia, con una percepción mensual de dos mil doscientos pesos mensuales, que son obviamente insuficientes, de ahí que busquen otro trabajo y el penitenciario sirva para complementar sus salarios, con las consecuencias de descuido, olvido y falta de atención). En consecuencia estas acciones redundarían en un mayor compromiso hacia las instituciones de dicho personal mejorando significativamente su eficiencia y eficacia.

3. En el sistema penitenciario del Distrito Federal, actualmente las condiciones de seguridad se encuentran rebasadas por el alto índice de sobrepoblación penitenciaria, (86 a 100 %), lo que conlleva a la necesidad no solo de ampliar de manera significativa la plantilla del personal técnico en seguridad, según la ONU, 10 internos por custodio, sino también depurar el proceso de selección, así como contar con un sistema de evaluación periódica obligatoria, (cada seis meses) o sea mediante el Centro de Control de Confianza, para garantizar su ingreso, permanencia, promoción y jubilación, o sea este proceso sentará las bases para crear el Servicio Profesional de Carrera Penitenciario.
4. Resulta importante incorporar dentro de la capacitación para el personal técnico en seguridad no solo en aquellos aspectos inherentes a sus funciones que permitan su especialización, sino también en temas tales como prevención de adicciones, VIH/SIDA, Derechos Humanos, uso legítimo de la fuerza en materia de seguridad pública, y en particular aspectos específicos relacionados a los sectores vulnerables socialmente, etc., de tal forma que se sensibilicen y favorezcan un mejor trato y actitud hacia la población penitenciaria interna y de sus familiares, para que paralelamente redunde en un beneficio de su propia calidad de vida.
A fin de impartir curso de formación, capacitación, actualización y profesionalización o superación personal, se sugiere la instrumentación de convenios no solamente con instituciones públicas de educación superior, sino con asociaciones civiles particulares con probada experiencia teórica-práctica.
5. Por lo que respecta a la atención en materia educativa se hace necesario rescatar los convenios con la Secretaria de Educación Pública, con la finalidad de incorporar nuevamente a profesores normalista y/o de educación especial que configuren verdaderamente los Centro Escolares, de esta manera con el vínculo y dependencia actual de asesores internos y en todo caso sostener a estos internos comisionados como auxiliares académicos en cada una de las instituciones penales.
6. En relación con la reinserción social, se hace necesaria la vinculación con organismos externos que estén en posibilidades de brindar tratamiento post institucional al eventual ex-interno, además de brindar apoyo paralelo a la familia de los mismos durante su reclusión, estos organismos deberán operar

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

con internos próximos a obtener su libertad por compurgamiento o por algún beneficio de libertad anticipada.

7. En la penitenciaría varonil del Distrito Federal, de acuerdo al perfil de la población penitenciaria, en lo que respecta al rango de edad de 18 a 30 años representa un porcentaje superior al 55 % del total de la población y que en su mayoría son solteros y por su condición no cuentan con el servicio de visita íntima, tienen la necesidad de recurrir a las visitas íntimas clandestinas, fenómeno que los hace altamente susceptibles de la adquisición de alguna infección de transmisión sexual entre ellas el contagio del VIH.

Lo anterior nos hace pensar en una gran cantidad de población cero positiva no detectada, que en su momento rebasaría la capacidad del dormitorio 10 de la Penitenciaría destinado para su atención y tratamiento —con independencia de las personas de la tercera edad ahí clasificadas—, por lo que se sugiere la necesidad de incrementar los programas de orientación e información en esta materia, en la inteligencia de que las instituciones penales tendrá que crear sus propios espacios para la atención de este sector vulnerable socialmente.

Por ejemplo, durante los últimos meses del 2008 se implementaron jornadas de información y detección de infecciones de transmisión sexual en los centros más poblados del sistema penitenciario del Distrito Federal, entre otras acciones se aplicaron pruebas rápidas de detección de VIH (lamentablemente no se pudo contar con el suministro suficiente de pruebas rápidas por parte de la Clínica de la Condesa, ya que según ellos se habían agotado.) como resultado de estas acciones se noto un incremento significativo de traslado de internos cero positivos a esta institución, inclusive hasta en fase Terminal. Si estas acciones se implementan con mayor extensión, la posibilidad de atender a este sector en la penitenciaría será imposible en un plazo inmediato.

8. Con respecto a la población femenil interna, no contempla estrategia alguna para atender la problemática que representa ya la sobrepoblación del Centro Femenil de Readaptación Social de Santa Martha Acatitla, por lo que se hace necesario la habilitación de un espacio mas, ubicando a aquellas internas próximas a obtener su libertad por compurgar (dos años como máximo), y que se sugiere pudiera ser el centro que actualmente funciona como CEVAREPSI. Lo anterior, si se contempla la construcción de un Centro Atención Psicosocial. Situación corregida afortunadamente en el mes de marzo del 2001, al efectuarse traslados de internas a las Islas Marías. De tal suerte que esta medida, reduciría por un lado la sobrepoblación y por otro incrementaría la atención técnica, que permita trabajar con la familia su próxima reinserción social.
9. En materia de menores debe impulsarse inmediatamente la capacitación elemental y en su caso lograr la especialización del personal en todos los

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

niveles, es decir, directivos, técnicos, administrativos y preponderantemente de seguridad, custodia y guarda, a fin de evitar amotinamientos futuros en las instituciones de adolescentes delincuentes.

10. En materia de personal penitenciario, resulta imprescindible que en la próxima licitación pública para atender la alimentación, se sugiere que en las bases de licitación se incluya como requisito que se aumente personal de la compañía ganadora para que realice, vigile controle y suministre los alimentos, ya que actualmente se destina a los mismos compañeros para la elaboración de alimentos, situación que da como consecuencia que estos sean deficientes y existan quejas del personal penitenciario, además de rehabilitar los comedores de las instituciones.
11. Por lo que respecta al combate a la corrupción, la extorsión y el secuestro que realizan los internos vía telefónica, como un aspecto de prevención del delito, se sugiere que existan bloqueadores de llamadas telefónicas a fin de evitar en lo posible este tipo de actividades delictivas que perjudican a la sociedad y con esto, se mejoraría la imagen deteriorada de las prisiones del Distrito Federal. Sobre todo, se requiere de una política de cercanía y comunicación con todos los sectores de la población, para que comprendan y apoyen la difícil tarea de las prisiones federales, estatales y municipales. En esta tesitura, para complementar y fortalecer lo anteriormente señalado, deberá instrumentarse una real y auténtica política penitenciaria en materia federal, que haga posible la estancia de los llamados internos peligrosos, de las que pueden enlistarse las siguientes:
 1. Con la finalidad de fortalecer su reinserción social, se sugiere el traslado de internos sentenciados a disposición del Ejecutivo Federal o Estatal, a sus lugares de origen o donde tengan su núcleo de reinserción social—política penitenciaria actual inserta en el nuevo Modelo Penitenciario que actualmente coordina el Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad Pública Federal—, de acuerdo con los datos que arroje su expediente clínico o jurídico criminológico, trátase del interno que sea, ya que la prisión que no reinserta, es castigo.

Esto es con la finalidad de reubicar, por medio de traslados a los considerados como internos peligrosos, o de riesgo institucional alto a otros Ceferesos del país, con el objeto de prevenir socialmente, futuras conductas delictivas.
 2. Revisar y actualizar el Reglamento de los Ceferesos, a fin de dinamizar y agilizar los procedimientos de ingreso, observación, clasificación y reubicación de los internos.
 3. Seleccionar y Capacitar en forma permanente y en todos sus niveles (directivos, técnicos, administrativos y de seguridad, custodia y guarda), así como implementar una política de rotación de puestos en los 6 Ceferesos del país, ya que se trata de

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

personal federal al servicio del Estado. Bajo cuatro perfiles fundamentales: vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos.

4. Crear un cuerpo de seguridad e inteligencia penitenciaria, para constituirlo en un cuerpo de elite, a fin de que detecte la problemática real en los Ceferesos y Ceresos del país, y sea un grupo de reacción inmediata que prevenga, controle y en su caso realice los traslados de internos.

5. En razón de lo anterior, debe crearse el Manual de Actuación del Personal de Seguridad, Custodia y Guarda.

6. Crear el Servicio Profesional de Carrera Penitenciario, para evitar el surgimiento y posterior apoderamiento de grupos en las prisiones y que las direcciones de los Ceferesos y los puestos de nivel medio, sean otorgadas mediante examen de oposición, en los que predomine como requisito indispensable la capacidad profesional y la experiencia teórica y práctica de los concursantes.

7. En este sentido, como consecuencia, debe crearse también la Escuela Nacional de Formación y Capacitación Penitenciaria, particularmente en los Estados de la República. Además incluir en sus planes y programas de estudio la docencia y la investigación en materia Criminológico Penitenciaria.

8. Revisar los planes y programas de estudio en las Facultades de Derecho del País, a fin de impulsar las materias de Criminología y Derecho Penitenciario. Además de crear la Licenciatura en Prevención y Reinserción Social.

9. A contrario sensu, establecer prisiones abiertas de carácter regional para los preliberados considerados como de mediana y baja peligrosidad, de las prisiones federales y estatales y así afianzar los programas de reinserción social y evitar la reincidencia.

10. Con la finalidad de realizar los estudios de personalidad-síntesis y determinar la peligrosidad de los internos y clasificarlos bajo estos parámetros, crear los Departamentos de Criminología y Psiquiatría, en los Estados.

11. Proponer una reforma Jurídica normativa Integral en materia penitenciaria y correccional, tanto a nivel federal, como de los Estados de la República y del Distrito Federal.

12. Como una medida de prevención del Delito, deberá crearse la Fiscalía Especializada en Atención de Asuntos Penitenciarios, (FEAP) dentro de la Procuraduría General de la República y en las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados, debido a que aproximadamente un 70% de las extorsiones mediante llamadas telefónicas y un porcentaje elevado de los delitos de secuestro, proviene de las prisiones.

13. Fomentarse en forma obligatoria, el trabajo penitenciario y producción como tratamiento de reinserción y deberá darse preferencia a que participen los internos sentenciados ejecutoriados, de preferencia sobre los procesados, a fin de cuantificar

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

días efectivamente trabajados para un beneficio de libertad anticipada, en su momento legal oportuno.

Se debe retomar el ideal de la prisión mexicana que es la reinserción social del delincuente y profundizarse en el trabajo penitenciario de internos a fin de hacerlos autosuficientes; debe medirse en forma clara la situación intramuros, hacer dinámico y con sensibilización casi política, de acuerdo a las circunstancias, el trato y tratamiento penitenciario hacia los internos y hacia el mismo personal de staff, respetándose siempre el marco legal y los reglamentos que regulan la actuación del Sistema Penitenciario.

Así, con estas medidas preventivas, se evitarán los movimientos de resistencia organizada como son las protestas generalizadas, las huelgas de hambre, los motines, las evasiones de presos, las ahora llamadas huelgas judiciales y el malestar generalizado de los familiares de internos, que denotan, en contrario el aumento de la subcultura carcelaria, la que en lugar de desaparecer, parece que aflora.

Al decir de Luis Rivera Montes de Oca, “La deuda social que México tiene con el sistema penitenciario alcanza niveles dramáticos, porque son acciones que no gustan, son tareas de gobierno que no lucen, lo que ha conducido al sistema, como tal, a las condiciones de olvido que actualmente enfrenta”.

No quiero decir con esto que el personal penitenciario haya fracasado en definitiva, en su difícil misión y que no se necesite para salvar al sistema penitenciario mexicano, una medida de este tipo, ya que los problemas carcelarios nos rebasarán a la larga, de no cumplirse estas medidas. La crisis y violencia en las prisiones mexicanas, nos seguirá agobiando.

En este tenor, deben coordinarse efectiva y ordenadamente las corporaciones policiales Federal Ministerial, Policía Federal, Ejército Mexicano y Marina, con el personal penitenciario a fin de que en la medida de sus posibilidades, cada uno cumpla con sus funciones, evitar su duplicidad y mejorar la unificación de criterios, para hacer transparente las acciones de enmienda en los Centros de Readaptación Social, federales, estatales y del Distrito Federal.

Estas acciones de política penitenciaria sin duda serán de gran utilidad y modernizarán, al Sistema Penitenciario Mexicano. Darían transparencia a las acciones que el Gobierno federal, en su trato y tratamiento de delincuentes y en general, en su actuación sobre esta materia, tiene la obligación de matizarla ante la ciudadanía y reflejarían el avance significativo que nuestro país necesita, ya que, desde las reformas carcelarias —a mi parecer— y que han dejado profunda huella, que son las de 1971, (creación de la Ley de Normas Mínimas) y de 1991 (instauración del Programa de Ceferesos), no se implementó una reforma integral penitenciaria en nuestro país, como las que ahora se sugiere sean establecidas, con el nuevo Modelo Penitenciario del 2008. Es decir, nos encontramos ante la tercera época del penitenciarismo mexicano.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Se requiere mejorar la infraestructura penitenciaria a nivel nacional; debe implementarse una adecuada y coordinada política penitenciaria e inmiscuir a la sociedad y a las instituciones encargadas de esta materia; además de que funcionen los acuerdos emanados de la llamada “Conferencia Nacional de Prevención y Readaptación Social”.

Urge una gran reforma penitenciaria a nivel federal, pero que incluya a los Estados de la República y al Distrito Federal, sin distinciones de colores partidistas, porque no creo en una reforma parcial, sino en una integral en la cual se inmiscuyan y comprometan todos los actores del drama penal. Debe ponerse orden en las prisiones mexicanas y darles un voto de confianza al actual sistema penitenciario mexicano, para que todos unidos deban planear y preparar seriamente la gran política penitenciaria que actualmente necesita nuestro país.

Por la imposibilidad material de verla personalmente y ante los problemas policiales y penitenciarios recientes que son un lastre para la sociedad mexicana y los derechos humanos, como uno de sus alumnos, le pregunto maestra lo siguiente:

¿Qué opinión le merece que los militares combatan al narcotráfico y a la delincuencia organizada?

¿Qué opina de la policía con mando único?

¿La seguridad pública debería no politizarse?

¿Cómo debería combatirse a la delincuencia convencional y organizada en México?

¿Los militares deberían resguardar a las prisiones?

¿Cuál sería el mejor plan de política criminal para disminuir a la delincuencia?

¿Deberían legalizarse las drogas en México?

¿Qué opinión le merece la promulgación de la nueva Ley de Seguridad Nacional?

¿Qué opina sobre la figura del Juez Federal y Estatal de Ejecución de Penas?

¿El sistema penitenciario en México debe judicializarse?

¿La nueva Reforma al Sistema Mexicano de Justicia Penal, deberá replantearse?

Gracias Doctora Emma Mendoza Bremauntz, por todas sus valiosas aportaciones al sistema penal mexicano y sobre todo a su congruencia de vida, que con singular ejemplo nos predica a diario, a los estudiosos de las ciencias penales.

Respetuosamente

Cereso de Apodaca, Nuevo León, Noviembre de 2011

POLÍTICA CRIMINOLÓGICA Y SEGURIDAD PÚBLICA: UN ANÁLISIS ALTERNATIVO DESDE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Rafael E. AGUILERA PORTALES

Joaquín GONZÁLEZ CRUZ

“Que el mundo sea ilusión proviene de su imperfección radical. Si todo hubiera sido perfecto, el mundo se limitaría a no existir, y si por desgracia acabara existiendo, dejaría simplemente de hacerlo. Ésta es la esencia del crimen: si es perfecto, no deja huellas. Así pues, lo que nos asegura la existencia del mundo es su carácter accidental, criminal, imperfecto.

BAUDRILLARD, J. *El crimen perfecto.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Necesidad de una nueva hermenéutica criminológica. 3. El discurso jurídico-criminológico en la racionalidad posmoderna. 4. El crecimiento indefinido de la política criminológica: el problema de la seguridad pública 5. A manera de conclusión: Seguridad ciudadana y políticas criminológicas inclusivas. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Queremos comenzar este trabajo con una cita de Baudrillard por dos razones fundamentales, la primera, porque representa, de una manera casi poética, la *esencia* de nuestro mundo como algo imperfecto, inacabado, incompleto y complejo. Por tanto, su aspecto criminal es inherente, podemos decir, casi ontológico. El mundo y la realidad *asesinan* la perfección, esto es, si el mundo no fuera una *ilusión*, (que en Baudrillard sería un cúmulo de representaciones simbólicas, flujos de signos y significaciones en constante cambio), y si nuestro mundo fuera “totalmente real”, translúcido, verdadero y absolutamente tangible, desplazaría, el anhelo, la confianza, el deseo, el ánimo, la fe y la esperanza, o simplemente dejaría de ser, comprensible, inteligible y aprehensible. Esta *ilusión vital*¹ de Baudrillard se puede leer en dos

¹ BAUDRILLARD, J., *La ilusión vital* (trad. Alberto Jiménez Rioja), Siglo XXI, Buenos Aires, 2002. (*The vital Illusion*, Columbia University Press, 2000).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

sentidos, como *ficción* y como anhelo. Si el mundo fuera perfecto o si quisiéramos la perfección del mundo entonces: ¿para qué sirve la esperanza?, ¿para qué necesitamos la fe? Sencillamente esto no tendría sentido. *El mundo es ilusión radical*², si esto no fuera en parte cierto, ¿para qué darle sentido y fuerza a la realidad?, ¿para qué darle significado(s)?, ¿para qué buscar un fin?

La segunda razón consiste en la posibilidad de proporcionarnos un límite, como advertencia, pero también como señal que nos advierte de la imposibilidad de erradicar por completo los accidentes, las incertidumbres, el caos, la misma criminalidad. El fenómeno del crimen siempre va a estar presente en nuestras sociedades o siempre lo ha estado, sólo que ha cambiado de formas y significados; pero no ha desaparecido ni desaparecerá. El crimen no es un mal absoluto que debe de ser eliminado, ni sólo tiene facetas negativas: si así lo fuera, dejaría de existir. El crimen también posee aspectos positivos, ya sea cohesionando una sociedad, integrando a los individuos, proporcionando escalas de valores y prioridades éticas frente a acciones que desintegran la comunidad política y social, estableciendo límites y demarcaciones sobre nuestros horizontes de posibilidad en el mundo, por ejemplo, los crímenes contra la humanidad que se cometieron en las grandes guerras mundiales, nos proveen de alicientes para construir la paz y justicia, esto nos aporta un margen y límite que no debemos volver a repetir y traspasar, como el caso de los campos de concentración en la Alemania nazi de la Segunda Guerra Mundial o los *gulags* en la Ex Unión Soviética.

Sin duda, el siglo XX constituye un acontecimiento moral singular, pues los hechos que se dieron ponen de relieve la enorme capacidad de destrucción, barbarie y crueldad de la que es capaz el ser humano. El totalitarismo expresó y plasmó la fórmula de “*todo es posible*”. Como dice John Gray: “Lo que convierte el siglo XX en especial no es el hecho de haber estado plagado de masacres, sino la magnitud de sus matanzas y el hecho de que fuesen premeditadas en aras de ingentes proyectos de mejora mundial.”³

Guernica, Auschwitz, Gulag e Hiroshima siguen siendo los símbolos trágicos de una humanidad derrotada, rota, escindida, dividida. El otro, el diferente, el extranjero, el exiliado, el inmigrante, el judío, el gitano, el comunista ha escrito la historia moral de Occidente. En ellos se encuentra la marca de su rechazo y marginación, condena,

² BAUDRILLARD, J., *El crimen perfecto* (trad. Joaquín Jordá), Anagrama, Barcelona, 1996. (*Le crime parfait*, Éditions Galilée, París, 1995.).

³ Cfr. GRAY, John, *Perros de paja*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 215. Véase también GLOVER, Jonathan, *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX*, (trad. Marco Aurelio Galmarini), Madrid, Cátedra, 2001. Alfred Rosenberg y Goebbels fueron políticos y ministros de Hitler cuyas teorías antisemitas y raciales llevaron a la deportación y la muerte a miles de judíos, polacos, húngaros, socialistas, republicanos españoles, católicos disidentes en toda Europa. Ambos llegaron a reducir a la caricatura de padre espiritual y modelo ejemplar del pueblo del *Tercer Reich*. Alfred Bäumler, otro destacado ideólogo nazi señalaba que el Estado Alemán del futuro debería ser creado “del espíritu de la gran Guerra”.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

expulsión, persecución y exterminio. “Auschwitz es mucho más que el nombre de un campo de exterminio, que el lugar en el que se focalizó la barbarie genocida del nazismo; Auschwitz concluye el itinerario maldito de un Occidente que hizo del “judío” el paradigma abominable, alquimia de deicidio y contumacia, cómplices del demonio, usureros de los poderosos y apátridas preparados para la traición.”⁴

Baudrillard no da ninguna receta para salir del atolladero, no propone acciones políticas concretas o unos parámetros éticos y morales a seguir para mejorar nuestro mundo. Sin embargo, este no es el punto, no nos detendremos a discutir sobre si es propositivo o pesimista, si ofrece o no alternativas explícitas y concretas. Este gran sociólogo y semiólogo francés Jean Baudrillard nos brinda múltiples análisis exhaustivos sobre nuestro tiempo y diagnósticos audaces y atrevidos sobre nuestra cultura *posmoderna*, que reflejan nuestro mundo y nos advierten sobre sus peligros y desafíos.

Por tanto, las Políticas criminológicas como políticas públicas encaminada a la disminución del fenómeno de la criminalidad debe tomar en consideración estos análisis y estudios sociológicos que a lo largo de más de 30 años abarcan temas sobre la criminalidad, la inseguridad ciudadana, la pérdida de valores estables, la expansión del nihilismo de una *sociedad de masas*⁵ y el espíritu del *individualismo consumista*, entre muchos otros⁶. En este sentido, este trabajo intenta incluir algunos *diagnósticos de la posmodernidad*, así como, proponer algunas alternativas a las vicisitudes que acompañan nuestra época.

2. NECESIDAD DE UNA NUEVA HERMENÉUTICA CRIMINOLÓGICA

La Criminología ha desarrollado desde sus albores, distintas visiones e interpretaciones del hombre y del mundo social. Es decir, históricamente ha

⁴ Cfr. FOSTER, Ricardo, “Después de Auschwitz: la persistencia de la barbarie”, en *Crítica y Sospecha* (los claroscuros de la cultura moderna), México, Paidós, 2003, 238. La memoria judía se enraza en la Torá, el Talmud y los inacabables cementerios que les dan incesante vida. Lo judío tiene un punto de partida irreducible: el pacto realizado por Dios a su pueblo. Desde este momento la *memoria* es deber inapelable y condición de existencia. El nazismo tuvo siempre como objetivo destruir la memoria en la historia. SCHUMUCLER, H. “Formas de Olvido”, *Pensamiento de los confines*, n° 1, 1995.

⁵ En la actualidad nos encontramos en momento de grave crisis de la esfera pública como producto de la fuerte expansión, crecimiento y primacía del “esfera laboral” y la “esfera tecnológica” consecuencia del advenimiento de la sociedad de masas. Véase el análisis de ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1998; *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1973. SENNETT, R., *El declive del hombre público*. Barcelona, Península, 1978.

⁶ Un grupo de pensadores de la teoría política han sido los primeros en haber utilizado en su discurso teórico los postulados, descripciones y análisis de los pensadores *posmodernos*. Antonio Negri y Michael Hardt son parte de los representantes de este grupo de teóricos de la política, que han incorporado en su discurso y en su pensamiento, los análisis de los pensadores posmodernos de los setentas. Vid. NEGRI, A. *Fabrica de porcelana. Gramática de la política*, Paidós, Barcelona, 2005; NEGRI, A. y HARDT, M., *Imperio* (1ª ed.) (trad. Alcira Bixio), Paidós, México, 2002.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cambiado de referentes epistemológicos y discursivos: científicos, éticos, políticos y filosóficos, cargando la acentuación sobre un tipo de discurso más que otro, siempre condicionado por procesos históricos, políticos, económicos y subjetivos⁷. No obstante, uno de los rasgos característicos que constituyen a la Criminología como ciencia social, lo constituye la presencia de un discurso político y ético que vertebró toda la estructura y metodología de su estudio.

En este sentido, todo estudio criminológico es un estudio ético-político-filosófico, es más, toda la Criminología está cargada, envuelta y sustentada por estos tres paradigmas interpretativos epistemológicos. Por tanto, un análisis criminológico completo y holístico, nos remite necesariamente a diferentes niveles de comunicación como el Derecho, la Política, la Filosofía y la Ética⁸. En este sentido, podemos decir que también la Criminología, y más específico, la Política criminológica estudia, y se encuentra sumergida por reflexiones en torno al problema de la *justicia* que integra los cuatro niveles de interpretación epistemológica. Y es en este aspecto, donde la Criminología crítica, (con sus diversas corrientes afines) como corriente actual, constituye una respuesta, reacción y resistencia a la injusticia, como la polarización social, la pobreza y miseria

⁷ Paul Feyerabend, desde su anarquismo epistemológico (“*anything goes*”), ha insistido en la negación de un método único y común para todas las ciencias, y desde esta perspectiva. No existe un método especial que dé sentido a la totalidad del conocimiento, no hay régimen de proposiciones ni un género de discurso que goce de una autoridad universal. Feyerabend defiende un relativismo epistemológico donde no existen criterios objetivos, racionales y neutrales que permitan fundamentar la elección de un determinado paradigma. *Vid.* FEYERABEND, P., *Adiós a la razón* (trad. J. R. de Rivera), Madrid, Tecnos, 1989; *Contra el método* (trad. Francisco Hernán), Barcelona, Orbis, 1974; Muy cerca de esta posición epistemológica se encuentra KUHN, T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contin, F. C. E., México, 2000; *¿Qué son las revoluciones científicas? Y otros ensayos*, (trad. J. Romo Feito), Barcelona, Paidós, 1989.

⁸ El postulado de la separación radical entre moral, derecho y política que ha defendido el positivismo jurídico, pese a las ventajas en el plano metodológico, resulta irrealizable e inalcanzable en la praxis jurídica, política y judicial. De ahí, que surjan tendencias actualmente que traten de moralizar el derecho y la política para así superar esta separación dramática que nos ha llevado a un siglo de guerras, masacres y totalitarismos en el siglo pasado. Las lecturas formalistas estrictamente positivas y literales del derecho pueden conducirnos a graves injusticias sociales. Por consiguiente, los ámbitos moral, político y jurídico se encuentran entremezclados e indisolublemente unidos, como condición de posibilidad ineludible de resolución de nuestros problemas actuales. *Vid.*, BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2001 (4^o ed). *Vid.* Vidal Gil, Ernesto “Sumar y no restar”. Tres propuestas para conjugar el derecho, la moral y la política” en *Diálogo Filosófico*, n^o55, Enero/Abril, Madrid, 2003; Puede consultarse también *Vid.* VON IHERING, Rudolph, *La lucha por el Derecho*, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004; LARENZ, KARL, *Derecho justo, Fundamentos de Ética jurídica*, Civitas, Madrid, 2000; DE LUCAS, J. *Introducción a la Teoría del Derecho*, 3^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1977; PECES BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983; PEREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 1997; LAPORTA, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 3^o ed., 2000.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

económica, la corrupción, la impunidad, la deshonestidad y la violación a todos los derechos humanos en general.

De esta forma, la Criminología, está sujeta al contexto global, las circunstancias socio-políticas y socio-económicas, es decir, está supeditada a una constante transformación y metamorfosis⁹, donde la incertidumbre y la contingencia deciden gran parte de la realidad social. La *posmodernidad*¹⁰ como *lapsus* temporal histórico o actitud de sospecha, emergió debido a las grandes transformaciones radicales de la sociedad¹¹ causadas por las dos grandes guerras mundiales, la incertidumbre catastrófica de un posible y permanente holocausto, los diversos conflictos políticos que se prolongaron en conflictos bélicos, las grandes migraciones internacionales, y el aumento y expansión del fenómeno de la globalización¹² y mundialización (Beck, U.) así como, el avance desmedido y la explosión de las *nuevas revoluciones posmodernas*¹³, como la revolución informática, la revolución tecnocientífica, sexual, cultural, etcétera, que desencadenaron una serie de eventos que dieron lugar a un “desequilibrio” entre la esfera social, política, moral y tecnocientífica¹⁴; estas grandes transformaciones se dieron a niveles teórico-epistemológico, así como al nivel de la praxis y de las experiencias cotidianas.

⁹ PAVARINI, M., “Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad” en *Seguridad Pública. Tres puntos de vista convergentes*, Ediciones Coyoacán, México, D. F., 2006, pp. 14 y ss.

¹⁰ Existe todo un debate teórico muy prolijo y complejo sobre la noción de posmodernidad, como crítica a la modernidad, como transición temporal de un momento a otro o como paradigma histórico-filosófico que se mantiene hasta nuestros días. “La postmodernidad es una actitud nueva, más autorreflexiva, más irónica, más pluralista que la actitud moderna. Es la mirada retrospectiva y el énfasis en el pluralismo como diferencia y variedad que tiene como resultado el reciclaje constante de ideas y prácticas de nuestra edad moderna.” *Cfr.*, HELLER, Agnes, *Historia y futuro, ¿Sobrevivirá la modernidad*, Ed. Península, Barcelona, 1990, p. 180. El concepto de postmodernidad forma parte del pensamiento político porque hace referencia explícita a los tremendos cambios sociales y culturales que se han producido en el siglo XX e inicios del presente siglo. Lyotard definió lo postmoderno como la actitud de incredulidad ante las metanarraciones históricas. Véase también ECO, U., *Appocalittici e integrati, Bompiani*, Milán, 3^o ed. (Trad. Cast.: Apocalípticos e integrados, trad. de Andrés Boglar, Lumen, Barcelona, 1999.), 1982.

¹¹ “Ahí reside la novedosa fuerza cultural y política de esta era. Su poder es el poder del peligro que suprime todas las zonas protegidas y todas las diferenciaciones de la modernidad” *Cfr.*, BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 11.

¹² Para una ampliación al respecto de la globalización y la *pos*-modernidad véase: BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006.

¹³ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴ PEREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 1997, véase especialmente capítulos IX y X. Igualmente, KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa UNAM, 2^a. edición, México, 1991, (original alemán 1932).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En consecuencia, una nueva concepción de Política criminológica y de su campo de acción dentro de la seguridad pública¹⁵, precisa de un nuevo análisis, un nuevo método hermenéutico-analítico, donde la interpretación y concepciones sean innovadoras, críticas y fructíferas, dándose la posibilidad incluso que se llegue a su disolución o superación¹⁶. En este sentido es donde podemos estudiar las vicisitudes de índole criminológicas, deconstruyendo todos sus componentes para dilucidar una realidad político-social más plural, compleja y contingente, que permita tomar en consideración variables y datos sociológicos, filosóficos, antropológicos, políticos y éticos que no se tomaban en cuenta para el estudio de la criminalidad, la desviación y la delincuencia en sus distintas formas, y que hoy por hoy, son necesarios para comprender tal fenómeno dentro de este tipo sociedad.

3. EL DISCURSO JURÍDICO-CRIMINOLÓGICO EN NUESTRA SOCIEDAD POSMODERNA

“Hay mil remedios para la miseria, pero ninguno para la pobreza. ¿Cómo socorrer a los que se obstinan en no morirse de hambre? Ni Dios podría corregir su suerte. Entre los favorecidos de la fortuna y los harapientos circulan esos hambrientos honorables, explotados por el fasto y los andrajos, saqueados por quienes, aborreciendo del trabajo, se instalan, según su suerte y vocación, en el salón o en la calle. Y así avanza la humanidad: con algunos ricos, con algunos mendigos y con todos sus pobres...”

CIORAN, E., *Breviario de podredumbre*.

El estudio criminológico no puede dejar de lado los análisis sobre la *justicia*, tema central y fundamental de la criminología de corte político¹⁷. De esta manera, se

¹⁵ PAVARINI, M., “Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad” en *Seguridad Pública. Tres puntos de vista convergentes*, Ediciones Coyoacán, México, D. F., 2006, p. 15.

¹⁶ Para profundizar en un análisis preciso y concienzudo sobre las distintas corrientes y visiones que se le han dado a la criminología desde sus “orígenes” hasta hoy en día, ver: ZAFFARONI, E, R, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 2003; VIRGOLINI, E. S. J, *La razón ausente. Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*. Editores del puerto, Buenos Aires, 2005; BARATTA, A, *Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal* (8ª ed.), Siglo XXI, México, 2004.

¹⁷ Tal es el caso de los criminólogos críticos que tanto han impactado en la teoría criminológica, y que en sus estudios entrelazan lo político y ético, y no solo eso, sino que el tema de la justicia vertebró sus discursos teórico político-criminológicos, véase por ejemplo: ZAFFARONI, E. Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989; VIRGOLINI, Julio, *El crimen excelente. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004; TAYLOR, Ian; WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1977; SIMONETTI, José M. y VIRGOLINI, Julio, *Criminología, política y mala conciencia*, en “Nueva Doctrina Penal”, 2003/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires; PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Siglo XXI, México 1998; MELOSSI, Darío, *El Estado del control social*, Siglo XXI, México, 1992; HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984. (Título original *Peines Perdus; le système pénal en question*, Centurión,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

puede decir que la *justicia* consiste en el acto social cargado de moral, pública y circunscrita por determinados rituales (prácticas sociales, judiciales, políticas, institucionales, etcétera)¹⁸, que a su vez constituye un presupuesto válido para todos y comprendido por todos.

Por ello, siguiendo este hilo conductor y análisis crítico de la posmodernidad, se puede decir con respecto a la justicia que, aquellos que se encuentran “*incapacitados*” para comprender o tener consciencia de la *justicia* están fuera de ella, de manera que los *locos*, los niños, los animales y demás *seres* (considerados diferentes a los “hombres”) quedan excluidos de todo castigo. Porque, si no entienden qué es la Justicia, poco se puede hacer para que entiendan el significado del ritual y la carga simbólica que representa socialmente. En este sentido, la pena capital o encierro es un acto jurídico-social de “hombres para hombres”; si se castiga, por ejemplo, a un animal, la fuerza del signo transforma la representación que tenemos del animal confiriéndole rasgos exclusivamente *humanos*. Gracias a este tipo de “*racionalidad*” se dejó de castigar a los animales, niños locos, etcétera, porque al carecer de las capacidades para comprender qué es la justicia y por lo tanto, qué es el castigo, carecen de *responsabilidad penal y criminal*.

Este fenómeno socio-jurídico nos interesa particularmente porque la justicia como actualización social va a determinar los límites y bases de todas las discriminaciones¹⁹ (exclusiones sociales) que son sustentadas por las distintas culturas en distintas épocas, del mismo modo que la justicia es un constructo ideal, simbólico, imaginario, también lo es la discriminación social ya que las dos consisten en construcciones jurídicas, sociológicas y criminológicas.

En este sentido, podemos deducir que, no sólo castigamos a los que consideramos *humanos*, sino castigamos a los demás seres porque los “despreciamos”, precisamente porque les quitamos su valor, porque no se merecen la cualidad de *humano*²⁰. El hecho de que en la Edad Media castigarán a todos por igual (viejos, niños, locos, animales) era porque los “*honraban*”, porque conformaban el *cuero social* donde eran asimilados como integrantes de esa sociedad. En realidad, fue la *Ilustración* y

París, 1982); COHEN, Stanley, *Visiones del control social*, PPU, Barcelona, 1988; BARATTA, A, *Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal* (8ª ed.), Siglo XXI, México, 2004, entre muchos otros que configuran el nuevo discurso criminológico de reacción ante las injusticias políticas y sociales que marcan a las sociedades *pos-modernas*.

¹⁸ BAUDRILLARD, J., *El intercambio simbólico y la muerte* (Trad. Carmen Rada), Monte Avila editores, Caracas, 1980, p. 195.

¹⁹ FOUCAULT, M., *Genealogía del racismo*, Altamira, La Plata, 1996, p. 206. Para ampliar sobre los problemas de inmigración y racismo en la Unión Europea puede consultarse AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “La encrucijada de una ciudadanía constitucional europea a través del pensamiento federalista” en Torres Estrada, Pedro (ed.) *La Reforma del Estado*, Editorial Porrúa, México, 2007.

²⁰ BAUDRILLARD, J., *El intercambio simbólico y la muerte... Op. cit.*, p. 197.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

especialmente su racionalidad, la que nos confirió la calidad de *Humano*²¹ y la que impuso la cultura del encierro institucional²² donde se excluye y relega a los demás por su estatus de inferioridad; el humanismo ilustrado y el encierro son dos fenómenos que se originaron al mismo tiempo. Por otro lado, en el periodo antiguo y parte del medieval, sí se sacrificaban a los débiles, enfermos, animales, mujeres, niños, pero porque se consideraban sagrados²³. Sin embargo, ya entrada la modernidad, el “progreso” de la razón, el progreso ilustrado, fuertemente ligado al progreso moral, que ahora denominamos “humanismo”, nos convoca a “respetarlos” con tendencias a la exclusión, ya que son considerados inferiores, no merecedores de la “humanidad”, basada en una visión etnocentrista y evolucionista persistentemente unilineal²⁴. Bajo este aspecto, no son dignos de nuestra justicia y de esta conmiseración racial y sentimiento de superioridad de un “humanismo” etnocentrista occidental se derivan nuestras acciones caritativas, nuestro paternalismo y “proteccionismo” que sigue excluyendo y criminalizando a los más vulnerables.

Por consiguiente, en esta lógica del “humanismo” es donde se encuadra simbólicamente el “criminal”, el delincuente, el desviado social. La carga simbólica que rodea y envuelve al criminal es tan fuerte que resulta imposible escapar a la atracción de este discurso criminológico “humanista”²⁵. El criminal no es ningún ser inferior, no se encuentra fuera de la justicia, sino está dentro de ella y, en algunos casos, está sobre ella (tal es el caso de los delitos de cuello blanco o los crímenes o

²¹ Michel Foucault fue uno de los primeros en denunciar y desvelar el carácter “irracional” de la *Ilustración*, des-encubre concepciones que para nosotros ya nos parecen dadas *a priori*, nacidas bajo la luz de *iluminismo*: la Vida, el Hombre, la Razón, el Progreso, son sólo algunas de las concepciones propias de la modernidad y que como tales, es decir, como constructos teóricos sujetos a una temporalidad y a un contexto cultural, pueden cambiar de significado. *Vid.* FOUCAULT. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* (trad. Elsa Cecilia Frost), Siglo XXI, México, 1968; y *La arqueología del saber* (trad. Aurelio Garzón del Camino), Siglo XXI, México, 1970.

²² FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 116. La idea de colocar a una persona en prisión para corregirla y mantenerla encarcelada hasta que se corrija, idea paradójica, absurda, sin fundamento o justificación alguna con respecto al comportamiento humano, se origina precisamente en esta práctica.

²³ CHÂTELET, F., *Historia de las ideologías*, Premia, México, 1980.

²⁴ Esta corriente tiene como representante a L. H. MORGAN y a E. B. TAYLOR, adopta el paradigma evolucionista darwiniano. Se denomina “evolucionismo lineal” porque considera que todas las sociedades han pasado o pasarán por idénticas fases de desarrollo en una misma escala evolutiva. Esto le permite establecer una jerarquía de las culturas, de la menos desarrollada a la más desarrollada, y también introducir un “paralelismo cultural”. La investigación de estos evolucionistas pretendía explicar la existencia de culturas extremadamente primitivas en nuestros días. Llegaron a la conclusión de que estas culturas pueden identificarse con la cultura prehistórica, es decir, que los pueblos primitivos son como fósiles de nuestro pasado.

²⁵ BAUDRILLARD, J., *El intercambio simbólico y la muerte... Óp. cit.*, p. 198.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

delitos dorados)²⁶. El criminal no se configura en ningún individuo “anormal”, no es ningún ser irresponsable, el criminal y la criminalidad son sujetos y fenómenos sociales de la cotidianeidad. El criminal y el delincuente, mantiene una catexis simbólica fluctuante que perpetúa al ámbito social, esto es, que tienen una función social específica y peculiar. El castigo del criminal, más que una simple sanción, constituye un acto que cohesiona y solidariza a todo el *corpus social*, sin embargo, este referente ético consolidante se está perdiendo con las constantes actuaciones criminalizadoras, punitivas y autoritarias del sistema de justicia penal.

Históricamente, el criminal ha configurado el objeto fundamental a través del cual se mueven un sinnúmero de actuaciones sociales, políticas, jurídicas y criminal, y constituye el centro neurálgico donde se articula y vertebrata una parte fundamental de la sociedad. Esta es la tesis de la teoría política hobbesiana²⁷, a través de la cual el delincuente rompe el pacto social fundacional del Estado, el orden, la paz social y la seguridad jurídica (*Leviatán*). En este sentido, el peso de la violencia, la fuerza y la represión debe caer sobre él porque ha cuestionado el fundamento del Estado.

Para la subjetividad del sistema social anterior al capitalismo moderno inicial, el criminal no constituía ningún “problema” social o jurídico. Al contrario, consistía en uno de los elementos de la existencia del orden social y de la convivencia. Realmente, va a ser durante el origen y el desarrollo del capitalismo tardío, cuando el criminal pasa a convertirse en un “problema”, donde entra a formar parte de los discursos políticos y científicos principales de nuestras Academias, Universidades y gobiernos. En este momento, el castigo pasa a transformarse a terapia política y jurídica, como sistema de justicia y modelo político criminal; a esta visión que Thomas Szasz denominó *Estado terapéutico*²⁸. Este tipo de Estado se extiende a todos

²⁶ SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.

²⁷ La teoría contractualista hobbesiano sienta las bases del pacto social fundacional: “*Que los hombres cumplan los pactos que han celebrado [...] La definición de Injusticia no es otra sino ésta: el incumplimiento de un pacto*”. Cfr., HOBBS, T., *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 118. MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970. La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de Derecho. Vid. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Origen, evolución y constitución del principio de tolerancia en el Estado Constitucional” en *Teoría política y jurídica contemporánea* (Problemas actuales), México, Editorial Porrúa, 2008, pp. 161-186.

²⁸ Este concepto que se define por un Estado aliado con la medicina (en especial con la psiquiatría) y otras ciencias naturales para justificar y encubrir ciertas prácticas judiciales exclusivas de encierro y castigo, es desarrollado por el psiquiatra húngaro Thomas Szasz en sus obras sobre la enfermedad mental, en especial véase: SZASZ, T., *La fabricación de la locura. Estudio comparativo de la Inquisición y el movimiento en*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

y a cada uno de los integrantes del *corpus social*, como una única razón y equivalencia, consiste en hacerlos “iguales”, esto es, “devolverle” la “normalidad” a alguien o a un grupo de personas que se encuentran fuera de la lógica social. “*La terapéutica y el reciclaje son la verdad de la jurisdicción social de una sociedad homogénea y normalizada*”²⁹.

Por otras razones ya expuestas, las instituciones como las cárceles, hospitales, asilos, psiquiátricos, escuelas y fábricas emergen junto con los derechos humanos en una correlación entre este paisaje social y el panorama epistémico de esa época. Así también, gracias a la diferencia y la exclusión, es cómo nacen los distintos saberes³⁰ (Foucault). La diferencia de lo que consideramos anormal configura y traza un *pathos* que el conocimiento sigue y re-crea³¹.

En este sentido, bajo la lógica positivista del binomio normal/anormal, el delincuente o el criminal no son seres “normales” que se “desviaron”, sino son seres “anormales” que necesitan ser encauzados, corregidos, encaminados, rehabilitados por la sociedad y el Estado. Sin embargo, los criminales o delincuentes no necesitan “normalizarse”, no se trata de convertirlos a nuestra lógica, sino que nosotros nos convirtamos a la suya. El criminal no es ningún *sobreviviente*, no tiene que ser “reciclado”, siempre va estar presente en la sociedad, de forma natural dentro del paisaje social. En todo caso, deberíamos revirar nuestra atención a otro tipo de criminales, hacia aquellos que de verdad atentan contra la ciudadanía, que ponen y cuestionan toda la esfera pública y a todo el sistema jurídico-legal; ya que el criminal

defensa de la salud mental (2ª ed.), Editorial Kairós S.A. Barcelona, 1981; y SZASZ, T., *Libertad fatal. Ética y Política del suicidio*, Paidós, Barcelona, 2002.

²⁹ BAUDRILLARD, J., *El intercambio simbólico y la muerte* (Trad. Carmen Rada), Monte Avila editores, Caracas, 1980, p. 200.

³⁰ Sobre este tema véase la obra de Michel Foucault quien nos expone un análisis genealógico sobre la verdad, el poder y el saber en las sociedades modernas y en especial en las instituciones, que él denomina, de control social. *Vid.*, FOUCAULT, M., *Microfísica del poder*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994; *Genealogía del racismo*, Altamira, La Plata, 1996; y del mismo autor, *Vigilar y castiga* (Trad. Aurelio Garzón del Camino), Siglo XXI, México, D.F., 1976.

³¹ El cuerpo se ha vuelto sede y fundamento del individuo disciplinado a través de sus distintas manifestaciones de salud, enfermedad, alimentación, seguridad, higiene, estilos de vida. Las nuevas tecnologías de la normalización e individuación reflejan los nuevos mecanismos de control de la inmanencia de la vida. Las sociedades convertidas en población inscriben las nuevas líneas de lo político, en términos frankfurtianos estaríamos ante procesos de colonización de la vida humana. *Vid.*, FOUCAULT, M. “La gubernamentalidad” en GIORGI, Gabriel y RODRÍGUEZ, Fermín (comps.), *Ensayos sobre Biopolítica, excesos de vida*, Barcelona, Paidós, 2007, pp. 187-215, p. 196. Véase también BOUVERESSE, Jacques, “La objetividad, el conocimiento y el poder” en ERIBON, Didier (comp.) *El infrecuente Foucault, (renovación del pensamiento crítico)*, Buenos Aires, Ed. Letra viva-Edelp, 2004, pp. 181-196; véase también IACUB, Marcela, “Las biotecnologías y el poder sobre la vida” en ERIBON, Didier (comp.) *El infrecuente Foucault, (renovación del pensamiento crítico)*, Buenos Aires, Ed. Letra viva-Edelp, 2004, pp. 173-180.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

no es solamente el homicida, el asaltante, el violador, todos estos crímenes que simbólicamente son más impactantes, que producen un *shock* inmediato, tangible y reconocible, también son criminales aquellos que Sutherland denominó *delincuentes de cuellos blanco*³² y que conforman una nueva categoría social y una nueva realidad al estudio criminológico. Estos criminales son los que representan e infieren un daño, lesión o perjuicio económico y político a personas o grupos de personas que se encuentran en calidad de estatus inferior, y que muchas de las veces es más severo y grave que un asesinato o un robo simple.³³ No obstante, todos sabemos que en realidad, en nuestros sistemas penitenciarios, son los criminales *comunes* los que conforman la población dominante, no los delincuentes de cuello blanco.³⁴ En este sentido, tenemos que cambiar de racionalización, transvalorizar los valores hegemónicos que explicitan los factores estructurales, cambiar la lógica y la subjetividad colectiva³⁵.

De esta manera, vemos como lo simbólico esta siempre presente en las delimitaciones de lo criminal y por consiguiente de lo penal. Hay crímenes, que como ya vimos, tienen un “peso” simbólico más que otros, y hay penas que son más “fuertes” que otras. Pero la lógica de la pena y de lo criminal no se acaba en lo simbólico, esta lógica también sigue un orden económico,³⁶ toda lógica de la penalidad está circunscrita dentro de un sistema económico-político (aunque los sistemas económicos-políticos están repletos por órdenes simbólicos y configuraciones de signos). El hecho de que unos delitos, crímenes o conductas antisociales tengan un mayor impacto social sobre la colectividad, tiene que ver directamente con la carga simbólica y el sistema económico racional.

Y sobre esta *racionalidad* económica y política se construye y eleva toda una ideología política y criminológica que permea profundamente el ideario colectivo de la población. La importancia de los valores es determinada y condicionada por el sistema reinante que siempre va estar fluctuando según las condiciones que necesite para su permanencia. El crimen (y la muerte que se encuentra tan íntimamente

³² Vid. SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969. y VIRGOLINI, Julio, *El crimen excelente. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004. Vid. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental” en Figueruelo, Ángela (coord.), *Igualdad ¿para qué?*, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 15-49.

³³ JAKOBS, G., *La imputación objetivo en Derecho penal*, trad. Cast. M. Cancio, Madrid, Civitas, 1996; ZARAGOZA HUERTA, José, *Derechos Penitenciario Español*, (Prólogo de Carlos García Valdés), México, Ed. Lazcano, 2007; ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.

³⁴ Vid. VIRGOLINI, E. S. J., *La razón ausente. Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*. Editores del puerto, Buenos Aires, 2005,

³⁵ MARCUSE, H. *El hombre unidimensional* (trad. Antonio Elorza), Seix Barral, Barcelona, 1972.

³⁶ Así, véase la excelente obra: RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y Estructura Social* (trad. Emilio García Méndez), Temis, Bogotá, 1984.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

relacionado con este) no es un *mal absoluto*, como nos lo ha hecho creer un *seudohumanismo ilustrado*, es sólo el valor que le imprime la racionalidad económica imperante. Esto se explica mejor si ponemos a la vida como un bien que se consume, y como el crimen, en especial aquellos crímenes y delitos que privan o lesionan la vida, atenta poliformemente la vida, es visto como un mal que hay que erradicar, suprimir y borrar. Lo único que deberíamos suprimir, es esta visión cerrada, ya que no nos permite ver otros modos y formas que el crimen adquiere.

Si se sigue viendo el crimen, la delincuencia y en un grado extremo la desviación, como *males absolutos*³⁷, vamos a caer en incongruencias y contradicciones aun más graves y profundas. Ya desde la Revolución Industrial y el nacimiento del pensamiento *utilitarista-pragmático* inglés³⁸, comienzan a emerger prácticas de control social desmedidas y políticas de seguridad, que lejos de satisfacer a la ciudadanía y toda la población en su conjunto, extienden el control de la vida y de la muerte a la totalidad de la población³⁹, contaminando las subjetividades individuales.

Todos los delitos y crímenes son actos simbólicos de violencia que, cuando no son realizados por parte del Estado, que dentro de esta lógica utilitarista, es el único que puede detentar el monopolio legítimo de la violencia, como nos decía Weber, son subversivos y aberrantes, ya que estos atentan contra la legitimación del Estado⁴⁰, contra su poder y mantenimiento. Es por esto que el sistema penal⁴¹ convirtió a los

³⁷ Véase para ampliar un concepto de el mal y el bien el excelente trabajo del sociólogo Todorov en: TODOROV, T., *Frente al límite*, Siglo XXI, México, 2004, pp. 300-308.

³⁸ BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (original de 1789); FULLER, L., *La moral del derecho*, (trad. Cast. De F. Navarro), Trillas, México, 1967;

³⁹ FOUCAULT, M., *Seguridad, Territorio y Población* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2006.

⁴⁰ “Hoy, por el contrario, tendremos que decir que Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama con éxito para sí el monopolio de la violencia legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado le permite. El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia.” *Cfr.*, WEBER, Max, *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1989, pp. 83-85; SCHMITT, C., *Legalidad y Legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971. Históricamente, podemos encontrar dos posiciones teóricas de justificación del poder político, por un lado, una posición de positivismo y realismo jurídico que mantiene que la obligación de obediencia a las leyes proviene de los mecanismos que fuerzan a obedecerlas independientemente del grado de legitimidad ética que posean. La obligación política de obediencia a las leyes es incondicional y absoluta. Mientras, para una postura legitimista democrática, la obligación de obedecer las leyes proviene del consentimiento libre y voluntario de los ciudadanos a través de los procedimientos formales. La obligación política es, por tanto, relativa pues depende del respecto al conjunto de valores constitucionales y derechos fundamentales de los ciudadanos. La obligación política, en este caso, es condicional y relativa.

⁴¹ Las preguntas que se realiza la filosofía de la penalidad y la doctrina penal, por tanto, son ¿qué es justo reprimir por la fuerza legal?, ¿bajo qué condiciones jurídicas y procesales? ¿Cómo rehabilitar al procesado? ¿Cómo mejorar su inserción social? Vid., JAKOBS, G., *La imputación objetivo en Derecho penal*, trad. Cast.

criminales o delincuentes que se encuentran *fuera de la ley, fuera de la norma*, en inferiores, *anormales* y desviados. El Estado no tiene que permitir que se le sea arrebatado cierto uso del poder y control de la violencia, sólo él puede racionalizar y racionar la violencia, de ahí que se tengan que tipificar ciertas acciones antijurídicas dentro de códigos, para que no escapen a su racionalidad.

4. EL CRECIMIENTO INDEFINIDO DE LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA: EL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD PÚBLICA

Esta organización y administración delirante, por parte del Estado, se distribuye y desplaza reterritorializando todas las prácticas cotidianas que venían siendo comunes y “normales”⁴². La seguridad, pública o privada, se extiende por todos lados, o quiere que se le encuentre en todas partes, nos encontramos ante un *chantaje* de la seguridad⁴³ por parte del Estado. No cabe la menor duda de que la seguridad constituye uno de los grandes negocios del siglo XX y en mayor medida del siglo XXI, es decir, una empresa gigantesca que abarca la mayor parte de la vida humana y colectiva. Y la criminología como técnica para analizar la población que vive en un territorio⁴⁴, no se hizo esperar para hacer su aparición en el escenario del *security business*; entre ellas, la criminología actuarial con su economía y administración de riesgos, la criminología de la seguridad privada, preocupada por los accidentes, la enfermedad, la contaminación y los “delitos al capital”, disciplinas que no hacen nada, salvo vivir de los efectos que provoca la delincuencia. La criminología actuarial y la seguridad privada están realizando un efecto de privatización de un fenómeno social, esto es, *la privatización del crimen*. La criminología, en este sentido, se presenta como una empresa industrial⁴⁵ y prestadora de servicios de seguridad, y

M. Cansio, Madrid, Civitas, 1996; ZARAGOZA HUERTA, José, *Derechos Penitenciario Español*, (Prólogo de Carlos García Valdés), México, Ed. Lazcano, 2007; ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.

⁴² Al respecto el profesor Virgolini nos dice, siguiendo un poco a Baudrillard que: “*El miedo y la necesidad de autodefensa permean toda la vida cotidiana, transformando a ésta en una actitud de permanente alerta*”. Virgolini no hace mención alguna a Baudrillard en su análisis sobre la política criminológica, pero queda muy clara la conexión que existe entre estos dos grandes autores, en el sentido anteriormente expuesto, el miedo y la pérdida de la esperanza invaden y recubren el ideario colectivo de las civilizaciones actuales. *Vid.* VIRGOLINI, E. S. J, *La razón ausente. Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*. Editores del puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 254-261.

⁴³ BAUDRILLARD, J., *El intercambio simbólico y la muerte* (Trad. Carmen Rada), Monte Avila editores, Caracas, 1980, p. 208.

⁴⁴ FOUCAULT, M., *Defender la sociedad* (trad. Horacio Pons), FCE, México, 2006; *Seguridad, Territorio y Población* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2006; *Nacimiento de la Biopolítica* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2007; *Tecnologías del yo y otros textos afines* (introducción de Miguel Morey) (trad. Mercedes Allende Salazar), Paidós, Barcelona, 1990.

⁴⁵ TENORIO, F., “Elementos para una política inclusiva en el campo penal” en *Seguridad Pública. Tres puntos de vista convergentes*, Ediciones Coyoacán, México, D. F., 2006, p. 252.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

claro que, el Estado es el primero en prestar tales servicios como la gran empresa aseguradora por antonomasia. Un ejemplo típico de esto nos lo muestra el paternalismo gubernamental que brindan seguridad de todo tipo sin educar y concientizar las mentes de la ciudadanía, que hoy, más que nunca, necesitan de una mayor participación y protagonismo político dentro del ámbito de lo público, desarrollando una mayor autonomía y autodeterminación para poder afrontar los problemas sociales cotidianos sin sentirse desprotegidos e invalidados por instituciones sobreproteccionistas. Se puede apelar a que el Estado y sus instituciones conformadoras brindan un servicio indispensable y beneficioso, pero este *super-servicio* no hace más que oxidar las articulaciones de participación ciudadana, lo cual es muy grave a largo plazo.

La seguridad pública hasta ahora, lo único que ha hecho, es autorizar un cierto tipo de acciones, porque los “ciudadanos” solo se pueden proteger mediante los medios que el sistema considere válidos, no genera espacios de comunicación e interacción ciudadana⁴⁶, ni produce mecanismos de colaboración e intervención en conjunto con las instituciones de asistencia y seguridad⁴⁷. En cambio, la superproducción tecnológica invade los programas y estrategias de seguridad pública (nuevos equipos policiales, cámaras de vigilancia, nuevas tecnologías digitales, sistemas de alarmas más sofisticados, etcétera) que *aseguran* una producción industrial, un negocio redondo que solo beneficia a unos cuantos, a los que tienen como pagar por su “seguridad”; y la criminología suministra el servicio de *protección-seguridad*, la criminología se convierte de esta manera, en aseguradora doctrinal que vende seguros de vida a través de seudopolíticas criminológicas, sistemas de seguridad, servicio de protección, etcétera. La criminología y más insistentemente, la política criminal, se anclan en el corpus social y en un ideario colectivo gracias a esta enorme compulsión obsesiva de seguridad. “Y nuestra compulsión obsesiva de seguridad puede interpretarse como [...] una anticipación de la muerte en la vida misma: de protección en protección, de defensa en defensa a través de todas las jurisdicciones, las instituciones, los dispositivos materiales modernos, la vida no es más que una triste contabilidad defensiva, encerrada en su sarcófago contra todo riesgo. Contabilidad de la supervivencia [...]”⁴⁸

⁴⁶ En este sentido, no debemos soslayar ni menospreciar o negar la enorme importancia que juega la esfera pública como espacio de deliberación ciudadana en la transición y consolidación democrática. La esfera pública constituye el lugar privilegiado donde la ciudadanía, desde el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, demanda, reclama y discute cualquier decisión que concierna a sus intereses. Véase para ampliar más sobre esta temática AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “El debate entre democracia directa y democracia representativa” en AGUILERA PORTALES, Rafael (coord.), *La democracia en el Estado Constitucional*, México, Porrúa, 2009, pp. 45-70.

⁴⁷ VIRGOLINI, E. S. J., *La razón ausente. Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*. Editores del puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 241-245.

⁴⁸ BAUDRILLARD, J., *El intercambio simbólico y la muerte...*, *Óp. Cit.*, p. 210.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Nuestra criminología y nuestras políticas criminológicas de seguridad pública provienen de este sistema de producción y reproducción que intentan fabricar seguridad, una seguridad que se desplaza de objeto sin atacar las causas que lo producen. Con esta realidad se dilucida un problema que aqueja a las instituciones de procuración de asistencia y seguridad pública, y consiste en que a las personas no les importa la seguridad *en-si-misma*, sino su derecho a la seguridad.

Sin embargo, hay un instinto de autonomía irreductible que permanece latente en la sociedad, el instinto de riesgo⁴⁹, un instinto connatural al ser humano que se caracteriza por tener el control sobre la propia vida⁵⁰. Esta constituye en gran medida la resistencia que tienen los delincuentes y los reos a los sistemas de seguridad preventivos, penitenciarios y pospenitenciarios, que en cierto modo, quieren mantener el control sobre su vida y su muerte. Esta resistencia del delincuente a la rehabilitación y reinserción social es considerada por las instituciones imperantes como inmoral. En este sentido, *la sociedad del derecho penal del enemigo*⁵¹ considera que estas personas deben ser eliminados, destinados al encierro y la terapéutica ortopédica psicobiológica, algo que es totalmente incoherente con los fines que la doctrina y el discurso oficial intenta perseguir.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN: SEGURIDAD CIUDADANA Y POLÍTICAS CRIMINOLÓGICAS INCLUSIVAS

El diagnóstico y análisis que elaboran estos pensadores posmodernos sobre nuestra sociedad es imprescindible para llevar a cabo políticas públicas coherentes con las necesidades, carencias y faltas de nuestra gente. Las políticas criminológicas o políticas de seguridad ciudadana tienen que ir cambiando, paulatinamente; incluso, en su sentido semántico, su denominación y sus niveles de actuación para ser

⁴⁹ Este concepto ha sido desarrollado y fundamentado antropológica y epistemológicamente por el pensador francés Edgar Morin en: MORIN, E., *El hombre y la muerte* (3ª ed.), Kairós, Barcelona, 1999, pp.285-291.

⁵⁰ HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del Espíritu*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1971, pp. 24. También véase al respecto el magnífico estudio de Kojève sobre la muerte en el pensamiento hegeliano, en el cual denota la autonomía y el control que el ser humano tiene sobre su vida: “*De igual manera la autonomía o la libertad del ser humano está ligada a la muerte. Decir de un ser que es autónomo significa sostener que es mortal*” en: KOJEVE, A., *La dialéctica de lo real y la idea de la muerte en Hegel*, La Pléyade, Buenos Aires, 1972, p. 156.

⁵¹ Dentro de la doctrina penal el derecho penal del enemigo se refiere a la *eliminación de un peligro*, es decir la supresión de todas aquellas personas que atentan contra la seguridad de las demás personas y del Estado mismo. En la postura iusnaturalista contractual en realidad, todo delincuente es un enemigo, se encuentra en guerra contra el Estado y merece ser excluido del pacto social, actitud que no ha cambiado mucho. El derecho penal del enemigo se constituye, según Jakobs, por una perspectiva del ordenamiento jurídico prospectiva, es decir, que tiene como punto de referencia el hecho futuro, otro elemento es la desproporcionalidad de la pena y la disminución o supresión de las garantías procesales. Vid. JAKOBS, G., y CANSIO, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003; para una excelente crítica fructífera y aguda a la teorización del derecho penal del enemigo ver la obra del reconocido profesor Eugenio Zaffaroni, especialmente: ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, DYKINSON, Madrid, 2006.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

consecuentes con este fin. Una política criminológica totalmente coherente tendría que dejar forzosamente de lado su aspecto “*criminal*”. Es decir, la política criminológica que en verdad se plantea el minimizar los problemas de la delincuencia, tiene que atender a aspectos sociales, económicos, políticos, culturales, etcétera. La política criminológica no tiene que reducir en su seno los demás niveles epistemológicos, hacer este tipo de reduccionismo lleva a contradicciones irresolubles dentro del sistema penal y en la sociedad misma, el problema no es luchar y combatir para reducir la delincuencia, sino paliar las desigualdades sociales, económicas, y políticas que son las causantes de la mayoría de los conflictos. Jean Baudrillard⁵², Zygmunt Bauman⁵³, Gilles Deleuze⁵⁴ y Michel Foucault⁵⁵, entre otros grandes pensadores, nos ofrecen análisis, descripciones y críticas sobre nuestras sociedades *hipermodernas, líquidas, punitivas, terapéuticas y de encierro*, que día con día se vuelven más insoportables. Los sistemas sociales cada vez más cerrados y en constante expansión, coartan y limitan drásticamente el campo de acción de las personas, su autonomía se ve reducida y disminuida por el constante control y vigilancia de las instituciones públicas y privadas. Así como por el parcelamiento excesivo del saber, su constante estratificación, centralización y jerarquización esquizofrénica. Como también la especialización y el monopolio de las prácticas sociales, institucionalizadas e inspeccionadas que desplazan insidiosamente la capacidad de autodeterminación de los sujetos. El sentimiento de demérito, incapacidad e incertidumbre, se vuelven más acusados cada vez que las instituciones, y con ello, sus políticas, sus programas de intervención y sus planificaciones reproducen esta clase de subjetividad automutilante.

⁵² BAUDRILLARD, J., *La transparencia del mal. Ensayo sobre los fenómenos extremos* (trad. Joaquín Jordá), Anagrama, Barcelona, 1991; *Cultura y simulacro* (trad. Pedro Rovira), Kairós, Barcelona, 1978; *El crimen perfecto* (trad. Joaquín Jordá), Anagrama, Barcelona, 1996; *La ilusión vital* (trad. Alberto Jiménez Rioja), Siglo XXI, Buenos Aires, 2002; *Las estrategias fatales* (trad. Joaquín Jordá), Anagrama, Barcelona, 1984.

⁵³ BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres* (trad. Victoria de los Ángeles Boschioli), Gedisa, Barcelona, 1999; *Modernidad líquida* (trad. Mirta Rosenberg), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.

⁵⁴ DELEUZE, G. y GUATTARI F., *El Anti-Edipo*, Barral Editores, Barcelona, 1973; *Conversaciones* (trad. José Luis Pardo), Pre-textos, Valencia, 1995; *Deseo y placer* (trad. Javier Sáez), Archipiélago, Barcelona, 1995; *Desert Islands and Other texts* (trad. Michael Taormina), Semiotext (e), New York, 2004; *Dialogues* (trad. Hugh Tomlinson y Barbara Habberjam), Colombia University Press, New York, 1987.

⁵⁵ FOUCAULT, M., *Historia de la Locura en la Época Clásica* (trad. Juan José Utrilla), FCE, México, 2002; *Genealogía del racismo*, Altamira, La Plata, 1996; *Microfísica del poder*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994; *Vigilar y castiga* (Trad. Aurelio Garzón del Camino), Siglo XXI, México, 1976; *Nacimiento de la Biopolítica* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2007; *El poder psiquiátrico* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2007; *Seguridad, territorio, población* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2006; *Los anormales* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2007

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Siguiendo las premisas anteriores, uno de los problemas centrales en nuestras sociedades es la *inclusión del otro*, es decir, la inclusión del enfermo mental, del discapacitado, de los inmigrantes y los criminales, entre otros sujetos marginados. Es un problema que forzosamente nos remite a una condición de pluralidad relacionada con la vida de todos los hombres, ya que todos vivimos en comunidad, y de alguna manera, todos participamos de la política y de lo público. Dicha cuestión se encuentra plasmada en nociones como el *pacto social*, o “contrato”⁵⁶. Estas nociones hipotéticas y subjetivas, se dan de forma más o menos implícita, ya que, en cuanto nacemos dentro de una sociedad *pactamos* seguir las reglas del *juego*⁵⁷. Este acto social es un acto recíproco, puramente simbólico, con repercusiones materiales directas que fundamenta y, además, debe procurar, la integración o *reintegración* de aquella(s) persona(s) que no siguieron el pacto, que se “desviaron”, que desobedecieron el conjunto de estas reglas establecidas⁵⁸.

Lo que se pretende conseguir con las nuevas políticas criminológicas es la mayor inclusión de los marginados, de *todos los otros*, volver ciudadanos a los que no tenían este vínculo jurídico y político, la inclusión de todas las estructuras y los sectores sociales en una misma variedad y clase de relaciones políticas. Asimismo, el tema de la inclusión, no es exclusivo de la seguridad y la criminología, este tiene sus raíces y posibles cauces resolutorios dentro de la política. En este sentido Simonetti expone al respecto:

[...] como no se reconocen las raíces políticas de la inseguridad, en el sentido de ser la consecuencia de decisiones del poder que han determinado quien está dentro de la sociedad –asociado a los fines comunes– y quien quedará afuera, la seguridad sólo puede ser pensada como un problema técnico frente

⁵⁶ La tradición jurídico liberal enmarcada en la concepción contractualista entiende la relación de poder como intercambio mercantil, el poder como bien que se posee, se cede o se aliena. Nuestra tradición político-jurídica ha entendido que el individuo es sujeto de derechos naturales que cede al Estado, en ese momento, el Estado se hace valedor de ese poder a través de la prohibición, represión o limitación de ciertas conductas como forma de expresión de ese poder. *Vid.*, BERLIN, I., *Contra la corriente. Ensayos sobre historia de las ideas*, trad. cast., H. Rodríguez, Fondo de la cultura Económica, Madrid, 1992; FERNÁNDEZ, E., “El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales” en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983; MACHERSON, *The Political Theory of Possesive Individualism*, 1962, Oxford, Clarendon Press, 1962 (existe traducción en castellano, *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970); STRAUSS, Leo, “On the Spirit of Hobbes Political Philosophy”, en K. C. BROWN, comp. *Hobbes Studies*. Oxford, Basil Blackwell, 1965; HOEFFE, O., “Pluralismo y tolerancia. Acerca de la legitimación de las condiciones de la modernidad” en *Estudios sobre la teoría del Derecho y la Justicia*, Ed. Alfa, Barcelona, 1988.

⁵⁷ ARENDT, H., *Sobre la violencia* (Guillermo Solana), Alianza, Madrid, 2006, p.10 y 131.

⁵⁸ VIRGOLINI, E. S. J., *La razón ausente. Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*. Editores del puerto, Buenos Aires, 2005, p. 218.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

a un enemigo cercano, pero externo a la sociedad, y como si se tratase de un bien privado.”⁵⁹

De esta manera, el modelo de interpretación de las relaciones sociales y las dinámicas políticas deben de dejar de constituirse en una visión bélica, exclusiva, cerrada y hostil, para que de esta manera se le dé cabida a discursos propositivos a favor de las personas y ciudadanos más desfavorecidos y vulnerables al sistema penal y a la sociedad misma. Sistema que tendrá que estar en constante revisión y autocrítica, para que el conjunto de leyes refleje, como datos culturales, relaciones con los valores, principios morales, sensibilidad y la emotividad de una población en un determinado momento. De esta manera se intenta cambiar y transformar el sistema penal por medio de políticas inclusivas y tolerantes, para que disminuyan los efectos estigmatizadores que este engendra.

Las políticas de seguridad pública tienen que ir dirigidas a disminuir los índices de desconfianza que la ciudadanía proyecta sobre las instituciones sociales que regulan y distribuyen los derechos y deberes fundamentales⁶⁰. Y a su vez, tienen que reducir las desigualdades económicas y sociales para el beneficio de los desfavorecidos que conforman la *mayoría marginada*. El interés de estas políticas tiene que estar dirigido a estas “minorías” que se ven afectadas por la mala distribución de riquezas y gratificaciones sociales⁶¹. El desarrollo de políticas de igualdad, democráticas, de participación ciudadana, que guarden un sentimiento de solidaridad y de comunidad, que de alguna manera, puedan producir las condiciones necesarias para la superación de las relaciones sociales que el capitalismo avanzado reproduce, tienen que ser las tareas principales que las instituciones sociales de procuración de seguridad y justicia.

En este sentido, siguiendo al profesor Fernando Tenorio: “*Las políticas no pueden estar exentas de referentes éticos con pretensión de ser universales*”⁶², esto es, las políticas de

⁵⁹ SIMONETTI, José, M., *El fin de la inocencia. Ensayos sobre la corrupción y la ilegalidad del poder*, Universidad Nacional de Quilmes, 2002, p. 84.

⁶⁰ La obra de Rawls ha tenido especial repercusión, bajo el título de *Teoría de la Justicia*, ha construido en realidad, más que una teoría de la justicia, una teoría de la democracia liberal y que él ha identificado nada menos que con la justicia. Partiendo de lo que él denomina los dos principios de justicia, que en realidad no son sino la condensación de las premisas ideológicas que están en el origen de la democracia liberal. Aunque, debemos precisar que el desorden tiene multitud de niveles y causas y resultaría absurdo pretender que una simple teoría normativa pueda solventar dicho desorden tan complejo como el entramado jurídico-social. RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Madrid, F.C.E., 1978. En su obra posterior *El liberalismo político*, Rawls presentaba un modelo de relación entre las nociones de bien y la idea de justicia, que en términos liberales, podemos entender como el contraste entre lo privado y lo público, lo ético y lo político. RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.

⁶¹ BARATTA, A., *Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal* (8ª ed.), Siglo XXI, México, 2004, p. 210.

⁶² TENORIO, F., “Elementos para una política inclusiva en el campo penal” en *Seguridad Pública. Tres puntos de vista convergentes*, Ediciones Coyoacán, México, D. F., 2006, p. 255.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

seguridad pública deben de abarcar todos los grupos desfavorecidos y perjudicados, sin favorecer a unos perjudicando y desfavoreciendo a otros. Se tiene que lograr el mayor consenso y consentimiento sobre estas políticas en la ciudadanía y en toda la población en general, ella se tiene que sentir parte de estas políticas, que en verdad participan y tienen un impacto inmediato, efectivo y eficaz sobre estas.

Estas políticas criminológicas de seguridad pública tienen que producir un cambio sustancial en las subjetividades colectivas, en todo el inconsciente colectivo. En este sentido, no se trata de cambiar o convertir al delincuente, criminal o desviado, a la *lógica* de la sociedad, sino, de cambiar a la sociedad a la *lógica* del criminal. No se trata de una asimilación “forzada” que el criminal tiene que realizar, sino de un compromiso y sentido de responsabilidad que la sociedad tiene generar, producir y reproducir constantemente. En esto reside gran parte de la participación ciudadana, en el sentido de responsabilidad y compromiso. El cual reproduce el tejido societal fortaleciéndolo y haciéndolo más flexible, asimilando nuevas formas de expresión y cohesionándose frente acciones que lo degeneren.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Teoría política y jurídica contemporánea* (Problemas actuales), México, Editorial Porrúa, 2008.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y ESCÁMEZ NAVAS, Sebastián (ed.), *Pensamiento Político Contemporáneo: una panorámica*, México, Editorial Porrúa, 2008.

- “La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental” en Figueruelo, Ángela (coord.), *Igualdad ¿para qué?*, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 15-49.

- “La encrucijada de una ciudadanía constitucional europea a través del pensamiento federalista” en Torres Estrada, Pedro (ed.) *La Reforma del Estado*, Editorial Porrúa, México, 2007.

- “Origen, evolución y constitución del principio de tolerancia en el Estado Constitucional” en *Teoría política y jurídica contemporánea* (Problemas actuales), México, Editorial Porrúa, 2008.

- “El debate entre democracia directa y democracia representativa” en AGUILERA PORTALES, Rafael (coord.), *La democracia en el Estado Constitucional*, México, Porrúa, 2009.

ARENDT, H., *Sobre la violencia* (Guillermo Solana), Alianza, Madrid, 2006.

BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2001 (4º ed).

BARATTA, A, *Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal* (8ª ed.), Siglo XXI, México, 2004.

BAUDRILLARD, J., *El intercambio simbólico y la muerte* (Trad. Carmen Rada), Monte Avila editores, Caracas, 1980.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- *La transparencia del mal. Ensayo sobre los fenómenos extremos* (trad. Joaquín Jordá), Anagrama, Barcelona, 1991.
- *Cultura y simulacro* (trad. Pedro Rovira), Kairós, Barcelona, 1978.
- *El crimen perfecto* (trad. Joaquín Jordá), Anagrama, Barcelona, 1996.
- *La ilusión vital* (trad. Alberto Jiménez Rioja), Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- *Las estrategias fatales* (trad. Joaquín Jordá), Anagrama, Barcelona, 1984.
- BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres* (trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli), Gedisa, Barcelona, 1999.
- *Modernidad líquida* (trad. Mirta Rosenberg), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.
- *Social issue of law and order*, en *The British Journal of Criminology*, Oxford Journal 40: 205-221, 2000.
- BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006.
- BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (original del 1789); FULLER, L., *La moral del derecho*, (trad. Cast. De F. Navarro), Trillas, México, 1967.
- BERLIN, I., *Contra la corriente. Ensayos sobre historia de las ideas*, trad. cast., H. Rodríguez, Fondo de la cultura Económica, Madrid, 1992.
- CANGUILHEM, G., *Lo normal y lo patológico* (7ª ed.), Siglo XXI, México, 1986.
- CHÂTELET, F., *Historia de las ideologías*, Premia, México, 1980.
- COHEN, S., *Visiones del control social*, PPU, Barcelona, 1988.
- DELEUZE, G. y GUATTARI F., *El Anti-Edipo*, Barral Editores, Barcelona, 1973.
- *Conversaciones* (trad. José Luis Pardo), Pre-textos, Valencia, 1995.
- *Deseo y placer* (trad. Javier Sáez), Archipiélago, Barcelona, 1995.
- *Desert Islands and Other texts* (trad. Michael Taormina), Semiotext (e), New York, 2004.
- ECO, U., *Appocalittici e integrati*, Bompiani, Milán, 3º ed. (Trad. Cast.: Apocalípticos e integrados, trad. de Andrés Boglar, Lumen, Barcelona, 1999.), 1982.
- FEYERABEND, P., *Adiós a la razón* (trad. J. R. de Rivera), Madrid, Tecnos, 1989.
- *Contra el método* (trad. Francisco Hernán), Barcelona, Orbis, 1974.
- FOSTER, R., “Después de Auschwitz: la persistencia de la barbarie”, en *Crítica y Sospecha* (los claroscuros de la cultura moderna), México, Paidós, 2003.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castiga* (Trad. Aurelio Garzón del Camino), Siglo XXI, México, 1976.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* (trad. Elsa Cecilia Frost), Siglo XXI, México, 1968.
 - *La arqueología del saber* (trad. Aurelio Garzón del Camino), Siglo XXI, México, 1970.
 - *El nacimiento de la clínica, Una arqueología de la mirada médica* (2ª ed.), (trad. Francisca Perujo), Siglo XXI, México, 1975.
 - *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1999.
 - *Microfísica del poder*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994; *Genealogía del racismo*, Altamira, La Plata, 1996.
 - *Historia de la Locura en la Época Clásica* (trad. Juan José Utrilla), FCE, México, 2002.
 - *Genealogía del racismo*, Altamira, La Plata, 1996.
 - *Microfísica del poder*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1994.
 - *Nacimiento de la Biopolítica* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2007.
 - *El poder psiquiátrico* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2007.
 - *Los anormales* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2007.
 - *Seguridad, Territorio y Población* (trad. Horacio Pons), FCE, Buenos Aires, 2006.
 - *Defender la sociedad* (trad. Horacio Pons), FCE, México, 2006.
 - *Tecnologías del yo y otros textos afines* (introducción de Miguel Morey) (trad. Mercedes Allende Salazar), Paidós, Barcelona, 1990.
 - “La gubernamentalidad” en GIORGI, Gabriel Y Rodríguez, Fermín (comps.), *Ensayos sobre Biopolítica, excesos de vida*, Barcelona, Paidós, 2007.
- GLOVER, J., *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX*, (trad. Marco Aurelio Galmarini), Madrid, Cátedra, 2001.
- GRAY, J., *Perros de paja*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HABERMAS, J. *El discurso de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1989.
- *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid, 1968.
- HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del Espíritu*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1971.
- HELLER, A., *Historia y futuro, ¿Sobrevivirá la modernidad*, Ed. Península, Barcelona, 1990.
- HOBBS, T., *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- HORKHEIMER, M. *Teoría crítica*, Amorrortu, Buenos Aires, 1968.
- HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- JAKOBS, G., *La imputación objetivo en Derecho penal*, trad. Cast. M. Cansío, Madrid, Civitas, 1996.
- KOJEVE, A., *La dialéctica de lo real y la idea de la muerte en Hegel*, La Pléyade, Buenos Aires, 1972.
- KUHN, T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contin, F. C. E., México, 2000.
- *¿Qué son las revoluciones científicas? Y otros ensayos*, (trad. J. Romo Feito), Barcelona, Paidós, 1989.
- LAPLANTINE, F., *El filósofo y la violencia*, EDAF, Madrid, 1977.
- LAPORTA, F., *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 3º ed., 2000.
- MACPHERSON, C. B. *La teoría política del individualismo posesivo de Hobbes a Locke*, Fontanella, Barcelona, 1970.
- MARCUSE, H. *El hombre unidimensional* (trad. Antonio Elorza), Seix Barral, Barcelona, 1972.
- MELOSSI, Darío, *El Estado del control social*, Siglo XXI, México, 1992.
- MORIN, E., *El hombre y la muerte* (3ª ed.), Kairós, Barcelona, 1999.
- NEGRI, A. y HARDT, M., *Imperio* (1ª ed.) (trad. Alcira Bixio), Paidós, México, 2002.
- *Fabrica de porcelana. Gramática de la política*, Paidós, Barcelona, 2005.
- PAVARINI, M.; TENORIO, F., *Seguridad Pública. Tres puntos de vista convergentes*, Ediciones Coyoacán, México, D. F., 2006.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Siglo XXI, México 1998.
- PEREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 1997.
- POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Orbis, Barcelona, 1984.
- SENNETT, R., *El declive del hombre público*. Barcelona, Península, 1978.
- RALWS, J., *Teoría de la justicia*, Madrid, F.C.E., 1978.
- *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.
- RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y Estructura Social* (trad. Emilio García Méndez), Temis, Bogotá, 1984.
- SIMONETTI, José, M., *El fin de la inocencia. Ensayos sobre la corrupción y la ilegalidad del poder*, Universidad Nacional de Quilmes, 2002.
- SIMONETTI, José M. y VIRGOLINI, Julio, *Criminología, política y mala conciencia*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003/A.
- SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.
- SZASZ, T., *Libertad fatal. Ética y Política del suicidio*, Paidós, Barcelona, 2002.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- *La fabricación de la locura. Estudio comparativo de la Inquisición y el movimiento en defensa de la salud mental* (2ª ed.), Editorial Kairós S.A. Barcelona, 1981.

TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1977.

TODOROV, T., *Frente al límite*, Siglo XXI, México, 2004.

VIRGOLINI, E. S. J, *La razón ausente. Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*. Editores del puerto, Buenos Aires, 2005.

- *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el derecho penal*, DYKINSON, Madrid, 2006.

- *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 2003.

- *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

ZARAGOZA HUERTA, José, *Derecho Penitenciario Español*, (Prólogo de Carlos García Valdés), México, Ed. Lazcano, 2007.

ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.

CONVENIENCIA POLÍTICO-CRIMINOLÓGICA DE LA TUTELA AMBIENTAL A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL

Israel ALVARADO MARTÍNEZ

I. JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA PENAL DE «BIENES JURÍDICOS»

FERRAJOLI se refiere al principio de *retribuibilidad* o de consecueneciabilidad de la pena al delito como «*la prima garanzia del diritto penale e che, come scrive Hart, esprime non già lo scopo ma precisamente il criterio di distribuzione e di applicazione delle pene*»¹.

Dicho principio tiene como fin, que sean los ataques a lo que el conglomerado social considera como nocivo en grado extremo² y no lo que el grupo de poder dominante considere como delictivo por el hecho de que así lo quiso, porque atenta contra sus intereses o porque cumple con la máxima romana de que al pueblo «*panem et circenses*»; como lo refleja la frase de Sir EDWARD COKE: «basta imponer un apelativo odioso a un acto cualquiera, para hacerlo un delito»³.

Es en esta parte donde radica la problemática de delinear el momento en que el Estado debe intervenir en sede penal, es decir, dibujar la diferencia entre: ¿cuándo castigar?, y ¿cuándo prohibir?

FERRAJOLI permite clarificar el argumento al establecer una distinción metodológica que tiene que ver con la validez y con la justicia en tanto formas de legitimación interna y externa. La validez justifica a la parte interna de la descripción del delito y a la correspondencia con la conducta fáctica que el Estado plasma como conducta prohibida, y que no es otra cosa que el tipo legal y la tipicidad; mientras que, la

¹ FERRAJOLI, Luigi, *diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 6ª. ed., Bari 2000, p. 363.

² Emma MENDOZA hace referencia a las consideraciones que se dan entre «el autor del hecho nocivo» y el resto de los miembros de la sociedad quienes dan muestras de desaprobación y rechazo mismas que se acentúan en las sociedades pequeñas y primitivas, las cuales no disminuyen ni afectan los bienes considerados como esenciales del individuo; empero cuando la acción inmoral resulta muy dañina a la sociedad por tocar las bases esenciales que soportan al grupo social, el hecho es calificado como delito provocando una reacción más fuerte, por lo que «los fines y funciones de la pena están íntimamente relacionados con la concepción cultural y social de los valores, lo que ha permitido la variación en el tipo de penas que se aplican y este tipo está también directamente relacionado con las fases evolutivas de la sociedad, que igualmente coinciden con las así señaladas del derecho penal.», MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Derecho Penitenciario*, Mc Graw Hill, México 1999, pp. 31 y 41.

³ Citado por FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 365.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

justicia, es la parte legitimadora de la creación del tipo o la *lapis philosophorum* del génesis legislativo, creador de la norma prohibitiva y sancionadora.

Dice el autor al respecto:

Mi pare evidente che mentre le definizioni formalistiche del reato (e le correlative classificazioni degli illeciti) fanno riferimento alla legittimazione interna, le definizioni sostanzialistiche (e i conseguenti criteri tipologici) fanno riferimento alla legittimazione esterna. Precisamente, le prime descrivono un criterio di validità; le seconde prescrivono dei criteri di giustizia⁴.

La validez, como criterio legitimador del castigo (de lo que se debe castigar), es meramente descriptivo, mientras que la justicia, como criterio legitimador de la creación del tipo (de lo que se debe prohibir), es eminentemente axiológico o prescriptivo.

En palabras de JEREMY BENTHAM, «si se trata de la descripción de un sistema de leyes positivas, delito es todo aquello que el legislador ha prohibido, sea por buenas o por malas razones; si en lugar de eso se trata de una teoría dispuesta a elaborar las mejores leyes posibles según el principio de utilidad, llamaremos delito a cada acto que se dirija al deber de prohibir la causa de cualquier mal que lo haga nacer o tenga la tendencia de hacerlo nacer.»

De esta manera, creo que la dogmática penal se ha dirigido al estudio y análisis de la legitimidad intrínseca o de la validez de las estructuras normativas y de la adecuación de las mismas a los fenómenos delictivos, mediante un juicio *ex post*, mientras que algún grupo de teóricos de la filosofía del derecho, de la sociología del derecho, de los derechos humanos y del derecho constitucional y, en gran medida teóricos de la Criminología Crítica o Nueva Criminología, son los que se han encargado del estudio bajo la perspectiva de la legitimidad externa o de la justicia en la creación de las estructuras normativas para decidir cuáles conductas antisociales, habrán de alcanzar el *status* de delictivas, mediante un juicio *ex post* del fenómeno social, pero *ex ante* de la creación normativa.

La pregunta de «cuándo castigar?», o lo que es lo mismo, «qué castigar?», referida al principal de los principios que sustentan la respuesta: el principio de «necesidad» o de «ofensividad» del bien jurídico respecto de los «bienes jurídicos fundamentales» y las «prohibiciones mínimas necesarias» son justamente los ejes sobre los que el legislador (y en su caso el ejecutivo en su papel de iniciador de leyes) debe fundar su función de creador de normas⁵.

⁴ *Op. cit.*, p. 367.

⁵ Para MENDOZA, tal planteamiento le corresponde a la penología: «...se ha propiciado la búsqueda de la justificación filosófica y social del derecho de castigar, de la necesidad de la pena misma y su función dentro de la sociedad, búsqueda que ha quedado a cargo de la penología». *Derecho Penitenciario*, *Op. cit.*, p. 38.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Así, para HASSEMER «La conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico»⁶, posición a la que me adhiero si se le agrega la posibilidad de que el bien jurídico también pueda ser puesto en peligro para que la conducta sea punible.

A diferencia de las demás parcelas del derecho —entendido como sistema—, para que se justifique la consecuencia jurídica de la inobservancia normativa, en este caso el «merecimiento de castigo penal de una conducta», el legislador no puede conformarse con «la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien, tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir, tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses»⁷.

Pero no basta la conculcación de cualquier tipo de bienes o intereses del conglomerado social, pues en palabras del mismo autor, «mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar libre de amenaza penal», configurándose la figura el *in dubio pro libertate*⁸.

Tales efectos socialmente dañosos son los que permiten calificar a los bienes jurídicos (*in genere*), como *bienes jurídico-penales* y el derecho penal moderno solo puede intervenir, de manera exclusiva, en la tutela de éstos como «garantía fundamental» de los integrantes de la sociedad⁹.

Y precisamente esa necesidad de tutela penal, en el derecho penal moderno se presenta tres *principios garantísticos* convergentes¹⁰ que implican que «la intervención del Derecho penal no resulta proporcionada si no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas»:

- 1) El de *proporcionalidad*;
- 2) El de *necesidad*, y
- 3) El de *utilidad de la intervención penal o intervención mínima*.

HASSEMER se refiere a dos principios que «están entre sí en una relación de tensión y se limitan mutuamente»:

- 1) El de *justicia*. Que se corresponde con el merecimiento de pena, y

⁶ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero (Tr.), Bosch, Barcelona 1984, p. 37.

⁷ *Ibidem.*, pp. 37 y 38.

⁸ *Ibidem.*, pp. 37 y 39.

⁹ Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor, Barcelona 1992, p. 267, así como MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Op. cit.*, p. 273: «al reconocerse la importancia de ciertos valores, se les ha inscrito en sistema jurídico penal para una protección especial mediante la disposición de una pena para aquellos caso de desobediencia o violación a la norma protectora».

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op. cit.*, p. 267.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

2) El de *utilidad*. Que guarda relación con la necesidad de pena.

En la concepción de HASSEMER, la teoría del bien jurídico se ha transformado en una teoría de la dañosidad social, en la que deben encontrarse presentes ciertas directrices de carácter político criminológico:

- 1) En la teoría y la praxis del derecho penal se han de tomar en cuenta las necesidades e intereses del sistema social;
- 2) No toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el derecho penal, sino tan solo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente dañosa, es decir, que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que esta última sufre, y
- 3) Exige al legislador penal que cuente con conocimientos empíricos y que los aplique en la formulación de las conductas punibles y en la previsión de las consecuencias jurídicas¹¹.

En una comprensión así del bien jurídico, a decir de SILVA SÁNCHEZ, «los procesos de incriminación se encuentra presidida por dos aspectos»:

- 1) La determinación de los bienes jurídicamente protegibles, y
- 2) El principio de fragmentariedad.

Este último es sumamente importante, pues en virtud del primero —el de la determinación de los bienes jurídicamente protegibles¹²— un determinado bien jurídico puede ser sumamente importante para la subsistencia social, pero si no existen datos fácticos que demuestren la existencia de ataques graves que requieran de la tutela penal (principio de fragmentariedad), la regulación punitiva no estará sustentada¹³.

II. LA NECESIDAD DE LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE MEDIANTE EL DERECHO PENAL

¹¹ HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile 1995, Elena Larrauri (Tr.), p. 38.

¹² Sobre la tutela de bienes jurídicos ver el «Capítulo 2: ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma» de JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (Tr.), Civitas, Madrid 2003.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 286. Resume su postura con la siguiente frase: «..., por muy necesaria que sea la intervención penal en protección de un bien, dicho bien no pasa automáticamente a incluirse en el ámbito de los objetos de protección penal; dicho de otro modo, podría ser necesaria en términos funcionales (aunque inadmisibles) la protección de bienes no fundamentales. La postura doctrinal referida implica, pues, según creo, reunir en uno solo los conceptos de «necesidad de protección penal» y de «merecimiento de protección penal». Uno y otro, sin embargo, responden a lógicas diferentes y, ..., sólo de la síntesis de ambos puede resultar una adecuada delimitación de los objetos penalmente protegibles.», *vid.*, p. 267, n. 369.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Según SILVA SÁNCHEZ¹⁴ el derecho penal tiene tres funciones en el conjunto de la sociedad, como perspectivas empíricas:

- 1) Ético-social;
- 2) Simbólica, y
- 3) Satisfacción de necesidades de psicología social.

1) La función ético-social, también llamada «función configuradora de las costumbres»¹⁵ consiste en una «función informativa desempeñada por las normas penales, al dar cuenta de los bienes que en una sociedad se estiman fundamentales hasta el punto de protegerse penalmente».

Bajo esta perspectiva, la función de la norma —«al menos a la larga»— consiste en la «asunción de los valores que incorporan, su internalización... no se limitan a conseguir (en el grado que sea) una adecuación externa de las conductas de los ciudadanos a lo dispuesto en ellas, sino que provocan (también en el grado que sea) una adhesión interna, configuran las conciencias»¹⁶.

2) La segunda de las funciones, la simbólica, se presenta en todo tipo de normas, no es privativa de las penales.

Esta función implica que «más allá (no solo o a pesar de que no se presente) de la función instrumental, las normas pueden tener eficacia no en la realidad exterior, sino en las mentes de los políticos y de los electores, produciendo una satisfacción de haber hecho algo —en el caso de los primeros— y la impresión de tener el problema bajo control —para los segundos—, lo que provoca que si solo se aplica esta y no la instrumental, a la larga el sistema penal pierde fiabilidad».¹⁷

3) Esta última función, aun cuando no es un objetivo en un sistema penal moderno y democrático, se encuentra presente y no puede desconocerse que es uno de los efectos que la normativa penal produce, pues «mediante el castigo que provoca la aplicación del DP (*scil.*, derecho penal) la función de satisfacción de necesidades de psicología social se refleja en la satisfacción de determinadas necesidades psicológicas de la colectividad», por lo que «la pena cumple con la función de dar

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, pp. 304 y 305.

¹⁵ Así llamada por Voß en *Symbolische Gesetzgebung*. Citado por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 300, n. 488.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 304. En este mismo sentido señala HERNÁNDEZ POZO: «La tipificación de los delitos contra el ambiente, obligatoriamente encaminará el Derecho Ambiental hacia la satisfacción de sus reales objetivos y necesidades y, al mismo tiempo, fomentará una concientización más profunda en lo referente a los daños al entorno. De otra parte, tal promulgación no es indispensable sólo por las razones anunciadas. Es indispensable, así mismo (*sic.*), por su naturaleza que escapa a las normas tradicionales.». *Vid.* HERNÁNDEZ POZO, Israel, Importancia de la protección penal del medio ambiente, año 5, no. 8, 2005, disponible en: «http://www.medioambiente.cu/revistama/8_02.asp». Revisado en 2009-12-23.

¹⁷ *Ídem*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

satisfacción al instinto de venganza que se siente contra quien ha realizado algo que los demás deseaban hacer, habiendo reprimido tal deseo».¹⁸

Estas funciones: ético-social, simbólica, y de satisfacción de necesidades de psicología social, pueden y deben estar presentes en el derecho penal ambiental, pero, previo a estas funciones que pueden darse en un sistema normativo *ex post*, debemos plantearnos si debe tutelarse al ambiente en sede penal, es decir, mediante un juicio *ex ante*, se debe plantear la pregunta de si es o no es justificable la regulación penal del ambiente.

Debo mencionar que la *función simbólica del derecho penal*, no siempre es bien empleada, pues en ocasiones, más que una mera función más del derecho penal se convierte en la finalidad del mismo, adoptando la figura del *derecho penal simbólico* como forma distinta de presentarse una visión político criminal en razón de grado.

La diferencia conceptual en la segunda de las funciones que SILVA SÁNCHEZ atribuye al derecho penal, esta simbólica, se hace consistir en que los «aspectos simbólicos o retóricos se dan en prácticamente todas las manifestaciones de la legislación penal», siendo lo problemático la «absolutización en disposiciones que, incapaces de cumplir directamente la declarada finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental), se limitan a desplegar tal efecto que, por ello, resulta elevado a la categoría de «función exclusiva»¹⁹ que busca, como se dijo, producir una satisfacción de haber hecho algo o de tener el problema bajo control.

HASSEMER, por su parte critica la utilización de la norma penal que no busca la «realización instrumental del texto de la ley sino en exigencias pedagógicas excesivas en el Derecho penal», como el caso del «Derecho penal del medio ambiente», que tiene una «pretensión de crear una conciencia ecológica» a través del propio sistema penal²⁰.

Así, tal derecho penal simbólico se encuentra menos orientado a la protección del bien jurídico penal y más orientado a otro tipo de «efectos políticos más amplios, como la satisfacción de una “necesidad de acción”» y, constituye «un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias».

Y bajo esa visión, el derecho penal se convierte gradualmente en un «instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto» derivado, en el caso del derecho ambiental, por ejemplo, del imaginario de la «inseguridad global» y de la «sociedad de riesgo»²¹.

¹⁸ *Ibidem.*, p. 307.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 305.

²⁰ HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», *Op. cit.*, p. 20.

²¹ Dice HASSEMER, «Un derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la administración de justicia.», *Ibidem.*, p. 30.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En el pensamiento de HASSEMER, el derecho penal del ambiente, como él mismo lo llama, ni siquiera cumple con la finalidad de un derecho penal simbólico. Las razones son las siguientes:

Que ello alivie la presión preventiva, como se pretende, está aún menos claro; ya que precisamente en el ámbito en el cual se dictan delitos de peligro abstracto con particular celo —medio ambiente y tráfico de drogas— las quejas sobre los “déficits en la aplicación” se han convertido en una constante música de acompañamiento²².

No obstante esta «aparente ineficacia» del derecho penal ambiental (como derecho penal simbólico), se sigue sosteniendo la pertinencia de seguir regulándolo²³.

Según PÉREZ DE-GREGORIO CAPELLA, la Resolución del Consejo de Europa 28/1977 sobre *Contribución del Derecho Penal en la protección del Medio Ambiente* de 1978, «constituye el punto de partida y referencia a partir del cual empieza a utilizarse²⁴ el Derecho Penal como instrumento de protección del Medio Ambiente en Europa de forma más sistemática y uniforme». El Comité de Ministros del Consejo de Europa, tras considerar la necesidad de protección del Medio ambiente y de sus elementos, el desarrollo industrial (que implica la creación de importantes fuentes de contaminación) y la utilización del Derecho Penal como *ultima ratio* ante la ineficacia, inadecuación o inaplicabilidad de otras medidas protectoras, singularmente las de carácter administrativo, efectuó ciertas recomendaciones a los Gobiernos de los Estados Miembros.

Fue en la Resolución 1/1990 sobre *protección del Medio Ambiente por el Derecho Penal*, aprobada en la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, llevada a cabo en Estambul, Turquía, en 1990 en la que se retomó el tema y se actualizaron las recomendaciones de la Resolución 28/1977 (10 y 11).

²² *Ibidem.*, p. 31. Cuando trata la clasificación del derecho penal simbólico, menciona a las *Leyes con carácter de apelación* (moral), ejemplificando, precisamente con el Derecho penal del medio ambiente, que tiene la pretensión de «dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes», p. 20.

²³ Véase a BELOFF, Mary, «Lineamientos para una política criminal ecológica», en *Delitos no convencionales*. Julio B.J. Maier (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 160, que refiere: «Desde hace más de 20 años, los foros internacionales —políticos y académicos— plantean que la amenaza penal tiene insignificante eficacia y que solo debe acudir a ella como *ultima ratio*. Pero siempre dejan en claro que no es políticamente aconsejable dejar completamente de lado el derecho penal».

²⁴ Aun cuando desde 1979, en el XII Congreso Internacional de Derecho Penal, llevado a cabo en Hamburgo, Alemania, se recomendó la intervención del derecho penal para asegurar la eficacia de las normas no penales, haciendo especial énfasis en la actuación principal del derecho penal en los casos de graves ataques contra el ambiente y en 1990, en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito, llevado a cabo en La Habana, Cuba, se hizo el pronunciamiento respecto de las funciones del derecho penal en la protección de la naturaleza y del ambiente.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Según RUSCONI, «los juristas dedicados al estudio del derecho penal se muestran, a menudo, preocupados por la cuestión de la protección penal del medio ambiente, sus límites y sus posibilidades.»²⁵.

Pero esta preocupación en ocasiones puede desviarse y terminar en políticas públicas lamentables si no se tiene claridad de los postulados y principios que informan al sistema penal y la consecuente política criminológica que habrá de ser adoptada, como apuntan HASSEMER y SILVA SÁNCHEZ.

De no tener claridad de la problemática y de los valores que deben permear las normas penales, se corre el riesgo, como dice BAJO FERNÁNDEZ, de terminar:

...dando un palo de ciego a la problemática cuestión del medio ambiente que debe ser afrontada como venimos repitiendo, para ser eficaz, con una política global que defina objetivos, con fechas a corto, medio y largo plazo y cifras económicas de asignación de medios financieros y de todo tipo, y no sólo con medidas penales. [...], toda la doctrina unánimemente recoge la frase acuñada por Rodríguez Ramos sobre la “huída” hacia el derecho penal, cuando no se sabe cómo resolver un problema y exige la elaboración de una política medio ambiental de carácter administrativo, racional y concreta.²⁶

Así es que debe ponerse en relieve el hecho de que, en términos de argumentación para la justificación de la intervención del derecho penal para la protección del ambiente, existen posturas enfrentadas: las que lo privilegian y, las que lo consideran útil pero como uno de los últimos recursos de los que el Estado debe echar mano en términos político criminológicos.

Dentro de los primeros se encuentra BRAÑES, que adopta una postura de derecho penal mínimo con una perspectiva clara del principio de subsidiariedad que debe permear a las políticas públicas adoptadas por el Estado:

Aunque nadie pone en duda la necesidad de que el derecho penal contribuya a la protección del medio ambiente mediante la criminalización de ciertas conductas, cabe señalar que el desarrollo progresivo del derecho ambiental penal a que se está haciendo referencia ha encontrado algunas objeciones de parte de quienes postula la existencia de un “derecho penal mínimo” en el campo ambiental, es decir, de una política criminal que es contraria a la “inflación” de tipos penales que lamentablemente suele seguir a la incorporación de los mecanismos penales en los

²⁵ RUSCONI, Maximiliano A., «Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico», en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994, p.169.

²⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Delitos contra el medio ambiente», *Revista de derecho industrial*, España, año 14, número 42, septiembre-diciembre 1992, pp. 938 y 939.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

campos emergentes del derecho y que promueve un derecho ambiental penal “subsidiario” e inserto en mecanismos generales de control social más eficientes.²⁷

Por su parte, MONTEIRO SANSON y STILO son partidarios de la aplicación del derecho penal como herramienta útil para tutelar al ambiente, cuando la educación ambiental preventiva ha fracasado²⁸ y los instrumentos administrativos no resultan idóneos²⁹ a satisfacer la necesidad de tutela ambiental³⁰, incluyendo incluso como argumento, que me resulta artificial, el hecho de que «el proceso penal es mucho más rígido que los demás (*scil.*, sistemas procesales de las otras ramas del derecho), lo que acaba, de cierta forma, favoreciendo al reo, ya sea persona física o ente colectivo»³¹.

Tal argumento se centra en el hecho de que resulta más difícil la aplicación de las sanciones penales que las del derecho administrativo sancionador, pues el derecho de defensa y el principio de contradicción son más respetados y valorados en sede penal, pues nunca se aplica una pena sin la preexistencia de un debido proceso en el

²⁷ BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, «El acceso a la justicia ambiental: Derecho ambiental y desarrollo sostenible», en *Derecho ambiental y desarrollo sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, Memorias del Simposio Judicial realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000, PNUMA, México 2000, pp. 89 y 90.

²⁸ MONTEIRO SANSON, Ana Cristina, *Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, consultable en «<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5656>»; 2004-09-15: «Não parece haver instrumento mais eficaz para a cessação das agressões ambientais do que a lei, uma vez que programas de educação ambiental, de cunho preventivo, venham a mostrar-se ineficazes.»

²⁹ En este sentido, véase a ARENA, Maurizio, «*I delitti contro l'ambiente e il contrasto dell'ecomafia*», *Rivista sul diritto penale d'impresa*, disponible en:

«http://www.reatisocietari.it/index.php?option=com_content&task=view&id=159&Itemid=2», revisado en 2009-12-23, que sostiene: «Tale difficoltà è collegata in particolare, come si è detto, ai mezzi investigativi utilizzabili, alla funzione meramente sanzionatoria del diritto penale ambientale, alla frammentarietà delle singole legislazioni nazionali ed alla scarsa effettività del sistema sanzionatorio.»

³⁰ STILO, Leo, *Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto*, consultable en «<http://www.ambientediritto.it/dottrina/diritto%20penale%20ambiente/tutela%20penale%20Stilo.htm>»; visitada en 2004-09-15: “Lo strumento amministrativo, infatti, non appare più idoneo a soddisfare il bisogno di tutela proveniente dalla predetta consapevolezza, tanto da richiedere l'intervento dello strumento ultimo dell'ordinamento giuridico, sua extrema ratio: il diritto penale”.

³¹ MONTEIRO SANSON, Ana Cristina, *Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, *Loc. cit.* «O processo penal é muito mais rígido do que os demais, o que acaba, de certa forma, favorecendo o réu, seja ele pessoa natural ou ente coletivo. Princípios que levam à aplicação de normas mais benéficas ao réu também o favorecem. A sanção penal, por conclusão, é muito mais difícil de ser aplicada do que as sanções extrapenais. No processo penal a ampla defesa e o contraditório são muito mais respeitados e valorizados do que em processos administrativos, sendo que nenhuma sanção penal é aplicada sem que tenha havido um devido processo legal com ampla instrução e exaustiva produção de provas. Assim sendo, não há razão para o ente coletivo buscar eximir-se do processo penal, ainda mais porque, como já foi explanado, a tutela penal do meio ambiente configura ultima ratio, considerando o quão lesivas são, para toda a coletividade, as conseqüências advindas de um crime ambiental».

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que se hayan desahogado exhaustivamente una serie de pruebas, lo cual es cierto, pero deja de observar lo gravoso y costoso que resulta, tanto para el individuo, como para el Estado la sustanciación de un proceso penal que sigue siendo estigmatizante, sea cual fuere el resultado que de él se derive: absolviendo o condenando.

FIJNAUT³² sostiene que existe un planteamiento de la protección ambiental en sede penal como la mejor de las protecciones, sobre todo si se tiene en consideración «que la delincuencia ecológica, vinculada necesariamente con la criminalidad del poder y la economía, no ha sido suficientemente combatida —pese a implicar una de las mayores violaciones a los derechos humanos de tercera generación— aun cuando aparentemente en los últimos años ha recibido la atención de organismos internacionales y grupos ecologistas de importancia.».

En gran medida, el problema puede plantearse, y por ende las soluciones consecuentes al mismo, según se considere que el derecho penal ambiental es un instrumento de política criminológica o como un instrumento de política ambiental. BRAÑES³³, por ejemplo, sostiene esta última visión: el derecho penal ambiental como instrumento de política ambiental que, por consiguiente, deberá ser el último eslabón aplicable de conformidad con el *principio* —aunque no señalado por él— *de progresión del derecho ambiental*.

Una vez superado el problema de la toma de desición política de acudir a la aplicación de derecho penal, se presenta un problema todavía mayor ya referido por FERRAJOLI cuando se pregunta: ¿qué sancionar penalmente?

Esa desición, eminentemente político criminal, se refleja en una pregunta que pone los puntos sobre las íes: ¿porqué sancionar unos hechos y no otros?³⁴, pues el derecho penal es un instrumento que no puede reaccionar igual a problemas diferentes y,

³² FIJNAUT, C., en *Revue Internationale de Droit Penal*, Eres, Tolouse, 1990, p. 299, citado por BELOFF, Mary, «Lineamientos para una política criminal ecológica», *Op. cit.*, p. 151.

³³ *Op. cit.*, p. 97: «Desde hace ya algún tiempo, el derecho penal se ha integrado al arsenal de los instrumentos de la política ambiental, con fórmulas novedosas que buscan un tratamiento penal adecuado a los problemas ambientales.

Estamos en presencia de una de las transformaciones que caracterizan al derecho moderno de fines de este siglo, dentro de un proceso de cambios que, en el caso del derecho ambiental, en una buena medida son impulsadas por demandas que provienen de distintos sectores de la sociedad y que persiguen poner el derecho al servicio de las verdaderas necesidades de la sociedad, de la economía y el medio ambiente.

Estos cambios representan modificaciones importantes en los sistemas de las penas y en el propio proceso penal, que ahora permite al juez, mediante el otorgamiento de atribuciones especiales, participar de manera activa en la protección del medio ambiente en los casos que conoce.».

³⁴ STILO, Leo, *Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto*, *Loc. cit.*: «Problematica, quindi, è la scelta che il legislatore compie nell'utilizzare lo strumento del diritto penale per sanzionare alcuni fatti e non altri. Questo particolare strumento ha un'altissima precisione nel colpire mali particolarmente gravi, percepiti dalla società come maligni e d'eccezionale virulenza, ma si rivela poco efficace per situazioni non ben definite e generalizzate.».

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

como dice STILO: «no se puede pretender desaguar un océano con un popotito de pocos milímetros de diámetro, pero con el mismo instrumento, utilizado por manos expertas, se puede extirpar un tumor particularmente grave»³⁵.

Pero, incluso la legitimación hacia la sociedad es un punto de ruptura difícil de abordar, pues puede ser que ante un hecho delictivo determinado, aquella responda reprobando tajantemente la conducta delictiva y al delincuente, como en el caso de un incendio forestal o la contaminación masiva de un cuerpo de agua pero, en casos como la posesión de un par de huevos de tortuga marina, el derribo de un solo árbol, la causación de la muerte de un armadillo..., la sociedad no necesariamente reaccionará con un dejo de reproche, es más, en la práctica hemos visto cómo hasta los juzgadores sienten hasta «compasión» por el procesado que debe enfrentar un proceso penal por tales conductas que, a su juicio, «no son relevantes» ni proporcionadas³⁶.

Claro, todo dependerá de cómo es que se entienda la conducta delictiva, sea como un ataque a un ejemplar protegido o, mejor centrado, como la factibilidad de daño no solo al ejemplar, sino al equilibrio ambiental, al hábitat, a la sustentabilidad.

En Panamá, por ejemplo, la exposición de motivos de la «Propuesta de adecuación del proyecto de Ley N° 3/ 2000, “Por el cual se adiciona al Código Penal el Título XIII referente a los delitos contra el ambiente y se adoptan otras disposiciones”», señalaba que:

El Marco Conceptual, sus alcances e implicaciones, fue sometido posteriormente a un proceso de “consulta pública” con distintos agentes y actores privados y públicos relevantes, con la finalidad de validarlo, enriquecerlo, y sobre la base de sus contenidos, recoger durante el proceso de consulta uno de los aportes más importantes de la ciudadanía: la percepción de “*qué es aquello que debe ser penalizado*”, o bien, “*qué conductas son tan graves desde el punto de vista ambiental que ameritarían una sanción penal*”. Esta es una de las cuestiones de fondo para asegurar la eficacia de

³⁵ *Loc. cit.*: «Non si può pretendere di prosciugare un oceano con una cannuccia di pochi millimetri di diametro, ma con lo stesso strumento, utilizzato da mani esperte, si può asportare un tumore particolarmente grave. Il fatto di reato è quindi la descrizione di un singolo e puntuale fatto offensivo che rappresenta normativamente una modalità d'aggressione ad un bene giuridico fondamentale per la coesistenza pacifica della società.

Il legislatore è solo il fabbro delle fattispecie penali perché è la società che infonde nell'opera inerte il soffio della vita alla luce dei propri valori.».

Sobre este particular HASSEMER señala que «...los medios del derecho penal sirven tan solo para algunas pocas situaciones problemáticas.». HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, Patricia S. Ziffer (Tr.), Universidad Externado de Colombia, Colombia 1998, Colección de estudios no. 10, p. 61.

³⁶ Esta visión es compartida por BELOFF al señalar que «Parece —sólo parece— estar fuera de discusión la intervención del derecho penal en sentido material en relación a la contaminación de las aguas de un río por parte de una empresa. Sin embargo, ello no está tan claro en relación a otros factores contaminantes como... el efecto invernadero.» BELOFF, Mary, «Lineamientos para una política criminal ecológica», *Op. cit.*, p. 156.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

la futura normativa penal. En caso contrario, se corre el riesgo de contar con un muy buen decálogo de normas penales ambientales, pero las que por estar descontextualizadas de los lineamientos de la Gestión Ambiental y no contar con niveles razonables de aceptación social, corre un alto riesgo de inoperancia.

Algún sector sostiene, y coincide, que el criminal ambiental es percibido por la sociedad como un sujeto aceptado por la misma por «no ofrecer a esta algún peligro aparente»³⁷, por lo que su sanción penal «sorprende a la comunidad, ya que el delito ambiental no siempre es tan chocante como otros tipos penales» que impactan a la sociedad³⁸.

Si en cambio, consideramos la imposibilidad de sobrevivencia del ser humano sin los recursos que ofrece un ambiente equilibrado³⁹, si nos asumimos como «parte relevante de una compleja y delicada cadena biológica y que cualquier daño producido a un elemento de la misma repercute, tarde o temprano, sobre el ecosistema entero determinando graves y terribles consecuencias»⁴⁰, entonces, estará no solo clara, sino justificada la necesidad de la tutela penal del ambiente, pues no habrá de soslayarse, como señala CUESTA AGUADO, que:

La protección penal del medio ambiente no es sólo un problema jurídico sino, más bien, un problema político que plantea importantes problema (*sic*) jurídicos. Es un problema político porque hoy en día la gestión y protección del medio ambiente es

³⁷ Así, PASSOS DE FREITAS, Vladimir y PASSOS DE FREITAS, Gilberto, «*Crimes contra a natureza*», *Revista dos Tribunais*, 7ª ed., São Paulo, 2001, citado por MONTEIRO SANSON, Ana Cristina. *Loc. cit.* «O criminoso ambiental, pessoa natural, é descrito por Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas como um sujeito aceito pela sociedade por não oferecer a esta qualquer perigo aparente.».

³⁸ *Vid.* MONTEIRO SANSON, Ana Cristina, *Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, *Op. cit.*, «Este é um delinqüente a quem a aplicação de sanção penal surpreende a comunidade, já que o crime ambiental nem sempre é tão chocante quanto outros tipos penais, tais como homicídio, roubo, estupro, e outros crimes demasiadamente violentos, que revoltam a sociedade. Não obstante tal entendimento popular, não há, no mundo jurídico, quaisquer questionamentos acerca da possibilidade de responsabilizar-se penalmente a pessoa natural quando esta incide na prática de conduta que caracterize crime ambiental.».

³⁹ *Ibidem*, «Do ponto de vista científico, a motivação decorre da impossibilidade de sobrevivência do ser humano sem que sejam utilizados os recursos disponibilizados pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, os quais vêm tornando-se escassos face à deterioração que a exploração excessiva e inadequada dos mesmos tem provocado.».

⁴⁰ STILO, Leo, *Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto*, *Loc. cit.*, «Tutti ci sentiamo lesi, offesi, da un delitto perpetrato ai danni della natura che ci circonda e in cui viviamo e svolgiamo la nostra esistenza. La ragione principale di questo comune sentire si ritrova, probabilmente, nel sentimento di appartenenza ad un sistema di relazioni biologiche che ci accomuna agli altri esseri viventi: tutti comparse contingenti in uno scenario naturale da preservare per le future generazioni.

Tutti noi abbiamo compreso di essere parte rilevante di una complessa e delicata catena biologica e che un qualsiasi danno prodotto ad un elemento della stessa si ripercuote, prima o dopo, sull'intero ecosistema determinando gravi e terribili conseguenze. Per questo motivo non si può accettare l'idea di un diritto penale semplicemente diretto a sanzionare violazioni di norme appartenenti ad altre branche del diritto.».

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

uno de los factores que más pueden incidir en los costes de producción, en la generación de empleo y en la distribución de riqueza entre estados.⁴¹

Pero tal concepción del ser humano como parte integrante de un todo al que le repercute cualquier afectación a alguna de sus partes no es la generalidad, más bien se presenta una concepción antropocéntrica en la que «el hombre no se siente parte de la naturaleza sino como una fuerza externa destinada a dominarla o conquistarla para ponerla a su servicio»⁴².

Y, como problema político debe adoptarse una postura que discurra a lo largo de todas las políticas públicas aplicables⁴³, proponiendo el ya señalado *principio de progresión del derecho penal*, al que me referiré adelante, pero como adelanto, sirva la mención de que para regular las conductas desvaliosas al ambiente en sede penal, no debe pasarse por alto que «la protección del ambiente por el sistema normativo requiere de una composición estratificada no solo por lo que se refiere al tipo de conductas a regular, sino por el grado de afectaciones al bien jurídico tutelado y por lo que toca a la reprochabilidad de las conductas por el desacato al sistema normativo».⁴⁴

Esto nos lleva a sostener el principio de gradualidad como un eje rector en la implementación de políticas públicas de corte ambiental y político criminológico ambiental de la siguiente manera:

Todo esto plantea la necesidad de que el legislador no regule únicamente conductas que deben ser sancionadas desde una perspectiva preventiva, sino que deje de regular o por lo menos de sancionar, conductas que reflejan la necesidad precaria de

⁴¹ CUESTA AGUADO, Paz M. de la, *La accesoriadad Administrativa del derecho penal del medio ambiente*, disponible en «<http://inicia.es/de/pazenred/Accesoriadad.htm>», consultada en 2005-11-08.

⁴² Así se pronunció el Tribunal Supremo Español en su sentencia de 30 de noviembre de 1990. Citada por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Delitos contra el medio ambiente», *Revista de derecho industrial*, España, año 14, número 42, septiembre-diciembre 1992, p. 936.

⁴³ Sirva como ejemplo la exposición de motivos de la «Propuesta de adecuación del proyecto de Ley N° 3/ 2000, “Por el cual se adiciona al Código Penal el Título XIII referente a los delitos contra el ambiente y se adoptan otras disposiciones”» de Panamá, disponible: «<http://www.anam.gob.pa/documentos/centerpropuestadeadecuacion.htm>». Revisado en 2005-12-28. En esta se mencionó el principio de integralidad como uno de los que deberían informar al derecho penal ambiental, y que se haría consistir en que: “el derecho penal ambiental debe enmarcarse en un contexto más amplio de instrumentos de gestión ambiental, y por lo mismo debe construirse sobre la base de la aplicación armónica e integrada del conjunto de instrumentos de gestión, en especial en forma coherente con los instrumentos de respuesta jurídica (civil y administrativa). Ello significa que el esfuerzo en lo punitivo debe insertarse en un contexto más amplio.”

⁴⁴ *Vid.* ALVARADO MARTÍNEZ, Israel y CALVILLO DÍAZ, Gabriel, «Aproximación al principio de progresión o proporción en la aplicación de los instrumentos de política ambiental como parte integrante de la política criminológica-ambiental mexicana», *Derecho Ambiental y Ecología*, año 4, número 22, diciembre 2007-enero 2008.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los miembros de la sociedad por subsistir, pero que plantee también un sistema gradual de regulaciones que permitan no solo ir incluyendo conductas en sistemas normativos más severos, como el derecho penal, sino que además, dentro de estos, presente un subsistema de gradualidad en los tratamientos. Es necesario que se dirija mayor severidad contra quienes cometan conductas más graves, pero también que se presenten excluyentes para los casos de quienes merecen ser sancionados pero no por medios tan drásticos, sino en la medida de sus responsabilidades bajo sistemas complementarios graduales (como son los sistemas administrativo o el civil).

Reconocer que los delincuentes ambientales no son todos iguales, sino que existen grados de consecuencias dañinas en las conductas que despliegan debe tener —y lo tiene— una graduación en la reprochabilidad por parte del Estado bajo el principio de culpabilidad. Por ello, se ha reconocido a nivel normativo que los daños contra el ambiente pueden ser desde levísimos (inclusive ni siquiera daños, sino posibilidades de ellos), hasta muy graves y que las sanciones a quienes los producen deben ir en esa misma proporción, replanteándose incluso la necesidad de adoptar figuras penales como la delincuencia organizada⁴⁵.

Que existan excluyentes de responsabilidad penal en el caso de actividades forestales ejecutadas por campesinos, hasta que existan delitos que admitan hasta dieciséis años de prisión para el caso de servidores públicos con obligaciones especiales de protección del medio ambiente en áreas naturales protegidas o la negativa del derecho de libertad caucional, es la concreción de la gradualidad del derecho ambiental ante la gama abigarrada de conductas que afectan el entorno ecológico.⁴⁶

En este sentido, resulta ilustrativa la mención sobre la adopción de políticas públicas que hace ARENA:

E tuttavia, accanto a tali indifferibili interventi normativi, è indispensabile agire sulle cause sociali ed economiche, e prim'ancora culturali, che hanno determinato quel vuoto occupato dalle organizzazioni criminali: facendo crescere la *cultura* di rispetto per l'ambiente, predisponendo opportuni programmi educativi, pretendendo che le pubbliche amministrazioni si attrezzino per affrontare e risolvere, con interventi strutturali (propri di un approccio autenticamente politico e non meramente gestionale dell'emergenza), l'intero ciclo dello smaltimento dei rifiuti, stimolando efficacemente e premiando le imprese sane ad investire in tecnologie

⁴⁵ Sobre todo en material de tráfico de especies protegidas y madera; deshecho de residuos peligrosos y sólidos, así como la ocupación de predios de relevancia ambiental.

⁴⁶ *Vid.* ALVARADO MARTÍNEZ, Israel y CALVILLO DÍAZ, Gabriel, «Aproximación al principio de progresión o proporción en la aplicación de los instrumentos de política ambiental como parte integrante de la política criminológica-ambiental mexicana», *Op. cit.*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

ecocompatibili, di contro sanzionando adeguatamente i comportamenti trasgressivi.⁴⁷

Bajo este contexto en el que la tutela del ambiente en sede penal se encuentra justificada, no solo en atención a los principios normativos aludidos, sino por la autonomía, independencia y relevancia del bien jurídico tutelado, deberá tomarse en consideración que el principio de gradualidad deberá entenderse acorde al nuevo régimen penal constitucional, en el que figuras procesales tales como la acción penal privada, el principio de oportunidad, las salidas alternas, el proceso abreviado, la suspensión del proceso a prueba y acuerdos reparatorios, la autocomposición, la composición, el compromiso, la negociación, la mediación, etcétera⁴⁸, deberán ser utilizadas en la construcción de un derecho penal ambiental moderno y respetuoso de una cultura de la legalidad, sin que se pase por alto el que «una legislación penal dirigida al control formal de la conducta antiecológica debe asegurarse excluir las bagatelas, los daños insignificantes, las mismas acciones alejadas del núcleo mismo del ámbito de protección de la norma, y las conductas adecuadas socialmente»⁴⁹.

Por último, se debe decir que la necesidad de tutela penal del ambiente es una política pública nítida y, dan cuenta de ello, no solo la legislación penal (el Código Penal Federal) que contiene un Título específico dedicado a los delitos contra el ambiente, sino que, la propia legislación administrativa ambiental establece como instrumento de política ambiental la criminalización de los ataques al ambiente.

III. LA CUANTIFICACIÓN DE LAS PUNIBILIDADES

El problema de la cuantificación de las punibilidades, íntimamente ligado a los principios de necesidad y proporcionalidad apuntados, representa un serio problema en el diseño normativo punitivo penal en general, sin ser exclusivo del derecho penal ambiental.

Sin embargo, en los delitos ambientales la problemática se agrava por la naturaleza misma de las conductas que se regulan. Piénsese en la conducta de «traficar con

⁴⁷ ARENA, Maurizio, «I delitti contro l'ambiente e il contrasto dell'ecomafia», *Rivista sul diritto penale d'impresa*, disponible en:

«http://www.reatisocietari.it/index.php?option=com_content&task=view&id=159&Itemid=2». Revisado en 2009-12-23.

⁴⁸ Vid. CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, MaGister, 3ª ed., México 2009, especialmente los Capítulos quinto y séptimo, así como BARDALES LAZCANO, Érika, *Guía para el estudio de la reforma penal en México*, MaGister, 2ª ed., México 2009, pp. 115-119.

⁴⁹ RUSCONI, Maximiliano A., «Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico», *Op. cit.*, p. 185. Sobre algunas medidas alternativas, véase a GONZÁLEZ ASENCIO, Gerardo, «Participación de la Universidad Autónoma Meropolitana», en *Memorias del primer foro nacional sobre procuración de justicia ambiental. Cámara de Diputados*, 1º de julio de 1998, p. 33, «La segunda dificultad reside en que resulta siempre difícil tomar la decisión de iniciar la acción penal por delitos ambientales cuando el infractor ha manifestado previamente su intención de reparar el daño. En muchos países la autoridad persecutoria está facultada para negociar con el inculpado».

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ejemplares de especies protegidas», ¿cuál es la punibilidad justa que debería ser aplicable?

La pregunta y, la propia figura fenoménica del delito contra el ambiente no reflejan la complejidad. Si, por ejemplo, pensamos en el tráfico de un solo ejemplar, resulta más o menos clara la necesidad de darle un tratamiento distinto al tráfico de varios ejemplares, pero si se plantea en términos concretos, ¿en verdad parece evidentemente más grave el tráfico de cien ejemplares que de uno solo, cuando los cien son escarabajos, por ejemplo, en tanto que el ejemplar unitario es de un tigre de bengala?

Lo mismo sucede en materia de contaminación, ¿debemos atender a la calidad del contaminante, a la cantidad, a la calidad del objeto contaminado, a la superficie de contaminación, a una combinación de todas ellas...?

Prácticamente el sistema por el que se opte, presentará problemas serios, pues si se opta por la redacción casuística, ya se imaginarán los problemas: se deberán indicar, cantidades, especies, ejemplares, calidades de las sustancias, superficies y casi un interminable etcétera, lo que no resulta viable, pero el sistema actual, por lo menos el mexicano, también resulta indeseable, pues la norma sanciona de la misma forma, con la misma punibilidad, al que transporta un ejemplar de mariposa monarca, que al que captura a una ballena azul; o al que verte un costal de sal en un arroyo y al que derrama el contenido de hidrocarburos que transporta un barco cisterna en mar territorial.

Y el tema de la gravedad de las conductas no resulta claro, pues basta con reflexionar sobre qué es más grave, el incendio de un bosque, que se puede plantar, aunque con costos elevadísimos, o la captura de un ejemplar de un oso panda, que se encuentra en peligro de extinción. Porque en el primer caso, no solo se destruyen los árboles del bosque, se privan de la vida ejemplares de flora y fauna silvestre, se contamina la atmósfera, se deja de captar bióxido de carbono, se deja de producir oxígeno, ya no se fija nitrógeno al suelo, se erosiona éste; pero la falta de un ejemplar de panda pone en peligro la estabilidad de la especie.

No se puede caer en verdades de Perogrullo, emanadas de quienes quizá conozcan cómo opera el sistema penal, pero desconocen las particularidades de la materia ambiental⁵⁰, que sostienen que «si considera que la conducta es grave, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud». ¡Una verdadera joya!

⁵⁰ La frase de ZEPEDA es la siguiente: «La conducta invasora podría ser calificada, de acuerdo a la punibilidad, de la siguiente manera: *si considera que la conducta es grave, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud*». Véase a ZEPEDA RÍOS, Quintino, «Invasores a zonas de reserva ecológica y de uso agrícola», en *Memorias del primer foro nacional sobre procuración de justicia ambiental. Cámara de Diputados*, 1° de julio de 1998, p. 137.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Más allá de tal ocurrencia, el derecho presenta problemas incluso para determinar el alcance de la palabra «grave», así, el *Protocolo I*⁵¹ en el art. 35.3 prohíbe el «empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural», en tanto que el art. 55 señala que «en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población», quedando prohibidos «los ataques contra el medio ambiente natural como represalias».

El análisis debe centrarse en el concepto de «grave», pues el art. 11.4 regula como infracción grave «toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una Parte distinta de aquella de la que depende, sea que viole cualquiera de las prohibiciones señaladas en los párrafos 1 y 2, sea que no cumpla las exigencias prescritas en el párrafo 3».

Por su parte, la convención *EnMod* [Convención sobre la Prohibición de usos militares o cualquier otro uso hostil de las Técnicas de modificación ambiental, conocida como Convención *EnMod* (*Environmental Modification*)⁵² por sus siglas en inglés], regula en el art. I, 1.1 que «cada Estado Parte se compromete a no participar en operaciones militares o cualquier otro uso hostil de técnicas de modificación ambiental que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios de destrucción, daño o lesión a cualquier otro Estado Parte», entendiéndose por grave, según el inciso (c) del «entendimiento relativo al artículo I» la «presencia de graves o importantes trastornos o daños a la vida humana, los recursos naturales y económicos u otros activos».

Situaciones ambas, que no esclarecen la problemática denunciada.

Fuentes Consultadas

ALVARADO MARTÍNEZ, Israel y CALVILLO DÍAZ, Gabriel, «Aproximación al principio de progresión o proporción en la aplicación de los instrumentos de política ambiental como parte integrante de la política criminológica-ambiental mexicana», *Derecho Ambiental y Ecología*, año 4, número 22, diciembre 2007-enero 2008.

ARENA, Maurizio, «*I delitti contro l'ambiente e il contrasto dell'ecomafia*», *Rivista sul diritto penale d'impresa*, disponible en

⁵¹ *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, de 8 de junio de 1977.

⁵² *Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- «http://www.reatisocietari.it/index.php?option=com_content&task=view&id=159&Itemid=2», revisado en 2009-12-23.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Delitos contra el medio ambiente», *Revista de derecho industrial*, España, año 14, número 42, septiembre-diciembre 1992.
- BARDALES LAZCANO, Érika, *Guía para el estudio de la reforma penal en México*, MaGister, 2ª ed., México 2009, pp. 115-119.
- BELOFF, Mary, «Lineamientos para una política criminal ecológica», en *Delitos no convencionales*. Julio B.J. Maier (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, «El acceso a la justicia ambiental: Derecho ambiental y desarrollo sostenible», en *Derecho ambiental y desarrollo sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, Memorias del Simposio Judicial realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de enero de 2000, PNUMA, México 2000.
- CONGRESO DE PANAMÁ, «Propuesta de adecuación del proyecto de Ley N° 3/ 2000, “Por el cual se adiciona al Código Penal el Título XIII referente a los delitos contra el ambiente y se adoptan otras disposiciones” de Panamá», disponible en «<http://www.anam.gob.pa/documentos/centerpropuestadeadecuacion.htm>», revisado en 2005-12-28.
- CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, MaGister, 3ª ed., México 2009.
- CUESTA AGUADO, Paz M. de la, *La accesoriedad Administrativa del derecho penal del medio ambiente*, disponible en «<http://inicia.es/de/pazenred/Accesoriedad.htm>», consultada en 2005-11-08.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 6ª. ed., Bari 2000.
- FIJNAUT, C., en *Revue Internationale de Droit Penal*, Eres, Toulouse, 1990.
- GONZÁLEZ ASECIO, Gerardo, «Participación de la Universidad Autónoma Meropolitana», en *Memorias del primer foro nacional sobre procuración de justicia ambiental. Cámara de Diputados*, 1º de julio de 1998.
- HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», Elena Larrauri (Tr.), *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile 1995.
- *Crítica al derecho penal de hoy*, Patricia S. Ziffer (Tr.), Universidad Externado de Colombia, Colombia 1998, Colección de estudios no. 10.
- HERNÁNDEZ POZO, Israel, *Importancia de la protección penal del medio ambiente*, año 5, no. 8, 2005, disponible en «http://www.medioambiente.cu/revistama/8_02.asp», revisado en 2009-12-23.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (Tr.), Civitas, Madrid 2003.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Derecho Penitenciario*, Mc Graw Hill, México 1999.
- MONTEIRO SANSON, Ana Cristina, *Fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, consultable en «<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5656>»; consultado en 2004-09-15.
- PASSOS DE FREITAS, Vladimir y PASSOS DE FREITAS, Gilberto, «*Crimes contra a natureza*», *Revista dos Tribunais*, 7^a ed., São Paulo, 2001.
- RUSCONI, Maximiliano A., «Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico», en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Delitos no convencionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor, Barcelona 1992.
- STILO, Leo, *Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto*, consultable en «<http://www.ambientediritto.it/dottrina/diritto%20penale%20ambiente/tutela%20penale%20Stilo.htm>»; visitada en 2004-09-15.
- ZEPEDA RÍOS, Quintino, «Invasores a zonas de reserva ecológica y de uso agrícola», en *Memorias del primer foro nacional sobre procuración de justicia ambiental. Cámara de Diputados*, S.N.E.
- Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques.*
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, de 8 de junio de 1977.
- VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito, La Habana, Cuba 1990.
- XII Congreso Internacional de Derecho Penal, Hamburgo, Alemania 1979.

DE LA TRATA DE BLANCAS A LA PROSCRIPCIÓN DEL TRÁFICO DE SERES HUMANOS

Luis ARROYO ZAPATERO

I. INTRODUCCIÓN

La trata de los seres humanos, su prohibición y persecución penal, así como la armonización internacional de sus instrumentos legales se ha venido desarrollando desde fines del siglo XVIII en cuatro fases. La primera es la de la abolición de la esclavitud. La segunda, la de la lucha contra la trata de “blancas” al comienzo del siglo XIX y del tiempo de la creación de la Sociedad de Naciones y hasta la constitución de las Naciones Unidas. La tercera fase es la que se extiende a lo largo de la guerra fría y hasta la caída del muro de Berlín. La cuarta, y en la que nos encontramos, comienza con el desencadenamiento de la globalización y continúa en el momento actual, el de la crisis financiera internacional y del modelo de la globalización sin reglas¹.

1. La primera fase es la de la abolición de la esclavitud y de la trata de esclavos negros, que se proclama con la creación en Londres de la primera ONG de la Historia, la Asociación para la Abolición de la esclavitud en 1787, por los revolucionarios franceses en la Asamblea Nacional en 1794, por la Conferencia Internacional de 1815, y que comienza a realizarse en Gran Bretaña en 1833 y en Francia a partir de 1848, tras los apasionados reclamos de Alphonse de Lamartine, y así sucesivamente, en un proceso complejo, incompleto y discontinuo, con gran polifonía de actores -en términos recuperados por Nadia Capus- y en el que se recurre a toda clase de instrumentos jurídicos: *hard law* como las leyes inglesas de prohibición de la trata, del *soft law*, como las propuestas compensatorias de Gran Bretaña a los países que debieran renunciar a ella -en territorios a Francia o en dinero a España- así como el *cannonen law*, es decir la acción militar o de guerra como el enfrentamiento militar de la guerra civil norteamericana representada por *Gettysburg* o el bombardeo inglés de los barcos negreros en el puerto de Río de Janeiro.

Todo ello un largo proceso llevado a cabo durante más de un siglo, brillantemente descrito muy “*a la grille*” por John Braithwaite y Peter Drahos en su *Global Business*

¹ Bien conocido mundo por nuestra homenajeadada Emma MENDOZA BREMAUNTZ, *Delincuencia global*, Prólogo de R.Zaffaroni y E. Carranza, Lerner, Córdoba, Argentina, 2005.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

*regulation*² con la primera aparición ya entonces del triángulo de actores públicos estatales e interestatales, desde la conferencia de Bruselas de 1889, los actores económicos privados encarnados en las industrias negreras, los filósofos y teóricos de la economía como Adam Smith³ y la sociedad civil con la primera ONG citada.

2. La segunda fase se extiende desde 1904 a 1949, se desarrolla como una acción internacional contra la “trata de blancas”, lo que significa, en una síntesis del trabajo de Nadja Capus⁴ un sistema que bascula entre la defensa de la mujer y la protección de la honestidad de las costumbres contra el ejercicio de la prostitución, para terminar cayendo el peso de la represión sobre de la protección “las buenas costumbres”. En efecto, las primeras movilizaciones de repercusión internacional y legislativa son fruto en Inglaterra del falso escándalo levantado por la Pall Mall Gazette en una serie de reportajes falsos sobre la trata de blancas en en 1885. En el último año del siglo la propia *Internationale Kriminalistische Vereinigung* reclama la armonización penal internacional.⁵

En 1902 un primer congreso internacional celebrado en París invita a la protección de las mujeres mayores víctimas de engaño o violencia y de las menores en general en las migraciones internacionales. Pero mientras los gobiernos limitan las recomendaciones internacionales de su actuar a lo indicado, las organizaciones internaciones privadas, especialmente la Internacional católica de obras de protección de las jóvenes⁶, y otras que aluden en su nombre directamente a la “higiene moral y social” y a la “moral pública” tienen más éxito en la legislaciones internas. Aunque los países latinos limitan la represión penal al tráfico de mujeres menores y de mayores víctimas de fraude o violencia los países germánicos y anglosajones la establecen sin limitación de medios ni edades, de lo que es paradigmático, incluso en el nombre del congresista que bautiza la ley, la *Mann Act* de 1910⁷, el modelo norteamericano, en el que se castiga como delito federal la ayuda

² V. BRAITHWAITE, J. y DRAHOS, P.: *Global business regulation*. Cambridge University Press, 2000. p. 222 y ss. Vid. también Adam HOCHSCHILD, *Enterrad las Cadenas* Ediciones Península, versión original, *Bury the Chains: Prophets and Rebels in the Fight to Free an Empire's Slaves*, Houghton Mifflin Boston 2006. Para una crónica del proceso v *Chronology of American Slavery*, en <http://www.innercity.org/holt/contents.html>. El proceso en España puede seguirse en Gabriel RODRIGUEZ, *La idea y el moviendo antiesclavista en España durante el siglo XIX*, Ateneo de Madrid 1887, p. 321 y ss. (en www.AteneodeMadrid.com/biblioteca-digital/librosfolletos.htm).

³ Vid. PESET, J. L.: *Ciencia y marginación: sobre negros, locos y criminales*. Ed. Crítica. Barcelona, 1993.

⁴ Vid. N. CAPUS, *La répression de la traite des êtres humains au tournant du XIX siècle : une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale*, en M. Delmas Marty /Mark Pieht /U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008,

⁵ *Bulletin de l'Union Internationale de Droit pénal*, 1899-1900, p. 202 y ss. BERDUGO, Ignacio, *El movimiento de política criminal tendente a al unificación legislativa, su desarrollo hasta 1940*, Tesis, Univ. Complutense de Madrid. 1976. S. 149 ss. In www.defensesociale.org.

⁶ Vid. J. VALES FAILDE, *La protection des jeunes filles en Espagne*, Madrid 1912.

⁷ Vid. D.J. LANGUM, *Crossing Over the Line: Legislating Morality and the Mann Act*, Chicago, 1994.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

a la entrada de mujeres de cualquier edad con propósitos inmorales en todo caso, es decir sin engaño ni violencia alguna.

El Tratado de Versalles confió a la Sociedad de Naciones el velar por la trata de jóvenes y niños, así como del opio y otras sustancias nocivas. En 1921 adopta una Convención internacional relativa a la represión de la trata de mujeres y niños, - limitando lo primero a las menores y a las mayores víctima de abuso- lo que propiamente se corresponde con el término *traite*, frente al de *traffic*⁸, pero una nueva Convención de 1933 se titula expresamente como “relativa a la represión de la trata de mujeres mayores” lo que recupera la falta de límites.

3. La tercera fase se abre con el comienzo de la guerra fría y concluye con la caída del muro de Berlín y la disolución de los bloques político-militares en 1989. Esta fase se caracteriza porque apenas comenzada se renuncia a las construcción de un verdadero orden jurídico internacional basado en la Declaración de los Derechos humanos de la Carta de San Francisco y posteriormente, en 1948, de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su expresión más acabada es la renuncia a la creación de una Tribunal penal internacional permanente y un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos. Todo ello se sustituye por un férreo sistema de división del mundo y de control del mismo por las potencias hegemónicas respectivas, que reduce en gran medida las áreas necesitadas de armonización e institucionalización internacional. En tal periodo solo se abordan aquellas materias de interés común a los dos bloques que no comportan conflicto ideológico. A su vez, y en lo que a nuestro tema respecta, la movilidad internacional terrestre, marítima o aérea esta sumamente controlada. Las fronteras terrestres están aseguradas por una “telón de acero” y no hay barcos ni, aún menos, aviones fuera de control, y, menos aún, piratas.

En los años 1945 y 1951 Naciones Unidas recupera, por una parte, convenciones internacionales de la era de Sociedad de Naciones (relaciones diplomáticas, estupefacientes, trata de mujeres, publicaciones obscenas) y genera otras nuevas, como la relativa al genocidio (1948) y al estatuto del refugiado (1951). Se crean también relevantes organizaciones internacionales como la OMS y se mantiene alguna anterior como, principalmente, la OIT.

Durante las cuatro décadas siguientes a 1950 la construcción del orden jurídico internacional se proyecta sobre el comercio internacional, los transportes marítimos y aéreos, navegación, circulación vial, el propio Derecho de los Tratados, etcétera. Lo más relevante es, sin duda, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el de Derechos económicos, sociales y culturales, pero escindidos unos de otros y sin un instrumento eficaz de protección de los primeros al estilo de las Comisiones y Cortes

⁸ Vid sobre la terminología *infra* nota 29 y texto.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

européa e interamericana, ciertamente posteriores⁹. No obstante, se adoptan en este periodo otras convenciones relevantes para un orden jurídico internacional de derechos humanos: contra la discriminación racial (1966) imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad (1968), apartheid (1973), derechos de la mujer (1979), medio ambiente (1979), la toma de rehenes (1979), los relativos al control de armamento (desde 1980), la Convención contra la tortura (1984).

4. La fase actual comienza en el propio y significativo año 1989, con la Convención sobre derechos del niño, contra el reclutamiento y utilización de mercancías y el Protocolo para la abolición de la pena de muerte. En 1990 se adopta la Convención para la protección de los derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias -en cumplimiento de los convenios de la OIT- y a ello sigue una década rica en producción normativa internacional que alcanza su más alta expresión en 1998 con la Convención sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y, en el año 2000, con la Convención contra la delincuencia organizada transnacional y los protocolos sobre trata de personas y de migrantes, así como sobre armas, para concluir con la Convención contra la corrupción de 2.003.

Merece ser destacado que en este periodo cuando se supera el sistema del GATT y se crea la Organización Mundial del Comercio en 1995, en la que destaca la adopción de un sistema de “solución de diferencias” que representa un vigoroso sistema de aseguramiento de la vigencia del derecho adoptado por los miembros de la OCM, de mucho interés aunque se trate aquí solamente de Derecho económico.

5. Una excepción a la discontinuidad de los períodos es el desarrollo y evolución de la Organización Internacional del Trabajo¹⁰, creada en 1919 por la Sociedad de Naciones. Los dos bloques se sienten cómodos ante una institución anterior a ellos mismos y para una materia en la que no sólo no hay contradicción ideológica sino una, al menos aparente, comunidad de intereses: la armonización de las normas básicas del trabajo, la libertad sindical y el derecho a la huelga, las condiciones mínimas de trabajo, de seguridad social y de seguridad y salud.

La OIT, en pleno vigor hoy en día a casi 90 años de su creación y de funcionamiento ininterrumpido, no es sólo la más antigua institución internacional viva, sino un extraordinario ejemplo de institución armonizadora internacional, a partir básicamente de su “tecnología” del *tripartismo*, que combina un núcleo reducido de derecho duro, en forma de Convenios Internacionales, con un sistema de recomendaciones propias del *soft law* que respeta un amplio “margen nacional de apreciación”, cuya superación no se determina de modo vertical o meramente jerárquico, sino de modo horizontal o por consenso, en base a opiniones y dictámenes de comisiones de “expertos” que cumplen funciones “quasi-jurisdiccional”¹¹. Pero en las cuestiones más relevantes terminan convirtiéndose en

⁹ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, I, p. 56 y s. y 198 y s. y II. p. 210, III p. 51

¹⁰ V. ALONSO OLEA/ CASAS, *El Derecho del Trabajo*, Madrid, 2004, 24^e ed. pages 711 et s.

¹¹ Eric GRAVEZ, *Les mecanismes de control de l'OIT*, en “Melanges Valticos » p 3 y ss.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Derecho consuetudinario con progresiva validez jurídica plena frente al Derecho interno¹². En la historia de la OIT se advierte que la armonización jurídica internacional es, sobre todo, un proceso lento, incompleto ¹³ pero inexorable. Aunque, ciertamente, la OMC mucho más joven camine hoy a mucha mayor velocidad¹⁴.

6. Al periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial pertenece más que el problema de las migraciones de carácter socio-económico el de los desplazados y refugiados, para lo que primero se constituye la Organización Internacional de Refugiados en 1946 y luego se adopta la Convención en 1951. Sigue presente la preocupación por la “trata de blancas” y de mujeres, a cuyos efectos se recuperan en Lake Succes entre 1947 y 1949 los instrumentos internacionales –junto con los relativos a las “publicaciones obscenas”- del primer tercio del siglo y se cierra con la adopción en 1950 de un Convenio y un Protocolo para la represión de la “trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena” (Nueva York, 21 de enero de 1950).

Sin embargo, la cuestión de los “seres humanos” que emigran y la trata de estos seres humanos se relegan al ámbito especializado de la OIT, que también en el año 1949 recupera mediante revisión su propio convenio de 1939. Lo hace en el marco de su 32ª Conferencia en Ginebra mediante la “Convención sobre los trabajadores inmigrantes”. 25 años más tarde, la crisis del petróleo de 1973 ha llevado consigo gravísimos problemas sociales en los países productores con abundante mano de obra inmigrante y produce a su vez nuevos impulsos migratorios a otros países lo que lleva a adoptar un nuevo Convenio internacional sobre los trabajadores migrantes (C143) que complementa el Convenio de 97 de 1949, sobre todo el de ámbito de la “migraciones abusivas”. Reaparece así de nuevo la “trata” de seres humanos y el llamamiento a los estados a perseguir a los “organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de inmigrantes con fines de empleo y a los que emplean a trabajadores que hayan emigrado en condiciones ilegales (art. 3). Todo ello a fin de evitar los “abusos” consistentes en su sometimiento durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o la propia legislación nacional “del país en que se encuentren (art. 2).

¹² Vid. Veronique MARLEAU. *Reflexion sur l’idée d’un droit international coutumier du travail*, en Mélanges Valticos p. 363 y ss. Francis MAOPAIN, *Persuasion et contrainte aux fins de la mise oeuvre des normes et objectives de l’OIT.*, en « Melanges Valticos » p. 687 y ss.

¹³ Exactamente en lo “flexible” del Derecho internacional del trabajo está su virtud, v. Georg P.POLITAQUIS, *Deconstructing flexibilities in international labour Conventions*. Una perspectiva interesante respecto del programa por “un trabajo decente”, vid. A.SUPIOT/E.REYNAUD, *Protección social y trabajo decente. Nueva perspectiva para las normas internacionales* La Ley, Madrid 2006, versión francesa en “Semaine social Lamy”.

¹⁴ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forcés imaginantes du droit*, II. p. 210 y ss.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El artículo 5 reclama que la persecución de los traficantes no quede limitada al territorio en el que plasma su actividad, sino donde se halle su centro de operaciones, lo que supone reclamar para la trata la calificación de delito de persecución universal, como en su día se había reclamado para la de las blancas. En el artículo 6 dice que “deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores inmigrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión” para la organización de inmigrantes con fines de empleo que se definen como abusivos y contra los que colaboren deliberadamente con ello “con fines lucrativos o no”. El Convenio de 1975 es, pues, un reclamo de armonización internacional de la lucha contra la trata de seres humanos a la búsqueda de empleo en condiciones abusivas o con fin de someterse a condiciones de tal clase. En todo caso, es precisamente la crisis del petróleo de 1973 y sus efectos sobre las economías de los países desarrollados lo que va a desencadenar en los últimos el endurecimiento de las políticas de cierre de fronteras y de bloqueo de la inmigración¹⁵.

A su vez, Naciones Unidas, desde la instancia de la Comisión de Derechos Humanos, procede a la elaboración y aprobación de una Convención de protección de los Derechos de los trabajadores inmigrantes y su familia que se aprueba en 1990 y se que se diferencia de las anteriores Convenciones de la OIT entre otros aspectos en que ésta tiene aún menor número de ratificaciones: solamente 13 países han ratificado la firma y ninguno de ellos es receptor de inmigrantes¹⁶. La recesión económica posterior a la Guerra de Irak I, bien pudo ser un factor limitante del efecto de la convocatoria. Sólo Bélgica, Francia, Alemania, Noruega, España y Reino Unido, como países de recepción de inmigrantes habían ratificado la C-97 OIT. Sólo Suecia ratificó la C-143. Ninguno de ellos la Convención de 1990 de Naciones Unidas.

II. MIGRACIONES LEGALES E ILEGALES EN EL TIEMPO DE LA GLOBALIZACIÓN

Pero una nueva -y hasta ahora- última fase de globalización económica y migraciones comienza con la disolución de los bloques políticos y económicos y con la vía libre a la globalización económica que se produce en los alrededores de 1990. La globalización genera una gigantesca migración de capitales y empresas e impulsa movimientos migratorios humanos masivos¹⁷. A su vez, las capacidades tecnológicas disponibles facilitan de forma extraordinaria el transporte de personas y, por su

¹⁵ V. OIT, “*Etude d’ensemble*” 1999, par. 131, et OIT, “*Une approche équitable*”, 2004, par. 239.

¹⁶ Cfr. Dialogo de Alto nivel sobre migración internacional y el desarrollo AGNU 14-15 Sep. 2006 (ILO-IMP-PAI 1-11-04) y Bacre Waly Nidiaye Director de la División des procédures des droit de e’homme sur Haut comisariitat de Nations Unies aux Droits del-homme.

¹⁷ Sobre la mundialización de las migraciones en el tiempo de la globalización v. ARANGO, *Las migraciones internacionales en un mundo globalizado*, en “Vanguardia Dossier” nº 22 (2.007), p. 10 ; OIT, *Une mondialisation juste*, 2004, par. 429 et s; STALKER, *Workers without frontiers*, 2000, 21-25 y 117-119.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

parte, existe una disponibilidad extraordinaria de barcos fuera de todo control, que hace posible el desplazamiento intercontinental de centenares de personas en un solo movimiento. Las grandes aviones, por más controlados, reducen la inmigración sin control. La mitad de los inmigrantes ilegales en España entraron por el Aeropuerto de Madrid, pero un sistema de control eficiente bloquearía en el periodo estival la economía turística. La necesidad económica de migrar en busca de trabajo y oportunidades y la disponibilidad de medios para el desplazamiento se producen en un modo también globalizado de la comunicación audiovisual. Si a la necesidad y posibilidad se le añade la visualización del paraíso de la abundancia desde las otras orillas puede decirse que la economía y la cultura contemporánea han generado en los países en desarrollo una *compulsión* a la migración¹⁸.

Pero lo que singulariza las migraciones globalizadas actuales frente a las de los momentos anteriores de principios del siglo XX, hacia América y de mediados del XX de los países ribereños del mediterráneo del sur y norte, es que las migraciones estaban reguladas e incluso gestionadas. Las actuales, sin embargo, se realizan a pesar y en contra de las reglamentaciones de los países deseados¹⁹. Además, la globalización migratoria se desarrolla contra una demanda limitada y poco elástica: La demanda de trabajo efectivo se ha reducido en una industria computarizada, además, la economía busca costes laborales mas bajos que sólo se encuentran en los países fuente de migración. Por su parte las sociedades de la abundancia occidentales ven en los salarios más bajos de los inmigrantes el riesgo para su nivel de vida²⁰ pasamos del *wanted but not welcome* al actual *needed but not welcomed*. Además los nuevos inmigrantes comportan choques culturales mayores que entre católicos y protestantes o entre norte o sur europeos. Aparece así mismo el problema real y simbólico de la relación entre inmigración y delincuencia²¹.

La síntesis de la nueva situación conforme a los datos de la OIT²² es la siguiente: en 2005 más de 190 millones de personas vivían fuera de su país de origen por razones de trabajo, de agrupamiento familiar, de refugio o asilo. En 1970 se estimaba la cifra en 82 millones. En el año 2001 la estimación se refería a 175 millones de personas, de los que 86 eran económicamente activos. Se estima en 250,000 millones de dólares el monto anual de los recursos enviados por los emigrantes a sus países de origen. Entre el 10 y 15% de la inmigración actual comporta situaciones irregulares por falta

¹⁸ Jóvenes chinos pagan hasta 45.000 dólares por un transporte ilegal a los Estados Unidos, *cf.* “*Etude d’ensemble*” 1999, note 8.

¹⁹ V. J. ARANGO, *Las migraciones internacionales en un mundo globalizado*, en “Vanguardia Dossier” n° 22 2.007 p. 11.

²⁰ Cfr. VIAÑA REMIS, *La inmigración en Europa*, 2000, p. 870-872.

²¹ V. SOLIVETTI, *Immigrazione, integrazione e crimine in Europa*, 2004

²² OIT, Comunicación, junio 2.006: ilo.org/comunication. Vid Joaquin ARANGO, *Las migraciones internacionales en un mundo globalizado*, en Vanguardia Dossier n° 22 (2.007) p. 8 y s.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de autorización para el ingreso o la residencia, lo que da lugar a altos niveles de explotación, trabajo forzoso y abuso de derechos humanos. Una buena parte de esta migración ilegal se realiza mediante precio y en condiciones que puede y debe hablarse de trata de seres humanos. Y todo induce a pensar que el fenómeno y el problema no van sino a incrementarse.

En los Estados Unidos han pasado de 8,5 millones de inmigrantes irregulares en el año 2000 a 9.3 en 2004, a pesar de los incrementados controles establecidos tras el 11 de septiembre de 2001. En Europa se estima en 500,000 el incremento anual de inmigrantes irregulares²³. Es preciso resaltar que al fenómeno contemporáneo de las migraciones masivas, los países de recepción reaccionan con el cierre físico y jurídico de las fronteras, lo que empuja a las personas a acudir a las redes de tráfico de mano de obra y de seres humanos en general. Las redes exigen precios cada vez más elevados por los servicios que prestan para evitar los controles y las reglamentaciones sobre inmigración lo que exige a los candidatos incurrir en deudas financieras y morales enormes que los sitúan en una posición de dependencia grave y de confinamiento que favorece la explotación y el abuso de su trabajo, lo que conduce no pocas veces a unas condiciones próximas a la esclavitud. Una dependencia y vulnerabilidad que resulta aún más gravosa para las mujeres y los niños²⁴.

A.- La inmigración como problema político y la trata de seres humanos como problema moral: Entre Tampere y Palermo

La inmigración se advierte en no pocos sectores sociales y políticos como un riesgo para el bienestar y para la seguridad, en especial respecto de aquellos sectores de la misma que no manifiestan disposición a integrarse culturalmente o de aquellos que se ven implicados en los problemas de la criminalidad. Simultáneamente, las condiciones en las que se desarrolla el tráfico de migrantes cuando deben atravesar los mares resultan en no pocas ocasiones dramáticas, comportando numerosos muertos y desaparecidos, dejando las *pateras* sobre las playas a seres humanos en condiciones de salud miserables y a miles de de inmigrantes sin posibilidades de ocupación en los puertos de la española Costa del Sol, de Niza, Brindisi o Lampedusa²⁵. Pero no se trata solamente de peligros en el mar, pues las condiciones de transporte por tierra resultan en no pocas ocasiones también mortales²⁶. La buena conciencia de los ciudadanos europeos reacciona ante estos hechos, retransmitidos a

²³ Cfr. GOSH, *Managing migration: whither the missing regime?*, 2005 ; ver también OIT, *Une approche équitable*, 2004, par. 396.

²⁴ Para una evaluación de los costos individuales para los inmigrantes clandestinos, v. PETROS, *The cost of human smuggling and trafficking*, 2005.

²⁵ El *Rapport 2005* de la “*Global Commission on International Migration*” establece que anualmente y en el curso de intentos de atravesar el Mediterráneo mueren 2000 personas y 400 mejicanos fallecen intentando atravesar el Rio Grande, *cf.* p.37.

²⁶ El caso más representativo es el de los 58 chinos muertos por asfixia en la parte trasera de un camión en el puerto de Dover en 2000. Ver la casuística , en www.monde-diplomatique.fr/Dossiers/migrants/,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

menudo en directo por las televisiones con impulsos de solidaridad y exigencias de justicia para que los traficantes sean castigados.

La inmigración se convierte así en un problema político, explotado en buena medida por parte por la extrema derecha europea, que empuja a los gobiernos y al conjunto de los partidos políticos a endurecer las medidas de control de los inmigrantes y al rechazo de los irregulares, a intentar mejorar las políticas de gestión de las migraciones así como a luchar contra la trata de seres humanos. Este objetivo fue proclamado especialmente por el Consejo Europeo de Tampere de 1999. En él se proclamó que estaba “determinado a combatir en los orígenes la inmigración clandestina, especialmente actuando contra los que se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes” Insistió igualmente en la “adopción de disposiciones legislativas que prevean sanciones severas para esta forma grave de criminalidad” e invitaba a adoptar un instrumento legislativo a estos efectos antes de 2002. Y en este marco de una política europea común en materia de asilo e inmigración” y en particular, con vistas a la gestión de los flujos migratorios. Estos objetivos se basaban en el Tratado de Ámsterdam, cuyo artículo 63.3 b autorizaba específicamente al Consejo a adoptar medidas en materia de política de migraciones y contra la inmigración clandestina y la estancia ilegal. Por otra parte, como consecuencia de la integración del acervo de Schengen por parte del Tratado, el Consejo se comprometía a establecer sanciones castigando el paso no autorizado de fronteras exteriores de la Unión, así como sanciones adecuadas contra quien a fin de sacar provecho económico ayude o intente ayudar a extranjero a ingresar o permanecer ilegalmente en el territorio común (artículo 27.1). Estas disposiciones eran continuación de anteriores Recomendaciones del Consejo, especialmente de la datada en 22 de diciembre de 1995, en materia de armonización de medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegal, la de 27 de agosto de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de países terceros, así como de diversas medidas acordadas contra la trata de mujeres a fines de explotación sexual, en particular, de la Resolución del Parlamento europeo de 19 de enero de 1998.

Por su parte, las conclusiones de Tampere relativas a la “lucha contra la delincuencia a escala de la Unión reclamaban un incremento de la cooperación entre los Estados, mediante la creación de “equipos conjuntos de investigación”, como primer paso para luchar contra “la trata de seres humanos”, así como contra el tráfico de drogas y el terrorismo y, a su vez, declaraba a la “trata de seres humanos y, en particular, la explotación de mujeres” sector prioritario para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes por parte de los Derechos penales nacionales, junto con los sectores ya tradicionales de los delitos financieros, el tráfico de drogas, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico (conclusión 48).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En suma, el Consejo Europeo en Tampere establecía entre sus decisiones básicas la elaboración de una política general común sobre inmigración y su control y, dentro de ella la adopción de legislación comunitaria para la lucha contra la trata organizada de seres humanos y la explotación de los migrantes, materia a la que considera igualmente prioritaria a los efectos de armonización de las legislaciones penales nacionales²⁷.

B.- Los Protocolos de Naciones Unidas

Naciones Unidas aprobó en el año 2000 tres protocolos a la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, de los que nos interesan el Protocolo para “prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños” y “el protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire”. Esta decisión de Naciones Unidas se caracteriza por ofrecer un tratamiento separado de la trata de mujeres y menores para la explotación sexual y la trata de personas para la migración ilegal. La diferenciación de instrumentos responde a la tradición de la acción internacional contra la trata de “blancas” y a la vieja preocupación por las buenas costumbres y de la lucha contra la prostitución que, como se verá más adelante, no sólo no ha desaparecido nunca, sino que ha renacido sobre nuevos fundamentos.

En verdad, aunque el primer protocolo se denomina “para prevenir, reprimir et sancionar la trata de personas”, inmediatamente añade “especialmente mujeres y niños”, y el conjunto del protocolo está construido para esta finalidad. Los trabajos preparatorios ponen de manifiesto que en su versión inicial el protocolo se refería tan solo al tráfico de mujeres y niños, a lo que tras diversas vicisitudes se añadió la referencia a las “personas”²⁸.

El objeto de protección del protocolo es la libertad de las personas y de las mujeres mayores de edad frente al uso de la fuerza, la amenaza, el engaño o el abuso de situación de vulnerabilidad, cuando se producen con la finalidad de someterles a explotación, situación o relación que el propio protocolo define como explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud y prácticas análogas y -como añadido de última hora- la extracción de órganos. Cuando las mujeres -y las personas en general- son objeto de los medios tipificados en el primer inciso del párrafo que se acaban de citar la alegación de consentimiento de la misma se declara irrelevante (artículo 3b) y, en todo caso, en el supuesto de menores de 18 años (apartados c y d del mismo artículo).

Pero esta cláusula, en lo que se refiere a personas mayores de 18 años, excluye la incriminación cuando solicitan o aceptan el reclutamiento de modo “voluntario”, no constreñido por amenaza, fuerza, abuso, fraude o engaño, es decir, el Protocolo excluye la obligación de incriminación y persecución de la “trata” *no forzada*, o sea

²⁷ V. ARROYO ZAPATERO, *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*, 2001, cit.

²⁸ Cfr. *Travaux Préparatoires*, 2006, p. 322.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

del mero tráfico. Son tres preceptos los de referencia en los que se nuclea un debate viejo y nuevo sobre la libertad para concertar “los tratos” destinados a la prostitución, y en donde lo que mantiene abierta la discusión es la interpretación de cual sea la constelación fáctica que da lugar a la especial “situación de vulnerabilidad”, pero es evidente que los responsables de de la redacción del texto quisieron evitar la formula tradicional de la Convención de 1949 y sus predecesoras que incriminaban directamente la sola explotación de la explotación de la prostitución y el proxenetismo²⁹.

Precisamente la propia Comisión del crimen de las Naciones Unidas explica la diferencia entre “trata” de personas (en francés *traite de personnes*, en inglés *trafficking in persons*) del “tráfico ilícito” de migrantes (también “*trafic ilicite de migrants*” en francés, pero que la versión inglesa traduce por “*smuggling*” of migrants) en que el emigrante, aunque se vea a menudo sometido a condiciones peligrosas o degradantes en el origen de los hechos, ha consentido ser objeto del tráfico, mientras que la víctimas de la trata no consintieron originariamente con libertad en ello³⁰.

El Protocolo de represión del tráfico de emigrantes, por su parte, se refiere al hecho de proporcionar con ánimo de lucro (“fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero o material”) la entrada ilegal de una persona en un país del que no es nacional ni residente permanente, e incrimina los actos cometidos a tal fin consistentes en la producción de documentos de viaje o de identidad fraudulentos o en procurar, proporcionar o poseer tal documento, así como en el permitir la estancia a un extranjero residente irregular a través de los medios indicados antes o por cualquier otro medio ilegal.

Compromete a los Estados a adoptar medidas legislativas para conferir a estos hechos la categoría de infracción penal, incluida la punición de la tentativa, la inducción y la complicidad, así como la agravación de las penas en los supuestos en los que el acto de tráfico ponga o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes o se de lugar a un trato inhumano o degradante y especialmente si se pretende someterlos a explotación. En los artículos 7 y siguientes se prevén medidas especialmente adecuadas para el tráfico ilícito por mar, que es materia que plantea problemas de jurisdicción, en particular por los barco de bandera fraudulenta o sin bandera y en aguas internacionales, con expresa autorización para visita y registro de buques y, en todo caso, cuando la vida de las personas corra peligro inminente.

En efecto, se puede aceptar en abstracto un nivel de gravedad diferente desde el punto de vista de los Derechos Humanos entre los casos de *trata* y los de *tráfico de personas* que justificaría la diferenciación de los instrumentos jurídicos, pues la trata implica siempre un grave ataque a la libertad de las personas y sus derechos

²⁹ Cfr. *Travaux preparatoires* 2006, p. 324, punto 4, y 334.

³⁰ Cfr http://www.unodc.org/unodc/en/trafficking_victim_consent.html, consultado el 14/10/2007.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

fundamentales, mientras que el tráfico de inmigrantes pueden implicar solamente un perjuicio a los intereses públicos en el ámbito del mercado de trabajo y del sistema financiero o de la seguridad social, que son comportamiento que merecen a primera vista una sanción menor que la que corresponde a la trata. Pero no se podría sostener lo mismo cuando se trate de los casos más graves de mero tráfico previstos en el artículo 6.3 de Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes cuando se efectúa en circunstancias de puesta en peligro de la vida o de la seguridad de los migrantes o cuando estos sean objeto de un trato inhumano o degradante, o cuando su destino sea la explotación.

Y son precisamente estos aspectos del tráfico de migrantes los que los medios de comunicación nos ponen cotidianamente ante nuestros ojos. Estos casos agravados de tráfico presentan el similar grado de desvalor, o superior, a de los supuestos menor agrios de la trata”. Al final, lo que ocurre es que la consideración jurídica separada en diferentes instrumentos de ambos fenómenos tiende a atenuar la reacción frente al tráfico de personas migrantes -cuya distribución por sexos alcanza al 50%- respecto de la trata de mujeres y niños³¹.

C.- Los instrumentos de armonización del Derecho penal de la Unión Europea

En junio de 2002 el Consejo Europeo adoptó una Decisión Marco (629/JAI) relativa a la “lucha contra la trata de seres humanos” y en el mes de diciembre del mismo año adoptó otra Decisión Marco (946/JAI) “dirigida a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares” que venía precedida de una Directiva (2002/90/CE) para la “definición de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular”.

La Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos persigue la armonización de las infracciones ligadas a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual y declara punibles el reclutamiento, el transporte, el traslado, el alojamiento y la acogida posterior de una persona, incluido el traspaso del control sobre la misma en los casos en los que concurra: a) violencia, fuerza, amenaza, rapto, b) cuando se haya empleado fraude o engaño, c) cuando se haya realizado con abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, manera tal que la persona no haya tenido verdaderamente otra elección que la de someterse a ese abuso o, finalmente, cuando haya mediado oferta o aceptación de pagos o ventajas para obtener al consentimiento de una persona que disponga de autoridad sobre otra, a fin de explotación laboral o de los servicios de esta persona, comprendido en todo caso el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas equivalentes., o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de

³¹ Un estudio detallado y comparado sobre la trata el tráfico puede consultarse en GERONIMI, *Aspects juridiques du trafic et de la traite des travailleurs migrants*, Genève, 2002, p. 8. Para los datos sobre la distribución por sexo de los inmigrantes v TARAN / MORENO-FONTES, *Getting at the roots: Stopping exploitation of migrants workers by organized crime*, Genève, 2002, p. 6-8.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

explotación sexual, incluida la pornografía. La Decisión Marco declara también punibles la instigación, la participación, la complicidad y la tentativa.

La Decisión Marco exige que las infracciones sean castigadas con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, a la vez que susceptibles de dar lugar a la extradición. Igualmente deben ser punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a 8 años cuando se cometan en las circunstancias siguientes: a) que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; b) que se cometa contra una víctima que se particularmente vulnerable. Se considera que una víctima se encuentra en un estado particularmente vulnerable cuando no ha alcanzado la mayoría de edad sexual prevista por la legislación nacional y la infracción haya sido cometida con fines de explotación de la prostitución del otro y de otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía; c) la infracción haya sido cometida mediante violencia grave o haya causado a la víctima daño s particularmente graves; d) que la infracción se haya cometido en el marco de una organización criminal tal y como se define en la Acción Común 98/733/JAI, y con independencia de la pena que para esta se contemple.

La Directiva que define la ayuda a la entrada, la circulación y la estancia irregular, seguida de la Decisión Marco para su represión son fruto de la técnica consistente en combinar el Primer con el Tercer Pilar del Derecho de la Unión Europea³².

La primera define el tráfico (*smuggling*) como el hecho de ayudar “intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio o a transitar a través de este vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros”, y lo mismo dispone en relación a la ayuda a la permanencia, si bien aquí se exige expresamente que esté presente el ánimo de lucro.

Si se da un propósito lucrativo, lo que excluye el castigo a la punición de la cooperación solidaria o humanitaria la Directiva obliga a prever, “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Por su parte la Decisión Marco exige que esas sanciones sean de las que dan lugar a la extradición y que se prevean penas privativas de libertad cuyo máximo no sea inferior a 8 años cuando las infracciones sean cometidas con ánimo de lucro, y en algunas de las circunstancias siguientes: en el Marco de las actividades de una organización delictiva definida por la acción

³² Sobre la cuestión de una Directiva que describe los comportamientos combinada con un Decisión Marco que establece las sanciones v. NIETO MARTIN, *Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo*, en BAJO FERNANDEZ, (dir), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, Madrid, 2006, p.195 y s. Sobre la transposición en las legislaciones nacionales v. WEIEMBERGH, A. u. SANTAMARIA, V., *The evaluation of european criminal law. The example of the Framework Decisión on combating trafficking in human beings*, Iee, Brussels 2009.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

común 98/733/JAI o poniendo en peligro la vida de las personas objeto de la infracción.

D. La Convención contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa

El Consejo de Europa ha adoptado en 2005 una Convención sobre la lucha contra la trata de seres humanos con pretensión de validez en ese inmenso territorio entre Lisboa y Vladivostok. En un único instrumento presenta una buena síntesis de los dos Protocolos de Naciones Unidas y de las Decisiones marco de la Unión Europea, formulando una trata de seres humanos que contempla por igual a las víctimas masculinas y femeninas, así como abarcando los supuestos más graves de puesta en peligro de la vida de las víctimas del tráfico de migrantes.

Así mismo, renuncia a la exigencia de que la trata implique un cruce de fronteras o la intervención de una organización transnacional con lo que da cabida, por lo tanto, a una trata puramente “nacional”³³. A su vez, mantiene y perfecciona las cláusulas de protección de las víctimas de los instrumentos anteriores.

III. DE LOS DELITOS DE TRATA Y TRÁFICO DE PERSONAS AL DELITO DE EMPLEO ILEGAL DE TRABAJADORES MIGRANTES

Entre 2002 y 2007 la Unión Europea ha llevado a cabo una intensa acción política y legislativa en materia de inmigración pero quedaba por abordar un elemento clave en la lucha contra la explotación de las personas en el trabajo: la incriminación de los empresarios que emplean a trabajadores extranjeros en situación irregular. Ciertamente, quizá el factor más relevante de impulso a las migraciones irregulares consiste en que los países de destino realizan un efecto de llamada con la permisividad del empleo de inmigrantes irregulares³⁴. La presencia relevante de trabajo fuera de la ley, de la ley fiscal y de los seguros sociales, así como de la ley reguladora de los permisos de residencia y trabajo no sólo victimiza a los trabajadores inmigrantes que son radicalmente discriminados en los trabajos de las *tres d* (“*dirty, dangerous and difficult*”) y escasamente pagado y que rechazan los residentes regulares³⁵ que es el estado de cosas que han ido pretendiendo combatir los convenios internacionales de la OIT y de Naciones Unidas, sino que, inclusive cuando no se llega a este elevado grado de discriminación, el empleo ilegal produce un perjuicio notable de la Hacienda pública general y de la Seguridad social que, además provoca un efecto de competencia desleal y de alteración del tejido económico local³⁶.

A tal fin, se presentó en 2007 una Proposición de Directiva para la imposición de sanciones a empleadores de residentes ilegales que provengan de países terceros (COM, 2007, 249, 16 de mayo de 2007). La Comisión estima en su exposición de motivos que los residentes irregulares ascienden a una cifra entre 4.5 y 8 millones de

³³ V. Explanatory Report en www.conventions.coe.int, última consulta el 14.10.07.

³⁴ Cfr. RODRIGUEZ PIÑERO, *La OIT y los trabajadores migrantes*, en «*Mélanges Valticos*», p. 561.

³⁵ STALKER, *Workers without frontiers*, OIT, Ginebra, 2000, p. 233.

³⁶ V. CASTLES et al., *Migration and integration as challenges to European society*, 2003, p. 27 y s.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

personas, buena parte de los cuales prestan trabajo en negro, concentrándose especialmente en los ámbitos de la construcción, la agricultura, la limpieza y la restauración. La generalidad de los países cuentan con elementos sancionadores de estas prácticas ilegales de los sancionadores, pero su grado de aplicación es muy desigual³⁷ y genera tensiones entre territorios de cada Estado y del conjunto de la Unión.

La Comisión estima que la situación tiende a deteriorarse y a generarse un efecto espiral, lo que hace necesario una armonización europea de los instrumentos sancionadores y de las políticas de aplicación del derecho que incluye el de un sistema de inspección sistemático en los puestos de trabajo.

La Directiva (Dir. 2009/52/CE), definitivamente adoptada el 18 de junio de 2009, comienza por armonizar cuestiones jurídicas que en no pocos países de la UE pueden parecer elementales, como el deber del empleador de comprobar si el trabajador extranjero tiene autorización de residencia y trabajo y guardar copia de la misma antes de iniciar este y a notificar a la autoridad competente el comienzo y el fin de la relación laboral. La Directiva reclama sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra los empleadores que contraten trabajadores extranjeros en situación irregular, consistentes en multas de cuantía relacionada con el número de personas ilegalmente empleadas y que además cubran los costes de retorno del trabajador en situación irregular. También se debe garantizar que el empleador pague todo lo que adeude al trabajador así como los impuestos y contribuciones sociales. A tales efectos se presume, salvo que el empleador demuestre lo contrario, la relación de empleo existente se estimara en al menos 6 meses. También se prevén sanciones de exclusión de las subvenciones y contrataciones públicas y el cierre temporal o permanente del establecimiento.

Si ya lo expuesto es relevante, lo es más la previsión en los artículos 9 y 10 de las “*criminal offence*”, por la que se obliga a los Estados a configurar como infracción criminal el empleo de residente irregulares de modo repetido o habitual, cuando afecte a un número significativo de trabajadores o cuando se impongan condiciones de trabajo particularmente discriminatorias respecto de los empleados regulares, o cuando el empleador sea consciente que emplea a una víctima de la trata. Las sanciones para estos supuestos más graves también deben de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. También se prevé la responsabilidad civil y penal de las personas morales. Estamos, sin duda ante uno de los asuntos de mayor discusión político criminal en la Europa del próximo tiempo.

IV. TRATA, TRÁFICO, LIBERALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN Y EL NUEVO DELITO DE PAGO POR SERVICIOS SEXUALES

³⁷ V. MARTIN y MILLER, *Employer sanctions: French, German and USA experiences*, Genève 2000, p. 52-54.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Mientras desde el año 2000 se sucedían y perfeccionaban los instrumentos armonizadores de la represión de trata de personas y de migrantes, se producía a la vez en Europa dos movimientos contradictorios sobre aspectos cercanos a lo anterior. Por una parte se ha venido produciendo la liberalización legislativa o jurisprudencial del ejercicio de la prostitución y de la cooperación con la misma, tradicionalmente conocida como proxenetismo. Así ha ocurrido sucesivamente en España, Alemania y Holanda. En España fue el Código Penal de 1995 al hilo de una jurisprudencia que había rechazado la imposición de penas por la sola ayuda logística a la prostitución, sin circunstancias ulteriores de mayor relieve³⁸. De plena legalización y no solo despenalización son ejemplos las Leyes del año 2000 en los Países Bajos y del año 2001 en Alemania. En este último país la “*Prostitutionengesetz*” de 2001 declara conforme al ordenamiento el ejercicio de esta actividad de *sex work* con todas sus consecuencias jurídicas de orden comercial, fiscal y de seguridad social, frente a una tradición de prohibición que viene desde la Ley de la lucha contra las enfermedades de transmisión sexual de 1927 y de la vigencia de la consideración de la prostitución como hecho contrario a las “buenas costumbres” y al orden público³⁹.

Estos fenómenos de legalización de la prostitución se producen acompañados del impulso jurisprudencial de tribunales laborales y administrativos. Así en Alemania una amplia discusión había acompañado las sentencias de los más altos tribunales administrativos y civiles. En España lo que ocurría más bien era que el país se liberaba de la imposición, mediante una dictadura odiosamente larga, de la moral católica más tradicional, que no admitía, ni siquiera hoy, más sexo que el orientado a la reproducción, aunque ahora los gestores de la moral católica -siempre varones- se envuelvan en el velo de la dignidad de la mujer. En todo caso, el debate sobre estas cuestiones esta en el orden del día del espacio europeo, tras la sentencia de Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 20 de noviembre de 2000⁴⁰.

El movimiento contrario viene representado por el llamado modelo sueco, en el que no sólo se criminaliza toda cooperación en la gestión de la prostitución, sino que se incrimina al cliente del sexo de pago con una pena que va desde la multa hasta la prisión de hasta seis meses⁴¹. Este criterio ultrareactivo de la proscripción radical de la prostitución es sostenido por un poderoso movimiento feminista que alcanza en

³⁸ V. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2007, p. 250 y s.

³⁹ Von GALEN, *Rechtsfragen der Prostitution: Das Prostitutionengesetz und Seine Auswirkungen*, Munich, 2004

⁴⁰ Caso *Jenny*, también v. Conclusiones de l’Avocat Général de 25.4.2002, affaire C-100/01

⁴¹ Cfr. (en francés) *La prostitution et la traite des êtres humains*, Feullet de Documentation , Ministère de l’Industrie, de l’Emploi et des Communications de Suède, Stockholm, octubre 2004.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Suecia la paridad en la composición del Parlamento surgido de las elecciones de 1998, que fue el que elaboró y aprobó dicha Ley⁴².

Varios sectores feministas pertenecientes a orientaciones diferentes e, incluso, opuestas, participan en este debate centrado en la idea de la dignidad de la mujer. Entre ellos se cuentan desde los que asimilan pornografía y violación, lo que incluye toda prostitución como violación, hasta los que mantienen que la mujer es libre para ejercer esta actividad penosa, tanto como algunos trabajos u oficios, siempre que no lo haga “forzada”, es decir, si ejerce la prostitución sin ser víctima de la trata⁴³. Parece como si todos los valores, las ideologías, los movimientos sociales se hubieran dado cita en este debate que se abre de nuevo cuando parecía cerrado.

⁴² Para una exposición de la génesis de esta Ley v. MIRO ARDEVOL, *Consideraciones sobre la prostitucion y su legalización*, 2006, p. 34-38.

⁴³ Hay una contribución de notable valor e interés: Maria Luisa MAQUEDA ABREU, *Feminismo y prostitución*, en “El País” 1.4.2006 y al cerrar esta edición, su *Prostitución, feminismos y Derecho penal*, Comares, Granada 2009. Sobre la idea de la dignidad de la mujer v. Mercedes ALONSO ALAMO, *¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual*, in “Revista Penal”(19) 2007, p.3 -20.

LA JUSTICIA DE MENORES EN BRASIL Y EL SISTEMA GARANTISTA. LA EDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

César BARROS LEAL

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Justicia de Menores. 3. El Periodo Anterior al Estatuto. 3.1. El Código Mello Mattos y el Sistema de Protección y Asistencia a los Menores Abandonados y Delincuentes. 3.2. El Código de Menores y la Doctrina de la Situación Irregular. 4. El Estatuto del Niño y del Adolescente y la Doctrina de la Protección Integral. El Sistema Garantista. 4.1. Medidas Socioeducativas. 4.1.1. Advertencia. 4.1.2. Obligación de Reparar el Daño. 4.1.3. Prestación de Servicios a la Comunidad. 4.1.4. Libertad Asistida. 4.1.5. Régimen de Semilibertad. 4.1.6. Internación. 4.2. Investigación de la Infracción. 4.3. Las Virtudes del Estatuto. 4.4. Las Dificultades de Aplicación y las Fallas del Estatuto. 5. La Edad de la Responsabilidad Penal. 5.1. Propuestas de Reducción de la Edad. 5.1.1. Argumentos Favorables a la Reducción de la Edad. 5.1.2. Argumentos Contrarios a la Reducción de la Edad. 6. Apuntes Finales: en cuanto a la Justicia Juvenil; en cuanto a la Edad. 7. Conclusiones. Notas.

I. Introducción

Permítanme empezar esta conferencia, dirigida sobre todo a los estudiantes y a los funcionarios involucrados en el campo de los menores infractores, que no están familiarizados con las normas vigentes en mi país en materia de justicia juvenil, con la evocación del drama de una tierna y dulce niña que se llamaba Ana y que, en su lecho de indigente, en el hospital donde había sido internada en gravísimo estado de anemia, de debilitación profunda, causada por el hambre, se volvió hacia su madre y le preguntó con voz trémula: “Dime, mamá: en el cielo ¿hay pan?” Y, en seguida, inclinó mansamente la cabeza y cerró para siempre sus ojos (inocentes ojos acostumbrados a la oscuridad de la penuria absoluta, a la negritud de la miseria ominosa).

Dedico esta conferencia a Anita y a todos los niños y adolescentes, en Brasil y México, que “invisibles para la sociedad”² que les niega pan, atención y amor, viven en las calles (o tal vez deba decir: sobreviven a la intemperie, a la indiferencia generalizada y a los grupos de exterminio), no van a la escuela, no tienen acceso a los

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

servicios de salud, son víctimas de discriminaciones y maltratos rutinarios, se rinden impotentes a la seducción del consumo y del tráfico de drogas, cometen pequeños hurtos (y a veces actos mucho más graves, con el uso de armas de fuego), son explotados sexualmente, recogen basura, piden limosnas o se visten de payasos o equilibristas en los semáforos, reclamando, con la sonoridad de su anónima desesperanza y de su tragedia anunciada e ignominiosa, un mínimo de alimentación, asistencia médica, educación, seguridad. En su nombre, con el instrumento de poder que me confiere la conciencia de la legitimidad de su súplica, evoco la lección de Juan Busto Ramírez: “la mejor política criminal todavía es una excelente política social”, así como la advertencia de Sócrates, citado por Ruth Villanueva Castilleja: “No critiquen a la juventud, más bien, pregúntense qué hemos sembrado en su interior para que estén dando estos frutos.”³

En el voto razonado que acompañó a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el célebre caso de los “Niños de la Calle”, originado en una denuncia contra Guatemala, en el año de 1977, el juez brasileño Antonio Augusto Cançado Trindade denunció la “brutalidad imperante en lo cotidiano de las calles de América Latina y, – ¿por qué no admitirlo? – de las calles de todo el mundo ‘postmoderno’ de nuestros días”, ese triste “mundo que se muestra determinado a proteger los capitales, bienes y servicios, pero no a los seres humanos...”⁴

Sus palabras me hacen recordar el poema escrito, en el mismo año, por Paulo Lúcio Nogueira, juez de menores de la ciudad de Marília, São Paulo, ya fallecido:

“Llore niño abandonado, desesperado,
que tal vez su grito de orfandad
despierte a nuestra sociedad, pues ya es tiempo
de sensibilizar el corazón de su hermano,
hacerlo sentir que fue justamente por no oír
su llanto, que hoy los hombres, a coro,
lamentan sus crímenes, su agresividad,
y se juzgan también culpables, por haber generado,
con tanta indiferencia, su nefasta presencia,
de hombre rebelde, delincuente, afecto a la maldad,
como fruto de nuestra propia sociedad.”⁵

Ahora bien. En homenaje a la pequeña Ana y a los millones de niños y adolescentes desheredados, víctimas y victimarios para quienes las respuestas deben ser mucho más estructurales que legales y que ponen sus esperanzas en ustedes, en nosotros, sus hermanos, hombres y mujeres de buena voluntad, les pido, como evidencia de nuestra solidaridad y nuestro repudio a su desamparo, que de pie hagamos un minuto de silencio.

Y ahora una breve síntesis para su conocimiento y reflexión.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

2. La Justicia de Menores.

La evolución del Derecho del Menor, desde las Ordenaciones Filipinas (cuando los menores eran imputables a los siete años) hasta el Estatuto del Niño y del Adolescente (léase Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño), ha sido caracterizada por una progresiva sustitución de las penalidades históricamente conminadas a adultos y chicos, con función retributiva, por medidas profilácticas y tutelares⁶ aplicables de forma indiferenciada a diferentes categorías de menores, culminando, más adelante, en mi país, con un sistema de justicia juvenil de vocación humanista, que toma en cuenta la condición peculiar del infante y del adolescente como un ente biopsicosocial en crecimiento y que hace énfasis en sus derechos y en las medidas que buscan el fortalecimiento de sus vínculos familiares y comunitarios.

3. El Periodo Anterior al Estatuto.

En el capítulo relativo al menor, el Código Criminal del Imperio (1830) cuidó únicamente de su responsabilidad penal, fijándola a los 14 años y acogiendo el criterio del discernimiento (o sea, la capacidad de comprender la naturaleza ilícita del acto y de determinarse de acuerdo con este entendimiento): “Si obran con discernimiento, deberán ser recogidos en una casa de corrección, por el tiempo que al juez parezca necesario, con tal que dicho recogimiento no exceda de la edad de 17 años.”

Adoptado en esa época por incontables países, en sustitución al criterio cronológico, se mantuvo en el Código Penal de la República de 1890, que consideró irresponsables a los menores de 9 años, pero estableció que a partir de esa edad hasta los 14 años responderían por sus actos cuando resultase patente haber actuado con discernimiento.

3.1. El Código Mello Mattos y el Sistema de Protección y Asistencia a los Menores Abandonados y Delincuentes.

En el año de 1921, la edad de la responsabilidad penal se elevó a los 14 años y se puso un punto final al empleo, en este ámbito, del criterio del discernimiento, que Tobias Barreto ya apellidaba como “fósil jurídico”.

Seis años después se promulgó el Código Mello Mattos (Decreto n. 17.943-A, del 12 de octubre de 1927), cuyo principal mérito consistió en reunir en un único cuerpo normativo las leyes entonces existentes y crear un sistema de protección y asistencia a los menores. Entre sus características están: la clasificación de los menores en dos grandes grupos (abandonados y delincuentes), el poder de perdón del juez (cuando la conducta transgresora era de poca gravedad y no revelaba mala índole), la sentencia indeterminada, la libertad vigilada y la diversidad de procedimientos respecto de los delincuentes, conforme a su edad.

En los años subsiguientes se expidieron nuevas leyes alusivas a la protección y asistencia a los menores abandonados y delincuentes. Después de la puesta en vigencia del Código Penal de 1940 (que fijó en 18 años la edad límite de la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

responsabilidad penal), se editó el Decreto-Ley n. 6.026/43 a fin de reglamentar las medidas aplicables por la comisión de infracciones penales.

3.2. El Código de Menores y la Doctrina de la Situación Irregular.

Con la intención de cambiar el tratamiento del menor, compatibilizándolo con la evolución jurídica y social que tuvo lugar en el transcurso de varias décadas en el territorio latinoamericano, se promulgó, el 10 de octubre de 1979, un nuevo Código de Menores (Ley n. 6.697).

Entraba en escena, como paradigma de la ideología positivista dominante, la doctrina de la situación irregular⁷ (en un sistema que se decía tutelar e invocaba el principio del superior interés del menor {artículo 5º, obrante asimismo en la Convención}, pero que, en verdad, era distorsionado por una práctica represiva), la cual preveía un tratamiento indistinto⁸ para los menores delincuentes y abandonados, aunque esos términos no se utilizasen más porque eran considerados como despectivos.

Los que estaban en situación de abandono, los pobres, los desposeídos, los marginados, eran tachados de débiles e incapaces, portadores de una patología social que necesitaba de tratamiento, de una política higienista. Difíciles, indeseables, se les consideraba un estorbo y también una amenaza. Constitutivos de riesgo social, delincuentes proclives al crimen y peligrosos (el principio de la culpabilidad se sustituyó por el de la peligrosidad), eran objeto con demasiada frecuencia de la intervención judicial, en tanto se les aplicaban medidas sin necesidad de juicio de culpabilidad respecto a una conducta y sin el debido proceso legal, con la ausencia constante del defensor de oficio.

En las instituciones juveniles (Fundaciones Estatales del Bienestar del Menor – FEBEM, aún existentes) se recibían, sin separación, a los infractores y a aquellos sin ningún conflicto con la ley (los últimos en mayor número), o sea, tanto a los sujetos activos como a los sujetos pasivos de la violencia, a quienes se proponía un tratamiento sin distinción. Predominaba una política de criminalización de la penuria, de control sociopenal (en el lenguaje de Emilio García Méndez), de prácticas represivas y autoritarias, en la que se substraía de los menores el armazón de garantías procesales ordinariamente ofrecidas los adultos.

Al mantenerse medidas similares a las sanciones penales, pero sin las respectivas salvaguardias, se consolidaba, de este modo, un *derecho penal reforzado, mixtificante*.

Eran seis las categorías de menores:

- I – privado de condiciones esenciales a su subsistencia, salud e instrucción obligatoria, aun cuando eventualmente, en razón de: a) falta, acción u omisión de los padres o del responsable; b) manifiesta imposibilidad de los padres o del responsable para proveerlas;
- II – víctima de maltratos o castigos inmoderados impuestos por los padres o por el responsable;
- III – en peligro moral, debido a: a) encontrarse, de modo habitual, en ambiente contrario a las buenas costumbres; b) explotación en actividad contraria a las buenas

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

costumbres; IV – privado de representación o asistencia legal, por la falta eventual de los padres o del responsable; V) – con desvío de conducta, en virtud de grave inadaptación familiar o comunitaria; VI – autor de una infracción penal.

Claramente se identificaban las hipótesis de situación irregular: el menor abandonado (I), el menor víctima (II), el menor en peligro moral (III), el menor en abandono jurídico (IV), el menor con desvío de conducta (V) y el menor infractor (VI).

Las medidas aplicables al menor por la autoridad judicial constaban en el artículo 14: I – advertencia; II – entrega a los padres o al responsable, o a una persona idónea, mediante una declaración de responsabilidad; III – colocación en un hogar sustituto; IV – imposición del régimen de semilibertad; V – colocación en una casa de semilibertad; VI – internación en un establecimiento educacional, ocupacional, psicopedagógico, psiquiátrico u otro adecuado.

La autoridad judicial podría en su caso y en cualquier tiempo, de oficio o mediante iniciativa fundamentada de los padres o del responsable, de la autoridad administrativa competente o del Ministerio Público, acumular o sustituir dichas medidas.

La infracción penal correspondía a la comisión de un acto infractor descrito en la legislación penal como crimen o contravención. En esta hipótesis se aplicaba una de las siguientes medidas: advertencia, libertad asistida, colocación en una casa de semilibertad o internación. La última solamente se daría si fuese inviable o malograrse la aplicación de las demás medidas, siendo que, en la ausencia de un establecimiento adecuado, la internación podría excepcionalmente ofrecerse en una sección de la unidad destinada a mayores (esto es, en prisión), desde que fuesen instalaciones adecuadas, afianzándose una absoluta incomunicabilidad.

En el supuesto de que el menor cumpliera veintiún años sin que hubiera sido declarada la cesación de la medida, pasaría a la jurisdicción del juez de ejecución penal. En tal caso sería conducido a un establecimiento apropiado hasta que el Juez juzgase extinto el motivo en que se había fundamentado la medida, en la forma establecida en la legislación penal.

4. El Estatuto del Niño y del Adolescente y la Doctrina de la Protección Integral. El Sistema Garantista.

Con la actual Constitución, hubo una movilización nacional de repudio al tratamiento ofrecido al menor en situación irregular, en especial a los internamientos en forma indiscriminada. Se constituyó una cruzada contra la cultura minorista, que reunió a representantes de la sociedad civil y a entidades gubernamentales, incluso abogados, fiscales, jueces, etcétera, bajo la inspiración de su artículo 227 (“Es deber de la familia, la sociedad y el Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, salud, alimentación, educación, recreación, profesionalización, cultura, dignidad, respeto, libertad y

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”),⁹ con vistas a sustituir el Código de Menores (el titular de un periódico “Menor mata a un Niño” expuso la agonía de un término en descrédito, que embutía rótulos y estigmas) por una nueva ley cuyos destinatarios serían todos los niños (así nombrados hasta los 12 años incompletos) y adolescentes (entre los 12 y 18 años por cumplir),¹⁰ sin ninguna discriminación, quienes pasaban a ser sujetos de derecho, personas en condición peculiar de desarrollo y objeto de prioridad absoluta.

Surgió, así, en 1990, la Ley n. 8.069, el Estatuto del Niño y del Adolescente (en portugués, *Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA*), una de las más vanguardistas normas dirigidas a la protección de la niñez y la adolescencia, revolucionaria en su esencia, que retiró las ambigüedades, las discrecionalidades (jurídicas y pedagógicas), las falacias y los subjetivismos del Código de Menores, a la par que sirvió de modelo para legislaciones extranjeras, en particular de Latinoamérica.

De carácter eminentemente garantista y coherente, pues, con el Estado Democrático de Derecho, abrazó la doctrina de la protección integral, su piedra angular, defendida por las Naciones Unidas y cimentada sobre instrumentos universales (como la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; las Reglas de *Beijing*, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y las Reglas de *RIAD* y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad), proclamó el dominio de la ley y del respeto enérgico a los derechos fundamentales y estableció la municipalización de la asistencia, además de la participación de la sociedad organizada, ya sea en la formulación de las políticas públicas para la infancia y la juventud, ya sea en el monitoreo de las acciones (para lo cual fue fundamental el artículo 204, de la CF, fracción II: “Las acciones gubernamentales en el área de la asistencia social serán realizadas con recursos del presupuesto de seguridad social, previstos en el artículo 195, además de otras fuentes, y organizadas en base a los siguientes principios: II: Participación de la población, por medio de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles”).

En el área de los actos infractores a la ley penal, enunció que, en conformidad con el artículo 228 de la Constitución Federal, los menores de 18 años son penalmente inimputables¹¹ (con fundamento en un criterio político y también biológico, en la especial condición de persona en proceso de maduración), quedando sujetos a las medidas en él previstas, siendo considerada, para los efectos de la ley, su edad a la fecha del hecho delictivo.

El artículo 105 estableció que al acto infractor practicado por el niño le corresponderán las medidas de protección contenidas en el artículo 101:

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

I – encaminamiento de los padres o del responsable mediante una declaración de responsabilidad; II – orientación, apoyo y seguimiento temporarios; III – matrícula y frecuencia obligatorias en un establecimiento oficial de enseñanza fundamental; IV – inclusión en programas comunitarios u oficiales de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; V – requisición de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen hospitalario o ambulatorio; VI – inclusión en un programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; VII – abrigo en una entidad; VIII – colocación en una familia sustituta.

Al Consejo Tutelar, órgano municipal permanente, autónomo, no jurisdiccional, compuesto de cinco miembros, remunerados, elegidos por la comunidad, le incumbe atender a los niños y adolescentes infractores, en la aplicación de las medidas del artículo 101. Mientras el Consejo no se instale, sus atribuciones son ejercidas por la autoridad judicial.

Acorde con el artículo 5º, fracción LXI de la CF, el Estatuto prescribe que ningún adolescente será privado de su libertad excepto cuando fuere hallado en el flagrante de una infracción o por una orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial, asegurándosele, entre otras, en el artículo 111, las siguientes garantías:

I – pleno y formal conocimiento de la atribución del acto infractor, mediante citación o medio equivalente; II – igualdad en la relación procesal, pudiendo confrontarse con víctimas y testigos y producir todas las pruebas necesarias a su defensa; III – defensa técnica por abogado; IV – asistencia judicial gratuita e integral a los necesitados, en la forma de la ley; V – derecho de ser oído personalmente por la autoridad competente; VI – derecho de solicitar la presencia de sus padres o del responsable en cualquier fase del procedimiento.

Las Reglas de Beijing (7.1.) disponen que “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogarlos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior.”

4.1. Medidas Socioeducativas.

Al adolescente infractor el juez podrá aplicarle las medidas socioeducativas, de naturaleza retributiva, pero con contenido pedagógico, enunciadas en el artículo 112: I – advertencia; II – obligación de reparar el daño; III – prestación de servicios a la comunidad; IV – libertad asistida; V – inserción en régimen de semilibertad; VI – internación en un establecimiento educacional; VII – cualquiera de las formas previstas en el artículo 101, de I a VI.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Aplicables aislada o cumulativamente, dichas medidas pueden ser reemplazadas en cualquier tiempo por la autoridad competente si así lo juzgue necesario, con amparo en un dictamen pericial.

Para ello se ha de considerar la capacidad del adolescente de cumplirlas, las circunstancias de la infracción y su gravedad.

De cada una de ellas trataremos más adelante, destacándose que la imposición de las medidas preceptuadas en las fracciones de II a VI presupone la existencia de pruebas suficientes de autoría y materialidad de la infracción, salvo la hipótesis de la remisión, en los términos de la ley.

4.1.1. Advertencia.

Recomendada a los adolescentes que no tienen antecedentes de trasgresiones y autores de infracciones leves y aplicada en audiencia, presentes sus padres o el responsable (aun porque a éstos también está destinada, llamándoles la atención para las consecuencias de su conducta delincuencial y los riesgos de una recaída), consiste en una amonestación verbal, con orientaciones y exigencias de la autoridad competente, registrada en los autos y firmada por el juez, el representante ministerial, el adolescente y sus padres o el responsable.

La advertencia se incluye generalmente en la remisión extintiva del proceso, concedida por la autoridad judicial, y puede aplicarse junto con una medida de protección al adolescente o de una medida pertinente a los padres o al responsable.

4.1.2. Obligación de Reparar el Daño.

Sustituible por otra adecuada si fuera manifiestamente imposible, y aplicable por la autoridad cuando la infracción tenga reflejos patrimoniales. El adolescente (por lo general perteneciente a las clases más elevadas) podrá ser obligado, si fuera el caso, a restituir la cosa, efectuar el resarcimiento del daño o, de otro modo, compensar el perjuicio de la víctima.

Evidentemente, ante la imposibilidad de cumplirla, la ley establece que la medida podrá ser sustituida por otra adecuada.

Homologada la composición, la sentencia constituye un título ejecutivo.

4.1.3. Prestación de Servicios a la Comunidad.

Muy común en otros países (*community service*, en los Estados Unidos), consiste, a semejanza de la que se imputa a los adultos, en la ejecución de tareas gratuitas, de interés general, por un período no superior a seis meses, en entidades asistenciales, hospitales, escuelas y otros establecimientos congéneres, así como en programas desarrollados por la comunidad o por el gobierno, con el monitoreo de ambos.

Las tareas se atribuyen conforme a las aptitudes del adolescente y deben ser cumplidas con duración máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días festivos, o en días hábiles, a fin de que no perjudique la asistencia a la escuela o a la jornada normal de trabajo.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Nótese que la prestación de servicios no puede ser impuesta contra la voluntad del adolescente, porque, si así fuera, se configuraría como trabajo forzado que la Constitución Política expresamente prohíbe.

4.1.4. Libertad Asistida.

Con raíces históricas en el instituto estadounidense (conocido como *probation*), es adoptable siempre que se muestre conveniente a efectos de acompañar, auxiliar y orientar al adolescente que haya cometido un acto infractor. Su aplicación no se recomienda a reincidentes y debe fijarse por el plazo mínimo de seis meses, sujeta a sufrir una prórroga o ser revocada en cualquier tiempo y sustituida por otra medida, con previa consulta al orientador, al Ministerio Público y al defensor.

Al orientador, persona capacitada para acompañar el caso y que puede ser indicada por una entidad o un programa de atención, le incumbe, con el apoyo y la supervisión de la autoridad competente, promover socialmente al adolescente y a su familia, supervisar su frecuencia y aprovechamiento escolar, gestionar su profesionalización e insertarlo en el mercado de trabajo, además de presentar un informe del caso.

4.1.5. Régimen de Semilibertad.

Determinada por la autoridad judicial desde el principio, después de la comisión del acto infractor, o como forma de transición para la libertad, corresponde a actividades externas durante el día (trabajo y/o asistencia a la escuela), permaneciendo el menor en el período nocturno en una entidad de atención.

Exige seguimiento técnico y puede llevarse a cabo de dos formas: a) desde el principio; o b) en concepto de progresión, como forma de transición del interno hacia el medio abierto.

Prevista, como hemos apuntado con anterioridad, en el Código de Menores bajo la denominación de “colocación en casa de semilibertad”, su valor terapéutico es enaltecido por todos. Sin plazo determinado, hace uso, cuando es posible, de recursos comunitarios, con la oferta obligatoria de escolarización y profesionalización.

4.1.6. Internación.

Aplicable por la autoridad judicial en una decisión fundamentada, se basa en tres principios básicos (art. 121):

- a. brevedad (deberá durar por lo menos seis meses y jamás excederá de tres años);
- b. excepcionalidad (como *ultima ratio*, sólo se admite en tres hipótesis, previstas en el art. 122: infracción cometida mediante grave amenaza o violencia a persona; reiteración en la comisión de otras infracciones graves; incumplimiento reiterado e injustificable de la medida anteriormente impuesta, hipótesis en la que no podrá exceder de los tres meses). Alcanzado el límite máximo de tres años, el adolescente deberá ser liberado, puesto en régimen de semilibertad o de libertad asistida;

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

c. respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo (al Estado le corresponde velar por su integridad física y moral, adoptando las medidas apropiadas).

La internación deberá darse en entidad exclusiva para adolescentes (puesto que se retiró la posibilidad anterior de quedarse en los penales, de acuerdo con el artículo 185), donde serán obligatorias las actividades pedagógicas, se obedecerá a una rigurosa separación (con asiento en tres criterios: edad, complexión física y rigor de la infracción) y se les asegurarán los derechos referidos en el artículo 124: I – entrevistarse personalmente con el representante del Ministerio Público; II – hacer petición directamente a cualquier autoridad; III – encontrarse reservadamente con su defensor; IV – ser informado de su situación procesal, siempre que lo solicite; V – ser tratado con respeto y dignidad; VI – permanecer internado en la misma localidad o en aquella más cercana al domicilio de sus padres o del responsable; VII – recibir visitas, por lo menos semanalmente; VIII – mantener correspondencia con sus familiares y amigos; IX – tener acceso a los objetos necesarios para la higiene y el aseo personal; X – habitar alojamiento en condiciones adecuadas de higiene y salubridad; XI – recibir escolarización y profesionalización; XII – realizar actividades culturales, deportivas y de recreación; XIII – tener acceso a los medios de comunicación social; XIV – recibir asistencia religiosa, conforme a su creencia, y en caso de que lo quiera; XV – mantener la posesión de sus objetos personales y disponer de local seguro para guardarlos, recibiendo comprobante de los que hayan sido depositados en poder de la entidad; XVI – recibir, con ocasión de su salida, los documentos personales indispensables para la vida en sociedad.

Además, en ningún caso habrá incomunicabilidad, pero la autoridad judicial podrá suspender temporalmente la visita, incluso de los padres o del responsable si acaso existan motivos serios y fundados de que pueda perjudicar los intereses del adolescente.

Son previstas tres hipótesis (*numerus clausus*) de internación provisional: a) por decisión fundamentada del juez; b) por aprehensión del adolescente en el flagrante de una infracción y c) por una orden escrita de la autoridad judicial.

Antes de la sentencia puede ser determinada por el plazo máximo de cuarenta y cinco días, debiendo la decisión ser fundamentada y basarse en indicios suficientes de autoría y materialidad, una vez demostrada su necesidad imperiosa (presentes los dos requisitos de las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*).

De acuerdo con el artículo 183 el plazo máximo e improrrogable para la conclusión del procedimiento de investigación del acto infractor, estando el adolescente internado provisionalmente, es de cuarenta y cinco días.

4.2. Investigación del Actor Infractor.

Cuando se trata de un actor infractor cuyo responsable es un niño, la competencia es del Consejo Tutelar y, en defecto de éste, de la autoridad judicial, quien podrá, en

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

los términos del artículo 143, investigar los hechos y ordenar de oficio las providencias necesarias, luego de escuchar al representante del Ministerio Público.

Al prever la forma de investigación de la infracción atribuida al adolescente, el Estatuto define, *inter alia*, algunos puntos de esencial importancia:

- El adolescente, aprehendido por conducto de una orden del juez, será al instante encaminado a la autoridad judicial; y cuando fuere aprehendido en el flagrante de un acto infractor, será encaminado de inmediato a la autoridad policial competente;
- En la hipótesis de que haya oficina policial especializada para la atención del adolescente y, tratándose de un acto infractor practicado en coautoría con un adulto, prevalecerá la atribución de la oficina especializada que, después de las providencias necesarias y conforme al caso, encaminará al adulto a la comisaría que le es asignada;
- Compareciendo cualquiera de los padres o el responsable, el adolescente será en seguida liberado por la autoridad policial, siendo firmado un documento de compromiso y responsabilidad de su presentación al representante del Ministerio Público, en el mismo día o, siendo imposible, en el primer día hábil inmediato, excepto cuando, por la gravedad del acto infractor y su repercusión social, deba el adolescente permanecer internado para garantía de su seguridad personal o manutención del orden público;
- Siendo imposible la presentación inmediata, la autoridad policial encaminará al adolescente a la entidad de atención que hará la presentación al representante del Ministerio Público en el plazo de veinticuatro horas; en las localidades donde no haya dicha entidad, la presentación se hará por la autoridad policial y, en la ausencia de oficina policial especializada, el adolescente aguardará la presentación en dependencia separada de la destinada a adultos, no pudiendo, en cualquier hipótesis, exceder del plazo de veinticuatro horas;
- Siendo liberado el adolescente, la autoridad policial enviará inmediatamente al representante del Ministerio Público una copia del auto de aprehensión o la comunicación del incidente;
- No siendo hipótesis de flagrante, en caso de que haya indicios de participación del adolescente en la comisión de un acto infractor, la autoridad policial enviará al representante del Ministerio Público un informe de las investigaciones y demás documentos;
- Una vez presentado el adolescente, el representante del Ministerio Público, en el mismo día y a la vista del auto de aprehensión, comunicación del incidente o informe policial y con los datos sobre los antecedentes del adolescente, procederá inmediatamente a la toma de su declaración y, siendo posible, de sus padres o del responsable, de la víctima y de los testigos; en caso de que no haya presentación, el representante del Ministerio Público

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

notificará a los padres o al responsable para la presentación del adolescente, pudiendo requerir a tal efecto el apoyo de las policías civil y militar;

- El representante del Ministerio Público podrá: a) archivar los autos; b) conceder la remisión; o c) representar a la autoridad judicial para la aplicación de una medida socioeducativa. Archivados los autos o concedida la remisión por el representante del Ministerio Público, en decisión fundamentada, que contendrá el resumen de los hechos, los autos serán enviados a la autoridad judicial, quien, después de homologar el archivo o la remisión, determinará, según el caso, el cumplimiento de la medida;
- En caso de que el representante del Ministerio Público, por cualquier razón, no promueva el archivo ni otorgue la remisión, ofrecerá representación procesal a la autoridad judicial, proponiendo la instauración del procedimiento para la aplicación de la medida socioeducativa que juzgue más adecuada;
- Ofrecida la representación, la autoridad judicial designará la audiencia de presentación del adolescente, decidiendo, de inmediato, sobre el decreto de la internación o su manutención (provisional);
- Decretada o mantenida por la autoridad judicial, la internación no podrá ser cumplida en un establecimiento prisional;
- En caso de que la autoridad judicial entienda que es conveniente la remisión, escuchará al representante del Ministerio Público y emitirá su decisión;
- Siendo el hecho grave, pasible de una medida de internación o de la colocación en régimen de semilibertad, la autoridad judicial, en la hipótesis de constatar que el adolescente no posee abogado para representarlo, nombrará a un defensor, designando la correspondiente audiencia y pudiendo determinar la realización de diligencias y de un estudio del caso;
- Como forma de extinción o suspensión del proceso, la remisión podrá ser aplicada en cualquier fase del procedimiento, antes de la sentencia;
- La autoridad judicial no aplicará ninguna medida siempre que reconozca en la sentencia: estar probada la inexistencia del hecho; no haber prueba de la existencia del hecho; no constituir el hecho un acto infractor; no existir prueba de haber el adolescente coadyuvado al acto infractor. En esta hipótesis, estando el adolescente internado, será inmediatamente puesto en libertad.

4.3. Las Virtudes del Estatuto.

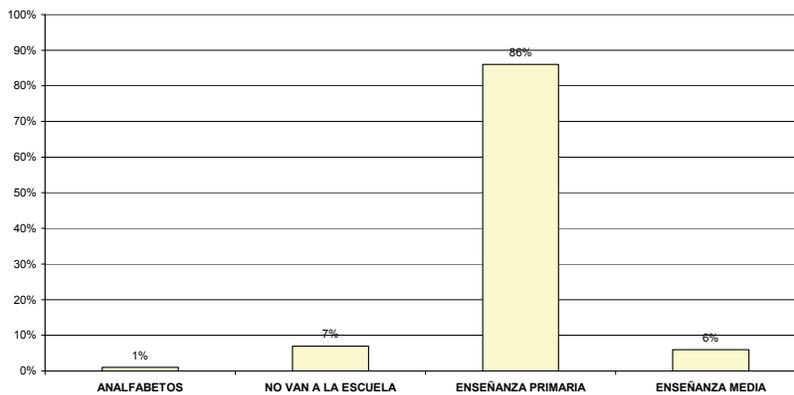
Es innegable que el Estatuto del Niño y del Adolescente ha representado un salto cualitativo, un perfeccionamiento en el marco legal, al adoptar la doctrina de la protección integral y crear un sistema garantista en el que los niños y adolescentes son sujetos-personas titulares de (plenos) derechos y objeto de prioridad absoluta.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

A despecho de la fragilidad de algunas de sus conquistas, han sido concertadas, después de su vigencia, diversas acciones a las cuales se atribuyen repercusiones positivas en la lucha del gobierno y de la sociedad en contra de la mortalidad infantil (de 1900 a 2002 el índice se redujo a la mitad, conforme al Instituto Brasileño de Geografía y Estadística), el trabajo infantil (hubo una reducción, también, de alrededor del 50%), la falta de escolaridad (el 97% de los niños brasileños están hoy en la escuela, en la enseñanza primaria), la explotación sexual de niños (un problema mayúsculo en algunas capitales) y el flagelo del Sida.¹²

En cuanto al aprendizaje, la situación de los adolescentes infractores de Río de Janeiro es indicativa de las condiciones generales del país:

**ESCOLARIDAD DE LOS INFRACTORES
(Río de Janeiro - enero a junio de 2005)**



Fuente: Sala de la Infancia y la Juventud de Río de Janeiro (Capital).

La culpabilidad del autor dio lugar a la culpabilidad por la conducta, por el hecho (en la que sí importa la efectiva comisión o participación en un acto infractor). En eso radica uno de los puntos básicos del nuevo derecho, que para muchos es un derecho penal juvenil.¹³

Una vez reconocidos los males del encierro –uno de sus principales retos– el legislador lo sujetó a los principios ya aludidos de la brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición de persona en desarrollo; estableció que ningún adolescente será privado de su libertad sin el debido proceso legal (artículo 5º, LIV, de la Constitución Federal); prescribió la reevaluación de su manutención como máximo cada 6 meses; fijó el período no superior a tres años, con liberación compulsiva a los 21 años de edad; y enumeró los derechos del adolescente privado de libertad, reafirmando el deber del Estado de cuidar de su integridad física y mental.

Además, no olvidándose de los principios básicos rectores de la intervención mínima, hacen hincapié en las medidas alternativas a la privación de la libertad.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En la investigación de la infracción penal, es inequívoco el cuidado no sólo de impedir que la investigación policial pueda causar traumas, sino también que garantice el pleno y formal conocimiento de la atribución del acto, la igualdad en la relación procesal y la defensa técnica por un abogado.

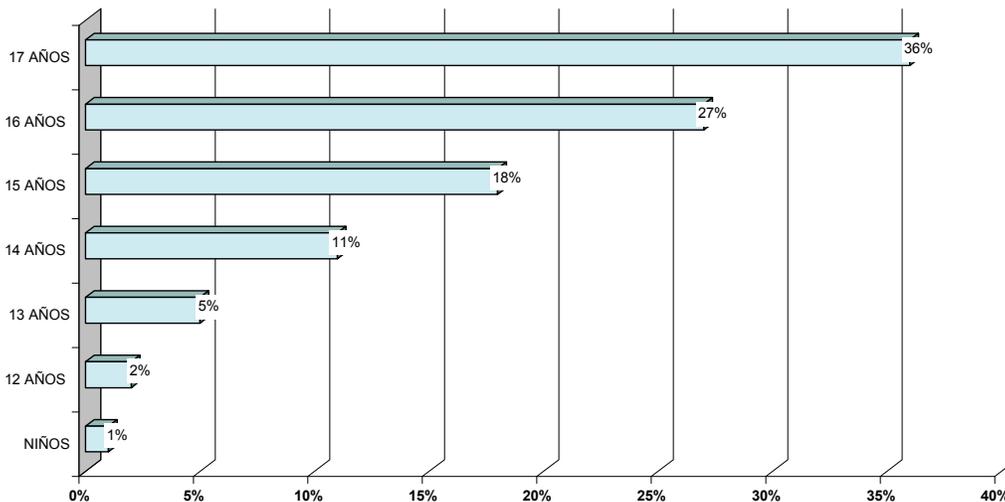
En este contexto, al Ministerio Público, instrumento indispensable en la función jurisdiccional del Estado, le incumbe promover y seguir los procedimientos relativos a las infracciones atribuidas a los adolescentes. A él le corresponde conceder, antes de empezar el procedimiento judicial para la investigación del acto infractor, la remisión como forma de exclusión del proceso (artículo 126). Señálese que, en conformidad con el párrafo único de este artículo, una vez inaugurado el procedimiento, la concesión de remisión corresponde a la autoridad judicial.

4.4. Las Dificultades de Aplicación y las Fallas del Estatuto.

No obstante sus atributos, sus conquistas, la “destinación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la infancia y a la juventud”, en los términos del Estatuto, artículo 4º, párrafo único, letra d), no se han logrado llevar a cabo las mudanzas anunciadas con entusiasmo en el universo de los adolescentes infractores.

Multiforme, la delincuencia sigue siendo un desafío. El cuadro a continuación, de Río de Janeiro, nos da una perspectiva de sus dimensiones:

**EDAD DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES
(Río de Janeiro - enero a junio de 2005)**



Fuente: Sala de la Infancia y la Juventud de Río de Janeiro (Capital).

En muchas ciudades no hay comisarías especializadas en la atención a los adolescentes infractores de la ley penal.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Las unidades de internamiento, instituciones totales, exhiben, en su mayoría, profundas deficiencias y se asemejan en diversos aspectos a los penales. En ellas, las medidas de contención y seguridad son frágiles (por eso ocurren tantas evasiones), el personal debería estar más capacitado y especializado y es rematadamente insatisfactoria la vida de los adolescentes, quienes, privados de libertad, sin la separación estipulada en la ley, difícilmente tienen asegurados los derechos previstos en el artículo 124 (entre ellos el de ser tratado con respeto y dignidad; habitar en un alojamiento en condiciones de higiene y salubridad; recibir escolaridad y profesionalización; realizar actividades culturales, deportivas y de recreación).

Emblemática ha sido la denuncia hecha ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las condiciones a todas luces deplorables en las que viven los internos del Complejo de Tatuapé, la principal unidad de la FEBEM de São Paulo, ubicada en la zona este del área metropolitana de la capital del Estado. Constituido por 18 unidades, saturadas, en pésimo estado de conservación, alberga a jóvenes de 12 a 18 años de edad, con registros de amenazas, malos tratos, torturas y muertes, así como una alimentación inadecuada, falta de higiene y carencia de atención médica y de actividades laborales. No cabe duda que los referidos hechos evidencian una situación de grave riesgo y vulnerabilidad, un peligro constante para los adolescentes privados de libertad allí residentes, por lo que la Corte otorgó medidas provisionales (Resolución del 17 de noviembre de 2005) con el propósito de:

- a) proteger eficazmente la vida e integridad personal de todos los niños y adolescentes internos en la FEBEM de Tatuapé; impedir que los internos sean sometidos a tortura o castigos físicos; evaluar la pertinencia de cesar en sus funciones a los custodios involucrados en actos de violencia; y adecuar la estructura física y las condiciones de higiene y seguridad del Complejo a los estándares mínimos vigentes para la materia; b) garantizar la supervisión periódica de las condiciones de internamiento y del estado físico de los jóvenes, a través de un órgano independiente, y que los informes elaborados por dicho órgano sean enviados a esta Comisión; y d) investigar los hechos que motivaron la adopción de las medidas cautelares, a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones administrativas y penales correspondientes.

En su voto concurrente a la Resolución, escribió el Presidente de la Corte, Sergio García Ramírez:

Si es imperiosa la situación especial de garante que incumbe al Estado en relación con quienes se hallan sujetos a su autoridad, observación, conducción y control en un centro de detención, lo es más todavía si los internos o detenidos son menores de edad. En este supuesto aparecen dos circunstancias que extreman los deberes del Estado: por una parte, las obligaciones específicas que éste tiene a propósito de los menores de edad –o niños, conforme a la Convención de las Naciones Unidas–, y por la otra, la evidente vulnerabilidad mayor en la que se hallan los niños, tomando en cuenta su

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

debilidad, insuficiente desarrollo y carencia de medios para proveer a su propio cuidado. En la especie se puede hablar, por lo tanto, de una condición de garante reforzada o calificada.

Recordemos una norma que palidece, hasta volverse absolutamente irreal, en las instituciones de detención de menores de edad cuya situación ha llegado al conocimiento de la Corte Interamericana: ‘Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado’ (artículo 19 CADH), disposición que debe leerse, para fines de interpretación, a la luz del amplio concepto tutelar que ofrecen diversos instrumentos internacionales. Y mencionemos las apreciaciones formuladas por la Corte, a este mismo respecto, en diversas decisiones: en relación con los niños, el Estado tiene obligaciones complementarias de las que entraña su relación con los adultos (*Caso Instituto de Reeducación del Menor*, cit. párr. 302). La función estatal de garantía ‘reviste particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adoptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad’ (*Caso Bulacio*, cit., párr. 127). El ‘hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal’ (*Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri*, cit., párr. 170).¹⁴

Téngase en cuenta que el 12 del corriente mes, después de un motín en dos unidades, que las dejó casi enteramente destruidas, 131 adolescentes del Complejo de Tatuapé fueron trasladados, bajo protestas de la sociedad civil y del Ministerio Público, a la antigua Penitenciaría Femenina. El juez, que dictó la orden, dio un plazo de 180 días para su regreso.¹⁵

La prestación de servicios a la comunidad, a su vez, es dejada en el tintero por muchos jueces que apuntan, entre las razones inhibitorias, a la insuficiencia del soporte comunitario y gubernamental que asegure un monitoreo idóneo.

A pesar de sus virtudes, la libertad asistida, enaltecida por todos, ni siquiera se implantó en algunos estados y en otros se halla en decadencia o ha sido desactivada por mengua de recursos.

La investigación de la infracción atribuida al adolescente es perjudicada asimismo por la falta de adiestramiento de un número significativo de profesionales que actúan en este campo y no conocen suficientemente la ley (y eso se explica, en parte, por el hecho de que la materia “Derecho de Menores” o “Derecho de la Infancia y la Juventud” no se imparte en la mayor parte de los cursos jurídicos ni en las academias de policía civil y militar).

A esta carencia de capacitación, actualización y especialización se aúna la falta de equipos interprofesionales (obstaculizando los estudios de caso, vitales para la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

definición de las medidas socioeducativas), así como la escasez de defensores de oficio para atender la creciente demanda de servicio y prestar el apoyo jurídico imprescindible.

Los Consejos Tutelares, presentes en casi 5000 municipios –entre cuyas atribuciones está la de atender a los niños y adolescentes, aplicando las medidas del artículo 101, de I a VII, así como providenciar la medida establecida por la autoridad judicial–, funcionan precariamente en su gran mayoría, ya que les falta estructura y personal técnico.

En cierto modo, el desinterés de los gobernantes, que realmente nunca dieron prioridad a la infancia y la juventud, en el marco de una política distorsionada, responsable de la marginación de miles de niños así como del aumento vertiginoso de la delincuencia infanto-juvenil (abro un paréntesis para afirmar que la película “Ciudad de Dios” es el retrato fiel, en blanco y negro, desde la perspectiva de una villa miseria en Río de Janeiro, de un problema nacional, a saber, la existencia de una juventud perdida, involucrada en drogas, inmersa en el delito, sin ninguna expectativa de futuro, que muere demasiado temprano, casi siempre antes de los 16 años¹⁶), la indiferencia de la comunidad (cómplice en su omisión e indolencia) y la postura de muchos fiscales, jueces y abogados refractarios a las mudanzas impuestas por el Estatuto, contribuyen vigorosamente a que perdure, en muchos aspectos, un abismo entre el Estatuto y su puesta en práctica.

Además de todo esto, el Estatuto contiene múltiples equívocos, compilados por Alyrio Cavallieri, ex juez de menores y uno de los más prestigiosos especialistas brasileños en este campo. Son 395 objeciones, tanto genéricas como específicas, hechas con “el deseo de colaborar en el perfeccionamiento de la ley y presentar sugerencias para su más correcta aplicación”.¹⁷

En numerosos congresos, diversos grupos de expertos han señalado la necesidad de hacer correcciones puntuales al Estatuto.

Es inaceptable, que (por la ausencia de una definición clara) no se pueda internar al adolescente que, por primera vez, practique una infracción grave, sin violencia o grave amenaza contra la persona. Tarcísio José Martins Costa, ex Presidente de la Asociación Brasileña de Magistrados de la Infancia y la Juventud, cita el caso, referido a menudo por Alyrio Cavallieri, de un adolescente que es aprehendido por la policía con una ametralladora o un fusil AR 15 y varios kilogramos de cocaína. No correspondiendo a ninguna de las hipótesis del art. 122, no se podrá aplicarle la clausura. El juez menciona también, como hipótesis de no aplicación de la medida segregativa, el caso de un joven que, durante la noche, invade una casa, saca una variedad de sustancias psicotrópicas con vistas al comercio de drogas y destruye el ambulatorio del hospital; o el caso de tres adolescentes que entran en una escuela, se apoderan de muchos de sus objetos y prenden fuego a las aulas.¹⁸

Algunos autores proponen un tratamiento distinto, especial, para los adolescentes de entre 16 y 18 años que sean psicópatas, autores de actos de extrema gravedad. No se

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

trata de rebajar la edad sino de agravar las respuestas por la infracción cometida, eliminando la liberación compulsiva a la edad de 21 años.¹⁹

5. La Edad de la Responsabilidad Penal.

Hemos visto que, siguiendo los pasos del Código Penal de 1940 y de la Carta Magna de 1988 (una de sus cláusulas pétreas), el Estatuto estableció el límite de edad para efectos de imputabilidad penal a los 18 años.

Abandonado el criterio del discernimiento, previsto en leyes anteriores, el criterio que se adopta para la definición de la inimputabilidad, en la legislación brasileña, es, según hemos visto, esencialmente biológico.

De ahí que la responsabilidad penal es inadmisibles para los menores de 18 años. Su conducta, aunque tipificada en la legislación penal, no los somete a las penas aplicables a los adultos. A los niños autores de actos infractores corresponden las medidas de protección (artículo 101, de I a VIII); a los adolescentes, las medidas socioeducativas (artículo 112), incluyendo aquellas previstas en el artículo 101, de I a VI.

En verdad, vale para Brasil lo que consta literalmente en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras (Decreto 73/1996), con una salvedad: en la ley hondureña “se entiende por niño o niña a toda persona menor de dieciocho años”:

Artículo 180. De los niños infractores de la ley. “Los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común y sólo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen. Lo dispuesto en el presente título únicamente se aplicará a los niños menores de doce años de edad que cometan una infracción o falta. Los niños menores de doce (12) años no delinquen. En caso de que cometan una infracción de carácter penal sólo se les brindará la protección especial que su caso requiera y se procurará su formación integral.

5.1. Propuestas de Reducción de la Edad.

El Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, órgano del Ministerio de Justicia, estableció, en el año de 1999, las Directrices Básicas de Política Criminal y Penitenciaria. Entre ellas sobresalía: “Repudiar propuestas como la pena de muerte, pena perpetua y reducción de la edad de la responsabilidad penal.”.

El tema es polémico. A continuación consideraré tanto los argumentos favorables como los contrarios, aunque debo dejar claro que, como miembro del CNPCP, he manifestado en contadas ocasiones mi preocupación con respecto al retroceso que representaría para el Estatuto del Niño y del Adolescente la disminución de la edad penal.

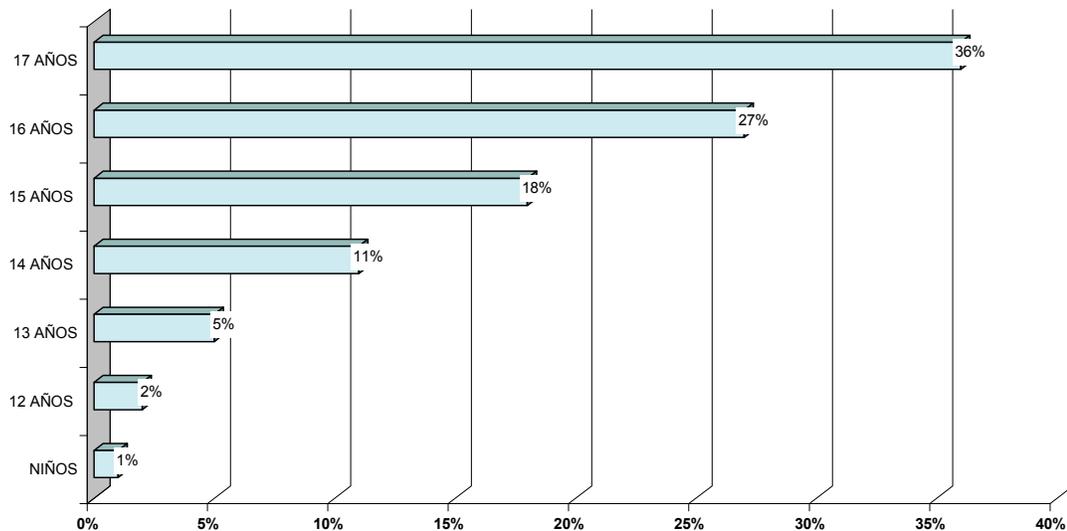
5.1.1. Argumentos Favorables a la Reducción de la Edad.

Las innumerables propuestas de enmienda constitucional, en trámite en la Cámara de Diputados y en el Senado Federal, con el fin de fijar la mayoría de edad penal a los 17, 16, 14 o bien 11 años, resultan del hecho de que:

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- Predomina la concepción de que los jóvenes, en la sociedad contemporánea, llegan con celeridad a la plena madurez biológica, psicológica y social y, por ende, poseen discernimiento, siendo capaces de evaluar las consecuencias de sus actos. Éste es el argumento preferido;
- Los actos infractores, en su mayoría, son practicados por adolescentes del sexo masculino, entre 16 y 18 años; el cuadro abajo muestra esta realidad en Río de Janeiro:

**EDAD DE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES
(Río de Janeiro - enero a junio de 2005)**



Fuente: Sala de la Infancia y la Juventud de Río de Janeiro (Capital).

- La disminución de la edad penal representaría un freno a las infracciones cometidas por menores, sobre todo de las edades más elevadas, quienes reprimirían sus acciones delictivas frente a la posibilidad de ser encarcelados. Se suele apuntar el ejemplo de los países europeos en donde la responsabilidad penal empieza por lo general a los 14 años y se aplica a los jóvenes de 18 a 21 años el mismo tratamiento ofrecido a los adultos.
- Los jóvenes en Brasil, en la edad de 16 a 18, pueden votar pero no pueden ser condenados por crímenes electorales;
- El Estatuto es indulgente, lo cual estimula la comisión de infracciones; mientras el Código Penal prevé 30 años como pena máxima, el Estatuto establece que la internación, como la medida socioeducativa más rigurosa, no puede ser superior a tres años;

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- La internación se emplea, a despecho de la ley, con una frecuencia lastimosa; por lo demás, hemos visto que se vuelve, en lo cotidiano, en una pena de prisión, puesto que los establecimientos de internación de menores infractores son generalmente precarios (siete de cada diez, con arreglo al Grupo Interministerial de la Juventud, tomando como parámetros los requisitos definidos en la ley), no logran proteger al menor y/o reeducarlo y adolecen de casi todos los males de las cárceles: violencia, promiscuidad, ociosidad, etcétera.²⁰

5.1.2. Argumentos Contrarios a la Reducción de la Edad

Se pretende sustituir el criterio cronológico por el de discernimiento, rechazado actualmente por la mayor parte de los países occidentales.

Alyrio Cavallieri, en el artículo titulado “¿La cárcel es la solución?”, afirma que según Tobias Barreto, en su obra “Menores y Locos en el Derecho Criminal”, es posible encontrar discernimiento hasta en un niño. Y agrega:

Ocurre que este argumento es el más frágil de todos. Y simplemente porque el sistema no se basa en la capacidad de entendimiento, pero sí, básicamente, en la edad. Tanto es así que el joven vota con 16 años, aun siendo analfabeto. Nunca se pregunta si él sabe votar, así como no se indaga de la señorita de 16 años si ella sabe casarse. Además, el diputado federal más votado del país no puede proponerse como candidato a senador, ni a vice, ni a Presidente de la República si no hubiere cumplido 35 años. Del mismo modo, el más hábil chofer no obtiene su habilitación legal antes de los 18 años. La capacidad viene después de la edad, el criterio es de la edad, sin excepción. Hasta aquí hablamos de adquisición de derechos. Pero también por el impedimento de la edad se pierden derechos. Así es que el más competente y sabio magistrado se quita su toga, deja de lado su martillo virtual y no juzga más, un día después de cumplir 70 años. Es el sistema universal. Este sistema no es justo, ni científico, pero está basado en un criterio de conveniencia; he ahí porque es variable la fijación de una edad. Sin embargo, tiene a su favor ser radical, amplio, *erga omnes*, obligando a todos sin excepción. Además, no se utiliza el criterio justo del discernimiento, por el cual la capacidad, la calidad, la habilitación de la persona queda pendiente de un peritaje, una evaluación falible y, sobre todo absolutamente impracticable por la imposibilidad de someterse todos los individuos a una apreciación técnica considerándose su volumen. En relación con los menores, el sistema del discernimiento fue abandonado en Brasil el 1921.²¹

- El argumento de la disminución de la edad penal como freno al delito no resiste a un examen superficial de la realidad; en Brasil, la promulgación de leyes más severas no ha sido capaz de reprimirlos, representando un completo fracaso en términos de política criminal; en tal caso, es profundamente lamentable que enfrentemos el riesgo de perder las

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

conquistas del Estatuto, en razón de un razonamiento enteramente equivocado, demagógico, que atribuye a la ley lo que procede de la apatía de un Estado inoperante y excluyente. A la merma de la delincuencia juvenil – que se persigue con la reducción de la edad– le correspondería, en consecuencia, por la falacia de la intimidación, el aumento de la delincuencia adulta. Esto acaece porque, a sabiendas, lo que descorazona la comisión de infracciones es la certeza de la punición y no la severidad de la sanción punitiva; la reducción de la edad penal sólo ayudaría a elevar el índice de reclusos –en aquellas hipótesis en las que se aplica la pena privativa de libertad–, agudizando el problema de la sobrepoblación, el embrutecimiento causado por la convivencia nociva y la diseminación de enfermedades como la tuberculosis y el Sida.

- En Brasil, la capacidad política es limitada: el derecho del voto a los 16 años es facultativo y los adolescentes no son elegibles. Los que se valen de esa tesis (que se convirtió en uno de los argumentos más utilizados a favor de la reducción) se olvidan de que los adolescentes autores de crímenes electorales pueden ser punidos con la internación, en régimen cerrado;
- Es un desacierto decir que el Estatuto del Niño y del Adolescente es muy liberal, benigno; al contrario, puede ser más rígido que el Código Penal, pues prevé para el adolescente infractor la medida de internación (equivalente a la pena privativa de libertad) por el periodo máximo de tres años, agregándose, si fuere necesario, tres años más en régimen de semilibertad y, en última hipótesis, tres años más de libertad asistida, totalizando nueve años. A nivel de los adultos, los condenados a la cárcel en régimen cerrado pueden progresar al régimen semiabierto luego de purgar un sexto de la pena, computándose, aún, el tiempo redimido. Ilustrativo es el ejemplo de un adulto que comete un robo: la pena que podrá serle aplicada será más o menos de 5 años y algunos meses de reclusión, con observancia de los criterios del Código Penal. Condenado cumplirá sólo un tercio, alrededor de 2 años. En cambio, el adolescente que comete el mismo crimen se subordina a una medida de internación de hasta 3 años y, si fuere el caso, 3 años más de semilibertad y 3 años de libertad asistida.
- El argumento de que las instituciones de menores son equiparables a las prisiones (lo cual no deja de ser verdad, visto que muchos centros se han transformado en meros depósitos, lóbregos espacios de ocio, hacinamiento y promiscuidad, nada más que *barriles de pólvora*) puede ser engañoso, por cuanto hace vista gorda a decenas de establecimientos que huyen de ese modelo y en donde se ha logrado la reinserción social de un sinnúmero de jóvenes antes rotulados como irrecuperables.

6. Apuntes Finales.

En cuanto a la Justicia de Menores.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por casi todos los países latinoamericanos tuvo consecuencias distintas en sus respectivas normas de derecho interno, a saber: a) no se produjo ningún impacto o se observó un impacto político tenue o retórico; b) las adecuaciones resultaron meramente formales o atenuantes; c) unos hicieron o están realizando ajustes relevantes, sustanciales.²²

En varios países hispanoamericanos, bajo el influjo de la CDN, la doctrina de la situación irregular fue sustituida por la doctrina de la protección integral. En este aspecto, es conveniente hacer, *inter alia*, las siguientes observaciones:

- en el modelo anterior, los menores no eran reconocidos como sujetos de derechos sino como objetos de tutela, por sus condiciones especiales, por su incapacidad; sus derechos eran, sin embargo, regularmente conculcados (lo que se acordó nombrar “compasión-represión”), en tanto que carecían de las garantías atribuidas a los adultos; existían tipos abiertos, categorías oscuras, imprecisas (sociológicas) como “en situación de riesgo”, “en peligro moral”, “en circunstancias especialmente difíciles”, “con desvío de conducta”, etcétera.; el sistema se centraba en proteger a la sociedad de los menores abandonados y delincuentes, considerados peligrosos (se hablaba del menor abandonado-delincuente como un “monstruo bicéfalo indiferenciado”²³); el tratamiento dado a los menores, de diferentes categorías, era prácticamente el mismo; las medidas eran generalmente por tiempo indeterminado; los jueces, en carácter de *paterfamilias*, tenían superpoderes, ampliados con decretos que les permitían actuar en el área judicial, familiar y social;
- en el modelo actual, los niños y adolescentes (y ya no “menores”) son sujetos de derechos, correspondiendo a la familia, a la sociedad y al Estado asegurárselos, con absoluta prioridad; se y se le reconocen garantías constitucionales, procesales; se esfuman las categorías vagas, ambiguas; el tratamiento brindado al adolescente infractor (una categoría jurídica) se distingue de aquel que se ofrece a los carentes de asistencia; las medidas son por tiempo determinado; los jueces, de actuación eminentemente técnica, tienen poderes limitados, merced de las garantías previstas, por ejemplo, en el artículo 111 del Estatuto.

Entre los desafíos más grandes del Estatuto (cuya aprobación, después de la *década perdida* de los años 80, estableció un puente excepcionalmente rico con los demás países latinoamericanos, en términos de intercambio e integración en el campo social²⁴) está el de achicar la distancia sideral entre la teoría y la praxis, permitiendo que el niño y el adolescente vengan a ser protagonistas de su propio futuro y no simplemente marionetas de las circunstancias adversas, víctimas de la injusticia social, de la ausencia de políticas públicas orientadas a la promoción de sus derechos, sobre todo cuando pertenecen a las clases necesitadas, miserables, y con remotas perspectivas de ascensión social.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Una experiencia loable se desarrolla en varios países: la llamada “Justicia Terapéutica”, un modelo de enfrentamiento a la drogadicción (problema agudizado con la participación progresiva de niños y adolescentes involucrados en marihuana, crack, cocaína, etcétera.) que busca ofrecer a los usuarios y dependientes de drogas una respuesta (tratamiento especial) que pueda ser capaz de superar su conflicto con la ley y, a la vez, cambiar su conducta. Y eso se hace, en Brasil, con base en el propio Estatuto, que prevé, como vimos, entre las medidas protectoras el artículo 101: inclusión en programa comunitario u oficial de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; requisición de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen hospitalario o ambulatorio e inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento de alcohólicos y toxicómanos. Los fiscales y jueces se suman en la construcción de este nuevo paradigma, que ostenta índices muy bajos de reincidencia.

Otra experiencia no menos valiosa es la “Justicia Restaurativa” (nacida en Nueva Zelanda y hoy adoptada en países como Argentina, Canadá y Australia), que implica, en forma libre, consciente y racionalizada, la participación activa de la víctima (tan injustamente olvidada por el sistema penal), del trasgresor y de la comunidad en la búsqueda, en conjunto, de una solución para el conflicto emergente con la reparación efectiva del daño (material y emocional) causado por la infracción. En las reuniones (debates, mesas redondas), con la presencia de las “partes interesadas principales” y de un mediador habilitado, las víctimas expresan sus miedos y su sufrimiento, revelan sus expectativas e intentan, con los demás, definir un plan de restauración que sea igualmente de conciliación y reintegración del ofensor (a quien incumbe reconocer su error) en la comunidad. La idea es, en un espíritu cooperativo, evitar prácticas punitivas (de la Justicia Retributiva), reduciendo primordialmente el impacto patrimonial y emocional del delito sobre las personas, reparando sentimientos y relaciones, asumiendo el trasgresor su responsabilidad y los respectivos compromisos, sobre todo el de no cometer nuevos actos antijurídicos. Téngase presente que dichas prácticas de restauración pueden y deben ser desplegadas en el momento de la remisión, como mecanismo de exclusión del proceso, de su suspensión o extinción.

Son oportunas las reflexiones de Emilio García Méndez sobre el “sustancialismo”:

Si los nostálgicos defensores del viejo orden jurídico –cultores varios del cadáver insepulto de la doctrina de la situación irregular– no necesitan ser ulteriormente explicados, sí me parece que aquellos que aquí denomino ‘sustancialistas’ merecen una más detallada explicación. Denomino aquí con el término ‘sustancialistas’ a aquellos que, desde diversas posiciones político-ideológicas, subestiman las capacidades reales, positivas o negativas, del derecho. Son los mismos que otorgan un carácter automático e ineluctablemente condicionante a lo que ellos, arbitrariamente, definen como condiciones materiales determinantes. En la práctica, son aquellos que nos alertan sobre la inutilidad de cualquier reforma que no sea ‘profundamente estructural’. Son los

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

portadores, conscientes o inconscientes, de la perspectiva que produce el efecto doblemente perverso de la pobreza. Una vez como productora de situaciones concretas de profundo malestar social y pérdida de la dignidad humana (en los pobres), y otra vez (en los no pobres) en su uso instrumental como burdo comodín que explica (y sugiere) las varias formas de la resignación.²⁵

En cuanto a la Edad.

Partidarios, en su mayor parte, de los movimientos de ley y orden, adeptos del derecho penal máximo, los medios de comunicación masiva y los políticos inescrupulosos (estos a cambio de votos, particularmente en los periodos electorales) explotan exhaustivamente algunos de los delitos cometidos por jóvenes que violan la ley penal (como el robo y el tráfico de drogas ilícitas, no mencionando que los delitos son, mayoritariamente, de poco potencial ofensivo), así como la histeria y el miedo colectivos (alarma social) generados por la violencia callejera y los frecuentes motines en instituciones de adolescentes infractores, insinuando que un número elevado de ellos delinquen encubiertos por el manto protector de la impunidad (el mito sobrevive) y que las garantías procesales definidas por el Estatuto los vuelven prácticamente inalcanzables, inmunes a las sanciones en él previstas, lo que coadyuva al incremento de la delincuencia juvenil.

Haciendo vista gorda a la Convención, proclaman como solución del problema la reducción de la edad penal, poniendo de manifiesto que todo adolescente infractor es en potencia un criminal adulto y, por lo tanto, resulta indiferente que sean huéspedes de un centro de internación de menores o de una prisión de mediana o máxima seguridad; de cualquier modo, habitarían ambientes de hacinamiento y contaminación.

Más que nunca, se vuelve imperativo concientizar a la gente que la proposición de bajar la edad es un engaño y no puede ser esgrimida como respuesta a las dificultades de implantación del Estatuto. Además de eso, no supondría ningún beneficio, a corto, medio o largo plazo, ni para la sociedad ni para la víctima, ni para el autor de la acción delictiva. Al contrario, si triunfara esa concepción, constituiría una victoria del anacronismo, un retroceso descomunal, en la medida que el adolescente infractor pasaría de la condición de victimario a la de víctima, supeditándose a un sistema sin condiciones para el cambio que se pretende (alrededor de 4 mil personas ingresan cada mes a la prisión y centenares de reclusos pueblan las comisarías, las cárceles locales, los centros de detención provisional y las penitenciarías promiscuas, superpobladas) y que se mostró incapaz de lograr uno de los fines de la pena, que es el de la reintegración social.

De nuevo alecciona Alyrio Cavallieri:

Tenemos que sustentar la gloriosa bandera de la responsabilidad a los 18 años. La sociedad la aceptará si ofrecemos algunas correcciones de la ley, tales como la adopción del verdadero sentido de las medidas socioeducativas que, en este momento, con sus plazos de vigencia determinados, se asemejan a penas

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

criminales, lo que es incompatible con la intención educacional (ENA, artículos 122 [internación], 118 [libertad asistida]); la corrección de los casos de internación que, ahora, impiden la privación de libertad en el caso de traficante armado, artículo 122; la eliminación de la inconstitucionalidad consistente en sustraer del Poder Judicial la apreciación del delito en que exista lesión o amenaza de derecho practicada por menor de 12 años (artículo 105 y otros). Esta excrecencia ha llevado a los traficantes a atraer a los niños, conforme a la denuncia del Fiscal Márcio Mothé de Río de Janeiro. En otro sector, sería loable que, al lado de las 54 veces en que la palabra derecho/derechos aparece en el Estatuto, mientras la palabra deber/deberes sólo surge 9 veces y ésta nunca es dirigida a menores – hubiera una compensación: el artículo 124 se refiere a los 18 derechos de los adolescentes internados y ninguna obligación, ningún deber.²⁶

Las Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985, en su numeral 4.1., estatuye: “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.”

En sus comentarios sobre el tema, nos dice Pedro R. David, consejero interregional de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, en Viena, Austria:

La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal: es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etcétera).²⁷

7. Conclusiones.

En el plano del adolescente infractor, el Estatuto ha innovado con la doctrina de la protección integral y la incorporación de un modelo de responsabilidad penal juvenil fundado en los principios del garantismo, que tiene en Ferrajoli su principal teórico.

No obstante sus avances, prevalece el entendido de que debe ser revisto puntualmente y que una legislación específica enfoque el proceso de ejecución de las medidas socioeducativas, de nítido carácter sancionatorio.

En lugar de la reducción de la edad penal²⁸ (violatoria de nuestra *Lex Fundamentalis* y de la Convención), algunos proponen un plazo mayor de internación cuando se

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

trate de adolescentes infractores responsables de actos de intensa gravedad. Es una cuestión pendiente.

De hecho, lo que nos cabe, fundamentalmente, en este nuevo milenio, es asumir nuestras responsabilidades sociales, romper el ciclo de negligencia, de promesas vanas e hipocresías, y buscar una luz al final del túnel, fomentando una política criminal congruente con los lineamientos de la CDN, dando prioridad a prácticas calificadas de prevención de conductas antisociales –con acento en la familia, la educación, el deporte, etcétera.– (crucial en las estrategias y acciones de seguridad pública, como puntualiza Ruth Villanueva Castilleja en sus escritos²⁹) así como a la procuración, administración y ejecución de la justicia juvenil, mejorando el sistema, ampliando los programas de capacitación y asegurando las garantías constitucionales, sin olvidarse del aspecto proteccionista,³⁰ pero no incurriendo en interpretaciones propias de la doctrina de la situación irregular.

Un documental, exhibido en un canal de la televisión brasileña, el 19 de marzo de este año, titulado “Falcón: Niños del Tráfico”, con entrevistas a niños (predominantemente negros, del norte al sur del país, quienes, en la periferia de las ciudades, trabajan y sostienen a sus familias protegiendo las villas miserias donde impera el comercio de drogas), ha causado una profunda conmoción nacional. El testimonio de sus personajes quedará eternamente fijado en los archivos de mi memoria, especialmente las palabras de un adolescente de 17 años, a quien se le pidió su opinión sobre la muerte: “Si me muero, nace otro como yo, un poco peor o un poco mejor. Si me muero, voy a descansar.” Contundente, el productor de la película, Celso Ataíde, dijo en una entrevista reciente: “Si es necesario el caos para comenzar el nuevo mundo, la hora es ahora. El caos ha llegado. Sólo no están viendo el caos quienes viven en el asfalto.”³¹

En esta ciudad de Guadalajara, Antonio Sánchez Galindo, indignado con las condiciones de la niñez, en su conmovedor poema “Los Niños de Acapulco”, al llamar la atención sobre los niños “de nuestro pueblo, de nuestro corazón y nuestras culpas”, exclamó: “¡No puede ser que esto siga!”³²

Voy a concluir esta ponencia con las palabras de Antonio Carlos Gómez Acosta, citadas por Elías Carranza, en su conferencia “Menores Infractores en el Marco de las Políticas de Naciones Unidas”, presentada en el “Seminario Internacional sobre Política de Justicia en Menores Infractores”, en México, en año de 1998:

“Solamente una sociedad capaz de tener respeto por la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes infractores, de los presos y presas comunes será capaz de respetar a todos los ciudadanos.”³³

NOTAS

1. Poder Ejecutivo. Secretaría de Gobernación. DECRETO: “El Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución General de la República y previa la aprobación de la mayoría de las honorables legislaturas de los Estados, declara reformado el

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo único. Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue: Artículo 18. La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. TRANSITORIOS. PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. SEGUNDO. Los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente Decreto. México, D.F., a 8 de noviembre de 2005. Dip. Heliodoro Díaz Escárrega, Presidente. Sen. Enrique Jackson Ramírez, Presidente. Dip. Ma. Sara Rocha Medina, Secretaria. Sen. Yolanda E. González Hernández, Secretaria. Rúbrica.” Diario Oficial del 12 de diciembre de 2005.

2. Quinientos mil, en promedio, suelen cumplir, en Brasil, un año de edad sin el certificado de nacimiento, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF. In: Periódico *Diário do Nordeste*. Fortaleza, Ceará, Brasil, 26.03.2006, p. 4.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

3. In: *Justicia de Menores Infractores*: México, Ediciones, Delma, p. 65.
4. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Caso de los Niños de la Calle (Reparaciones). Voto razonado del juez. Apud BARROS LEAL, César Oliveira de (Coordinador). *Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 486.
5. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991, XIII.
6. “Los niños y adolescentes han sido pobladores de las prisiones ordinarias. Estos lazarillos, héroes de la más bizarra picaresca, menudearon en los reclusorios, disputando con los adultos el pan, la luz y los vicios. En una época se les sometió a castigos más benévolos porque tenían, se dijo, la malicia disminuida. Andando el tiempo se proclamó que los menores de edad habían salido del Derecho Penal. Entonces se les construyó un orden jurídico específico, denominado ‘tutelar’: el Estado se convirtió en tutor de los pequeños infractores, en relevo de los malos padres o de los malos tutores que descuidaron a sus hijos y pupilos.” (RAMÍREZ, Sergio García. In: *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios*. México: Editorial Porrúa, 2002, p. 207).
7. “La doctrina de la situación irregular o modelo de protección promueve una idea de justicia de menores –que se inicia a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX–, en virtud de la cual ésta es concebida para desempeñar una función tutelar y protectora de los ‘menores abandonados-delincuentes’ a través de medidas de ‘reeducación’ o ‘readaptación’, en un proceso también conocido como de *judicialización* de la problemática social de los niños.
Un elemento fundamental en este modelo es el tratamiento indiferenciado que se hace, por un lado, respecto de los menores infractores de la ley penal y, por otro, de aquellos que sólo se encuentran en una situación de abandono o riesgo social, de modo que resulta irrelevante el motivo por el cual el menor llega ante la Justicia, ya que las medidas que ésta adoptará son las mismas en uno u otro caso. Esta confusión deriva de una concepción sobre los niños como seres dependientes, incapaces, no autónomos y se relaciona con una estrategia de control social que busca ampliar su campo de acción con esta confusión: si son capaces de comprender el alcance de sus actos, son peligrosos para la sociedad; como son peligrosos y no se controlan, hay que controlarlos. Esta inspiración de carácter peligrosista y de defensa social no es ajena, por cierto, a la idea de que los menores son objeto de tutela y represión, pero no sujetos de derechos.” (FRÍAS, Eduardo Gallardo y DÍAZ, Gonzalo Berríos. *Imputabilidad Penal, Sanciones y Justicia en Jóvenes y Adolescentes*. (<http://www.oij.org/oij19.htm>)).
8. “Estas características de las leyes de situación irregular explican y justifican la abolición del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho. El desconocimiento de este principio permite que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños y jóvenes que cometen delitos

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, a la recreación, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros). Además, posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y sólo limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en ‘situación irregular’.” (BELOFF, Mary. Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo Para Armar y Otro para Desarmar. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 1. (Publicación disponible en www.unicef.cl, pp. 13-14).

9. Léase el artículo 4º del Estatuto del Niño y del Adolescente:

“Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del poder público asegurar, con absoluta prioridad, la realización de los derechos referente a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el deporte, la recreación, la profesionalización, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y la convivencia familiar y comunitaria.

Párrafo único. La garantía de prioridad comprende:

- a) primacía de recibir protección y socorro en cualesquiera circunstancias;
- b) precedencia de atención en los servicios públicos o de relevancia pública;
- c) preferencia en la formulación y la ejecución de las políticas sociales públicas;
- d) asignación privilegiada de recursos a las áreas relacionadas con la protección a la infancia y la juventud.”

10. Acerca de la definición de niño y adolescente: *Paraguay* (Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 2º. A los efectos de este Código, es considerado niño toda persona humana desde su nacimiento hasta que cumpla los catorce años y adolescente la persona desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad). *Perú* (Código de los Niños y los Adolescentes. Artículo 1º. Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad). *Venezuela* (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Artículo 2º. Se entiende por niño toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad.) *Bolivia* (Código del Niño, Niña y Adolescente. Artículo 2º. Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos). *Costa Rica* (Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 2º. Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho) *Guatemala* (Código de la Niñez y la Juventud. Artículo 2º. Se considera niño o niña, para los efectos de esta ley, a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y joven a toda persona desde

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad). *Nicaragua* (Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 2º. El presente Código considera como niña y niño a los que no hayan cumplido los 13 años de edad y adolescente a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad, no cumplidos). Observaciones para la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20.11.1989, niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de la edad.

11. “Si el adolescente considerado autor de infracción es inimputable por determinación constitucional, tenemos que: a) él no comete crimen o contravención, no puede ser interrogado, no puede recibir pena, en fin, no puede someterse a un proceso criminal para la investigación de su acto.” (In: LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3ª edición. São Paulo: Editorial Malheiros, p. 94). Léase también: “En definitiva, por tanto, el juicio de inimputabilidad del joven respecto del hecho injusto por él cometido, no significa ‘irresponsabilidad’, ya que siempre se le aplica una sanción, aunque sea mediante un fraude de etiquetas (señalándose que es una medida tutelar o benéfica y no una pena). Se produce en razón del hecho injusto (delito) una intervención coactiva del Estado respecto del joven. Es por eso que no se puede hablar de irresponsabilidad del menor; al menor se le hace evidentemente responsable por sus hechos, de ahí la medida coactiva, y ello porque ciertamente es responsable, porque es persona y, por tanto, sus actos son plenos de significación dentro del sistema social. De ahí entonces que resulte un burdo fraude de etiquetas plantear que al menor no se le aplica un derecho penal, sino otro cosa.” Más adelante, con un tono menos radical: “Desde un punto de vista general, la aplicación del derecho penal criminal tiene un carácter *estigmatizador*, es decir, segrega o tiende a segregar al sujeto de su participación sociopolítica. Por tanto, su aplicación al menor de 18, que ya está limitado en su participación sociopolítica, resulta altamente perjudicial, pues va a destruir todos sus procesos de formación participativa. Va a impedir, en definitiva, que el joven llegue a participar efectivamente. Lo cual evidentemente es perjudicial desde el punto de vista social y se opone a los objetivos constitucionales y sociopolíticos del sistema. Ahora bien, desde el punto de vista concreto, en relación a las penas aplicables, se ha ratificado lo anteriormente señalado, pues la pena por excelencia del derecho penal criminal es la pena privativa de libertad. Respecto de ésta hay abundantes investigaciones que demuestran sus efectos perniciosos sobre el sujeto (en general procesos de despersonalización) y, por tanto, con mayor razón sobre el menor de 18 años.” (RAMÍREZ, Juan Bustos. *Imputabilidad y Edad Penal*. Publicación disponible en Internet)
12. Periódico *Diário do Nordeste*. Fortaleza, Ceará, Brasil, 26.03.2006, p. 4. Luis Rodriguez Manzanera, después de afirmar que “Otro grupo físicamente victimizable es de los menores económicamente débiles; éstos son víctimas de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

varios delitos (lenocinio) y principalmente de explotación laboral”, señala: “Simplemente en México han sido detectados por el DIF tres millones quinientos mil niños que trabajan, a veces en condiciones infrahumanas, con flagrante violación constitucional y de la Declaración Universal de Derechos Humanos...” (In *Victimología*. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 185).

13. “Es por ello que se habla de un derecho penal juvenil, donde se atenuarían de modo sustancial, procesal y en la ejecución de la sanción, las normas del derecho penal de adultos, desde luego garantizando un derecho penal de conducta y no de autor (*nulla pena sine lege*).

Para ese derecho penal juvenil en lo sustantivo hay que buscar un equilibrio entre lo judicial y lo educativo en un modelo de responsabilidad frente a la ley penal y centrar la sanción en respuestas educativas y flexibles. Ello implica al joven como sujeto de derechos, pero también que la privación de libertad es la respuesta de último recurso como dicen las normas internacionales.” (DAVID, Pedro R. *Sociología Criminal Juvenil*. 6a. edición. Buenos Aires, Depalma, 2003, p. 230) Léase también: “Legislaciones juveniles, antiguas y nuevas, generalmente relacionan las siguientes medidas como respuestas a la delincuencia juvenil: advertencia (la más blanda de todas); prestación de servicios a la comunidad; libertad asistida; semilibertad; internación en establecimiento educacional. Si la simple advertencia, materializada a través de la reprensión, de la amenaza de sanciones más graves, no tuviere carácter penal, no correspondiere a una punición, ¿a qué corresponderá? La prestación de servicios a la comunidad es una pena restrictiva de derechos en la mayoría de las legislaciones penales de adultos. La libertad asistida no pasa del *probation* de la legislación penal común. La internación, eufemismo, corresponde a la privación de la libertad. Es sabido que la expresión *pena* pertenece al género de las respuestas sancionatorias y que las penas se dividen en disciplinarias, administrativas, tributarias, civiles, incluso socioeducativas. Son clasificadas como criminales cuando corresponden a un delito cometido por persona de 18 años o más, imputable frente al Derecho Penal Común. Aunque de carácter predominantemente pedagógico, las medidas socioeducativas, perteneciendo al género de las penas, no pasan de sanciones impuestas a los jóvenes. La política criminal los aparta de la sanción penal común, pero los somete al régimen del Estatuto propio.” (AMARAL, Antônio Fernando. O Mito da Imputabilidade Penal y o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: *Âmbito Jurídico* set/98. <http://ambito-juridico.com.br/aj/eca0003.htm>).

14. Texto obtenido en el sitio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
15. Periódico *O POVO (El Pueblo)*, Fortaleza, Ceará, Brasil, p. 12.
16. Jacobo Waiselfisz nos pone al corriente de que “en el plano nacional, el 35,1% de las muertes de jóvenes se debe a homicidios y otras violencias. En las capitales del país, esa proporción se eleva al 41%. Y en las regiones metropolitanas, al 47,7%.”

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

(In: *Mapa da Violência II: Os Jovens do Brasil – Juventude, Violência e Cidadania*. Brasília: Unesco, 2000, p. 131).

17. CAVALLIERI, Ayrírio (Org.). *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. XVIII.
18. COSTA, Tarcísio José Martins. *A Reforma do Estatuto y la Reducción de la Edad Penal*. Disponible en Internet.
19. De nuevo Tarcísio José Martins: “En el Juzgado de Belo Horizonte, en obediencia al comando del § 5º del artículo 121, que prevé la liberación compulsiva a los 21 años, tuvimos diversas veces que determinar la salida de adolescentes con grave desvío de personalidad. Recientemente, la de un joven autor de cuatro homicidios. Aplicada la medida socioeducativa de la internación, pocos días después el adolescente huyó del Centro de reintegración del Adolescente – CIA, ubicado en Siete Lagos – MF, a 60 Km. de Belo Horizonte. Aprehendido tres años después de la fuga, fue trasladado para la misma unidad, donde permaneció menos de un mes, puesto que vino a cumplir los 21 años de edad.

Hace pocos días, una viuda, inconformada, vociferaba en los corredores del Juzgado contra la liberación de un adolescente que, por motivo fútil, asesinó a su marido. El autor del acto infractor, en su primera reevaluación, que resultó favorable, conforme determina el § 2º del artículo 212 del Estatuto, obtuvo en menos de seis meses la liberación. De acuerdo con la pobre mujer, él es traficante de drogas y días después de ser libertado de la institución, estaba armado, amenazándola de muerte. En lugar ninguno del mundo, aun donde predominan los principios de despenalización, de la descriminalización, del Derecho Penal Mínimo y del Derecho Socioeducativo Juvenil, quien mata por motivo fútil o torpe, a traición o con maldad y alevosía, mayor o menor de edad, no permanece recluido por sólo seis meses. No es creíble que una personalidad gravemente deformada pueda estructurarse en tan corto espacio de tiempo. Bajo el ángulo de los derechos humanos de las víctimas y de sus familiares, tal respuesta, además de injusta e inadecuada, configura una verdadera impunidad.” (Ídem).

20. “Inmundos, violentos y superpoblados. Bautizado de "Verdaderos Calabozos: Detención Juvenil en el Estado de Río de Janeiro", el informe de la ONG *Human Rights Watch* hizo un retrato sombrío y caótico sobre las condiciones higiénicas, sanitarias y humanitarias en los cinco centros de detención de adolescentes en Río de Janeiro. Por lo menos un tercio de los más de 1.700 jóvenes entre 12 y 21 años detenidos actualmente en los centros del Departamento General de Acciones Socioeducativas de Río (Degase) cometió algún tipo de infracción relacionada directa o indirectamente con el tráfico de drogas. Dentro de las unidades ellos son divididos conforme a la facción que domina su región de origen; el sistema vale también para los que no tienen ningún involucramiento con el tráfico. El informe de la *Human Rights Watch* confirma datos obtenidos en 2003 por el Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que analizó la situación de diez mil jóvenes

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- detenidos en 190 instituciones en Brasil. De acuerdo con el Ipea, la situación en los centros de detención juvenil es caótica no sólo en Río sino en todo el país. El estudio concluyó que el 71% de los establecimientos no cumplen los requisitos mínimos de higiene, instalaciones físicas, atención médica, jurídica y educacional exigidos por las Naciones Unidas.” (MONTEIRO, Marcelo. El Sombrío Panorama de los Centros de Detención Juvenil. Internet. Diciembre de 2004. In: *Derechos Humanos. La Insignia*. Fuentes: *Human Rights Watch, O Globo, Andi*).
21. CAVALLIERI, Alyrio. *Cadeia é Solução?* In: *Revista Consulex*. 15.12.2003.
 22. BELOFF, Mary. Op. cit., p. 11.
 23. MÉNDEZ, Emilio García. *Brasil, Adolescentes Infractores Graves: Sistema de Justicia y Política de Atención*. Publicación disponible en Internet.
 24. MÉNDEZ Emilio García. *Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia*. In: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 1. Publicación disponible en www.unicef.cl, p. 24.
 25. Ídem, p. 27. El autor agrega: “El enfoque ‘sustancialista’ se caracteriza por sostener, objetivamente, una tosca versión materialista del derecho, heredera del marxismo más vulgar. Así, al derecho, dimensión abstracta e ideológica, se le opone la acción concreta sobre la realidad social. El derecho, en este caso, debe ser ‘reflejo de la realidad’. Como Funes el memorioso, del maravilloso relato de Borges, cuyos recuerdos de un día eran tan minuciosos que duraban exactamente un día, el enfoque ‘sustancialista’ exige que el derecho sea (para no ser abstracto e ideológico) un fiel reflejo de la realidad. Desde esta perspectiva, no es de extrañar que se perciba al derecho como algo en realidad superfluo. Para seguir con Borges, es la historia de aquel emperador chino que quería un mapa perfectamente fiel de su imperio. Miles de cartógrafos trabajaron durante años en la confección del mapa que acabó teniendo el mismo tamaño que el imperio y en consecuencia se transformó en completamente inútil” (Ídem, p. 28).
 26. CAVALLIERI, ALYRIO. In: *O Menor e a Responsabilidade Penal*, apud BARROS LEAL, César (Org.) *Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça*. Fortaleza: Banco do Nordeste, 2006, pp.33/34. Nota: traducción del autor.
 27. DAVID, Pedro R. Op. cit, p. 356.
 28. Es deprimente registrar que el 73% de los jueces de Brasil defienden la reducción de la edad, según investigación ampliamente divulgada. Ésta no es la postura de Antonio Sánchez Galindo: “Dentro de las ‘arbitrariedades gubernamentales justificadas’ se encuentran de manera sobresaliente, los cateos *extrajure*, las redadas imprevistas, la disminución de la edad penal, la impiedad para los ancianos envueltos en el delito y aún, en ciertos casos, la tortura soslayada y el exceso de violencia en las detenciones. Quizá lo más grave –que todo entraña gravedad- sea la recriminalización de las conductas de los menores y adolescentes.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

No hay justificación alguna para disminuir la edad y endurecer el sistema de justicia penal de este vulnerable sector social.” (Op. cit. {11}, Prólogo)

29. CASTILLEJA, Ruth Villanueva. Menores Infractores y Seguridad Pública. In: PEÑALOZA, Pedro José. *Seguridad Pública: Voces Diversas en un Enfoque Multidisciplinario*. México: Editorial Porrúa, 2005, pp. 805-817.
30. “En ocasión del ingreso de la Dra. Ruth Villanueva Castilleja en la Academia Mexicana de Ciencias Penales, el doctor Sergio García Ramírez, en su discurso-respuesta, señaló: “En el debate de nuestro tiempo se han enfrentado los combatientes a partir de un desacierto monumental. Es como si se hiciera la guerra donde no hay guerra que hacer. La formulación de un falso dilema, que arrastra todo género de consecuencias erróneas, es el origen de la controversia. Con fervor casi teológico, hemos insistido en oponer el sistema tutelar al sistema garantista. Por ende, pondremos frente a frente gladiadores irreductibles: tutela, en un extremo; garantías, en el otro. Lo que sigue es el dogma, y con el dogma, en ristre, el combate.

Esta falacia no resiste el menor análisis: vuelvo a decir que las verdaderas oposiciones se formulan de otra manera, si se procede con sensatez. Lo garantista se opone a lo no garantista, y lo tutelar a lo penal. La tutela no es, ni en el caso de los menores infractores ni en el de los incapaces en general, un sistema desprovisto de garantías por su propia naturaleza. Por lo contrario, es –él mismo– una expresión de garantía social a la que se suman otras, para fortalecerla, asegurarla, supervisarla, perfeccionarla. Oponer lo garantista a lo penal es un extravío de la razón que puede llevarnos a otros extravíos, como en efecto ha sucedido.” (In *Cuadernos del Boletín n. 13*. México: Secretaría de Gobernación, Consejo de Menores, pp. 24-25). En su artículo “Menores Infractores y Seguridad Pública”, arriba citado, agregó Ruth Villanueva Castilleja: “Atendiendo a estos aspectos en diferentes congresos y foros se ha llegado a diversas conclusiones, entre las que destacan: Concertar acciones para legislar en materia de justicia de menores, armonizando un sistema que equilibre y considere tanto los aspectos tutelares como los garantizadores de los derechos de los menores.” (In: PEÑALOZA, Pedro José. Op. cit., p. 808).
31. Falcón: Niños del Tráfico. In: <http://www.ojornalista.com.br/news1>.
32. GALINDO, Antonio Sánchez. *Los Niños de Acapulco*. Guadalajara, Jalisco, 1979.
33. In: *Memoria del Seminario Internacional “Política de Justicia en Menores Infractores”*. México, Secretaría de Gobernación, 1998, p. 27. En las conclusiones de los Congresos Nacionales de Menores Infractores, realizados en México, en las dos últimas décadas, se ha destacado la relevancia de los programas de prevención, en el marco de una política criminal respetuosa de los derechos humanos de los menores infractores.

CÓDIGO PENAL ÚNICO PARA MÉXICO

Alfredo CALDERÓN MARTÍNEZ

1. INTRODUCCIÓN

Desde la época en que era estudiante de Derecho, recuerdo que el maestro Ricardo Franco Guzmán, en su cátedra de “Teoría del Delito”, exponía que en México existían igual número de códigos penales como Estados de la República, además, un solo Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal y también un Código de Justicia Militar, de aplicación federal; en total 33 códigos penales. Posteriormente al entrar el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en vigor el 12 de noviembre de 2002, se sumó a los códigos penales existentes dando un total de 34 códigos.

Además explicaba algunas discrepancias existentes entre los ordenamientos punitivos, que han contribuido a dificultar no sólo la procuración de justicia, sino también la impartición de ésta, así como el ejercicio profesional de los penalistas en México, por lo que el maestro urgía a la necesidad de elaborar un solo Código Penal para toda la República que aplicarían, tanto los tribunales federales como los locales, dependiendo de cada delito.

El maestro concluía que dicha idea la había escuchado por primera vez desde hace más de sesenta años en la cátedra de “Derecho Penal” del maestro Raúl Carrancá y Trujillo, misma que el maestro Ricardo Franco Guzmán ahora ha enarbolado, difundiéndola tanto a estudiantes de Derecho como en foros nacionales e internacionales. De ahí la inspiración para proseguir y defender tan importante idea, en este trabajo.

La diversidad de Códigos Penales, tiene su origen en la Constitución de 1824, que al no reservarse la Federación la facultad de legislar en materia penal, facultó a cada entidad federativa a emitir sus propios códigos penales, precipitando al caos el sistema penal mexicano.

Debido a ello los diversos códigos fueron elaborados con bases distintas: unos tomaron como modelo los principios de la Escuela Clásica, plasmada en el Código Penal de 1871; otros los de la Escuela Positiva, que dieron origen al Código Penal de 1929; y unos más adoptaron los lineamientos del Código Penal de 1931; y en la actualidad la tendencia ha sido la de tomar en cuenta los anteproyectos de código penal de 1949, 1958 y 1963.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Algunas contraposiciones que han propiciado dicha diversidad es que en ciertos Estados los aspectos negativos de los elementos del delito se regulan incorrectamente o bien no se regulan; la misma conducta delictiva en algunos Estados es delito y en otros no; la penalidad cambia en unos Estados respecto a un mismo delito. Éstas y otras discrepancias hacen entrever la necesidad de erradicarlas por medio de la unificación penal, mediante un Código Penal Único para México

Ninguna buena razón existe para justificar la pluralidad de leyes penales en nuestro país, los treinta y cuatro códigos penales en vigor, en lugar de servir, obstaculizan la represión de la delincuencia, favorecen la impunidad de los delitos y provocan conflictos entre las instituciones penales.

Los opositores de esta idea argumentan que cada entidad federativa tiene el derecho de legislar en materia penal, para moldear sus leyes de acuerdo a su propia cultura. Es evidente que la sociedad mexicana no es un conjunto heterogéneo de culturas que justifiquen la pluralidad de normas penales. Los que se oponen a esta idea deben dirigir la mirada hacia Suiza, país en donde sí existe pluralidad de culturas, lenguas, usos y costumbres y, no obstante, tienen un solo Código Penal.

Otro argumento que presentan los opositores consiste en que al reservarse la Federación la facultad de legislar en materia penal, se violaría la soberanía de los Estados, lo que provocaría el quebranto del pacto federal. Hay que voltear la vista hacia algunas naciones de América, como Argentina, Brasil y Venezuela, que son estados federales como México y tienen un Código Penal.

Todas las naciones en el Continente Americano tienen un solo Código Penal, a excepción de México y Estados Unidos. Y sí dirigimos la vista hacia Europa, comprobamos que en la totalidad de los países rige un solo Código Penal, para cada nación.

La delincuencia, hoy más que nunca, ha aumentado en el país de forma alarmante, víctimas de ella, han sido artistas, empresarios, intelectuales, políticos y población en general, lo que ha ocasionando la constante amenaza y perturbación del orden social.

Se ha tratado de combatir tan grave problema, mediante diversas reformas a la legislación penal; a pesar de ello nuestro sistema penal, no ha sido eficaz ni eficiente para erradicar las conductas antisociales, entre otras razones, por la existencia de diversos ordenamientos punitivos.

El sistema penal ha vivido en caos por más de un siglo y medio, por lo que es el momento de su reconstrucción, y de esta forma crear un sistema único penal que sea la base para la creación de una política criminal que combata en forma eficaz la delincuencia.

Por esa razón, urge un aparato represivo que tenga como eje central la unidad jurídico-penal, es decir, se requiere acabar de una vez por todas con la diversidad de normas penales, unificando la legislación penal, dando origen a un Código Penal

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

para toda la República, que aplicarían tanto los tribunales federales, como los del orden común, según sean delitos federales o comunes.

Para ello se requiere de una reforma al artículo 73 fracción X, de la Constitución, que le reserve al Congreso de la Unión la facultad exclusiva de legislar en materia de delitos y penas. Con dicha reforma comenzaremos a diseñar una legislación penal moderna, eficaz y congruente con la realidad social en que vivimos, que refleje los medios adecuados para hacer frente al crimen y, en tal modo, garantizar la protección de los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad como son: la vida, la libertad y el patrimonio.

Convencido plenamente de las ventajas que produciría la unificación penal mexicana, he elaborado este breve trabajo, para continuar con la difusión y defensa de tan importante causa, y así contribuir al perfeccionamiento de nuestro sistema penal en beneficio de México.

2. PANORAMA INTERNACIONAL

En el ámbito internacional, encontramos varios intentos de unificación de la legislación penal en el mundo. Entre los más importantes, se encuentra la idea de elaborar un Código Penal Universal, que surgió en Europa en el primer tercio del siglo XIX; otro es la Unificación Penal en Europa, en lo referente a los delitos económicos; uno más es el gran trabajo que realizaron eminentes penalistas de Latinoamérica para unificar el Derecho Penal en esa región y los trabajos para la unificación de los códigos penales en Centroamérica. Finalmente, aparece el Estatuto de la Corte Penal Internacional, firmado en Roma el 17 de julio de 1998, que se refiere sólo a ciertos delitos, pero de aplicación mundial.

Tanto en Europa como en América la tendencia ha sido que cada país tenga un solo código penal. En Europa encontramos a Suiza, que aun cuando su sociedad es heterogénea, porque en ella conviven diversas culturas, con diferentes idiomas y costumbres, logró unificar su ley penal; y en América se aprecia que Argentina, Brasil y Venezuela, que son Estados federales como México, cuentan con un solo código penal, aplicable en cada uno de sus territorios.

2.1 El Código Penal Universal

La idea de un Código Penal Universal surgió en Europa en el primer tercio del siglo XIX. El primer proyecto que aparece es el elaborado por el francés G. de Gregory en 1832, que contenía prácticamente una selección de preceptos penales, tomados de todos los códigos punitivos de la época. Después, von Betz en 1866, trató de sistematizar el Derecho Penal universal y, más tarde, Harburger realizó un esfuerzo semejante en 1900, sin lograr materializar el proyecto. Los esfuerzos continuaron con Desliniers en 1908, cuya labor consistió en simplificar el Código Penal francés de 1810 sin añadir a él nada esencial. Solamente en las máximas para la formación

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de un Código Penal internacional, obra de Garofalo, es donde puede señalarse el propósito consciente y científico de esbozar un Código Penal Universal¹

Posteriormente, el máximo abanderado de esta idea sería el rumano Vespasiano V. Pella, quien fuera profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lassy y de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, además delegado de Rumania en la VIII y IX Asambleas de la Sociedad de Naciones. Ante la Academia de Derecho Penal Internacional de la Haya en 1925, Pella presentó un proyecto denominado *Código Penal Universal*, que se aplicaría para los delitos comunes y a los ciudadanos de todos los países.

Con referencia al Código Penal Universal Pella apunta:

“Nosotros entendemos por Código Penal universal la unidad que comprenda las incriminaciones y las penalidades de las infracciones de Derecho común en todos los Códigos de los diferentes Estados. Esta unidad, como nosotros la concebimos, permitirá el castigo del infractor de Derecho común, cualquiera que sea el lugar donde sea aprehendido. Las diferencias que ahora resultan de la combinación de los principios de la territorialidad con los de la personalidad de las leyes penales desaparecerán totalmente.”²

Las inquietudes del maestro Pella no cesaron, pensó también en la elaboración de un *Código Penal internacional político*, que se aplicaría a los Estados y también a los individuos, pero solamente con el propósito de reprimir los atentados contra el orden público internacional y las infracciones contra el derecho de gentes universal. Asimismo, con mente visionaria expresa: “El *judex deprehensionis* y el Tribunal Criminal de Justicia Internacional –con el principio *nulla poena sine lege*–; y la nueva entidad jurídica del Estado delincuente, con sus cómplices y encubridores individuales, son lo que constituye la razón de ser de este Código.”³

Pella tomó como instrumentos para elaborar las líneas directrices del Código Penal Político, los principios referentes a las sanciones y medidas del Pacto de la Sociedad de Naciones, los del Protocolo de Ginebra y los del Tratado de Paz de Versalles. A esta magnífica obra la denominó “Principios fundamentales de un Código represivo de la Naciones.” Este código contenía un conjunto de preceptos destinados especialmente a mantener la organización de la comunidad internacional y a perpetuar las relaciones pacíficas y la armonía entre los Estados.

Como se observa ya desde el siglo XIX se pensaba que la unidad de la ley penal era el mejor instrumento para combatir las conductas ilícitas y lograr así el orden social general, es decir, el respeto entre los individuos de cualquier nación, el orden

¹ Por todos ver la obra de Vespasiano Pella, *La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho Penal del porvenir*, traducción de la 3ª ed. por Jerónimo Mallo, M. Aguilar, Editor, Madrid, 1931, pp. 35-37.

² *Ibidem*, p. 224.

³ *Ibidem*, p. 37.

político referente a las relaciones de los ciudadanos con el Estado y el orden internacional encaminado a fomentar las relaciones armónicas entre los mismos.

2.2 El Estatuto de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de la Corte Penal Internacional suscrito en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, entró en vigor formalmente el 1 de julio de 2002, al haberse depositado la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de sesenta países, convirtiéndose en el primer tribunal internacional de carácter permanente que puede juzgar penalmente a quienes cometan los crímenes de su competencia, entre los cuales se encuentran: el de genocidio, los de *lesa humanidad*, los de guerra y el de agresión. De esta forma, conocerá de la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de los crímenes de más grave trascendencia internacional. Esta Corte tiene como fundamento el principio de justicia universal o mundial, en virtud del que, independientemente del lugar de comisión del delito y de la nacionalidad de su autor, cualquier Estado podrá someterlo a sus leyes penales, principio que Pella ya había expuesto a principios del siglo XX.

En virtud del principio de justicia universal se puede exigir responsabilidad penal a quienes atenten contra esos intereses de trascendental importancia para la comunidad internacional, con el fin de erradicar, en la medida de lo posible, la impunidad de crímenes aberrantes que, según el sentir mundial, deben ser castigados. Este principio implica también que el ejercicio de la persecución penal universal es un deber para todos los Estados comprometidos con la paz y seguridad internacionales.

De esta forma, el principio de justicia universal opera como una herramienta eficaz para sancionar los más graves crímenes internacionales y exigir la responsabilidad penal de sus autores y partícipes, lo cual es de suma importancia, puesto que en no pocas ocasiones quienes cometen tales crímenes son funcionarios del Estado, por lo que podrían procurarse la impunidad si sólo pudieran ser juzgados en éste y no en cualquier Estado, como lo establece el referido principio.

En la actualidad el estatuto constituye el máximo avance respecto a la unidad penal; se podría decir que en tal forma se materializó la idea del profesor Pella, de poner en vigor un Código Penal Internacional y un Código represivo para las Naciones.

Es sorprendente hasta qué grado ha llegado la idea de la unidad penal, este Estatuto puede ser considerado como un Código Penal Universal, ya que contemplan tipos penales que según los Estados miembros tienen trascendencia internacional, y cuya razón es acabar con la impunidad de los que cometen esta clase de delitos.

2.3 El Derecho Penal en Europa en los siglos XX y XXI

Respecto a la legislación penal vigente en Europa en el siglo XX y la aplicable en estos primeros años del siglo XXI, todos los países europeos en el siglo XX tuvieron un solo Código Penal en sus respectivos territorios que siguen en vigor. El panorama de algunos países europeos es el siguiente:

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

1. En Francia sigue rigiendo en todo su territorio el Código Penal de Napoleón de 1810, con múltiples modificaciones.
2. En España rigió en todo su territorio el Código Penal de 1870. Después entró en vigor el Código Penal de 1928. Posteriormente al triunfo de la República, en 1932, se repone el antiguo Código Penal de 1870, que rigió hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1944. Más tarde, entra en vigor el Código Penal español de 1963, y desde 1996 entra en vigor un nuevo Código Penal que rige en la actualidad.
3. En Alemania, rigió el Código Penal de 1871, que siguió aplicándose durante la primera mitad del siglo XX, con variadas reformas. Al finalizar la segunda guerra mundial se dividió en dos: la República Democrática Alemana puso en vigor su Código Penal de 1968 en su territorio. Por su parte, la República Federal Alemana, después de varios lustros de elaborar proyectos, puso en vigor un Código Penal que entró en vigor en 1975, compuesto de una nueva parte general y de una parte especial que en sus bases se sigue remontando al Código Penal de 1871. Al reunificarse la República Federal Alemana con la República Democrática Alemana, se aplica en todo el territorio alemán el Código Penal que comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1975.
4. En Suiza, fue necesario que transcurrieran cincuenta años para poner en vigor en 1937 un solo Código Penal para toda la Confederación Helvética. La Confederación Helvética es un ejemplo para México, pues está formada por 25 cantones, con cuatro lenguas oficiales, varias religiones, gran diversidad de usos y costumbres y, sin embargo, se encuentran unidos por un Código Penal, por el que se luchó durante más de medio siglo.

2.4 La unidad penal en Europa

A lo largo de la década de los noventa se vivió en Europa paulatinamente un proceso de unificación del Derecho Penal, que culminó con la redacción de un proyecto de Código Penal Europeo denominado *Corpus Iuris*. Este código pretende conjugar las diferentes tradiciones jurídico-penales europeas, para ofrecer una respuesta eficaz a una criminalidad económica que no conoce fronteras.⁴

La Unión Europea ambiciona con este código hacer frente a la delincuencia europea transnacional que, en virtud del diferente grado de represión del crimen por parte de cada Estado miembro, provoca la existencia de paraísos penales para los delincuentes, en los que pueden llevar a cabo sus conductas ilícitas con una mayor facilidad.

Los redactores del *Corpus Iuris*, han visto la necesidad de respetar los principios fundamentales y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, estos principios, que constituyen el núcleo duro del Derecho Penal por representar principios irrenunciables del moderno Derecho punitivo, son básicamente los

⁴ Ver Gómez-Jara Díez, *La Unificación del Derecho Penal en Europa*, en “SABERES”, España, volumen 1, 2003, pp. 1-8.

siguientes: legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, derechos de necesidad y derechos de conflicto, la doctrina de la autoría y participación, la del error y la tentativa y finalmente la de los concursos.

En la unificación europea, la dogmática ha tomado un papel preponderante para la construcción de un sistema ontológico que va a resultar evidentemente muy amplio, pero sobre la base de conceptos normativos, es decir, que éstos adquirirán su contenido concreto desde perspectivas teleológicas conformadas a partir de las finalidades político criminales del Derecho Penal, que junto a criterios de eficiencia deberán siempre tener presentes las consideraciones valorativas derivadas del respeto a la dignidad humana y a las garantías del individuo.⁵

Respecto a este ordenamiento punitivo Gómez-Jara Díez escribe: “El impulso que ha dado el Grupo de Expertos en la consecución de la unificación en esta materia ha puesto de relieve que cuando hay voluntad y calidad científica, las barreras a la meta fijada provienen más de oportunismo político que de radicales divergencias jurídicas insalvables”⁶

Este esfuerzo de los europeos aún no se concretiza, sin embargo, es indudable que es uno de los ordenamientos jurídicos del porvenir. Esta clase de unificación en Europa será parcial, pues se referirá únicamente a los delitos económicos; aún así, es un ejemplo más de que sólo con la unidad penal se puede combatir a la creciente criminalidad.

2.5 La unificación penal en Suiza

Al constituirse la Confederación Helvética en 1848, cada cantón legislaba en materia penal, y cada uno se inspiró en modelos diferentes para elaborar su legislación penal; así algunos tomaron en cuenta el Código Penal francés, otros el Código Penal italiano y otros más el Código Penal alemán.

La diversidad de legislación penal en Suiza discrepaba en diversos temas: respecto a la edad penal, algunos Cantones la consideraban a los diez años, otros a los doce, otros más la establecían a los catorce, algunos hasta los quince y otros pocos a los dieciséis años; panorama que en verdad era caótico. Pero las contraposiciones no cesaban en ese aspecto, puesto que una misma conducta delictiva, según se cometiera en uno u otro cantón suizo, podía ser penada con reclusión, con prisión, multa o no estar prevista ni penada.

El que incendiara una casa habitada, por ejemplo, era penado en Ginebra con reclusión de quince años como mínimo; en Friburgo y en los Grisones, con diez años como mínima pena; en Zurich, Basilea y Glaris, con reclusión de tres años cuando menos; en Schaffhausen, Zug y Soleure, con reclusión de un año como término máximo; en Appenzell no había término mínimo fijado.

⁵ *Ibidem*, pp. 6-7.

⁶ *idem*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Si contemplamos la integración de la sociedad en Suiza, se puede observar que coexisten cuatro lenguas oficiales, varias religiones y diversidad de usos y costumbres.

La diversa legislación penal que existía en ese país no se debía a las diferentes modalidades de la persona del delincuente, sino a inconsistencias de quienes elaboraban las leyes penales. Estas desigualdades caprichosas, hacían de la ley penal un juego de azar que destruía la consideración debida al poder del Estado obligado a reprimir el crimen.

El panorama caótico que existía en Suiza, se solucionó con la unificación del Derecho Penal. Ya en 1848 la Diputación del Cantón de Soleure, propuso atribuir a la Confederación el derecho de legislar sobre los delitos y las penas; después, en 1868 la sociedad suiza para la reforma penitenciaria, deliberó sobre la conveniencia de un Derecho Penal único. Y después de varias reuniones, el Departamento de Justicia decidió acometer la tarea de la unificación penal.

En agosto de 1893 apareció la parte general del Anteproyecto del Código Penal suizo, cuyo encargado de dirigir los trabajos fue el profesor Carlos Stooss, quien después se dedicó a la elaboración de la parte especial. Acabada la parte especial, el Anteproyecto de Código Penal Suizo fue presentado en Berna en agosto de 1894.

Para materializar tan ansiada idea de unificación, el 13 de noviembre de 1898, se modificó la Constitución de 1874, atribuyéndole a la Confederación el poder legislar sobre delitos y penas. Con la reforma de la Constitución, el mensaje del Consejo Federal a la Asamblea se expresaba así:

“El Código penal suizo, combinado con un apoyo eficaz á todas las mejoras en la ejecución de las penas, *nos traerá para la lucha contra el crimen y para el engrandecimiento moral de nuestra sociedad, un refuerzo mucho más poderoso que lo que generalmente se cree*. Y será esto un progreso, no solamente desde el punto de vista moral, sino también desde el punto de vista económico.”⁷

2.6 El Derecho Penal en América en los siglos XX y XXI

Respecto a la legislación penal en América en los siglos XX y XXI, casi la totalidad de los países tuvo y tiene un solo Código Penal y las dos únicas excepciones son los Estados Unidos de América y México. Con relación a estos dos países tenemos:

1. En los Estados Unidos de América, cada una de las entidades tuvo y tiene hasta ahora la facultad de legislar en las materias más diversas: bancaria, mercantil, civil, hidrocarburos, electricidad, religiosa y, por supuesto, en la legislación penal.

Unos estados establecen la pena de muerte, otros no; en unos la pena de muerte se ha ejecutado en la horca, en la silla eléctrica, en la cámara de gas o con inyección letal; unos estados disponen pena de prisión acumulable que puede llegar a 200 o 300 años.

⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *La unificación del Derecho Penal en Suiza*, Reus, Madrid, 1916, p. 75.

2. Por lo que se refiere a México, hemos tenido un verdadero mosaico de códigos penales en toda la República, no ha habido uniformidad, ni unidad, ni concierto en todos ellos, como lo veremos más adelante.

2.7 El Código Penal Tipo para Latinoamérica

La idea de convocar a una reunión internacional de penalistas, con el objeto de iniciar los trabajos para la elaboración de un Código Penal Tipo Latinoamericano, se concretó en el acuerdo adoptado por el Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, de 8 de octubre de 1962. Este proyecto fue elaborado con la participación de los penalistas más calificados del continente, para lo cual se celebraron reuniones con este fin. Chile tomó la iniciativa y organizó la primera reunión internacional de este tipo.

La Primera reunión plenaria se celebró a partir del 16 de agosto de 1963, en la que México estuvo representado por Luis Fernando Doblado, Ricardo Franco Guzmán y Arnulfo Martínez Lavalle. La Segunda reunión plenaria se llevó a cabo en México (1965), la Tercera en Lima (1967), la Cuarta en Caracas (1969), la Quinta en Bogotá (1970) y la Sexta en Sao Paulo (1971). Después de todas estas reuniones quedó terminada la parte general del Código Penal Tipo para Latinoamérica.⁸

El propósito principal de este código consistía en elaborar un modelo estructural básico de la legislación penal latinoamericana, con un conjunto de normas comunes en aspectos que se estimaran susceptibles de unificación. Estas normas comunes serían adoptadas por los países latinoamericanos, en virtud de un acuerdo conjunto o adhesión sucesiva de sus gobiernos.

La idea de unificar la legislación penal en ese entonces, era dotar a las naciones de Latinoamérica de un instrumento para la defensa social en contra de los más graves atentados que lesionaban o ponían en peligro los valores jurídicos primordiales para la vida pacífica de las naciones y de los individuos, pues se tenía en cuenta que la facilidad de las comunicaciones hacía posible que los delincuentes extendieran la esfera de sus actividades ilícitas a más de un país.

2.8 La unificación penal en Centroamérica

Con la valiosa cooperación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, y las demás universidades centroamericanas, fue posible la celebración de la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal, en Tegucigalpa del 27 al 30 de abril de 1960.

La Secretaría General del Consejo Superior Universitario Centroamericano, convocó a esta reunión, en la que se trató como tema general: “Estado Actual de la Legislación Penal en Centroamérica y el Problema de su Reforma”.

⁸ Ver la obra de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1973, pp. 121-135.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En esta mesa redonda se discutió, entre otros temas el siguiente: “Reformas aconsejables de acuerdo con el medio social de Centroamérica”, punto sobre el cual se presentaron tres trabajos por parte de las delegaciones de Guatemala, El Salvador y Honduras: el primero elaborado por Benjamín Lemus Morán, el segundo por Manuel Arrieta Gallegos y el tercero por José Pineda Gómez y Santos Tercero Palma.

Los trabajos elaborados por los representantes de Guatemala y Honduras, propusieron la unificación de los códigos penales en Centroamérica como el instrumento más eficaz para combatir el crimen.

Guatemala propuso varios puntos para la reforma de los códigos penales centroamericanos; la propuesta decimonovena se refiere a la unificación de la ley penal de la siguiente manera:

19) Unificar en la medida que sea posible en las legislaciones Centro Americanas, la descripción de cada delito y evitar la creación de fórmulas de delitos provenientes de sistemas políticos, sociales y económicos, de tipo totalitario.⁹

Honduras por su parte, presentó otras propuestas de reforma, entre ellas, la de unificar los Códigos Penales Centroamericanos; respecto a la cual Manuel Arrieta Gallegos menciona:

Insinúan la conveniencia de unificar los Códigos Penales Centroamericanos, idea que podría tomar en su realización dos directrices, con base en el examen de los cuerpos de leyes penales vigentes; a saber: o bien los Códigos de Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Honduras se uniformarían en la orientación técnica contenida en el más avanzado, que lo es el de Costa Rica o los cinco Códigos podrían elaborarse de acuerdo con la tradición hispánica, como fondo substancial, incorporándoles desde luego, los avances de la vida contemporánea de acuerdo con las bases expuestas. Estiman más hacedera la unificación por medio del último extremo, por presentar los respectivos Códigos gran similitud, pues todos ellos responden al modelo español de 1870. Sobre esta dirección presenta el proyecto elaborado por el criminalista español, Constancio Bernaldo de Quirós, que discutirá luego el Congreso de la República de Honduras.¹⁰

Aun cuando en esta Mesa redonda centroamericana no se impulsa la idea de tener un solo código penal para los cinco países de la región, se anunció la idea de uniformar los códigos penales, es decir, la existencia de códigos iguales en los

⁹ Secretaría Permanente del Consejo Superior Universitario Centroamericano, *Memoria de la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal*, Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, C.A., 1961, p. 69.

¹⁰ *Ibidem*, 76.

diferentes países, lo que no se llegó a materializar. Esta idea tuvo como base la defensa de la sociedad centroamericana contra la conducta agresiva de los delincuentes.

2.9 Argentina

Argentina es un Estado federal como México y actualmente rige en todo su territorio un solo Código Penal, que fue promulgado el 29 de octubre de 1921 e inició su vigencia el 29 de abril de 1922, aplicable en todo el territorio nacional.

2.10 Brasil

En Brasil, Alcántara Machado elaboró un Proyecto de Código Penal que fue sometido al parecer del Presidente de la República, el 4 de noviembre de 1940, acompañado de una extensa exposición de motivos. El 7 de diciembre de 1940, se sancionó este Código Penal, que rige en la actualidad en el extenso territorio brasileño. Este país también es un Estado federal y tiene un solo Código Penal.

2.11 Venezuela

Venezuela, igual que Argentina y Brasil es un Estado federal y su sistema penal está compuesto de un solo ordenamiento punitivo. El Código Penal que rige actualmente en todo el territorio venezolano fue promulgado y publicado el 6 de julio de 1936.

3. CONCLUSIÓN

La tendencia unificadora del Derecho Penal a lo largo de los años, siempre ha tenido un solo objetivo: el de asegurar la protección de los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad; por esa razón se han realizado importantes esfuerzos para lograrlo, como el llamado Código Penal Universal, el *Corpus Iuris* de la Unión Europea, la brillante unificación penal en Suiza, el Código Penal Tipo para Latinoamérica; la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal y el vigente Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Nuestro país necesita reconstruir su sistema punitivo, tal como lo hizo Suiza, pues sólo unificando la ley penal se podrá acabar con las discrepancias existentes entre los códigos penales locales que sólo provocan el caos entre las diversas instituciones jurídico penales. Es el momento de fijar la atención en las normas jurídicas que regulan la vida social y darle a la nación mexicana un instrumento sólido que contribuya a combatir la ya creciente delincuencia.

Hay que observar que tanto en Europa como en América, la tendencia generalizada de cada Estado es tener un solo código penal aplicable en todo su territorio. Los opositores de la unificación penal deben reflexionar acerca de esta tendencia mundial y preguntarse el por qué de ella. Ahora bien, hay países en el Continente americano, que adoptaron la forma de Estado federal, y cuentan con un solo Código Penal aplicable en todo su territorio, como Argentina, Brasil, Venezuela y otros más.

La tendencia mundial de unificar la legislación penal no es un capricho de unos cuantos juristas, sino una necesidad; los intentos de unificación de la ley penal son pruebas palpables de que sólo unificándola se puede luchar de forma más eficaz

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

contra el crimen. Mientras México no reconstruya su sistema punitivo unificando los códigos penales, las instituciones jurídicas seguirán siendo burladas por los enemigos del orden social.

CRIMINOLOGÍA DE LA POSMODERNIDAD

UNA LECTURA DE DERECHO PENAL REGIONAL

Alejandro CARLOS ESPINOSA

A la notable Dra. Emma Mendoza Bremauntz

SUMARIO. 1. Posmodernidad y Justicia Penal 2. Criminalidad Común y Organizada: dos realidades distintas vinculantes 3. El Derecho Penal Posmoderno 4. La criminalidad que se acerca: una visión reflexiva.

1. Posmodernidad y Justicia Penal.

México se ha sumado a novedosos modelos latinoamericanos de justicia¹ basados en oralidad, juicios abreviados, justicia alternativa, justicia integral para adolescentes, además de figuras que privilegian la solución de conflictos; y ha sucumbido a las tentaciones de aplicar Derecho Penal del Enemigo, bajo un doble discurso, garantista² y de presunción de inocencia, en el marco del llamado Derecho Penal del ciudadano así como un Derecho Penal de excepción, dicho más claramente, la política penal legislativa ha adoptado dos modelos distintos para criminalizar, uno atenuado basado en la presunción de inocencia, que considera la calidad de persona en su aplicación a los ciudadanos³ y otro sustentado en la presunción de la culpabilidad, sin decirlo expresamente, es irracional, nugatorio de garantías y de uso

¹ Son emblemáticos los sistemas chileno y colombiano; pero es indiscutible igualmente la influencia europea y muy particularmente la estadounidense.

² Se trata del respeto absoluto a la calidad de persona, se asimila al Derecho Penal de acto y destierra el Derecho Penal de autor, donde a los individuos se les sanciona por quienes son y no por lo que hacen, este último legitimado para quienes el Estado estima que son diferentes, esto es, enemigos y por tanto requieren de un modelo endurecido despejado de obstáculos para criminalizar.

³ El Derecho Penal del ciudadano ha cambiado la perspectiva de análisis del fenómeno criminal, incluso el objetivo punitivo tradicionalmente focalizado por el Derecho Penal y buscará siempre la solución del conflicto, la reparación del daño y la justicia alternativa, clasificando ciertos delitos como de bagatela, que incluso en la praxis ya no se persiguen, salvo casos de empecinamiento o utilización del Derecho Penal como instrumento.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de fuerza institucionalizada, considerado para aplicarse a “los otros” como lamentablemente se les ha llamado a los que son captados en este segmento con cierta discrecionalidad aplicativa,⁴ con el propósito de dar una mejor respuesta a temas de criminalidad, violencia, impunidad, reducción de índices delictivos, delincuencia organizada y un más sensato control social punitivo institucionalizado, por parte del Estado en temas de seguridad y justicia.⁵

El punto es, ¿Cómo enfrentar con éxito a la nueva criminalidad?, a la sistémica, a la multiplicadora, a la inmersa en los ciudadanos y que de pronto brota para sumarse a las organizaciones delictivas, a la identificada con éxito, poder, dinero y sexo, a la carente de valores, a la cada vez más joven y violenta, en fin a la que esta silenciosa en miles de hombres apartados de la cultura de la legalidad, que cursan crisis económicas y de valores, siempre latentes amenazan con despertar de un momento a otro; “el delincuente potencial que se agazapa en cada persona”; que decir de la criminalidad que emana de las propias fuerzas del orden y la disciplina, la incrustada en la cúpula del poder⁶, la que obedece a intereses o bien aquélla encriptada en ideologías que se sustentan en lógicas políticas y estratégicas⁷, sin dejar fuera la que acompaña la avalancha global de la que el crimen en su sentido antisocial y de delito no pueden exceptuarse, al formar parte de la industria del delito, capaz de generar cuantiosos montos económicos.

Valga dar el beneficio de la duda, así como un voto de confianza y reconocimiento al Estado mexicano, a sus instituciones, planes y programas por impulsar reformas constitucionales bien intencionadas, que tal vez deban ser mejor trabajadas en el ámbito legislativo, para su aplicación en la normatividad secundaria o leyes

⁴ El Derecho Penal del Enemigo, considera cancelada la calidad de persona y por ende los derechos de aquel, que incluso en un tipo penal genérico o abierto, encuadre en la conducta tipificada en la Ley Penal y que por ese hecho será criminalizado con una lógica diferente e incluso sometido a procesos investigatorios regulados ahora ya por la constitución para ese tipo de casos, tales como arraigos, intervenciones telefónicas y otras medidas.

⁵ Precisamente la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, versa sobre seguridad y justicia al modificar sustancialmente los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin pretender interpretar la reforma baste decir que transforma la función de la policía en el sistema de Justicia Penal, crea nuevos jueces dentro del poder judicial y diseña un sistema de justicia integral para adolescentes, con matices francamente de Derecho Penal.

⁶ La cúpula del poder se integra por los varones del dinero (empresarios de alto nivel), políticos de altos vuelos capaces de tomar importantes decisiones públicas, los altos jefes religiosos, militares de elevados rangos con capacidad de tomar determinaciones por ser factor real de poder, importantes grupos de intelectuales con influencia pública y los orquestadores del funcionamiento de la Industria del delito en todas sus variables.

⁷ Sería al menos inocente tratar de esconder la utilización con fines políticos del Derecho Penal, tentación altamente riesgosa desde siempre frecuentemente recurrida por eficaz y reivindicante en el terreno electoral.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

reglamentarias, y en la política penal forense, esto es en la práctica, para enfrentar el fenómeno que más drásticamente azota a su actual administración⁸.

Sin embargo, no se ha identificado con claridad que las políticas públicas en materia de criminalidad son una subpolítica pública de gobierno, se piensa que *es posible terminar con los mosquitos sin secar antes el pantano*, como lo expresó Bernardo Batís Vázquez, otrora Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en el marco de los trabajos de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia de la administración de Vicente Fox Quezada, esto significa que es menester voltear a revisar las causas de la antisocialidad, del delito e implementar con fuerza real y no simplemente discursiva las garantías sociales y de sus mecanismos de organización pública para atender el fenómeno desde sus orígenes⁹ a la par de desarrollar capacidad de respuesta, inteligencia, profesionalismo policial y aun militar frente a la puesta en riesgo de la seguridad interior y exterior del Estado mexicano.

La Posmodernidad en América Latina, y México no es la excepción, muestra el mosaico de la diversidad y los contrastes¹⁰ es elemento fundamental del concepto, se encuentra además marcada por otros ingredientes no menos importantes a saber: la desigualdad, la violencia, la injusticia y la selectividad marcada por las orbitas del poder. Para Nelly Richard la Posmodernidad no es lo que linealmente viene después de la modernidad [...] *sino el pretexto cuyuntural para su relectura desde la sospecha que históricamente pesa sobre las articulaciones cognoscitivas e instrumentales de su diseño universal*; así Sandra Lorenzano estima que *la posmodernidad se puede leer entonces desde la sospecha, diseñando los trazos de una cartografía que con sus desigualdades, altisonancias, rutinas y proyectos, dibuje finalmente, como en el cuento de Borges, nuestro propio rostro*.¹¹

Y se cuestiona ¿De qué hablamos cuando hablamos de Posmodernidad? ¿De un pliegue más de la modernidad o de un verdadero cambio de época? ¿Estamos ante el fin de la modernidad o sólo frente a una vuelta de tuerca sobre sí misma? ¿Plantea la Posmodernidad un cambio de episteme? Estas y otras cuestiones mueven a

⁸ La política pública más defendida y que ha merecido las mayores inversiones en la administración de Felipe Calderón Hinojosa, es la de Guerra contra la delincuencia organizada.

⁹ Es de fundamental importancia ocuparse de las causas seriamente, sin desatender los actuales efectos de la criminalidad que nos colocan en un estado de inseguridad pública, jurídica, política, nacional y de Estado.

¹⁰ La Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas o CEPAL establece que el 40.6 % de la población vive en condiciones de pobreza y de ellos el 16% lo hace en la indigencia, por lo que de acuerdo con el pensamiento de Sandra Lorenzana, en la voz Posmodernidad, del Diccionario de Estudios Culturales Latinoamericanos que este segmento poblacional *este conviviendo con algunos de los hombres más ricos del planeta; territorios de tiempos diversos y deseos (des)encontrados, pensar la relación modernidad / Posmodernidad trasciende los límites de lo teórico académico y se instala en el espacio de lo político*.

¹¹ Diccionario de Estudios Culturales Latinoamericanos/ coordinación de Mónica Szurmuk y Robert McKee Irwin P228, México: Siglo XXI Editores: Instituto Mora, 2009.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

reflexionar frente a un nuevo entorno o posiblemente ante una nueva forma de entender la realidad global¹².

Son diversas crisis las que provocan el quiebre de la modernidad¹³ así Lorenzano destaca entre las más significativas a la *postre* de la Segunda Guerra Mundial a la *crisis de reformulación del sistema capitalista, crisis del Estado de bienestar, crisis del proyecto político e ideológico alternativo de sistema capitalista, crisis de los sujetos sociales históricos, crisis de la sociedad del trabajo, crisis de las formas burguesas de la política, crisis de valores e incluso de las instituciones gubernamentales, jurídicas y políticas, frente a ello surge el monstruo político, social y cultural, bajo el nombre de posmodernidad al consolidarse un neoliberalismo salvaje acompañado de una globalización¹⁴ económica y una mundialización cultural que tienden a homogenizar realidades, sujetos, mensajes, receptores, imágenes, deseos, objetivos, mitos, Conforme lo dicta el mercado. Esta nueva escena afirma Lorenzano pareciera dominada por el simulacro¹⁵, el consumo, el hedonismo y la falta de expectativas. La posmodernidad se erige en la antitesis de la modernidad, rompe el paradigma ortodoxo de ciertas formas de civilidad y abre espacios a nuevas expresiones de carácter regional, que anteriormente casi eran exclusivas de las grandes *metrópolis*, es en este contexto que la delincuencia adquiere*

¹² Ha habido un cambio, según dicen los globalistas, del gobierno convencional a la gobernanza global, del Estado moderno al sistema de múltiples niveles de poder y autoridad, de los sistemas de comunicación y económicos nacionales relativamente aislados a sistemas mas compleja y variadamente entreverados en el ámbito regional y en el global. Cfr. Globalización / Antiglobalización, sobre la reconstrucción del orden mundial, David Held y Anthony Mc Grew, P 139, Colección Estado y Sociedad 109, Barcelona, 2003.

¹³ La propia Sandra Lorenzano estima que la modernidad constituye una visión global del mundo, del yo, de la realidad organizada en cuatro proyectos fundamentales: un proyecto emancipador que consiste en la secularización; un proyecto expansivo a través del cual busca expandir el conocimiento y la posesión de la naturaleza; Un proyecto renovador que implica la búsqueda de mejoramiento e innovación permanentes; y un proyecto democratizador vinculado sobre todo a la educación y a la difusión de los saberes.

¹⁴ La palabra globalización, en voz de Rebecca E Biron, se refiere generalmente a los procesos a través de los cuales las economías y las culturas en todas partes del planeta llegan a ser más interdependientes. Actualmente el término *globalización* describe un aumento vertiginoso del comercio inter y transnacional, que combinado con una preferencia por las políticas del mercado libre por encima de las protecciones de las economías locales o nacionales, busca la expansión de una sola economía capitalista con impacto planetario. Este proceso depende de los rápidos avances en las tecnologías comunicativas, mientras que a la vez los produce. Tales avances facilitan la transferencia electrónica del capital al igual que de la información. Además, se aumenta la transferencia de bienes y personas alrededor del mundo. En este sentido, la globalización condensa el tiempo y el espacio, achicando el mundo por acelerar el tiempo necesario para que la gente interactúe, sin importar su ubicación geográfica.

¹⁵ La simulación en el crimen y su combate no ha dejado a salvo a los responsables de enfrentarla, así lo demuestran los bastamente documentados montajes que fueron publicados por revistas de circulación nacional y reconocidos por las autoridades de policía de supuestas escenas del crimen y liberación de las víctimas de secuestro a cargo de la policía, tales son el caso del entrenador de un prestigioso equipo de Fútbol y el de una ciudadana francesa, este último caso provoco una publicación sobre los hechos en su país.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

nuevos rostros, atuendos, estilos y se convierte en *camaleónica* para pasar desapercibida, pero con mayor presencia a la de ninguna otra época, al grado de consolidarse como la industria más rentable de la región latinoamericana; mantiene a su servicio a grandes segmentos de los excluidos, que esos sí son visibles, estereotipados, sujetos a clasificaciones, estigmatizados, en una frase, sometidos a procesos selectivos que les convierten más fácilmente en criminalizables, por su pobreza¹⁶, inexperiencia, torpeza o simplemente porque sucumben a los míticos beneficios de la delincuencia.¹⁷

Así por ejemplo en su libro de Criminología Augusto Sánchez Sandoval plantea “la modernidad no alcanzada” y al respecto afirma: *La criminología clínica tradicional, ligada por su objeto a las definiciones contenidas del derecho penal, se fue constituyendo como la Ciencia Penal Integrada, con base en las premisas impuestas por la modernidad: racionalización, diferenciación y clasificación de las características y de los conflictos humanos, pretendió poder actuar sobre ellos para solucionarlos y así confirmar la certeza de la existencia de una sociedad homogénea y consensual, entorno a la racionalidad que la misma modernidad había inventado. El progreso ascendente de la sociedad, a través de una civilización que llevaría al hombre al bienestar social generalizado y al desarrollo de ciudadanos nuevos, sustentados en valores de libertad, igualdad y fraternidad, se vio prontamente contradicho por la historia de un sistema de producción desigual, injusto y violento.*¹⁸

Es en esta nueva tesitura en la que debemos repensar como atender con aceptable éxito el creciente desafío a lo antisocial y al delito, esto es a la criminalidad en tiempos posmodernos, no sólo en el número de eventos, sino también dado el grado de violencia, atrevimiento, desamor, vileza e ignominia y porque callarlo, en la maximización del Derecho Penal a cargo de los legisladores con la creación de nuevos tipos genéricos y el incremento en el *quantum* de la pena¹⁹.

Es ignominioso escuchar en los foros, discursos justificantes de que nos encontramos en los estándares internacionales de seguridad si contabilizamos los homicidios

¹⁶ Resulta al menos de interés considerar que la mayor parte de las cárceles del mundo se encuentran pobladas por pobres, ignorantes y en general excluidos, lo que acentúa y hace evidente el proceso criminalizante seleccionador sistémico de estereotipos identificados con carencias formativas y abandono estadual.

¹⁷ En este segmento es posible identificar a cientos de jóvenes enganchados en prácticas relativas al transporte y comercialización de pequeñas dosis de estupefacientes en el marco del fenómeno social reconocido como narcomenudeo o bien a jovencitas igualmente atrapadas en sus propias ilusiones, engañadas y que son sumadas al socorrido y lucrativo negocio de la trata de personas, del cual es difícil evadirse una vez insertas.

¹⁸ Cfr. Vidaurri González Alicia, Sandoval Sánchez Augusto, Criminología, ed. Porrúa p.3, México, 2008.

¹⁹ Pareciera haber quedado muy claro en la doctrina que la creación de nuevas conductas delictivas en los Códigos Penales y el aumento en las penas, sólo genera mayor número de delincuentes y agrava la corrupción en las prisiones. A mayor número de conductas criminalizadas, necesariamente existirán más delincuentes en potencia. La pregunta es ¿se tratará sólo de fines político electorales? o los asesores de los legisladores no gustan de leer la literatura jurídico-penal más elemental.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

(ejecuciones) por cada cien mil habitantes. Se trata de un asunto de Derecho Penal en pureza o se trata de un fenómeno que poco tiene que ver con el sistema de justicia penal y la participación de sus policías²⁰. Es en tal virtud que las lógicas para estudiar al crimen deben pasar de reflexiones simplemente conductistas al estudio profundo, multidisciplinario y al diseño de dinámicas sistémicas de combate a la criminalidad, que en la vida diaria envuelven al ciudadano, cada vez más fácilmente, en la comisión de conductas de reprochabilidad de media a alta, colocándolos a un ápice de la participación habitual. En esta época con mayor facilidad se rompen los límites de las lógicas que ordenan la sensata permisibilidad de las conductas sociales y deseables en un natural sentido común, bajo el falaz pensamiento de que en esta vía es posible lograr con mayor certeza y facilidad una “más prospera forma de vivir”.

La aludida reforma constitucional aprobada en 2008, se encuentra enmarcada por el fortalecimiento de la delincuencia organizada²¹ y el recrudecimiento de la seguridad pública en los últimos años, tan fue un problema ampliamente debatido, que transitaron numerosos proyectos contrapuestos de reformas por ambas cámaras e incluso la propuesta hecha por el Ejecutivo Federal ante el Senado de la Republica, en su versión original presentaba ciertos cortes *draconianos* que de alguna forma fueron salvados o moderados²². El diagnóstico de las iniciativas era unánime, todas partían de la identificación de problemas ciertos, pero con diagnósticos parciales relativos a la crisis de la seguridad pública²³ amenazante del Estado Mexicano.

²⁰ La experiencia ha demostrado que las políticas criminológicas que han dado mejores resultados al Estado son precisamente las no penales.

²¹ En el Diccionario Crítico *el Derecho Penal a Juicio* Israel Alvarado Martínez escribe sobre la voz delincuencia organizada P 185 *Se considera delincuencia organizada a los grupos criminales establecidos permanentemente, con cierta estructura, jerarquizados y con relativa disciplina, dedicados a la ejecución de actos delictivos para obtener millonarias ganancias económicas, poder e impunidad, por medio de un sin fin de bienes y servicios legales, funcionando básicamente como empresa. Como formula delictiva ha demostrado tener gran habilidad para aprovechar las ventajas que ofrece el nuevo espacio mundial para llevar sus bienes y servicios ilícitos a cualquier parte del mundo. Excepcionalmente se entiende que es realizada con fines ideológicos (como en el terrorismo), por lo que debe atenderse su problemática más desde aspectos de contrapeso económico que como manifestaciones aisladas de criminalidad tradicional.*

²² Conferencia magistral del Senador Pedro Joaquín Coldwell presentada en las X Jornadas sobre Justicia Penal el 1° de diciembre de 2009, denominada *Reforma Penal* en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

²³ En el Diccionario el Derecho Penal a Juicio Sergio García Ramírez escribe sobre la voz seguridad pública p.512 y 513 La seguridad, valor funcional del Derecho (Recaséns Siches), figura entre los derechos humanos acreditados desde el siglo XVIII, no es posible prescindir de ella, en sus diversas expresiones: seguridad jurídica, seguridad pública y seguridad nacional. Tampoco es posible ignorar que todas se resumen, hoy día, bajo el epígrafe, seguridad humana, que ampara el desarrollo, libertad y la justicia. Con malicia e ignorancia se ha querido establecer un dilema entre seguridad pública y derechos humanos: o la una o los otros. De ninguna manera. Este es un mito pernicioso, nativo de la ineficacia, la corrupción o el autoritarismo. Quienes

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Es cierto, la carga debe repartirse y por lo que toca a las políticas públicas en materia de criminalidad, estas deben orientarse hacia la aplicación de la reforma constitucional con criterios que permitan un tránsito ordenado, gradual y viable hacia el sistema acusatorio y en cuanto a la *génesis* del fenómeno criminal deberá trabajarse sobre la base de desarrollar eficientes políticas públicas de gobierno para elevar el *status* de vida a niveles aceptables de bienestar, de modo que la suma de ambas cargas puede ser un buen comienzo para enfrentar una voraz y expansiva criminalidad en la posmodernidad.

Que exista un régimen constitucional especial para la delincuencia organizada no sólo es comprensible sino necesario, se requieren como les han llamado en el discurso oficial, “herramientas” tanto jurídicas como fácticas, para dismantlar las bien construidas organizaciones criminales, el límite para que exista asepsia en las investigaciones y en los juicios, es que exista profesionalismo²⁴ y deontología en los diversos segmentos del sistema o régimen de excepción.

El nuevo modelo de seguridad y justicia presentado constitucionalmente en Junio de 2008, es de proporciones aún no digeridas en su totalidad por políticos, académicos, funcionarios, actores del sistema de justicia penal, ministerios públicos, defensas de oficio, peritos, policías investigadores, jueces y el propio sistema penitenciario; y menos aún por los destinatarios de la norma, que confundidos, han sido “*subidos a un tobogán acuático*”, donde es prácticamente imposible reflexionar y están terminando por aceptar la cancelación de sus garantías y derechos a cambio de los esfuerzos estatales por controlar la inseguridad pública; la idea de dar seguridad a los ciudadanos como gesto generoso del estado, es más bien una obligación constitucional fundamental; quizá el punto a dilucidar estribe medularmente en que todo se ha dejado en manos policíacas y secundariamente se atienden las garantías sociales y la corrupción. Cuidar las causas de la antisocialidad es como educar a alguien, de modo que pretender reprimir sin atender y educar respectivamente, frente a la conducta desviada es meramente justificante, más no implica un verdadero compromiso.

Nuestro sistema de justicia penal está diseñado para abogados, excepción hecha del subsistema policial que puede apartarse ligeramente, tanto en temas de prevención y de investigación, aunque con la reforma al artículo 21 constitucional, se antoja que la nueva policía capaz de investigar domine las garantías judiciales y procesales más elementales. Por su parte también el artículo 18 Constitucional incluyó en la reforma

plantean ese dilema ponen la inseguridad pública en la cuenta de las garantías constitucionales. Hay que colocar las culpas y las condenas en otro sitio: sobre los hombros de quienes no pueden, no saben o no quieren retener la seguridad y proteger los derechos humanos a la vez.

²⁴ De acuerdo con Ernesto Canales Santos, la profesionalización policial debe ser evaluada por organismos independientes especializados. Cfr. Diccionario Crítico del Derecho Penal a Juicio, México, INACIPE, p. 662.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

al juez de ejecución en el modelo de reinserción social²⁵ los ministerios públicos, los jueces y magistrados responsables de aplicar la ley, lo cual cierra el espacio de participación a otros expertos de las ciencias penales como lo son criminólogos²⁶, criminalistas y médicos forenses, que decir del alejamiento de los sociólogos, antropólogos, psicólogos, economistas, urbanistas, trabajadores sociales, expertos en comunicación, ciencias políticas entre otros no menos importantes que tienen mucho que abonar para frenar el crimen, lo que al menos debiera retomarse por los legisladores frente la norma de cultura subyacente²⁷, de hecho su tarea es esa.

La Criminología para estudiar la conducta antisocial debe abreviar de esas y otras disciplinas²⁸, de hecho como todos lo sabemos no es una ciencia jurídica, pero si lo es una ciencia penal de fundamental importancia, que conjuntamente con los estudios políticos de sus diversos segmentos: criminal, criminológico y de aplicación del Derecho Penal deben ser la premisa con rectora de los diagnósticos y pronósticos criminológicos con conciencia política y ética ajustada a la realidad social.

Los esfuerzos que hacen seguridad pública en los tres ordenes de gobierno y la participación de las fuerzas armadas²⁹ se ven disminuidos o *cuasi* pulverizados frente a un envejecido sistema de justicia que trata lentamente de transformarse con los mismos recursos humanos y un poco más de financieros y casi con las mismas instalaciones, que a lo más aspiran a ser pronto restauradas y adecuadas a las nuevas necesidades del modelo reformista, que enfrentará sin duda durante su puesta en marcha prácticas con gran raigambre de corrupción, impunidad, incompetencia e ineficiencia institucional.

Todo parece indicar que las lógicas criminalizantes cambiaran en la forma y no en el fondo, entiendo que la solución de los conflictos como prioridad entraña posibles negociaciones, por lo que parafraseando a García Ramírez, *no debemos confundir la*

²⁵ Actualmente la Secretaría de Seguridad Pública Federal cuenta con el Órgano Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, organismo que deberá adecuarse a la reforma al artículo 18 Constitucional del 18 de junio de 2008, que se refiere ya a reincersión social a través del sistema progresivo técnico.

²⁶ En la práctica el Criminólogo es un invitado al proceso penal con funciones muy específicas y limitadas, su dictamen puede o no ser, en su caso, determinante en la resolución final del juzgador.

²⁷ La norma de cultura subyacente deviene precisamente de la percepción ciudadana sobre la aceptación o repulsa de determinadas conductas, de modo que esto debe orientar al legislador para penalizar o despenalizar conductas bajo el principio de última *ratio*.

²⁸ La criminología se encuentra conformada por la suma casuística de toda ciencia, técnica o arte interesada en el segmento objeto de investigación, de modo que es una ciencia que exige profundos conocimientos.

²⁹ En el caso de la justicia militar se ve lejana la implementación de la reforma constitucional multireferida, salvo que la intención política sea de alguna manera excepcionarla, sin embargo no olvidemos que el micro sistema de justicia penal militar se encuentra subordinado al orden constitucional y que no se trata de la existencia de un pequeño Estado dentro de otro de mayor dimensión que pueda juzgarse así mismo los actos criminales de sus pares y posibles violaciones a derechos humanos como se reclama internacionalmente.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

negociación con la justicia, de suerte que si seguimos ese patrón equivocado, sortearán con mejores resultados a la justicia penal quienes potencialmente puedan solucionar los conflictos, claro se habla ahora de ciertos delitos, pero como todo, el modelo poco a poco ira cediendo y comprenderá cada vez mas hipótesis, por lo que la opresión, el abuso y la ignominia de los más criminalizables será ascendente, sistémica, y progresiva al acentuar las diferencias entre capaces e incapaces de solucionar conflictos.

La diferencia vinculante entre la delincuencia común y organizada es sólo de encuadramiento a un determinado tipo penal³⁰, particularmente ahora que han proliferado los llamados genéricos o abiertos³¹ y en blanco³², por eso es importante trabajar desde la educación y el cambio de actitud, en fortalecer decididamente la cultura de legalidad³³ ciudadana y de las autoridades responsables de la administración pública, los ciudadanos nos encontramos frente a una responsabilidad compartida con la autoridad. Saltar de uno a otro modelo de criminalidad es relativamente fácil, recordemos que se avanza delincencialmente en la proporción en que se van rompiendo los límites establecidos en la ley, particularmente en el orden penal.

2. Criminalidad común y organizada: dos realidades distintas vinculantes.

Existen dos parcelas distintas que presentan puntos de interconexión que en materia de criminalidad deben ser atendidas en México, por una parte la delincuencia común de carácter ocasional que puede ser dolosa, eventual o vinculada con adicciones,³⁴ e incluso negligente, que no previo, siendo previsible, o simplemente

³⁰ Si entendemos que tipicidad es la exacta adecuación de la conducta al tipo descrito en la Ley penal, nos queda claro que, entre mas formas comisivas tenga un tipo, será mas sencillo criminalizar a cualquiera, de ahí que sea relativamente fácil que se transite de la delincuencia común a la organizada.

³¹ Se trata de figuras delictivas indeterminadas, reprimidas con penas elevadas, que admiten cualquier forma delictiva. Ej. Al que de cualquier manera...Al respecto se argumentado que la necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión en la descripción de la conducta típica. A través de la historia se han utilizado con el objeto de poder encarcelar a los opositores políticos o tienen ideologías diferentes.

³² Los tipos penales en blanco indican la sanción sin describir de manera completa la hipótesis conductual, remiten a otra disposición jurídica o a instrumentos de menor rango jurídico normativo, que incluso puede llegar a ser de tipo reglamentario, cuya redacción, esto es el enunciado normativo de que se trate pasa por diseño normativo a constituir parte del tipo penal en esta modalidad.

³³ Es simplemente conducirse conforme lo ordena la ley, con apego a sus mandatos por convicción de que eso produce el equilibrio social, la sana convivencia y genera ambientes de civilidad y progreso.

³⁴ Se trata de un problema repartido, la salud pública reconoce cuatro millones de adictos, una mitad corresponde a salud pública, se entiende como patología, y otra a seguridad publica por involucrar posesión, transporte y venta de la droga. (prácticas de narcomenudeo). Sin olvidar la vinculada con consumo de alcohol.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que su conducta delictiva derivó de la violación a un deber de cuidado³⁵ y la delincuencia organizada que es objeto de guerra³⁶ frontal, muy particularmente contra el narcotráfico³⁷.

En diciembre de 2006, el Titular del Ejecutivo Federal, declaró la Guerra contra el narcotráfico en la que involucra a las Fuerzas Armadas, con un resultado a diciembre de 2009 de 150 militares muertos en emboscadas, accidentes aéreos, operativos e incluso secuestrados y 15 mil muertos aproximadamente, sin señalar cifra oficial o extraoficial, para ser justos, (más de 6 mil); en despliegue nacional hay mas de 45 mil militares y 20 mil policías federales, al respecto las decenas de videos que circulan por interés al respecto son muestra de la magnitud e impacto de la actividad del Estado y sus consecuencias en el tema. Si suponemos que el narcotráfico, léase los delitos contra la salud, constituyen delitos del fuero federal, como lo son, tal presencia significa una importante militarización de la seguridad pública en México.

Las patologías de la humanidad se identifican con los preceptos y lineamientos que a través de la norma de cultura subyacente, la sociedad establece como patrones de conducta y que son transgredidos por aquellos individuos que no se apegan a la norma por múltiples causas, de tal suerte que las conductas desviadas de los individuos vienen a constituir el equilibrio social, dicho en otras palabras, los delitos y las conductas antisociales entendidas como patologías se hacen necesarias para que el resto de la colectividad rechace tales conductas por estimarlas deleznable.

Teorizar o recuperar teorías es fundamental para la reflexión en el terreno de delincuencia común, de modo que una aproximación a los factores de la delincuencia nos obliga esbozar las teorías psicomorales, que se centran primordialmente en el “*pathos*”, “talante” o temperamento y “*ethos*”, “carácter” del individuo, para dar inteligibilidad a su comportamiento. Aquí su comportamiento antisocial o delictivo.³⁸ Para José L. López Aranguren, *son conceptos correlativos. Si pathos o talante es el modo de enfrentarse, por naturaleza con la realidad, ethos o carácter es*

³⁵ Todas las personas somos susceptibles de cometer delitos, tratándose de los dolosos se incrementa la posibilidad en el supuesto de encontrarnos en estado de emoción violenta y los culposos juegan una vinculación más azarosa, en las tareas diarias, manejar por ejemplo, es común que violemos ciertos deberes de cuidado o seamos imprudentes o no previsores de ciertas posibles consecuencias que potencialmente pueden violar o poner en peligro bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal.

³⁶ Es de estimarse de acuerdo con los criterios de expertos de la Guerra que estas son entre iguales, por lo que el Estado no debiera consolidar el concepto estratégico para la exterminación del fenómeno por no ser su igual, el Estado siempre debe ser superior, pensar inversamente es ponderar la posibilidad de su progresivo debilitamiento.

³⁷ El concepto narcotráfico implica una connotación más sociológica que jurídica, se trata en realidad de la comisión de delitos contra la salud previstos en el Código Penal Federal y de los que en muchos casos igualmente se ocupa la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

³⁸ Herrera, Herrera César, *Criminología*, Editorial Dickinson.. P 297, Madrid, 2001.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

el modo de enfrentar, por habito, con esa misma realidad (...) Talante y carácter son pues, los polos opuestos de la vida ética premoral... Este autor estima que el hombre constituye una unidad radical que envuelve en sí sentimientos, inteligencia, naturaleza, moralidad, talante y carácter. La personalidad será criminal cuando, partiendo de reductos intrapsíquicos, el individuo sale al exterior agrediendo o lesionando, con valores antagónicas, contravalores o desvalores, los valores máspreciados de la colectividad o comunidad.

De modo que la personalidad³⁹ juega un rol fundamental para la criminología, lo que es normal por su directa relación con las conductas del hombre. La factorialidad delincuencia dentro de la sociología funcional es importante revisarla en la Escuela de Chicago en la que se destacan por su importancia la orientación ecológica⁴⁰, la socializacionista-conductista⁴¹, la subcultural⁴² y la anómica⁴³.

La Criminalidad común, esto es la que estudia las conductas antisociales en sentido *lato* que pueden o no ser reguladas en la ley y los delitos en sentido estricto que pueden ser considerados graves o no, aquí podemos caber todas las personas y por ello, se dice que es más garantista, de hecho la tendencia mundial apunta hacia humanizar los procedimientos penales; es posible mirar la sociología criminal planteada por don Héctor Solís Quiroga con asombrosa actualidad, la vigencia de su pensamiento nos invita a reflexionar, cuando propone: *Entre los hechos que las*

³⁹ La personalidad para Giacomo Canepa es clave para la investigación criminológica, pues tal concepto asume una posición central. Se trata de un concepto dinámico desde donde han de examinarse sus componentes biológicos, psicológicos y socioculturales con el fin de descubrir, metodologica o fenomenológicamente, los factores múltiples de la conducta.

⁴⁰ C.R. SHAW y H. D. McKay, afirmaron que existía una estrecha relación entre desorganización social y entre crimen y delincuencia. La sociedad sería como un organismo vivo cuyas disfunciones (sanitarias, docentes, laborales, de vivienda, de tiempo libre, de entendimiento...) generan disconformidad social y en general y delincuencia en particular. tanto la criminalidad la estimaron como resultado de la quiebra de los controles sociales relacionados con los tradicionales grupos primarios como la familia y la vecindad. R Park y E. Burgess en el primer tercio del siglo xx usaron el concepto de ecología para explicar el crecimiento de las ciudades.

⁴¹ Sutherland en esta línea afirma que los seres humanos aprenden a delinquir, de los demás, que cada persona asimila, forzosamente, la cultura del medio, salvo que existan, a la par otros modelos que se opongan. Esta teoría hunde sus raíces en las corrientes psicológicas denominadas conductistas o comportamentistas. Lo mismo que se aprenden comportamientos neutros (trabajar o estudiar) se aprenden las conductas antisociales.

⁴² M.E. Wolfgang y F Ferracuti estiman que una subcultura implica que existen juicios de valor o todo un sistema social de valores que siendo parte de otro sistema más amplio y central, ha cristalizado aparte. Vista la situación desde la cultura dominante y más amplia, los otros valores de la cultura segregaran a la primera y obstaculizan la integración total, causando en ocasiones conflictos abiertos o encubiertos.

⁴³ R. K. Merton se refiere a la situación anómica (anomia) en cuanto al nacimiento de la misma, como consecuencia de que muchas personas no pueden satisfacer sus apetencias “culturalmente inducidas”. La sociedad propone al individuo objetivos de realización personal, como el éxito económico político, alto “status social”, generalmente relacionado con la riqueza. Sin embargo esta misma sociedad no proporciona ni medios ni verdadera igualdad de oportunidades para alcanzar esos “ideales”.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

*colectividades humanas dañan, disocian o violan las leyes o normas, hay una clase especial llamada delincuencia o criminalidad, que habitualmente es concebida como la de más graves consecuencias.*⁴⁴ El maestro Solís Quiroga, logra identificar que la sociedad presenta cierta incapacidad para poder identificar las conductas que aprecia como contrarias al orden social y conocer si constituyen delito o no, esto atendiendo a su grado de cultura, que no de riqueza, de modo que explica: existen conductas que la sociedad toma como delictuosas pero que en realidad no lo son porque no están tipificadas como delitos⁴⁵; conductas y circunstancias que la sociedad no toma como criminales, pero que se encuentran tipificadas en las leyes penales o no penales⁴⁶; hechos que tanto las leyes como la sociedad consideran como criminales o delictuosos⁴⁷.

Dentro de la delincuencia común existe una *cuasi* imperceptible como tal, se le procesa socialmente como accidentes, pero sin duda impacta la estadística criminal y es objeto de interesantes estudios criminológicos, como el realizado por Álvaro Vizcaíno Zamora, sobre reflexiones en torno a los accidentes de tránsito, primera causa de muerte juvenil en México, *los accidentes de tránsito constituyeron la primera causa de fallecimiento en jóvenes de entre 15 y 34 años de edad, en el Distrito Federal, Estado de México, Jalisco y Nuevo León, según cifras del Instituto Nacional de Geografía, Estadística e Informática (INEGI). En este año (2007), solamente en esas cuatro entidades fallecieron 689 jóvenes. Poco más de la mitad de estas muertes se produjeron en fines de semana y en muchas el alcohol jugó un papel preponderante.*⁴⁸

De manera que la criminalidad común tiene, como se aprecia, cierta carga de cotidianidad en el natural interactuar diario de las personas, por lo que la cultura, las modas, el nivel de bienestar, la civilidad y la educación, son fundamentales para aspirar a una prevención integral del delito, es momento de apartarnos de las ideas de que es únicamente mediante la prevención general y especial, que conjuntamente con la investigación para la prevención y la extrema reacción como se puede disminuir la creciente proliferación de conductas transgresoras del orden social.

⁴⁴ Cfr. Solís Quiroga, Héctor. Sociología Criminal P 33, editorial, Porrúa, México, 1985.

⁴⁵ El consumir estupeficientes, la comisión de delitos llamados imposibles (privar de la vida a un muerto, robarse a si mismo etc), realizar conductas socialmente rechazadas, casos de desistimiento o arrepentimiento en que se evita violentar un bien jurídico tutelado, o las conductas que atentan contra sus personales códigos morales y las consideran muy graves.

⁴⁶ Este caso es ciertamente común, la ignorancia es un fiel aliado de la dinámica de captación del sistema penal léase el caso de transportistas de contrabando y droga, el transportar grandes cantidades de dinero de otra persona cuando se desconoce su origen, el ser testaferro o prestar el nombre para hacer inversiones bancarias, comprar propiedades o bien prestar algún tipo de ayuda indirecta a los involucrados en delitos.

⁴⁷ Aquí es fácil identificar los delitos de alto impacto, tales como los clasificados contra la vida y la integridad corporal, la libertad, la propiedad y contra la seguridad interior y exterior de los Estados entre otros.

⁴⁸ Cfr. Vizcaíno Zamora, Álvaro, Reflexiones en torno a los accidentes de tránsito, primera causa de muerte en México, en Criminogenesis 0, Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, P187 y 188 México, 2007.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Es tiempo de apostar también a la empatía, la tolerancia, la aceptación del desarrollo en la diversidad, la vigencia de la norma, para transitar a la deseada cultura de la legalidad, sólo que no podemos olvidar que el presupuesto de la legalidad es la legitimidad y en este sentido las normas deben ser en verdad generales, no sólo discursiva sino fácticamente, con criterios de igualdad y en lo posible justas para sus destinatarios. Que existan delitos es en cierta forma normal, busquemos controlarlos no sólo con sustento penal.

En la delincuencia organizada el esquema de investigación es distinto y sofisticado, oculto, hermético, digamos que se sustenta en figuras novedosas que poco a poco se han insertado en la ley de la materia, lo que no quiere decir que no se practicaran investigaciones con ellas antes de su legalización, así los instrumentos de investigación penal de la delincuencia organizada más identificados y utilizados en México son: la infiltración de testigos *cobra importancia al permitir el conocimiento de las estructuras de la organización*; intervención de comunicaciones privadas *es una excepción al derecho fundamental de la inviolabilidad de intervenciones privadas lo que se traduce en una norma permisiva para investigar en delincuencia organizada*, la colaboración *consiste en la ayuda que un miembro de la delincuencia organizada presta a la autoridad investigadora para indagar y perseguir a otros miembros de la delincuencia organizada*⁴⁹, el cateo *la diferencia con el Código Penal Federal es que el Juez Federal deberá resolver en 12 horas, contadas a partir de la recepción de la solicitud del cateo*, protección de los sujetos procesales y auxiliares del proceso *Es obligación de la Procuraduría General de la República prestar apoyo y protección suficiente para preservar la vida y la integridad de los sujetos procesales*, la recompensa *se determina por acuerdo del Procurador General de la República y se otorga a quienes presten auxilio eficiente*, la información anónima *es un instrumento porque las personas tienen miedo a denunciar delitos contra la salud y de delincuencia organizada*, el arraigo *medida cautelar de carácter personal en la dilucidación de los hechos que se imputan al arraigado*, la reserva de las actuaciones de la averiguación previa *tienen acceso exclusivamente el procesado y su defensor y sólo con relación que se imputan al primero*, el aseguramiento de bienes y los instrumentos de investigación penal⁵⁰.

En concordancia con el pensamiento de Roberto Andrés Ochoa Romero, quien se ha especializado en Justicia Penal y colaboración con la autoridad con especial acento en Delincuencia Organizada *un cierto número de elementos delictivos específicos, que casi siempre presentan estructuras organizadas de manera nacional o internacional, se enfrentan a estos intereses fundamentales y, en la mayoría de los casos, logran violentar la integridad institucional de muchos países; este tipo de actividades de narcotráfico, terrorismo, tráfico de*

⁴⁹ Los elementos de prueba que aporte o se deriven de las averiguaciones de averiguación previa que se inicie con su colaboración no serán tomados en cuenta en su contra, o sea se le concede una especie de inmunidad.

⁵⁰ 1) Instrumentos de impacto exógeno (de fuera de la organización hacia adentro)...2) Instrumentos de impacto endógeno (de dentro de la organización hacia fuera)... Cfr. Investigación del Instituto Nacional de las Ciencias Penales, sobre la delincuencia organizada, coordinado por Rafael Macedo de la Concha en 2004.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

indocumentados y agresiones al patrimonio económico (blanqueo de capitales) entre otros. La delincuencia organizada es, por lo tanto, uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial y del que México no es la excepción.

La delincuencia organizada es un segmento aparte que no sólo comprende la comisión de delitos contra la salud, y la puesta en riesgo de la Seguridad Nacional⁵¹; sino muchos otros delitos igualmente flagelantes para la sociedad y es aquí donde toca opinar a la Criminología, por ser llamados delitos paralelos al fenómeno del narcotráfico, lo que hace pertinente revisar las siguientes modalidades:

A) Trata de Personas.

La visión victimista de la trata de personas no tiene fronteras y es producto de la globalización como lo advierte María de la Luz Lima Malvido, bajo una perspectiva de delincuencia organizada en la correlación crimen-migración, que presenta limitaciones no advertidas⁵², por lo que de acuerdo con esta autora en su artículo Víctimas de delincuencia organizada, trata y tráfico ilícito de personas, publicado en un número monotemático de delincuencia organizada de la Procuraduría General de la República⁵³, sólo si logramos integrar la multidimensionalidad del fenómeno social (el crimen organizado) estaremos en posibilidad de darle una respuesta eficaz.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la trata de personas⁵⁴ es uno de los negocios ilícitos más rentables del mundo en el que aproximadamente dos millones de personas son víctimas en sus diferentes modalidades, lo que nos obliga a pensar que Latinoamérica es tierra fértil para el fenómeno y que particularmente México, tema que ahora nos ocupa, presenta circunstancias y condiciones de idealidad para su práctica, entre las que destacan la pobreza, la corrupción, la impunidad. El que la política de investigación policial visualice más

⁵¹ El término de Seguridad Nacional es relativamente nuevo en el lenguaje político mexicano, y hace apenas más de una década aparece en documentos oficiales y en el lenguaje académico. Por supuesto no es que previamente el Estado Mexicano no dispusiera de instrumentos y doctrinas militares o aparatos policíacos y de inteligencia política. La novedad consiste en que la Seguridad Nacional aparece como una meta en las políticas estatales, y se dará atención a los problemas de institucionalización y coordinación... Cfr Vidal de la Rosa, Godofredo, *Reflexiones sobre la seguridad nacional de México*. p174, en seguridad y soberanía Nacionales en América Latina, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1994.

⁵² Sólo se ha visto la dimensión criminológica desestimando su contexto socioeconómico y político; el tema se aborda exclusivamente en términos de políticas nacionales; no se analizan los antecedentes históricos del problema y su vinculación con la migración; no existen estudios profundos sobre las categorías migratorias.

⁵³ Cfr. Revista Mexicana de Justicia, Los nuevos desafíos de la PGR, Número 4, P 105, México, 2004.

⁵⁴ En voz de Rodger D Garner, Director de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID/México, la trata de personas en un delito que atenta contra dos de los tesoros más preciados del ser humano: la libertad y la dignidad. Es responsabilidad de la sociedad, las instituciones y los gobiernos... Las víctimas de este delito merecen toda nuestra atención y nuestro esfuerzo para proteger íntegramente sus derechos y reparar el daño que han sufrido. Cfr. La Legislación Penal Mexicana en Materia de Trata de Personas y los Delitos Relacionados, USAID, primera edición, nota introductoria, México, 2009.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

acentuadamente al narcotráfico sobre otros temas que son igualmente dañosos, la hacen miope, por decirlo suave, frente a semejante factor de descomposición social, que además a superado los estereotipos reconocidos al diversificarse de sorprendente manera.

Lamentablemente la visión sobre la trata se ha menospreciado, como si fuera un mundo aparte, del que podemos servirnos, usar y desechar al humano es su premisa, de modo que hemos llegado al grado de socializar las conductas y aceptarlas, un elevado porcentaje de personas, de diversas orbitas sociales y culturales se permite convivir en sitios de bailes exóticos para adultos, de múltiples categorías, se supone y hace gala de la belleza de los protagonistas de quienes se pueden obtener acercamientos íntimos a cambio del pago de una determinada cantidad de dinero que incluso se controla por boletaje, para garantizar el rendimiento de la explotación.

El tema se complica frente al manejo de la doble moral, sólo unos pocos lo ven como delito en esta variable, no es difícil encontrar visitando estos sitios a funcionarios y elementos de la policía y la procuración de justicia incluso de otras instituciones relacionadas con el servicio público; Más para los empresarios y la autoridad participante es un formidable negocio. Valga precisar que la trata en su modalidad de explotación sexual, es diferente al libre ejercicio de la prostitución.⁵⁵

En México existe resistencia, distracción o tal vez falte mayor autonomía judicial, por qué a pesar de existir a rango constitucional la obligación de observancia de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Senado de la República, pareciera ignorarse tal circunstancia en el ámbito de las políticas públicas, así por ejemplo el Protocolo de Palermo se ocupa de definir la trata de personas como *la captación, el transporte, el traslado, la acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, o de situación de vulnerabilidad o a la concepción o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.*

La trata de personas como delito que presenta variables de delincuencia organizada generalmente, tiene tres fases identificadas para su disección, que son la actividad⁵⁶,

⁵⁵Dentro de los sistemas de apreciación sobre el fenómeno de la prostitución, destacan: el reglamentarista (da reglas y pone límites a su ejercicio) prohibicionista (la ve como un delito y criminaliza todas las prácticas relacionadas) y el abolicionista (la ve como un derecho de las personas y permite su libre ejercicio y elimina la trata de personas).

⁵⁶Captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los medios⁵⁷ y el propósito⁵⁸. Es importante decir que México cuenta con instrumentos legales para combatirla, además del aludido protocolo, dado que existen los siguientes: Ley Federal de Delincuencia Organizada, Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, y 20 Estados cuentan con leyes para prevenir y sancionar la trata de personas, lo que de suyo constituye un avance temático legislativo, pero la ley *per se* no combate a la trata de personas, se deben diseñar serias estrategias para tal efecto, lograr un serio compromiso institucional, no discursivo, y establecer las políticas públicas correspondientes, valga preguntar; con independencia a las características sociales y culturales de la población, porque en ciertas Entidades federativas o bien municipios o delegaciones, para el caso del Distrito Federal, es muy prolija y en otros espacios gubernamentales es muy reducida e incluso prácticamente no existe.

El Protocolo de Palermo establece el mínimo de elementos que la ley penal debe observar en la redacción de sus tipos penales para estar en posibilidad de combatir la práctica de la trata de personas, en el caso de México son pocos los Estados que cumplen cabalmente con la disposición internacional⁵⁹. Algunos otros cuentan con los tipos penales, pero no cumplen con los estándares internacionales señalados en el Protocolo de la materia⁶⁰. En otros casos los Estados cuentan con un tipo penal de trata de personas pero sólo abarca la prostitución u homologan el lenocinio a la trata.⁶¹ E incluso en México existen Estados que carecen del tipo penal respectivo.⁶² Lo que nos muestra un mosaico de variables legislativas, que dicho sea, no siempre coinciden con los niveles de práctica de la trata de personas en las respectivas geografías reguladas, circunstancia por la cual podemos considerar que son muchos otros los factores y variables que facilitan la práctica criminal, pocas veces observadas estadualmente, para diseñar la política Criminológica correspondiente.

B) Robo de Vehículos.

La cadena de complicidades en el tema del robo de vehículos hace complejo, por decir lo menos, este tipo de asuntos criminales que de *facto* se estima son irresolubles

⁵⁷ La amenaza o uso de la fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación.

⁵⁸ Esa explotación, incluirá como mínimo, la explotación de la sexualidad ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o la práctica análoga a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

⁵⁹ Chihuahua, Guerrero, Estado de México, Morelos, Oaxaca, Sonora y Zacatecas.

⁶⁰ Aguascalientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, y Tlaxcala.

⁶¹ Hidalgo, Querétaro, Sinaloa, Tabasco, Veracruz y Yucatán.

⁶² Baja California Sur, Chiapas, Durango, Nayarit, Nuevo León, y Tamaulipas.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

en el terreno de la investigación⁶³, baste decir que en la agencia del Ministerio Público la víctima simplemente y sin recibir muestras de empatía de la autoridad debe llenar un formato que es ratificado y el asunto forma parte de la estadística, no se cruza la información policial con la de investigación. Debe hacerse un diagnóstico sobre la magnitud del problema y los negocios lícitos paralelos que en torno de este existen, léase la venta de autopartes, se trata de un delito del fuero común de impacto federal.

El diagnóstico que se requiere es con criterios unificados a nivel nacional de robo de Vehículos se trata de una asignatura pendiente de las procuradurías del país, en donde coordinadamente se retroalimenten las policías investigadoras⁶⁴ con apoyo en bases de datos confiables⁶⁵ para trabajar el tema con elementos más eficientes; no obstante ello la problemática sigue, y peor aun se incrementa, ¿será que favorece o es de interés para algún sector que se roben los vehículos?

Al respecto el Sistema Nacional de Seguridad Pública y las procuradurías no han logrado cruzar fidedigna y oportunamente la información, proliferan abiertamente las áreas comerciales perfectamente identificadas por la autoridad de venta de auto partes y si bien es uno de los delitos más denunciados, lo es porque es presupuesto para tras la satisfacción de otros requisitos incluido el temporal, procedan los contratos de seguros a favor de las víctimas de los robos.

El aporte técnico para abatir esta práctica invita a considerar el reemplacamiento que sería un ejercicio para identificar vehículos robados⁶⁶, si para ello se siguiera un programa nacional, el problema estriba en que cada entidad expide sus propias placas y lleva sus propios controles, se trata también de un tema recaudatorio y político. La identificación vehicular es una estrategia rara vez recurrida particularmente con los transportistas, valga decir que la sistémica rutina poco respeta los derechos humanos⁶⁷, pero que corregida, permitiría identificar otras conductas como posible transporte de droga. La policía, los peritos y los agentes

⁶³ En efecto existen algunos delitos que pueden ser o no de bagatela que la autoridad en la fase de investigación estima como irresolubles.

⁶⁴ Desde la 3a Reunión Regional del Programa Nacional para Combatir el Robo de Vehículos, Zona Centro-Occidente, el 30 de marzo de 2004, fiscales y directivos de las procuradurías de las zonas coincidieron en proponer como mínimo en la denuncia para fines de registro de las bases de datos, número de placas, nombre y datos de localización del denunciante, fecha, número de control asignado, entidad, número de averiguación previa y en su caso de juzgado, sin que ello se allá consolidado.

⁶⁵ En la XIV Conferencia Nacional de Procuración de Justicia se creo el Comité Técnico de Policía Judicial y/o Ministerial que entre otros temas atendería este como prioritario.

⁶⁶ Existen problemas prácticos sobre los que se puede legislar en las normas oficiales que impidan lamentables confusiones como el caso de los números de motores duplicados por NISSAN MEXICANA que repite cada 5 años, al menos hasta el 2004.

⁶⁷ Las experiencias con retenes y las llamadas volantas móviles, también se asocian con la deseada corrupción, abuso y extorsión, lo que refleja que parte del problema esta en la profesionalización policial

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ministeriales, al menos los responsables de investigar el robo de vehículos, deberían recibir capacitación especializada sobre identificación vehicular por parte de plantas armadoras e instituciones privadas, para evitar improvisaciones.⁶⁸ Es importante señalar que las nuevas tecnologías irán sofisticando el fenómeno, con los chips de localización y las políticas empresariales que buscan sumarse a la solución del problema y ofrecen por ejemplo sustituir por la parte robada del vehículo nuevo a título gratuito por los primeros dos años.

En los aportes básicos de técnica de investigación también hace imperativo crear fichas criminógenas de integrantes de bandas y su *modus operandi* que compartan las policías en los diversos ordenes de gobierno y las procuradurías, particularmente la de la República, instancia única responsable de investigar delincuencia organizada.

La criminología a través de sus expertos, debe hacer un alto para reflexionar sobre el enfoque de sus estudios y visualizar el factor económico de la comisión de los delitos de esta naturaleza, no se trata en lo habitual del rebelde que roba el auto para divertirse, ni del ocasional que se le ocurre apoderarse de un vehículo para intentar venderlo o comercializar sus partes; estamos frente a un fenómeno criminal donde participan muchas personas de diversos niveles económicos y con diferentes roles, segmentadamente, incluso dentro de las autoridades del orden, que cubren cuotas sistémicas de protección, por lo que, además de trabajar en mejorar la técnica de investigación policial y ministerial, debe hacerse, en estos tiempos inteligencia y con base en ello, romper los círculos perfectos del delito en donde los intereses personales superan a los públicos, dicho en otras palabras, se requiere un código de convicción ética política y del servicio público que asuman como propio los actores públicos en beneficio de los ciudadanos y su seguridad.⁶⁹

C) Robo de identidad, secuestro y tráfico de órganos.

Lo verdaderamente trascendente de este tipo de practicas es su altísima vinculación con el natural respeto que entre personas nos debemos, para preservar la libertad y la integridad corporal e incluso la vida en los casos de (secuestro y tráfico de órganos) supuestos que se encuentran regulados a pesar de las vertiginosas variables que presenta la práctica evolutiva del quehacer delincencial, valga recordar los terribles

⁶⁸ Identificar un vehículo tiene sus particularidades, existen las llamadas clonaciones muy bien realizadas, e igualmente localizar un (clavo), escondite natural o diseñado para transportar generalmente droga en los vehículos, requiere cursos especializados que en este último caso los mejores capacitados son los policías experimentados en el segmento con mayor tiempo de servicios.

⁶⁹ Sin embargo, importantes mandos de policía de hace décadas son los que continúan al frente de las organizaciones, se trata de grupos de policía, control e inteligencia, *cuasi* inquebrantables de personajes, que conociendo “las tripas del modelo”, saltan de una corporación o dependencia del sistema político o penal, del orden y la disciplina a otra, manteniendo consigo la información y por ende el poder y el control, en una lógica de compromisos recíprocos. El reto de legalidad institucional, también es de grandes proporciones. No es raro identificar que ex funcionarios funden empresas de seguridad, de sistemas de localización satelital, e incluso provean de información a la autoridad en turno, a cambio de beneficios encubiertos.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

casos de atipicidad experimentados por las autoridades de las procuradurías al no poder criminalizar, en su momento, las modalidades de secuestro express y secuestro virtual respectivamente, en tanto que el robo de identidad no se encuentra tipificado específicamente, es relativamente fácil mutar de identidad, suplantar la de otro, vivo o muerto y no puede pasar desapercibida la sistémica desaparición de personas⁷⁰ tanto en las urbes como en las provincias y el ambiente rural.

La suplantación de identidad encarna nuevos riesgos de control, permite la comisión de prácticamente cualquier delito, particularmente de los que no son cometidos por propia mano y en las modalidades de participación, lo que complica la tarea de las instancias del sistema de justicia penal, lleva al desacierto en las resoluciones judiciales y puede propiciar inseguridad jurídica a nivel superlativo.

Las realidades se comienzan a hacer más públicas en materia de tráfico de órganos, aunque noveladamente, desde mediados de la pasada administración se publican libros que revelan problemáticas concretas del tráfico de órganos al respecto se encuentran abiertas francamente pocas indagatorias, es conveniente citar el libro *Cosecha de Mujeres, safari en el desierto mexicano*, de Diana Washington Valdez que por ejemplo refiere: *Las cosas comenzaron a tomar rumbo cuando la Procuraduría General de la República accedió investigar, por lo menos los más recientes asesinatos. Sin embargo, los investigadores federales asignados a la Unidad de Delincuencia Organizada provocaron el asombro de la comunidad al anunciar, en el 2003, que había la posibilidad de que por lo menos 14 jovencitas hubieran sido asesinadas para despojarlas de sus órganos... El FBI y otros oficiales de la policía de Estados Unidos se burlaron de la hipótesis de tráfico de órganos... Vasconcelos admitió que no había pruebas para sustentar la teoría del tráfico de órganos y puso en libertad a los sospechosos.*

Ahora bien es importante destacar que en el marco de la reforma constitucional multireferida y que incorpora la participación de la policía en la investigación de los delitos, particularmente los federales, se plantea un Nuevo Modelo Policial, cuyo objetivo general, es lograr la transformación de las corporaciones policiales en el país, bajo un nuevo Modelo Policial que incorpore a la actuación de los modelos de seguridad pública y penitenciaria, estándares de operación unificados, mediante la homologación de procesos, procedimientos, métodos y protocolos de operación policial⁷¹.

El modelo se sustenta en 11 componentes básicos que se interrelacionaran entre sí, de acuerdo con el titular de la secretaria de seguridad pública: *El diseño de este nuevo modelo de policía prevé la atención cotidiana de la inseguridad, pero también tiene una visión de largo plazo; es decir, la meta es solucionar lo inmediato y, a la vez, edificar una*

⁷⁰ La coordinación de presuntos desaparecidos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, responsable de integrar las quejas por desaparición forzada ha dado escasos resultados a través de su existencia.

⁷¹ Cfr. Nuevo Modelo de Policial publicado por la Secretaria de Seguridad Publica Federal p. 16 México, Septiembre del 2008.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

*policía eficaz que garantice una vida mejor y un México mas seguro para las futuras generaciones de nuestro país*⁷².

Sin duda, un delito vinculante con los dos anteriores y necesario para su realización es el secuestro, que requiere para ser enfrentado de manera eficaz de inteligencia estratégica de estado, y evidentemente esta inteligencia debe concentrar sus ejercicios no solo en la inteligencia política, policial, militar y de procuración de justicia, sino que con base en todas ellas debe buscar acercarse a esta posibilidad; Por ello los componentes de coordinación, modernización, homologación, organización, participación ciudadana y proximidad social, prevención del delito, desarrollo policial, evaluación y control de confianza, organizaciones y estandarización salarial, tecnologías de la información y telecomunicaciones (plataforma México)⁷³, operación policial (Análisis e inteligencia policial, Operación y despliegue, Control operativo.) y transparencia y evaluación de la actuación policial.

El instrumento pareciera tener muy buenas intenciones, y no cabe duda que ha llevado trabajo y esfuerzo para su realización, sin embargo, insiste en que es la vía para elevar el nivel de bienestar y lograr la seguridad, cuando desde otras perspectivas mas integrales, no puede escapar a la reflexión que el tema de la inseguridad pública sea exclusivamente tarea del sistema de justicia penal y concretamente policial.

Son las políticas públicas de los diversos segmentos de la administración, las que en un momento dado conjuntadas y coordinadas, pueden gradual y sistemáticamente corregir la vertiente de violencia y la escalada delictiva, es claro que si existen cada vez mas personas de la generación *nini*⁷⁴, como lo ha apuntado el rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, José Narro Robles, los jóvenes podrían pasar a ser reclutados en las filas de la delincuencia y sumarse a las lógicas de la antisocialidad, por eso, es importante reparar que el estricto endurecimiento del la justicia penal y control policial, poco abonara a la solución del problema si nos apartamos de impulsar el desarrollo bajo otras políticas públicas que abonen al

⁷² Genaro García Luna, en el último párrafo del prólogo del instrumento denominado “ Nuevo Modelo Policial” Referido *up supra* p.3.

⁷³ Es un instrumento informático que interconecta todas las tecnologías de información y telecomunicaciones para hacerlas accesibles a las instituciones de seguridad pública, con el objeto de que cuenten con todos los elementos de información para prevenir el delito y combatir la delincuencia, mediante el desarrollo de herramientas informáticas que operen en forma homologada en todas las instancias de prevención, procuración y administración de justicia del país. Fuente: Nuevo Modelo Policial de la Secretaria de Seguridad Pública.

⁷⁴ Se entiende que pertenecen a la generación *nini*, aquellos jóvenes que ni estudian ni trabajan, que son altamente depresivos y se encuentran desorientados, por lo que su proclividad para ser victimizados, o bien para agregarse a los victimarios es muy alta, por que esto además se asocia a la falsa expectativa que a través de las rutas de la delincuencia se pueden alcanzar los niveles de bienestar ordenados por la globalización y así garantizar el “éxito”.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

desarrollo, la reconstrucción del Estado Constitucional de Derecho, la orientación social progresista y a la civilidad. En una creciente población casi incontrolable donde los jóvenes parecen ser demasiados, se hace imperioso su control, en el mejor de los casos para evitar la suplantación de personas o el robo de identidad, a la sazón la Secretaria de Gobernación ha propuesto una cedula unida de identificación cuyo objetivo encubierto son los jóvenes y la realidad presenta dos posibilidades, o prevención o control absoluto de la persona; hacemos votos por que se trate de la primera hipótesis.

Turismo Sexual.

El turismo sexual es una practica de realización oculta que se ha diversificado y expandido a una velocidad que impresiona, las nuevas tecnologías han sido su aliado y las redes internacionales y nacionales su mecanismo para operar en donde se involucran desde taxistas, guías de turistas, personal de la industria hotelera y de modo que el Estado debe involucrarse para cerrar los círculos de tan jugoso negocio. Es claro que el turismo sexual puede ser considerado como una modalidad de la trata de personas, pero dada su gravedad ha sido abordado en forma independiente en este trabajo. En este orden de ideas viene a cuenta un magnifico estudio sobre delitos relativos a la prostitución, de Rogelio Barba Álvarez, trata los puntos finos y aún los más oscuros del fenómeno de la prostitución y sus modalidades, con una doble interpretación, necesaria en nuestros tiempos, la penal y la criminológica y en este sentido advierte, *el turismo sexual esta representado por la prostitución infantil por antonomasia* conforme a datos recientes de UNICEF, el investigador Barba Álvarez pone en perspectiva que *cada año se producen mas de 600 millones de viajes turísticos internacionales, de estos un 20% de los viajeros consultados reconoce buscar sexo en sus desplazamientos, de los cuales un 3% confiesa tendencias pedófilas, esto supone mas de tres millones de personas genera ingresos anuales de cinco mil millones de dólares para sus intermediarios.*⁷⁵

La cifra impacta socialmente, nos revela nuevas lógicas retrogradadas y perversas del comercio sexual con acento en menores y deja al descubierto que la práctica forma parte de la industria del delito y por ende de la delincuencia organizada soportada en emporios del circuito delictivo e intereses que están muy por encima de los esfuerzos legislativos, de reacción y de justicia que pretenden frenar prácticas delictivas de altas dimensiones lucrativas que encuentran oportunos escenarios para su proliferación en la posmodernidad.

En congruencia con el pensamiento de Ruth Villanueva *es evidente que la situación mundial refleja un estado de escasez en todos los ámbitos y para todos los sectores, circunstancia que se acentúa respecto de los menores en general, y en especial, en los grupos desfavorecidos o en circunstancias especialmente difíciles, como es el caso de los minore*⁷⁶. Siguiendo el pensamiento de esta autora *la prostitución infantil es un problema que*

⁷⁵ Cfr. Barba Álvarez Rogelio, *Delitos Relativos a la Prostitución*, p. 30, Ángel Editor, México 2003.

⁷⁶ Cfr. Villanueva Castilleja Ruth Leticia, *Los menores infractores en México*, p.88, ed. Porrúa.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

*aqueja a casi todas las sociedades. Los menores involucrados en la prostitución, son principalmente niñas, aun cuando es común también en varones, sobretudo en países donde se conoce que existe turismo sexual.*⁷⁷

Es a partir de la reflexión que la sociedad y el gobierno pueden reconocer que la problemática del termino sexual es real y tangible, por lo que es menester unirnos con el propósito de denunciar ese tipo de hechos y hacer una tarea de acercamiento permanente con los niños y jóvenes que son sin duda los mas vulnerables frente al abandono, el caso de las mujeres, presenta un problema adicional, con cargas culturales en las que tradicionalmente se ha estigmatizado la condición de mujer; valga recordar por ejemplo como desde la infancia se discrimina a la mujer verbigracia *aquellas carreras en los parques, tras el típico grito “vieja el ultimo” para representar el más puro descrédito incriminado al sexo femenino o bien el tu no juegas por que eres mujer, o en su caso los roles que se le asignan desde el seno familiar preparándola desde su niñez para servir al hombre.*

Estas y muchas otras variables que hacen vulnerables a los menores, particularmente a las mujeres deben sumarse a que se trata de un delito de realización oculta, que se logra mediante el engaño, por lo que el perfil de la víctima de este tipo de delitos es bien conocido por el agresor que es capaz de identificar quienes son los potenciales menores de mayor vulnerabilidad.

El problema se agrava cuando en la adultez es factible comprobar que las víctimas de abuso sexual infantil, corren un mayor riesgo de padecer problemas de autoestima, inseguridad, confianza en los demás y trastornos afectivos y disociativos. En relación con estos problemas, las victimas de abuso sexual infantil también cometen más actos autodestructivos y hacen más intentos de suicidio en la edad adulta. Los efectos de la victimización pueden variar mucho de la víctima⁷⁸.

Lo anterior nos vaticina un terrible pronóstico, y es que la proclividad de este tipo de personas a cometer conductas antisociales en la edad adulta es muy elevada, esto con independencia a la gravedad del fenómeno que se esbozó en las líneas anteriores, que además marca una tendencia a la repetición delictiva de la práctica, el mayor desarrollo de lo perverso en la sexualidad y por ende la posibilidad de que la practica se incremente. Es claro que el turismo sexual es una práctica que ha impactado en todos los estratos sociales, por lo que en la actualidad es posible tener acceso sexual a menores por unas monedas en la “alameda central” o en la “merced” y hasta varios miles de dólares en las paradisíacas playas del país con el llamado “alto turismo”.

D) Narcomenudeo.

Tradicionalmente se consideró que México únicamente representaba un punto geográfico estratégico para el paso de la droga hacia los Estados Unidos de Norteamérica, pero desde los finales de los años noventa, nuestro país enfrenta una

⁷⁷ *Idem* p. 82.

⁷⁸ Cfr. El laberinto de la violencia, causas, tipos y efectos pgs. 199 y 200 Barcelona.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de las más indignas y crueles manifestaciones de el narcotráfico: el “Narcomenudeo”,⁷⁹ originado entre otras causas por que la Delincuencia Organizada⁸⁰ tiende a establecerse en lugares propicios, que presenten un escenario propicio en donde prevalezca la aplicación de una fallida política criminal, jurisdicción limitada, diferencias culturales significativas, corrupción e ilegalidad, presupuestos idóneos para el desarrollo de la criminalidad.

El uso de estimulantes para alcanzar una imaginativa felicidad entre la población se ha generalizado, valga recordar en palabras de Marcos Kaplan: *La masificación del uso de alcoholes y drogas (estupefacientes, estimulantes, alucinógenas), su internacionalización e incluso su universalización, su criminalización y represión, el desarrollo de la adicción, son fenómenos históricamente recientes.*⁸¹

Las condiciones geopolíticas de nuestro país desafortunadamente nos han convertido en un espacio propicio para la Delincuencia Organizada, esa que no respeta raza, edad, sexo ni condición económica, esa que sí opera buscando un resultado: *“El ampliar sus ganancias financieras y económicas para controlar mercados, monopolios u oligopolios en los mercados ilícitos en que ellos participan sin importar el daño causado.”*⁸²

Es claro que el narcomenudeo demanda ser atendido de manera integral por las autoridades que conforman el sistema de justicia penal, por las instancias de salud pública, por las de desarrollo social y en general por todas aquellas en que se encuentra soportado el desarrollo integral del país, sin embargo la realidad fáctica del segmento penal enfrenta un importante problema que por las características competenciales de nuestra legislación vigente impide combatir de manera frontal ésta *nova* modalidad de gran expresión en los delitos contra la salud. Ahora bien, no resulta ajeno a nadie que el público objetivo de este importante mercado de las drogas son los jóvenes y que en muchos de los casos son también quienes participan

⁷⁹ Al narcomenudeo se le ha estimado como un fenómeno delictivo de crecimiento exponencial, que lleva aparejada la comisión de delitos conexos generalmente violentos, lo cual trastoca el desarrollo armónico de las comunidades; en consecuencia, representa un problema de seguridad nacional al poner en riesgo a la población en su conjunto fundamentalmente a la de menor edad que por sus características resulta ser la mas vulnerable.

⁸⁰ Se entiende por Delincuencia Organizada de acuerdo con la definición adoptada por INTERPOL en 1988, *toda asociación o grupo de personas que se dedican a una actividad ilícita permanente cuyo objetivo es sacar aprovechamiento sin tomar en cuenta las fronteras nacionales.* Concepto de Anthoni, Serge y Daniel Ripoll en El Combate Contra el Crimen Organizado en Francia y en la Unión Europea, México, PGR, 1996, P. 19 citado por Luis Alonso Brucet, Revista Mexicana de Justicia, Num. 4 de la Procuraduría General de la República, México 2002 P. 21.

⁸¹ Cfr. El narcotráfico Latinoamericano y los Derechos Humanos, Marcos Kaplan, P23, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993.

⁸² Conferencia dictada por la Oficina Contra las Drogas y el Delito de las Naciones Unidas en el Seminario Sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción celebrada en Santiago de Chile en agosto de 2003.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

en el ciclo de comercialización (posesión, transporte, enganche, venta y consumo), recordemos que entre estos jóvenes, un importante número son adolescentes, por lo que transitan de víctima a victimarios como pelota en un juego de *ping-pon* (cuando lo enganchan es víctima, cuando vende la droga es delincuente, cuando la policía lo detiene arbitrariamente, lo extorsiona o lo tortura por posesión es víctima, y cuando lesiona, roba o priva de la vida para poder seguir consumiendo es delincuente).

La política criminal en materia de narcomenudeo encuentra su natural causa en todas aquellas acciones expresadas por el Estado mediante planes, programas y demás determinaciones de poder, aplicadas con el propósito de responder sistemáticamente al interés público respecto de las demandas que en materia de delitos contra la salud involucran el daño causado por el fenómeno del narcomenudeo en dos vertientes: por una parte su atención como conducta delictiva y de atención a la víctima y por la otra como una patología de salud pública que le competen garantizar al Estado.

Como lo expresé en un número monográfico de la Revista Mexicana de Justicia dedicado al fenómeno del narcomenudeo *el vocablo narcomenudeo, es una expresión que se ha aceptado por el colectivo, a través de la cual se subsumen y combinan dos elementos, por una parte el narcotráfico y por la otra el menudeo, de modo tal, que el narcomenudeo⁸³ no es en sí mismo un tipo penal, sino que más bien se ubica en la hipótesis prevista en el artículo 194 fracción primera del código penal federal. De tal suerte que es concebido como la secuencia de actividades ilícitas consistentes fundamentalmente en la posesión, comercio y suministro de narcóticos en dosis individualizadas. Es evidente que el narcomenudeo integra el narcotráfico, de tal modo que el narcotráfico es la expresión genérica y el narcomenudeo la específica⁸⁴.*

De acuerdo con Guadalupe Gómez Mont, *el consumo de drogas avanza sin ninguna clase de tregua dentro de nuestro territorio, a lo que la investigadora se pregunta ¿Cuál es la causa que motiva el avance de esta plaga que progresivamente va destruyendo la vida social? La oportunidad, la frecuencia, la multiplicación de los espacios donde la droga está presente, su accesibilidad y sus bajos costos. El narcotráfico ahora opera cerca de cada uno, cerca del hogar, en la escuela a la que asisten los hijos, en los centros deportivos en donde se supone se transmiten los hábitos del ejercicio y la salud, en las colonias y barrios donde se interactúa con los vecinos y viejos conocidos, en sus calles y en los pequeños*

⁸³ Artículo 194.- se impondrá prisión de 10 a 25 años y de 100 hasta 500 días multa al que :
fracc.1.- produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos (previsto en el Art.237, 245 fracc. primera segunda y tercera y 248 de la ley general de salud) sin la autorización correspondiente a que se refiere la ley general de salud.

⁸⁴ Carlos Espinosa Alejandro, *Narcomenudeo: Un análisis dogmático y social de su problemática en México*, en Revista Mexicana de Justicia, los nuevos desafíos de la PGR Sexta Época, num. 15 p.163.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

*comercios en los que supuestamente se venden golosinas y refrescos, chicles papitas y cacahuates*⁸⁵.

La propia Gómez Mont citando a la Dra. Elena Medina Mora, del Instituto Nacional de Psiquiatría señala que el narcomenudeo y las adicciones “*Están en el centro de inseguridad del país. La pobreza es un caldo de cultivo, pero no esta relacionada con el delinquir, las adicciones sí. México es un país de tránsito, producción y también se esta consumiendo droga*”⁸⁶. En el marco de los retos de la seguridad pública y la procuración de justicia para el control en la distribución de droga, mas allá de su factor generador, valga decir que los esfuerzos en materia de Seguridad Pública y procuración de justicia para el abatimiento del “narcomenudeo” son importantes mas no determinantes para la reducción del mismo bajo estrategias de inteligencia, operación y reacción.

El problema ha generado raigambre por su conformación multifactorial, de tal suerte que el asunto encontrará su solución ante la suma de acciones de los diversos agentes a los que impacta, esto es, se trata de las políticas públicas del estado en otras materias que deben mejorarse, y si se ha focalizado que el publico objetivo de consumidores son los jóvenes, no es difícil interpretar que si ni estudian ni trabajan son presa fácil de las organizaciones delictivas relacionadas con los estupefacientes, muy concretamente con el transporte, la venta, el suministro y el consumo de las drogas, mas aún si esto pudiera significar un cierto *modus vivendi* y de falso reconocimiento entre el segmento poblacional de jóvenes en los que se desarrollen al asociar el consumo con las modas y la música.

Lozano Tovar al respecto afirma: *La política criminal se manifiesta en pura y simple represión social, incongruente con los propósitos de prevenir o reprimir el delito que se le atribuye, en contradicción con las garantías de los gobernados en el estado de derecho y la falta de formas eficaces de reprimir y prevenir la conducta del delincuente*⁸⁷.

Los intentos desde las políticas de Seguridad Pública y la justicia penal para enfrentar el fenómeno del narcomenudeo, muestran ser cortos frente a las dimensiones del problema, se ha transitado por *Agencias Mixtas del Ministerio Público para la Atención del Narcomenudeo* por *Unidades Mixtas para la Atención del Narcomenudeo* y otras figuras con escaso éxito, lo que nos demuestra que el flagelo social tan preocupante en la posmodernidad tiene su solución o al menos su tratamiento y control desde otras perspectivas del servicio público y la administración. Debemos partir de otra plataforma para enderezar acciones, sin abandonar esfuerzos e inercias, con compromiso de respeto a los derechos humanos.

⁸⁵ Gómez Mont Guadalupe, *Los costos sociales del narcomenudeo* en Revista Mexicana de Justicia citada *up supra*.

⁸⁶ Cfr p.151 Misma revista.

⁸⁷ Lozano Tovar, Eduardo *Política Criminológica Integral*, Universidad Autónoma de Tlaxcala, p20 México 2002.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Desde la mira de la educación en valores y la creación de matriculas en las universidades, el empleo, la salud, la vivienda y el desarrollo de las personas es como merece visualizarse el problema, dicho en palabras muy sencillas si queremos reducir el fenómeno debemos buscar a toda costa brindar oportunidades de desarrollo a las nuevas generaciones y no etiquetarlos y criminalizarlos cada vez a mas pronta edad, aunque en el discurso de la ley se enuncie un nuevo modelo de justicia integral para adolescentes; cuando bien conocemos desde la óptica de la sociología criminal, que las condiciones son las generadoras y facilitadoras de este tipo de jóvenes con perfil antisocial o delictivo, muchas veces ignorantes, desorientados y desmotivados, alejados del progreso y la superación personal.

E) Terrorismo.

De acuerdo a la connotación aludida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el terrorismo *es una sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir horror; asimismo, terrorismo proviene de la raíz latina terror, que deriva a su vez del verbo terreo, cuyo significado es "yo amedrento", "yo aterrizo".*

El terrorismo, a la vuelta es una conducta humana intencional, destinada a producir temor o terror en una persona o grupo de ellas, utilizando medios ilegítimos, violentos y con fines políticos. En este sentido cabe hacer la distinción que existen: una clasificación del terrorismo, destacando el terrorismo de Estado como una forma particular porque el sujeto activo resulta ser el gobierno, que mediante actos de violencia, aterroriza a los ciudadanos para mantener su posición política; y por su parte el terrorismo entre particulares, que estrictamente no es terrorismo porque al estar ausentes los móviles políticos, es más bien una forma de criminalidad; sin embargo, el terrorismo de particulares contra el Estado es el más conocido, puede ser nacional o internacional según sus efectos, contra el cual se han dirigido todas las medidas legales.

Para un importante sector doctrinal el terrorismo es una táctica de ciertos movimientos revolucionarios y contra revolucionarios con propósitos políticos y sociales. La experiencia nacional e internacional registra que con el pretendido objeto de combatir el terrorismo se han violado los derechos humanos; empero, también se ha expresado que el fin justifica los medios empleados. Así pues, tanto en el orden nacional como en el regional e internacional, se ha consolidado desde hace pocos años un mecanismo medianamente eficaz de respuesta al terrorismo.

La regla de la juridicidad para combatir el terrorismo no se ha respetado y los Estados que la han violado han sufrido consecuencias internas e internacionales. Las consecuencias internas significaron anomia, excesos y situaciones de ajuridicidad. En lo internacional, la consecuencia ha sido el aislamiento.

La actividad terrorista, como lo han demostrado tremendos ejemplos cercanos, provoca actos de violencia con pérdida de vidas humanas que afectan las relaciones

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

internacionales⁸⁸, por ello, los Estados y la comunidad internacional encaran la tarea de tipificar al terrorismo como un delito *iuris gentium*, que se establece en tratados internacionales y se sanciona en legislaciones internas.

La falta de una jurisdicción internacional obligatoria con facultades para juzgar delitos calificados por el derecho internacional obliga, a la categorización de los delitos *iuris gentium*, los que sólo podrán ser reprimidos si los estados, en cumplimiento de su deber jurídico internacional, dictan las oportunas normas penales, que deben ser técnicamente legisladas y buscar en lo posible evitar abusar de los tipos penales abiertos o genéricos en los que muy fácilmente puede caerse y ser terriblemente sancionado generando desproporcionalidad entre la conducta y la pena.

La criminalidad terrorista tiene un elemento adicional a los bien identificados elementos que distinguen a la delincuencia organizada y es la ideología, por ella, es fácil ver a un hombre convertirse en un ente explosivo, que es capaz de despreciar su propia vida sacrificándose en aras de su objetivo e ideología, lo que coloca al Estado en una posición de desventaja, porque aunque se diga en el discurso de esta manera, no hay aceptación unánime entre guardianes de la ley y el orden y la disciplina que gustosos entreguen su vida por cumplir un servicio. Aunado a que los terroristas no son visibles, siempre actúan de manera encubierta y apoyados en estudios estratégicos, tecnología e inteligencia para asestar sus golpes en los lugares y con los efectos planeados y resulta interesante ver como en algunos casos hasta la frustración en la realización de los atentados esta calculada porque se pretende un cierto efecto.

Frente a este mosaico mostrado abundantemente en la región por la posmodernidad no queda más que apostar a la profesionalización en las tareas de inteligencia estadual, para de alguna manera contener este tipo de actos que afortunadamente hasta hoy en México son relativamente aislados⁸⁹ y ocurren en distintos puntos geográficos, lo que de alguna forma aminora en la memoria colectiva los traumáticos efectos y paranoias de la población, ¿Que pasaría si se tornaran sistémicos y permanentes o se focalizaran en una determinada Nación?, simplemente ocurriría la debacle, la destrucción, el colapso y el fin de la civilidad, por ello, es importante hurgar en las pretensiones políticas de los actos de esta naturaleza y estudiar seriamente por la autoridad estatal este tipo de organizaciones, para en la medida de lo posible zanjar diferencias y resolver conflictos; afortunadamente nos queda ese recurso para evitar librar esa otra guerra, tal vez no es complicada y con altas cargas estratégicas contra el fantasma que se esfuma en las ideologías y el poder.

F. Delincuencia Organizada y recursos de procedencia ilícita.

⁸⁸ Atentado en las torres gemelas del 11 de Septiembre del 2001 en Nueva York, y los atentados ocurridos en la terminal de trenes de Atocha, en Madrid España el 11 de Marzo del 2004.

⁸⁹ El 15 de Septiembre de 2008, ocurre un atentado con la explosión de una granada en la plaza Melchor Ocampo en Morelia Michoacán, entre algunos otros actos que afortunadamente no han sido de grandes proporciones. La gran mayoría de los casos se ha tratado de conatos.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La delincuencia organizada se sustenta en el llamado lavado de dinero, que tiene como presupuesto que el origen de los recursos sea de procedencia ilícita, por lo que de acuerdo con el experto en prevención del crimen organizado Oliver STOLPE, El método más común para evitar los controles consiste en transferir todo el proceso de lavado o componentes sencillos a una o varias jurisdicciones donde no exista un marco reglamentario efectivo de antilavado dinero o donde los respectivos estatutos no se instituyen con efectividad. Entre estas jurisdicciones se encuentran muchos de los llamados centros financieros *off shore*⁹⁰. En este orden de ideas, dentro de las características que hacen atractivos a los países destacan importantes particularidades a saber: *baja o nula fiscalización de utilidades de inversiones financieras extranjeras: el dinero puede integrarse fácil y anónimamente en el sistema financiero y transferirse a otros países; leyes de secreto corporativo y bancario; Estructuras corporativas e incluso financieras que pueden establecerse con facilidad; insuficiente competencia de las autoridades con respecto a la identificación y congelación de activos criminales sospechosos y no hay leyes o acuerdos para brindar una cooperación internacional judicial, afirma categóricamente Oliver STOLPE.*

EL reto de los países latinoamericanos incluido México, estriba para las tareas de gabinete, fundamentalmente en las investigaciones que ofrecen resultados, en profesionalizar a sus analistas de inteligencia, de seguridad nacional, de investigación de delitos catalogados como de delincuencia organizada, de la llamada investigación para la prevención⁹¹, a través de expertos en inteligencia financiera, sistema nacional de pagos y técnicas de evasión fiscal, es el caso que la mejor manera de desarraigar operaciones organizadas de delincuencia es desestructurar su financiamiento financiero, lo complicado es identificar el tipo de empresas utilizadas para tal efecto y a los testaferros⁹², así como los mecanismos y rutas del dinero en sus diversos procesos, por ello es básico el debido desarrollo de redes de vínculos y de las estrategias y habilidades enunciadas para analistas, escuchas e investigadores.

En este apartado es ineludible tratar el porque de una Ley Federal de Delincuencia Organizada, una ley de excepción que pareciera apartarse de las garantías fundamentales para de mejor manera investigar delitos, así Moisés Moreno en una revista de alta pulsación política e intelectual, que dicho sea en épocas apaga su brillo, escribió en 1996, *México dio origen a su Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, cuyo diseño se inicio desde 1995. Las razones de su origen han sido vinculadas, fundamentalmente, a una nueva realidad por la que México y muchos otros países del mundo atraviesan es ya communis opinio ha aparecido otro tipo de delincuencia, que según*

⁹⁰ Cfr. STOLPE Oliver, Análisis del Lavado de Dinero P 259, en Delincuencia Organizada, Rafael Macedo de la Concha (coordinador), Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.

⁹¹ De acuerdo con Jorge Nader Kuri, la investigación para la prevención es en si misma investigación.

⁹² TestaFerro (del .t testa – ferro, cabeza de hierro) m. persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

afirmaciones de diferente origen, reviste como características 1) ser más organizada, con estructuración de actividades y jerarquía; 2) ser más violenta; 3) ya no es un problema de carácter exclusivamente local o nacional, sino uno de carácter internacional o transnacional; 4) delincuencia en la que resulta más difícil determinar quiénes son autores o partícipes así como cuáles son sus víctimas. Se trata de una delincuencia mucho más peligrosa que la tradicional; 6) posee mayores posibilidades de expansión en actividades diversas; 7) finalmente por contar con grandes recursos económicos, tiene mayores facilidades para incrustarse en las esferas políticas y financieras, para corromper y controlar⁹³.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada que como sabemos fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996, tuvo por última reforma la de 23 de enero de 2009, que fue publicada en dicho instrumento y donde se define a este tipo de delincuencia en su artículo 2º *Cuando tres o más 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 sancionados por el sólo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.*⁹⁴ Valga aclarar que los delitos previstos en la fracción V de dicho artículo establece cuales serán únicamente de delincuencia organizada; además dispone que el Ministerio Público ejerce la facultad de atracción y no se agravaran las penas previstas en las legislaciones de los Estados. Esta nueva redacción tiende a justificar que no serán más punibles los pensamientos, recordemos que la redacción anterior planteaba la criminalización de tres o mas personas que se reunieran con el *propósito* de delinquir. Para los “enemigos” no hay confianza institucional y por ende tampoco certeza jurídica, lo que ha sido cuestionada por algunos expertos e incluso exfuncionarios de importantes instituciones del estado, así José Luis Santiago Vasconcelos refiere: *En definitiva, en un Estado de Derecho no impera el principio de desconfianza como principio orientador de las relaciones sociales, sino todo lo contrario, se parte de que los otros respetaran las normas de las relaciones sociales. En cuanto existe una norma vinculante al menos para dos personas nace el principio de confianza como principio general...De lo*

⁹³ Revista Mexicana de Justicia, Los nuevos desafíos de la PGR, Sexta Época, Número 7, Moisés Moreno Hernández, La transformación del Derecho Procesal Penal en México P 66 y 67, Procuraduría General de la República, México, 2004.

⁹⁴ Tales delitos son: terrorismo, terrorismo internacional, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, corrupción de personas menores, pornografía de personas menores, turismo sexual de menores, lenocinio de menores y tráfico de menores, en estos casos, deben ser personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo. Además contempla los de secuestro y asalto y trata de personas.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

*contrario llegaríamos a un verdadero caos porque entonces cada quien trataría de hacerse justicia*⁹⁵.

Ahora bien, no se puede dejar de advertir a la delincuencia organizada internacional como monstruo de principios de milenio como con gran claridad lo identifica la destacada jurista mexicana Emma Mendoza Bremauntz, al establecer: *Actualmente la delincuencia adquiere características nocivas en lo social que exceden las fronteras de los Estados y se infiltra en todas las actividades que puedan significar una opción de vida mejor, destruye las esperanzas y la unidad humana, agrede al derecho para desprestigiarlo como instrumento fundamental de convivencia y mantener así desunidas las fuerzas sociales para obtener ventajas. Su perversidad, no termina ahí sino que utiliza como instrumento de control la infiltración, la corrupción y sobre todo la violencia.*

La doctora Emma Mendoza plantea una reflexión profunda que nos permite pensar que la modernidad dio paso a la criminalidad posmoderna, donde las nuevas lógicas de organización criminal no empatan con lo que se esperaba de la deseada civilidad mundial, al considerar que aun cuando esta modernización pareciera una opción para mejorar los niveles de vida de la población mundial no es así y ha dado paso a la evolución del delito.

En este orden de ideas nuestra apreciada maestra nos dice: “En realidad vivimos fenómenos que no se habían experimentado antes”. Lo que nos lleva a reflexionar sobre el por que de la legitimación del discurso en el estado de excepción. Así por ejemplo sobre el particular Günther Jakobs dice:” El Derecho Penal de Enemigo solo se puede legitimar como un derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente.”⁹⁶

En esta tesitura y sobre la línea de pensamiento de la emergencia Zaffaroni nos presenta como características de la emergencia las siguientes:

- a) de una sensación de Fundarse en un hecho nuevo o extraordinario;
- b) La existencia de un reclamo de la opinión pública a su diligencia para generar solución al problema causado por ese hecho nuevo;
- c) La sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del derecho penal liberal (vulnerando ese principio de intervención mínima, de legalidad –con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado entre otros;
- d) Los efectos de esa legislación “para el caso concreto” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad solución o reducción del

⁹⁵ Cfr. Revista Mexicana de Justicia, Los Nuevos Desafíos de la PGR, Número 7, José Luis Santiago Vasconcelos, P176, Procuraduría General de la República, México.

⁹⁶ Jakobs, Günter Fundamentos de el Derecho Penal p238, Buenos Aires, 1996

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

problema sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente dando paso a un Derecho Penal simbólico⁹⁷.

El derecho penal del Enemigo por mas justificaciones que se den en la posmodernidad o en cualquier momento y por verídico y necesario que aparentemente se exige en momentos de emergencia, debe ser rechazado, no puede admitirse, se trata de un perverso discurso que puede alcanzar un alto sentido de utilitarismo⁹⁸ y ser aplicado en contra del que sea, es claro que rompe los principios fundamentales del Derecho Penal, y mas aún con el pensamiento universalmente defendido de igualdad y humanidad n los bienes jurídicos, por lo que de acuerdo con el propio Carlos Parma *Hay que declararse enemigo del Derecho Penal del Enemigo*.

Debo decir antes de cerrar estas líneas, que los derechos humanos no como discurso, ni como ideal, sino como una legitima aspiración de los hombres, no deben desaparecer de la esencia de las normas, nulificarlos en la esencia de la ley equivale a aceptar que el control ha triunfado de una ves y para siempre sobre el garantismo, y que debemos asumir la potencial posibilidad de criminalización sin contar con el deseable y siempre necesario amparo de las garantías fundamentales que merecemos como personas y que se han conquistado incluso a nivel de instrumentos internacionales.

3. El Derecho Penal Posmoderno.

Quien no vea que esto es un *cambio de época* dificilmente pueda elucidar el porqué de tanta violencia y confusión, así lo afirma Carlos Parma en su reciente obra Derecho Penal Posmoderno, se trata de nuevos escenarios, maneras distintas de percibir la vida, el éxito, los valores, la justicia, el desarrollo, la cultura, los principios e incluso de valorar los bienes más trascendentes en la vida del hombre, así lo ven tanto el Estado como los propios destinatarios de la norma, que han descubierto las limitaciones del Derecho Penal y su eficacia, por ello, los métodos de investigación, jueces endurecidos y lineales con las investigaciones que son puestas a su disposición, parar resolver el respeto a los derechos humanos y la discrecionalidad en la aplicación de la ley penal, se han convertido en una nueva lógica punitiva y de control, que no en pocos casos ha aumentado su discrecionalidad persecutoria y sancionadora.

Carlos Parma, plantea *las tres falacias del Derecho Penal del Enemigo al sustentarse en tres principios falsos: El primero dice “no todos somos iguales ante la Ley”. El segundo*

⁹⁷ Cfr Parma , Carlos Derecho penal posmoderno p, 24 , Ara editores ,Perú 2005

⁹⁸ En el plano de la metaética, no dice nada acerca de cómo debemos actuar ni sobre que acciones sean moralmente rectas u obligatorias y cuales no; nos dice solamente como han de entenderse ciertos términos de una manera especial. Nos dice que la expresión moralmente recta debe entenderse como “acción que lleva a las mejores consecuencias” Cfr. Voz utilitarismo p.1608 (Guliano Pontara) Coordinación Norberto Bobbio, diccionario de política, editorial Siglo XXI. México, 2007.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

principio sostiene: “Que el ser humano no es un ser humano es una persona”. El tercero que pertenece al arte birlibilonque “una persona puede o no ser persona”⁹⁹.

En este tema de Derecho Penal es necesario referir nuevamente a *Jakobs* quien entiende que los enemigos son individuos que en su actitud de vida, económica o incorporándose a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no de manera incidental. Este modelo presenta importantes premisas merecedoras de una profunda reflexión que se pueden apretar en cuatro ideas fundamentales que prevé en un primer momento la anticipación de la punibilidad, puedo castigarte antes de tener todos los elementos; en segundo término, el libre manejo del *quantum* de la pena, esto es, la falta de una reducción de una pena proporcional; en un tercer momento es de apreciarse por su particular visión de privilegiar el control sobre el garantismo, al desgastar, diluir, modificar los mecanismos del procedimiento penal en contra del debido proceso, al dar paso al debilitamiento contundente de las garantías individuales. Por último en este desglose a grandes zancadas, destaca la ignorancia o evasión de lo ordenado en los instrumentos internacionales de los derechos humanos y de tribunales internacionales y sus criterios jurisprudenciales.

En su afirmación “hay que declararse enemigo del Derecho Penal del Enemigo” Carlos Parma, marca en un interesante metalenguaje el camino a seguir para la dignificación de la justicia penal regional apoyado en esta idea, considero que atenta contra los derechos humanos¹⁰⁰, al aplicar no solo un derecho de excepción, sino un ejercicio fáctico donde existe un muy amplio margen de selección de los llamados enemigos y se convierte en una arma de doble filio, que por un lado dice, con justicia, proteger los intereses de la colectividad ciudadana “normal”, y por el otro, los criterios de clasificación son oscuros, discrecionales, tendenciosos y estigmatizantes de grupos o condiciones personales.¹⁰¹ El nuevo sistema de persecución penal en México tiene un mayor margen de involucramiento institucional, en este sentido la facultad de investigar y persecución de los se ha

⁹⁹ Parma Carlos, Derecho Penal Posmoderno, Ara Editores, P, 15 y 16, Perú, 2005.

¹⁰⁰ En este sentido existe una aparente contradicción entre la garantía de igualdad y las conductas delictuosas organizadas, entre el daño social causado y los derechos de las personas, por lo que la posición de los organismos y organizaciones al respecto son blandengues y obtán por hacer *mutis* y de este modo no salir mal librados discursivamente de las lógicas del poder y el control, mismas que, como el canto de las sirenas, parecen haberlos seducido.

¹⁰¹ El ser hermano, circunstancialmente amigo, conocido o tener algún vínculo de cualquier naturaleza, o tal vez ser familiar, de una persona investigada o procesada por un delito de delincuencia organizada hace altamente proclive la selección de enemigos por el aparato policial, muchas veces deliberadamente y algunas otras de manera justificante frente al ejercicio de su función constitucional . Lo que parecen no advertir los organismos autónomos y en muchos casos a las organizaciones civiles, por ser impopular y oponerse a su acompañamiento, prestigio y posicionamiento en el espectro del Estado y sus discursos.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

ampliado no sólo a las policías¹⁰², sino también al Ejército y al Armada¹⁰³, en este sentido se ha dado la reforma Constitucional del 18 de junio de 2008 y las jurisprudencias del Poder Judicial Federal que legitiman su actuación de lucha. Además se ha llegado a justificar “penas sumarias” a la luz de posibles ejecuciones en el ámbito de la Guerra, así se habla oficialmente de un duro golpe a las organizaciones criminales, cuando por ejemplo se ignora lo dispuesto en el Artículo 302 del Código Penal Federal que establece comete el delito de homicidio “el que prive de la vida a otro” ¿Son abiertas averiguaciones previas en contra de Militares y agentes Policiales Federales que participan en los operativos? La respuesta es que al menos no se publicitan ¿Acaso esas son las nuevas lógicas del Derecho Penal Posmoderno?

La política militar¹⁰⁴ mexicana, en la lucha contra el narcotráfico y circunstancialmente contra la delincuencia organizada, se encuentra liderada por el Ejecutivo Federal¹⁰⁵, de hecho es la política pública prioritaria, de la gestión (2006-2012), al frente de la administración del país, curiosamente se invierte de manera cuantiosa en las instituciones de seguridad pública, particularmente en la federal, y se confían los grandes golpes a las Fuerzas Armadas. Ciertamente valga citar como antecedente que ha sido fuertemente cuestionada su participación y ampliamente debatida a rango de haber sido impugnada su constitucionalidad, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimo que no resulta contraria al artículo 129 constitucional la participación de los titulares de las secretarías de la Defensa y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública: *en una interpretación no muy ortodoxa en tanto justifica la constitucionalidad de los preceptos constitucionales impugnados en el hecho de que las normas legales (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal) determinan la constitucionalidad de estos preceptos impugnados en diversos*

¹⁰² Artículo 21C La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función.

¹⁰³ *El Secretario de Gobernación, Fernando Gómez Mont, justificó ayer la actuación de las fuerzas armadas en la guerra contra el narcotráfico, al señalar que tanto elementos de la Secretaría de la Defensa como de Marina, actúan “bajo una gran tensión”, por lo “que algunas veces son acusados de violaciones de derechos humanos”... “no estamos para tolerar violaciones y excesos, la autoridad se justifica y se explica en el cumplimiento de la ley, pero tampoco vamos a ser ingenuos para darle cauce institucional a aquellas acusaciones que no tengan sustento.”* Cfr. El Financiero, Sección Internacional, P 23 del 8 de marzo de 2010 (Roxana González García).

¹⁰⁴ Formulada por gobierno, debe expresar la estrategia a seguir ante cada una de las amenazas o conflictos en el que el país puede verse envuelto. Cfr. Diccionario militar estratégico y político, de Fernando de Borenque y Morencos, P 132, voz, política militar, Madrid, 1981.

¹⁰⁵ Dicha política pública fue anunciada en Enero de 2006 por el Ejecutivo Federal.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

*artículos de las tanto leyes orgánicas de la Administración Pública Federal, del Ejército y la Fuerza Aérea Mexicana y de la Armada de México.*¹⁰⁶

El crimen organizado¹⁰⁷ es la variable que enfrenta la sociedad en la posmodernidad, es evidente que se está gestando una carrera vertiginosa donde compiten los mecanismos de control institucional con la creatividad criminal, no es gracioso que se afirme *hecha la ley, hecha la trampa* y esto aplica tanto para el crimen organizado, en sus múltiples modalidades, como para el cumplimiento de la legalidad en el servicio público, recordemos la duplicidad de funciones que realizan los cada vez más burocráticos y sofisticados órganos de control del sistema de justicia penal en los diversos órdenes de gobierno. Además cada vez es más común identificar infiltraciones de esta naturaleza en las instituciones y mayor número de escándalos de corrupción a los que puede dárseles o no cause legal. La política y el ejercicio de gobierno no siempre logran ser congruentes con la lógica de la legalidad, menos aún en el ejercicio del Derecho Penal en los tiempos actuales en que han fracasado las aspiraciones de la modernidad donde la civilidad, el nivel de vida, y la educación de carácter general incluyente y democrática eran los principales objetivos.

La delincuencia organizada desde la perspectiva discursiva dominante tiene su construcción lingüística y su objeto, así en el tema de delincuencia organizada y seguridad se ha identificado por investigadores como Ernesto López Portillo Vargas que *mediante el discurso ha sido construido un significado instrumental de la delincuencia organizada, que hace a un lado su fenomenología. Esta categoría y la que intenta calificar, seguridad nacional, son instrumentos de etiquetamiento y organizan a la sociedad mediante la comunicación: de un lado están los malos “ellos”, los delincuentes; del otro los buenos, nosotros, el Estado y la sociedad.*

La construcción (el constructo lingüístico) ...tiene sin embargo emisores ubicados en el terreno de las élites, que es donde se modelan los discursos político y penal (control público)... Desde la perspectiva del interaccionismo son las comunidades reducidas (pocas personas que saben lo que están haciendo), las que producen los acuerdos intersubjetivos que definen “la realidad”. Esos acuerdos son los significados que se articulan de manera masiva por obra de la comunicación, cuyo canal privilegiado son los medios a los que Melossi interpreta como el

¹⁰⁶ Cossio D José Ramón , Delincuencia Organizada, Seguridad Pública y Fuerzas Armadas, en Revista Mexicana de Justicia, Los nuevos desafíos de la PGR, Sexta Época ,Número 4 , P 79 y 80, Procuraduría General de la República, México, 2002.

¹⁰⁷ En 1986, los Ministros de Asuntos Internos y de Justicia de los estados federales alemanes acordaron que: *El crimen organizado constituye la perpetración de los delitos criminales impulsados por la búsqueda de beneficios o poderes. Tales delitos criminales tienen que ser, individualmente o en su totalidad, de importancia mayor e implican la participación de más de dos participantes que actúen con un propósito por un tiempo mayor o indefinido y con base en una tarea distribuida.*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

*conducto que garantiza la hegemonía que tienen las élites en la producción de tales significados, o la vía donde esas élites envían su representación social.*¹⁰⁸

En suma el derecho penal posmoderno ha optado por el control vía la excepción, bajo un esquema de derecho penal simbólico materializado en operativos que ejercen la violencia institucionalizada de las leyes de excepción conjugando la participación de las fuerzas del orden y la disciplina.

4. La criminalidad que se acerca: Una visión reflexiva.

Hago votos porque los próximos criminalizados gradual y sistemáticamente, en la década de 2010, no sean los defensores de derechos humanos, los académicos comprometidos y los investigadores del Derecho. Es posible que resulten “peligrosos” o “extraños” frente al control a ultranza que se vendrá endureciendo en la medida que se alimente la violencia y la confrontación.

Es necesario ser prudentes y responsables con los pronósticos avalados en los criterios ahora desarrollados, no se trata de pretender vaticinar el futuro o de buscar respuestas sin mayor sustento; se trata en mi concepto de adquirir conciencia de estado y lograr la convicción en el imaginario colectivo de que si apostamos a la indolencia y el control, sin sentimientos empáticos y garantías jurídicas respectivamente es muy seguro que nuestras expectativas se verán reducidas a crisis sociales¹⁰⁹ y de gobernabilidad¹¹⁰.

Que importante mirar que la criminalidad avanza y que el estado se detiene en el discurso con tendencias políticas y justificantes. Resulta aburrida e innecesaria la sistemática repetición continua por semanas y en veces hasta por meses en la radio y la televisión de un determinado golpe a la delincuencia organizada, cuando la

¹⁰⁸ Cfr. López Portillo Vargas, Ernesto, Delincuencia Organizada y Seguridad Nacional : Categorías del Discurso y Control Social, P 192 y 193, en Delincuencia Organizada, Rafael Macedo de la Concha (coordinador) , Instituto Nacional de Ciencias Penales, México,2004.

¹⁰⁹ La crisis social debe interpretarse como un momento de ruptura en el funcionamiento de un sistema, un cambio cualitativo en sentido positivo o negativo, una vuelta sorpresiva y hasta a veces violenta y no esperada en el modelo, es innegable que en la era de la posmodernidad criminal deben buscarse nuevas formas de regular al menos aceptablemente las relaciones entre los hombres en el menor nivel de violencia, tanto legitimada del Estado como delincuencia.

¹¹⁰ Sobre gobernabilidad Gianfrano Pasquino opina en el cuadrante de las siguientes hipótesis: *1.- La ingobernabilidad es el producto de una sobrecarga de demandas a las que el estado corresponde con la expansión de sus servicios y de su intervención, pero que provoca inevitablemente una crisis fiscal. En este caso ingobernabilidad se considera equivalente a crisis fiscal del estado. 2.- La ingobernabilidad no es solamente ni principalmente un problema de acumulación y distribución de recursos bienes y servicios a los ciudadanos, sino mas bien un problema de naturaleza política: el de autonomía, complejidad, cohesión y legitimidad de las instituciones... la gobernabilidad de una democracia depende de la relación entre la autoridad de las instituciones de gobierno y la fuerza de las instituciones de la oposición.* Cfr. Diccionario de política, Norberto Bobbio Cordinador p.704, ed. Siglo XXI, México, 2007.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

percepción en el imaginario colectivo, es de inseguridad en todos los órdenes y variantes.

El cambio de actitud para resolver los conflictos penales parece ser la única alternativa de los sectores interesados, esto es gobernantes y gobernados, y la sociedad dominante y dominada; aceptar que es la cultura de la legalidad el rumbo que debemos tomar para recuperar la estabilidad social se antoja al menos complicado en un mundo global en donde los valores se han invertido e incluso suplido por lógicas de poder y de éxito, que las condiciones sociales, dicho sea de paso solo se las pueden dar a unos cuantos que además eventualmente pueden estar o no interesados en tomarlas como mecanismo de superación.

Ahora bien quedan sin respuesta las siguientes preguntas:

¿Qué pasará si los límites se siguen rompiendo?

¿Qué ocurrirá si la violencia sigue una curva ascendente que comience a contagiar a los ciudadanos y sean estos a la par de la delincuencia organizada los que mutilen y priven de la vida?

¿Qué será de nosotros si el Estado no despierta y sigue el modelo de atención de hace aproximadamente una centuria para resolver los problemas penales?

¿Qué ocurrirá si se fortalecen las subculturas y las generaciones de jóvenes optan por no estudiar ni trabajar más?

¿Qué sería de los hijos de estos jóvenes y sus expectativas de vida?

Estas y muchas otras interrogantes serán la tarea de la criminología posmoderna que deberá encontrar el mecanismo para coexistir y complementarse con el derecho penal en las posibles formulas que deberán plantearse para enfrentar a los tecnodelincuentes y sicarios, así como personas sin ningún tipo de valores de las *novas* organizaciones criminales.

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA LEY DE EXTRADICIÓN INTERNACIONAL

Israel CASTILLO GONZÁLEZ

1. Objeto y principios de la Ley de Extradición Internacional.

La extradición es una institución del derecho Internacional por virtud de la cual un Estado entrega a un individuo a otro Estado que lo reclama, con el objeto de someterlo a un proceso penal o al cumplimiento de una pena por delito cometido en la jurisdicción del Estado Requirente.

El primer instrumento jurídico y el más conocido de los que se han adoptado para solucionar la problemática planteada es la extradición, misma que constituye una solución para salvar los obstáculos surgidos a raíz de que un individuo que ha sido acusado, procesado o sentenciado por la comisión de un delito en un Estado, logre refugiarse en el territorio de otro Estado. Así, lo que persigue la extradición es establecer los medios jurídicos para que el inculcado, procesado o reo (*Reclamado*) sea puesto a disposición de las autoridades competentes, mediando una solicitud formulada por el Estado que lo pretende juzgar o aplicarle una sanción privativa de la libertad (*Estado requirente*) a las autoridades del Estado en que se encuentra refugiado (*Estado requerido*).

En un mundo ideal, para la entrega de un *Reclamado* bastaría con que el *Estado requirente* comunicara al *Estado requerido* que sus autoridades competentes han expedido en contra de la persona de aquel una orden de aprehensión o una sentencia privativa de la libertad. Sin embargo, en la práctica se afrontan diversos impedimentos jurídicos tanto en el ámbito del Derecho Internacional Público como de orden interno dentro de la jurisdicción del *Estado requerido*, los cuales pueden ser que la solicitud del *Estado requirente al requerido* obedezca a la persecución del *Reclamado* por delitos políticos o militares, o por motivos raciales, religiosos o de índole política; que la conducta tipificada en la legislación del *Estado requirente* no lo esté en la del *Estado requerido*; que el delito no implique la imposición de una pena de prisión en el *Estado requerido*; que el *Reclamado* sea nacional de este último, etcétera.

Así, para resolver las cuestiones apuntadas y otras de diversa índole, los Estados han ido adoptando acuerdos bilaterales o multilaterales que, inscritos en el ámbito del Derecho Internacional Público, establecen los requisitos, modalidades y excepciones relativos a la solicitud y entrega de *reclamados*, mismos que se conocen como tratados o convenciones de extradición, en los cuales al paso de los años han ido surgiendo

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

diversas figuras propias de esta materia, tales como la doble criminalidad, el mínimo punitivo, la regla de especialidad, entre otros.

Complementariamente a las disposiciones contenidas en los tratados de extradición, muchos Estados han legislado en la materia con la finalidad primordial de definir cuál es el procedimiento para determinar si se cumple con los extremos previstos en tales acuerdos de carácter internacional, así como para la entrega de los *reclamados*. Algunos como México han promulgado leyes específicas de extradición, en otros casos las disposiciones correspondientes se encuentran en los códigos de procedimientos penales.

Ahora bien, para aquellos casos en que no existan tratados específicos, a las disposiciones de carácter doméstico relativas al procedimiento de extradición se agregan otras de carácter sustantivo que permiten determinar en qué casos y bajo qué condiciones se puede conceder la extradición; las disposiciones señaladas en último término son complementadas por la aplicación de los principios de buena fe y de reciprocidad internacionales.

La figura de la extradición es uno de los instrumentos más confiables y mejor fundamentados a nivel internacional, lo que hace posible que sin violentar la soberanía de las naciones se haga uso de este mecanismo para intensificar la lucha de México y de todas las naciones en contra de la delincuencia organizada a nivel mundial.

Independientemente de la cortesía internacional basado en la reciprocidad internacional, las fuentes de la extradición son dos el derecho internacional y la legislación nacional.

Actualmente nuestro país tiene firmados 24 tratados de extradición a nivel mundial, pero es con el gobierno de Estados Unidos con el que se realiza el 90% de trabajo en la materia.

La extradición se concibió para resolver los problemas mas grandes cuando un presunto delincuente se refugia en un Estado que no posee jurisdicción sobre él o bien que este imposibilitado para procesarlo porque los medios de prueba se encuentran fuera del país.

Por ello esta, figura jurídica es vital para el buen equilibrio de la ley entre las naciones, porque garantiza a la sociedad que, sin importar en que país se esconda el delincuente, será buscado y sancionado por su conducta ilícita.

El hecho de que México no tenga Tratado de Extradición con otros países no significa que las extradiciones no se puedan tramitar. En tales casos la gestión se hace vía diplomática en términos de la reciprocidad internacional y la buena voluntad del país al cual se solicita la extradición, se pueda obtener o conceder esta. Concepto que descansa en un principio de derecho internacional público, que consiste en la presunción “*juris tantum*” de que todas las solicitudes formuladas por un estado a otro son de buena fe.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

La reciprocidad es el compromiso que hace un estado al formular una solicitud a otro, en el sentido que en futuras peticiones análogas que este último le haga, las obsequiará en correspondencia a la atención que reciba la solicitud que está formulando.

Lo mismo sucede cuando un país con el que no tenemos tratado nos solicita la extradición vía diplomática. Entonces se aplica única y exclusivamente la Ley de Extradición Internacional, para seguir el proceso respectivo.

En México la figura de la extradición tiene su fundamento en el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su párrafo tercero señala:

“Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los Tratados Internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales”

A la luz de dicho precepto constitucional observamos, entre otras cosas, el ámbito de competencia de las autoridades que han de intervenir en los procesos de extradición, como lo son el Ejecutivo Federal, a través de la Procuraduría General de la República y la Secretaría de Relaciones Exteriores, así como la intervención de la autoridad judicial, por medio de los Juzgados de Distrito en Materia Penal; dichas autoridades a la vez, fundamentan su participación en el proceso de extradición en los siguientes ordenamientos legales:

- *Procuraduría General de la República:*

Artículo 4, fracción III de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

- *Secretaría de Relaciones Exteriores:*

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en el artículo 28 fracción XI, que en su parte conducente a la letra dice:

“Artículo 28.- Corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores...

XI. Intervenir por conducto de la Procuraduría General de la República en la extradición conforme a la Ley o tratados...”

- *Juzgados de Distrito en Materia Penal:*

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en su artículo 51 fracción II, que en su parte conducente a la letra dice:

“...Artículo 51.- Los Jueces de Distrito en el Distrito Federal en Materia Penal conocerán:

II.- De los procedimientos de extradición salvo lo que se disponga en los tratados internacionales...”

- *Ley de Extradición Internacional:*

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1975, entrando en vigor al día siguiente y reformada por decreto de fecha 10 de enero de 1994, y la cual tiene

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

por objeto determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten, cuando no exista un tratado internacional, a los acusados ante sus tribunales o condenados por ellos, y regular el procedimiento y resolución de cualquier solicitud de extradición que se reciba de un gobierno extranjero. Para lo cual en la misma se señalan las autoridades que deban de intervenir, los delitos por los cuales es procedente o improcedente una extradición, los requisitos que el Estado requirente deberá cumplir para su procedencia, las excepciones que puede oponer el requerido, y lo relativo a la entrega del mismo, todos estos aspectos serán señalados e ilustrados en los siguientes capítulos.

El principal objeto de la Ley de Extradición Internacional es determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten, cuando no exista tratado internacional, a los acusados ante sus tribunales o condenados por ellos. Estableciendo la ley en cita el procedimiento que se debe observar para el trámite y resolución de cualquier solicitud de extradición que se reciba de cualquier gobierno extranjero.

- *Tratados Internacionales:*

El gobierno de México en busca de una forma más expedita y eficaz de cooperación internacional ha celebrado diversos Tratados en Materia de Extradición y tiene como único fin el establecer canales formales para requerir y entregar criminales de un país a otro, sin transgredir ninguna legislación local o de derecho internacional; los tratados tienen su fundamento legal en nuestra legislación en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley sobre la Celebración de Tratados publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992.

En razón de lo anterior, es importante señalar los países con los cuales México ha celebrado Tratados Bilaterales y aquéllos que forman parte de los Tratados Multilaterales en Materia de Extradición.

- *Tratados Bilaterales:*

Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y Australia, firmado en la ciudad de Camberra, el 22 de junio de 1990, el cual entró en vigor el 27 de marzo de 1991. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1991.

Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Belice, firmado en la ciudad de México el 29 de agosto de 1988, el cual entró en vigor el 5 de julio de 1989. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de febrero de 1990.

Convención sobre Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Bélgica, firmado en la ciudad de México, el 22 de septiembre de 1938, la cual entró en vigor el 13 de noviembre de 1939. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de agosto de 1939.

Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Brasil, firmado en la ciudad de Río de Janeiro, el 28 de diciembre de 1933, el cual entró en vigor el 23 de marzo de 1938. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 1938.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Protocolo adicional al Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Brasil del 28 de diciembre de 1933, el cual entró en vigor el 23 de marzo de 1938. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 1938.

Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Canadá, firmado en la ciudad de México, el 16 de marzo de 1990, el cual entró en vigor el 21 de octubre de 1990. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1991.

Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia, firmado en la ciudad de México el 12 de junio de 1928, el cual entró en vigor el 1 de enero de 1937. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 1937.

Tratado de Extradición y Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica, firmado en la ciudad de San José, Costa Rica, el 11 de octubre de 1989, el cual entró en vigor el 14 de marzo de 1995. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de abril de 1995.

Tratado de Extradición recíproca de Delincuentes entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Cuba, firmado en la ciudad de La Habana, el 25 de mayo de 1925, el cual entró en vigor el 17 de mayo de 1930. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de junio de 1930.

Tratado de Extradición y Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República de Chile, firmado en la ciudad de México, el 2 de octubre de 1990, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1997.

Tratado sobre Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de El Salvador, firmado en la ciudad de México, el 21 de mayo de 1997, el cual entró en vigor el 27 de mayo de 1998. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1998.

Tratado de Extradición y Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, firmado en la ciudad de México el 21 de noviembre de 1978, el cual entró en vigor el 1 de junio de 1980. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de mayo de 1980.

Protocolo por el que se Modifica el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España del 21 de noviembre de 1978, suscrito en la ciudad de México el 23 de junio de 1995. El 26 de julio pasado se realizó el intercambio de instrumentos de ratificación y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de marzo de 1997.

Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, firmado en la ciudad de México, el 4 de mayo de 1978, el cual entró en vigor el 25 de enero de 1980. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 1980 y fe de erratas el 16 de mayo de 1980.

**Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo**

Tratado de Extradición entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Francesa, firmado en la ciudad de México el 27 de enero de 1994, el cual entró en vigor el 1 de marzo de 1995. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de marzo de 1995.

Convención sobre Extradición de Criminales entre los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Guatemala, firmado en la ciudad de Guatemala el 19 de mayo de 1894, la cual entró en vigor el 2 de diciembre de 1895. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de octubre de 1895.

Tratado para la Extradición de Delincuentes entre los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Italia, firmado en la ciudad de México el 22 de mayo de 1899, el cual entró en vigor el 12 de octubre de 1899. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de octubre de 1899.

Tratado de extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Nicaragua, firmado en la ciudad de Managua el 13 de febrero de 1993, el cual entró en vigor el 9 de diciembre de 1998. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de diciembre de 1998.

Tratado y Convención para la Extradición de Criminales entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de los Países Bajos, firmados en la ciudad de México el 16 de diciembre de 1907 y el 4 de noviembre de 1908 respectivamente, los cuales entraron en vigor el 2 de julio de 1909. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo y el 10 de junio de 1909 respectivamente.

Tratado de Extradición y Protocolo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá, firmados en la ciudad de México el 23 de octubre de 1928, los cuales entraron en vigor el 4 de mayo de 1928. Publicados en el Diario Oficial de la Federación el 15 de junio de 1928.

Convenio sobre Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmado en la ciudad de México, el 7 de septiembre de 1886. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1889.

• **Tratados Multilaterales:**

Convención sobre Extradición, Firmada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de abril de 1936.

Con la intervención de los siguientes países:

- | | | |
|----------------|---------------------|----------------|
| 1.- Argentina | 8.- Ecuador | 14.- Nicaragua |
| 2.- Bolivia | 9.- El Salvador | 15.- Panamá |
| 3.- Brasil | 10.- Estados Unidos | 16.- Paraguay |
| 4.- Colombia | 11.- Guatemala | 17.- Perú |
| 5.- Cuba | 12.- Haití | 18.- Uruguay |
| 6.- Chile | 13.- Honduras | 19.- Venezuela |
| 7.- Dominicana | | |

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Sicotrópicas, (Artículo 6), firmado en Viena, Austria en 1988, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de septiembre de 1990. Firmado por todos los países miembros de las Naciones Unidas.

Es importante destacar que cuando un país forma parte de un tratado multilateral y bilateral, este último es el que ha de observarse en cuanto al desahogo de la petición de extradición.

Cabe señalar que en la actual reforma al sistema de seguridad pública y justicia penal propuesta por el ejecutivo federal señala reformas al artículo 119 constitucional que a la letra dice:

“Artículo 119.- ...

Cada Estado y el distrito federal están obligados a entregar sin demora a los imputados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito atendiendo a la autoridad de cualquier entidad federativa que lo requiera. Estas diligencias se practicarán, con intervención del Fiscal del Ministerio Público, en los términos de los convenios de colaboración que, al efecto, celebren éstos y las entidades federativas. Para los mismos fines, los Estados, el Distrito Federal y los Ministerios Públicos de las entidades federativas podrán celebrar convenios de colaboración con el gobierno federal y con la Fiscalía General de la Federación.

Las extradiciones o requerimientos de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, en coordinación con la Fiscalía General de la federación, y con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, en los tratados internacionales que al respecto suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales.”

En relación a las reformas judiciales propuestas por el ejecutivo federal reservare mis comentarios para la conclusión del presente trabajo, tratando de proponer un procedimiento de extradición internacional desde la óptica del sistema acusatorio.

Los conceptos que podemos dar respecto de la figura de la extradición son los siguientes:

“Extradición es la entrega que el estado requerido hace al estado requirente, de una persona que encontrándose en territorio del primero es buscada por las autoridades del segundo para la ejecución de una orden de aprehensión o de una sentencia, por hechos sancionados con pena privativa de libertad, con base en la jurisdicción del estado requirente. Teniendo dos acepciones, desde el punto de vista del estado requerido se le considera como extradición pasiva, en tanto que en el estado requirente se le califica como extradición activa”.

La figura jurídica, mediante la cual un Estado puede entregar a otro que lo solicite, a una persona o personas que sean presuntamente responsables de la comisión de hechos que sean considerados ilícitos en ambos Estados y que se hayan cometido dentro de su territorio o bajo

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

su jurisdicción para ser Juzgados por sus Tribunales, o para cumplir una sentencia impuesta, para lo cual se realizará a la luz de Tratados Internacionales o, en su caso, bajo los principios de Cooperación y Reciprocidad Internacional.

Autores como Billot refiere lo siguiente:

*“Acto por el cual un estado entrega un individuo acusado o condenado por una infracción cometida fuera e su territorio, a otro Estado que lo reclama y que es competente para juzgarlo y castigarlo”.*¹

Vicenio Manzini señala:

*“El Instituto de la extradición es aquel particular ordenamiento político-jurídico, según el cual un Estado provee la entrega de un individuo imputado condenado, que se encuentra en su territorio, a otro Estado que requiere proceder penalmente contra él, o someterlo a la ejecución de una condena penal ya irrevocablemente pronunciada”*²

Sebastián Soler establece:

*“Acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama, con objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena”, y agrega “Contemporáneamente y para la mayoría de los Estados modernos la extradición es una verdadera institución de derecho, basada en tratados y convenios internacionales y en leyes especiales sobre la materia”.*³

Para Francisco H. Pavón Vasconcelos la extradición es:

*“Acto de cooperación internacional mediante el cual un Estado hace entrega a otro, previa petición o requerimiento, de un delincuente que se encuentra en su territorio, para ser juzgado por el delito cometido, o bien para que compurgue la pena impuesta”.*⁴

Asimismo las extradiciones que el gobierno mexicano solicite de estados extranjeros, se regirán por los tratados vigentes y a falta de estos, por los artículos 5, 6, 15 y 16 de la Ley de Extradición Internacional, cumpliendo los requisitos establecidos en la Circular número C/005/99 emitida por el Procurador General de la República anexando la documentación que refiere el artículo Quincuagésimo Primero de la referida circular, si la solicita el representante social de la federación, y en caso de solicitarla el representante social del fuero común de conformidad a lo dispuesto en referida circular y en la cláusula Décimo Séptima del Convenio de Colaboración que celebran la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia Militar, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia de los Treinta y un Estados Integrantes de la Federación.

¹ José F. Godoy, *Tratado de Extradición*, Tipografía Nacional. Guatemala, 1896, p.2.

² MANZINI, Vincenzo . *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, Edit. Editar. Buenos Aires. 1945.

³ SOLER Sebastián, *Derecho Penal Argentino*. Tomo I. Edit. TEA. Buenos Aires, 1951. p. 193.

⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco H. *Manuel de Derecho Penal Mexicano*. Edit. Porrua, S. A., México, 1965.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Las peticiones de extradición que formulen las autoridades competentes federales, de los estados de la República o del fuero común del Distrito Federal, serán tramitadas ante la Secretaría de Relaciones Exteriores por conducto de la Procuraduría General de la República.

Únicamente cuando no exista tratado internacional se deberá observar en su totalidad la Ley de Extradición Internacional, muy en particular los artículos 5, 6, 15 y 16 de la citada ley. En este momento es preciso hacer referencia a la siguiente tesis:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión”. . . serán la Ley Suprema de toda la Unión. . . “parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro ‘LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA’; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal”. Jurisprudencia sustentada por la actual integración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 46, tesis P. LXXVII/99, tomo X, noviembre de 1999, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

En la mayoría de los países se sigue un procedimiento mixto de extradición, es decir, que existe una etapa administrativa a cargo de las dependencias encargadas de las relaciones exteriores, de la justicia o las fiscalías, y otra a cargo del Poder Judicial del País de que se trate. En este caso, el Poder Judicial debe emitir una opinión jurídica respecto de la procedencia de la extradición, la cual sirve de base al Ejecutivo para emitir la resolución final que concede o niega la extradición.

Cabe señalar que la opinión del juez no siempre es vinculatoria a la resolución del Ejecutivo, tal es el caso de nuestro País, en donde si el juez que conoce el procedimiento extraditorio opina improcedente la extradición, ello no implica que necesariamente ésta se vaya a negar al Estado Requirente.

Un ejemplo contrario es el de EUA, en donde si la opinión judicial es en el sentido de negar la extradición, el Ejecutivo Federal no podrá concederla y por el contrario, si es en el sentido de concederla, el Ejecutivo tendrá la facultad de negarla.

Por regla general no existen recursos a favor del Estado Requirente para impugnar la resolución del Estado Requerido, que niega un pedimento de extradición.

Jurisdicción.

La extradición consiste en la entrega que un estado, llamado requirente, hace a otro estado, conocido como requerido, de un individuo, denominado extradendus o extraditado, que se encuentra bajo la jurisdicción del estado requerido, para sujetarlo a un proceso penal o a la ejecución de una pena privativa de la libertad, por hechos que se le imputan o que cometió dentro del ámbito de jurisdicción del estado requirente.

En tal definición hacemos referencia al ámbito de jurisdicción del estado requirente y no a su territorio. tradicionalmente el estado requirente solicita al estado requerido la entrega de una persona acusada de o condenada por la comisión de un delito dentro del territorio del estado requirente.

La razón de que nos refiramos al ámbito de jurisdicción del estado requirente y no a su territorio, obedece a que existen tratados que adicional o complementariamente al

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

principio de jurisdicción territorial prevén la posibilidad de entregar a un extraditado con base en el principio o estatuto de personalidad, es decir, que aunque el reclamado no hubiere cometido el delito dentro del territorio del estado requirente, este sea su nacional.

El principio de jurisdicción territorial, consistente en que los estados tienen jurisdicción para juzgar los hechos ocurridos en su territorio, constituye la regla general; y el principio o estatuto personal, por virtud del cual los estados tienen jurisdicción sobre sus nacionales donde quiera que éstos se encuentren, constituye la excepción.

También cabe la posibilidad de solicitar una extradición en la que el estado requirente invoque su jurisdicción sobre hechos perpetrados fuera de su territorio y sin intervención de sus nacionales, con base en lo que algunos autores llaman el “principio de defensa” o “estatuto real”, según el cual, la ley penal de un estado se aplica a quienes cometen fuera de su territorio delitos que vulneren bienes jurídicos tutelados por ella, afectando intereses de ese estado. el ejemplo más apropiado es el de la falsificación de moneda nacional perpetrada en el extranjero.

Además existen tratados que podemos considerar como excepcionales en los que la extradición no está sujeta a que el estado requirente tenga jurisdicción sobre los hechos o las personas relacionados con el delito por el cual se solicita la entrega de un individuo, como es el caso del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, cuyo artículo 1 dispone:

“las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y bajo las condiciones determinadas en los artículos siguientes, los individuos contra los cuales se haya iniciado un procedimiento penal o sean requeridos para la ejecución de una pena de privación de la libertad impuesta judicialmente como consecuencia de un delito.”

Como puede apreciarse, para admitir una petición de extradición conforme a este tratado, basta con la existencia de una orden de aprehensión o sentencia condenatoria emitida en el estado requerido, con independencia del lugar en que ocurran los hechos y le nacionalidad de las personas involucradas en los mismos.

Ahora bien, por lo que se refiere a la legislación mexicana, nuestro Código Penal Federal se acoge al principio de territorialidad.

Al respecto, de acuerdo con el artículo 1° del código penal federal, el mismo es aplicable para los delitos del orden federal cometidos en “*toda*” la república. Es indudable que al tratarse de una norma de jurisdicción, la expresión resaltada tiene una connotación geográfica, por lo que debemos entender que se refiere a todo el territorio nacional. En consecuencia se está acogiendo al principio de jurisdicción territorial.

Inclusive, conforme a su artículo 2° se requiere para su aplicación, en el caso de los delitos iniciados, preparados o cometidos en el extranjero, que éstos produzcan o se

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

pretenda que tengan efectos en el territorio de la república. en el mismo sentido, encontramos que el artículo 5º, que prevé algunos supuestos específicos de jurisdicción del estado mexicano en relación con hechos acontecidos fuera de nuestras fronteras, establece: “se considerarán como ejecutados en territorio de la república:...”

No debe pasarse por alto que refiriéndose el supuesto del artículo 2º a que antes aludí, además del principio de territorialidad, en la hipótesis de que se pretenda que tengan efectos en el territorio de la república, se sigue el principio del estatuto real, por la afectación al interés jurídico del estado mexicano.

Por lo que hace al principio o estatuto personal, este es recogido como excepción al principio de territorialidad por el artículo 4º de nuestro código penal federal, al disponer que los delitos cometidos “en territorio extranjero”, serán penados con arreglo a nuestras leyes federales, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- Que el sujeto activo o pasivo del delito sea mexicano;
- Que el acusado se encuentre en el territorio de la república;
- Que la conducta tenga el carácter de delito en donde delinquirió y en México, y
- Que no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió.

México también se ha acogido al llamado “principio de persecución universal” de ciertas conductas delictivas previstas en la convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, publicada en el diario oficial de la federación el 6 de marzo de 1986. en términos de esta convención es factible que cualquier estado parte juzgue a una persona por este tipo de delitos contra la humanidad, siempre que llegue a encontrarse en su territorio, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de las personas involucradas en los hechos.

Con una visión superficial se llega a considerar que la extradición se solicita por hechos probablemente constitutivos de delito o bien, determinados como tales por una autoridad judicial, ocurridos en el territorio del estado requirente.

Como veremos, el principio de territorialidad no constituye la única fuente de la jurisdicción de un estado.

Constituye la regla general: como principio básico, un estado tiene la facultad fundamental de investigar, perseguir y sancionar los hechos delictivos ocurridos en el ámbito espacial de validez de su ordenamiento jurídico.

La jurisdicción universal permite que un estado juzgue delitos considerados como crímenes de guerra o de lesa humanidad, con independencia de la nacionalidad de quienes se encuentren involucrados en los hechos y del lugar en que éstos se hayan perpetrado. (133 constitucional).

2.- Hipótesis jurídicas por las que no es procedente la Extradición.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Para conocer en qué casos procede la extradición, es necesario conocer el aspecto negativo por el que no es procedente, puesto que hay casos en que no obstante satisfacerse los requisitos de doble criminalidad y mínimo punitivo, no ha lugar a la extradición por tratarse de aquellos delitos en que por consideraciones diversas se ha establecido en forma expresa que no pueden dar lugar a la extradición.

Non Bis In Ídem.

En primer lugar, no es procedente una solicitud de extradición cuando el *reclamado* ya había sido previamente juzgado por el delito que sirve de base a la petición. Obviamente debe tratarse de los mismos hechos y no de diversa comisión de la misma conducta delictiva.

Esta previsión que es congruente con la garantía contenida en el artículo 23 de nuestra constitución federal (“nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”), es recogida por todos los tratados de extradición celebrados por México.

Delitos Políticos.

El primer impedimento consiste en que se trate de delitos políticos, como pueden ser la rebelión, la sedición, traición a la patria, etcétera.

Esta limitante no es absoluta ya que puede proceder una extradición cuando los autores de delitos políticos hayan atentado contra la vida del jefe de Estado o miembros de su gabinete o inclusive cuando lo hayan hecho en contra de los familiares de cualquiera de éstos.

Ahora bien, hay casos en que no procede la extradición por razones políticas aunque el *Reclamado* esté acusado o haya sido condenado por una conducta no clasificada como delito político, pero su persecución obedezca a motivos étnicos, religiosos o ideológicos.

Delitos Militares.

Tampoco procede la extradición cuando la solicitud esté basada en delitos puramente militares, es decir, siempre que éstos no estén tipificados también en la legislación penal común.

Pena de Muerte.

En la mayoría de los tratados y convenciones de extradición, así como en las legislaciones estatales internas en la materia, se establece la imposibilidad de conceder la extradición cuando el delito que la motiva tenga prevista la pena de muerte. En este caso puede tener lugar la extradición del *reclamado* si el *Estado requirente* garantiza al *requerido* que dicha sanción no será aplicada.

En este punto es pertinente mencionar la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 2 de octubre de 2001, mediante la cual estableció jurisprudencia en el sentido de que México sólo podrá conceder la extradición de un *reclamado* que pueda ser sujeto a la pena de prisión vitalicia, si el *Estado requirente* garantiza a nuestro gobierno que dicha penalidad no le será impuesta.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Esta determinación de la Corte surgió a raíz de una contradicción de tesis en la que ambas resoluciones de tribunales colegiados estaban referidas a extradiciones concedidas por la Secretaría de Relaciones Exteriores a solicitud de los Estados Unidos de América.

En uno de los casos el tribunal colegiado consideró que debía concederse el amparo porque la pena de prisión vitalicia es inusitada y por ende violatoria del artículo 22 constitucional. Por su parte, el otro tribunal había estimado que no se trata de una pena inusitada porque constituye una modalidad de la pena de prisión prevista por el artículo 18 de nuestra Constitución.

La Suprema Corte de Justicia partió de una evidente falta de apreciación al considerar que el artículo 10, fracción V de la Ley de Extradición Internacional es una norma adjetiva o de procedimiento y por ende concluyó indebidamente en que el gobierno de los Estados Unidos de América debía cumplir con lo preceptuado por tal dispositivo legal.

El artículo 10, fracción V prevé como requisito para conceder la extradición que en caso de que el *reclamado* pueda ser condenado a alguna de las penas prohibidas por el artículo 22 constitucional, el *Estado requirente* deberá otorgar a México la garantía o la seguridad de que tal pena no le será impuesta, sino otra de menor gravedad.

Como habíamos señalado, los aspectos sustantivos de la extradición se rigen por las estipulaciones contenidas en los tratados internacionales y el procedimiento por las normas internas del *Estado requerido*. Esto se confirma con lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la Ley de Extradición Internacional, pero sobre todo con el numeral 16 del propio ordenamiento, mismo que señala que las prevenciones del artículo 10 sólo serán aplicables cuando no exista tratado de extradición.

Consecuentemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al determinar que la relativa a la pena aplicable en el *Estado requirente* es una cuestión de carácter adjetivo, realizó una interpretación contraria a la naturaleza jurídica de dicho aspecto, ya que se trata de una cuestión sustantiva, y al concluir que debe aplicarse lo dispuesto por la fracción V del artículo 10 de la Ley de Extradición Internacional hizo una interpretación contraria al texto expreso de lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 16, fracción III, de la Ley de Extradición Internacional.

Adicionalmente, al tratarse de amparos en revisión debió tomar en cuenta que se trata de actos posibles y futuros, por lo que en estos casos debe sobreseerse los amparos interpuestos, ya que no se tiene la seguridad de que al ser extraditado el sujeto vaya a ser condenado automáticamente por el tribunal del Estado requirente que conozca de la extradición, o bien, que de ser condenado necesariamente se vaya a imponer la pena máxima prevista para el delito por el que será juzgado.

Actualmente nuestros tribunales federales han corregido su criterio con la siguiente tesis:

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia

Localización

Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIII, Febrero de 2006 Tesis: P./J. 2/2006 Página: 5 Materia: Constitucional, Penal Jurisprudencia.

Rubro

EXTRADICIÓN. LA PRISIÓN VITALICIA NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE CUANDO AQUÉLLA SE SOLICITA ES INNECESARIO QUE EL ESTADO REQUIRENTE SE COMPROMETA A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN.

Texto

De conformidad con el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el que se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición no podrá concederse, a menos de que esta parte otorgue las seguridades suficientes de que aquéllas no se aplicarán, o que se impondrán las de menor gravedad que fije su legislación. En estas condiciones, si la pena de prisión vitalicia no es de las prohibidas por el referido precepto constitucional, es evidente que en los casos en que se solicite la extradición y el delito que se impute al reclamado sea punible en la legislación del Estado solicitante hasta con pena de prisión vitalicia, es innecesario exigirle que se comprometa a no imponerla o a aplicar una menor.

Precedentes

Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL. Presidente Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 29 de noviembre de 2005. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarios: Rafael Coello Cetina y Alberto Díaz Díaz. El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 2/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis. Nota: En su sesión de 29 de noviembre de 2005, el Tribunal en Pleno determinó modificar la tesis P./J. 125/2001, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, octubre de 2001, página 13, para quedar aprobada en los términos de la diversa P./J. 2/2006.

Mínimo punitivo.

El mínimo punitivo constituye el umbral a partir del cual procede la extradición por un delito determinado. Generalmente es de un año de pena privativa de la libertad.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

A fin de determinar si se satisface este requisito, la regla general es considerar el máximo de pena privativa de la libertad que la ley señala para el delito por el que se solicita la extradición.

Es importante destacar que conforme al artículo 6º fracción I de nuestra ley de extradición internacional, aplicable cuando no existe tratado entre México y el estado requirente, para determinar si se cumple con el requisito de mínimo punitivo debe considerarse el término medio aritmético.

Prescripción.

Que la acción penal no se encuentre prescrita en el estado requirente como en el requerido. Aquí debe señalarse que a consideración del autor solo debe tomarse en cuenta que el delito no este prescrito en el Estado que lo requiere ya que el estado requerido no debe determinar tal situación ya que las condiciones jurídicas y sociales son diferentes en cada nación.

Nacionalidad.

Una postura tradicional de los Estados era la consistente en no entregar a sus nacionales en extradición. Por lo que se refiere a México, su posición es no aceptar la entrega obligatoria de mexicanos, sino dejarla a la discreción del Ejecutivo Federal.

Hasta el año de 1995 el Estado mexicano seguía la política de negar la extradición de mexicanos, en ejercicio de la facultad discrecional del Ejecutivo y juzgarlos con base en el artículo 4º del Código Penal.

A partir de 1995 en que la Secretaría de Relaciones Exteriores empieza a conceder extradiciones de mexicanos, los *reclamados* comienzan a argumentar que el artículo 4º del Código Penal lo prohíbe.

En enero de 2001 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió una contradicción de tesis sobre el particular, en el sentido de que el artículo 4º del Código Penal no prohíbe la extradición de mexicanos.

En las extradiciones pasivas en que no hay tratado de extradición, conforme al artículo 14 de la Ley de Extradición Internacional el ejercicio de la facultad discrecional para entregar a nacionales mexicanos en extradición está sujeto a que se trate de “casos excepcionales a juicio del Ejecutivo”.

Ahora bien, partiendo de que las solicitudes de extradición de mexicanos regularmente han sido formuladas por los Estados Unidos de América, en términos del artículo 9 del Tratado, dicha facultad.

3.- Análisis Jurídico del Procedimiento de extradición de acuerdo a la ley que lo regula y autoridades que intervienen.

Darán lugar a la extradición los delitos dolosos o culposos en la ley penal mexicana si concurren los requisitos siguientes:

- a) Que tratándose de delitos dolosos, sean punibles conforme a la ley penal mexicana y a la del Estado solicitante, con pena de prisión cuyo medio

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

aritmético por lo menos sea de un año; y tratándose de delitos culposos, considerados como graves por la ley, sean punibles conforme a ambas leyes, con pena de prisión; y

- b) Que no se encuentren comprendidas en algunas de las excepciones señaladas en el Tratado o Convenio internacional ni en la Ley de Extradición Internacional.

Surgen dos enfoques desde los cuales se observa la figura de la extradición: si la consideramos desde el punto de vista del *Estado requirente* hablaremos de la *Extradición Activa*; si lo hacemos partiendo de la situación del *Estado requerido*, estamos en presencia de una *Extradición Pasiva*.

Ordenamientos Jurídicos que regulan el procedimiento de extradición:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 119 y 133).
- Tratados o Convenios Internacionales suscritos en la materia.
- Ley de Extradición Internacional.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Circular C/005/99 del Procurador General de la República.
- Convenio de Colaboración que celebran la Procuraduría General de la República, la Procuraduría de Justicia Militar, la Procuraduría general de Justicia del Distrito Federal, y las Procuradurías Generales de Justicia de los treinta y un estados integrantes de la Federación, publicado el 17 de mayo de 2001.

Las solicitudes de extradición se establecen en función de lo previsto en el Tratado aplicable al caso concreto y a falta de éste, en lo dispuesto por la Ley de Extradición doméstica del país requerido, con apego a los principios generales del derecho y en la reciprocidad internacional.

Requisitos de Fondo.

- Doble criminalidad.
- Mínimo punitivo.
- Prescripción.
- Non bis in idem.

- a) Procedimiento de Extradición Internacional (Pasiva).

Es el compromiso del estado requirente de presentar la petición formal de extradición. Cuando el reclamado está plenamente ubicado en el país requerido el país requirente pide por la vía diplomática la detención provisional, la cual deberá contener la expresión del delito por el cual se pide la extradición, la descripción del reclamado y su paradero, la promesa de formalizar la solicitud de extradición y una declaración de la existencia de una orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente o de una sentencia condenatoria en contra del reclamado.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La Ley de Extradición Internacional en su artículo 17 refiere lo siguiente:

“Artículo 17.- Cuando un Estado manifieste la intención de presentar petición formal para la extradición de una determinada persona, y solicite la adopción de medidas precautorias respecto de ella, estas podrán ser acordadas siempre que la petición del estado solicitante contenga la expresión del delito por el cual se solicitará la extradición y la manifestación de existir en contra del reclamado una orden de aprehensión emanada de autoridad competente.

Si la Secretaría de Relaciones Exteriores estimare que hay fundamento para ello, transmitirá la petición al Procurador General de la Republica, quien de inmediato promoverá ante el juez de distrito que corresponda, que dicte las medidas apropiadas, las cuales podrán consistir, a petición del Procurador General de la Republica, en arraigo o las que procedan de acuerdo con los tratados o las leyes de la materia”.

Resuelta la admisión de la petición la Secretaría de Relaciones Exteriores enviará la requisitoria al Procurador General de la República acompañando el expediente a fin de que promueva ante el juez de Distrito competente que dicte auto mandándolo a cumplir y ordenando la detención del reclamado, así como en su caso el secuestro de papales, dinero u otros objetos que se hallen en su poder, relacionados con el delito imputado o que pueden ser elementos de prueba, cuando así lo hubiere pedido el estado solicitante.

Cabe señalar que cuando se conozca el paradero del reclamado será competente el Juez de Distrito de la jurisdicción, y cuando se desconozca el paradero será competente el Juez de Distrito de Procesos Penales Federales en turno en el Distrito Federal.

Si dentro del plazo de dos meses que previene el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contados a partir de la fecha en que se haya cumplimentado la orden emitida por el a quo de extradición no se presentará las documentales por las que se presenta la petición formal de extradición a la Secretaría de Relaciones exteriores se levantará la medida cautelar consistente en la detención del reclamado.

Cumplimentado el mandamiento judicial por parte de la policía federal investigadora, el reclamado será puesto a la inmediatez a disposición del Órgano Jurisdiccional que lo emitió, y se le dará a conocer el contenido de la petición de extradición y los documentos que acompañan a su solicitud, pudiendo nombrar en ese acto a su defensor, en caso de no tenerlo y desea hacerlo le presentará una lista de defensores de oficio para que elija. Sino lo hiciere el Juez lo hará en su lugar.

El reclamado podrá solicitar al Juez que se diferiera la celebración de la diligencia hasta en tanto acepte su defensor cuando este no se encuentre presente en el momento del discernimiento del cargo.

El Juez de extradición debe determinar en el auto que emite cuando tiene por cumplimentada la orden de detención provisional con fines de extradición el

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

término de la detención del reclamado desde el momento en que es detenido por los agentes aprehensores y no en el momento en que se le pone a disposición, ya que en la práctica sucede que en ocasiones al momento de que la Dirección de Extradiciones formaliza en el día 59 o 60 de conformidad al artículo 119 constitucional, la petición formal de extradición ante el juez que conoce del asunto, fuera del horario del juzgado el órgano jurisdiccional argumenta que tal petición no es de término negándose a recibirla, quebrantando los principios de certeza, legalidad y seguridad jurídica, ya que de *iure* se podría determinar una privación ilegal de la libertad del reclamado por parte de su abogado defensor, en contra del órgano jurisdiccional, esto, en la hipótesis referida.

Lo anterior ya que el juez de extradición tiene una mala lectura y peor interpretación en palabras del licenciado Jorge Reyes Tayabas del segundo párrafo del artículo 18 de la ley de Extradición Internacional y por una inapropiada extensiva del artículo 35 de la propia ley.

Al reclamado se le oirá en defensa por sí, o por su defensor y dispondrá hasta de tres días para oponer excepciones que únicamente podrán ser las siguientes:

- *La de no estar ajustada la petición de extradición a las prescripciones del tratado aplicable, o a las normas de la presente ley, a falta de aquél;*

Por lo que hace a esta excepción el gobierno requirente al presentar la solicitud formal de extradición, debe cubrir en sus extremos los requisitos establecidos en el tratado.

Es preciso señalar que al material probatorio anexado a la petición formal de extradición internacional se le otorga valor probatorio pleno, en términos de lo dispuesto por los artículos 280, 282 y 286 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Adicionalmente es importante señalar que el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero corresponden ser tramitadas por el Ejecutivo Federal y el artículo 89 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, confiere al Presidente de la República la facultad exclusiva de dirigir la Política Exterior de México lo que conlleva que la decisión de extraditar corresponde al Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión el decretar vigente la Ley de Extradición Internacional tuvo a bien conferir a la Secretaría de Relaciones Exteriores la facultad de decidir respecto a las solicitudes de extradición recibidas de Estado extranjero, facultad que se determina en el artículo 28 fracción I, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que dispone: corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores conducir la política exterior; en tanto que el artículo 6 fracción I, del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, faculta a dicha Institución a ejecutar la política exterior de México de conformidad con los lineamientos que al efecto dicte el Presidente de la República.

- *Ser distinta la persona de aquella cuya extradición se pide.*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Es de mencionarse que a la petición formal de extradición se anexó copia de una fotografía del extraditabile así como ficha dactilar. Por lo que valoradas por el a quo de extradición se tiene certeza de que se trata de la persona requerida.

El reclamado tendrá de cinco días para probar sus excepciones. Este plazo podrá ampliarse por el Juez en caso necesario, dando vista previa al representante social de la federación, quien dentro del mismo plazo podrá rendir las pruebas que estime pertinentes.

Cabe destacar que se puede dar la hipótesis de que el reclamado una vez que conoce las prisión mexicana, y sin que se haya formulado aún la petición formal de extradición se allane a la extradición hecha por el país que lo requiere, misma que la fórmula de manera oral y escrita ante el juez que lo tiene a su disposición el que le da vista a la Secretaría de Relaciones Exteriores misma que en muchas de las veces por no decir todas no determina nada al respecto, hasta en tanto se presenta la petición formule petición formal de extradición, abusando de esta manera con la prisión preventiva del reclamado.

Es importante señalar que cuando el reclamado se allana al procedimiento de extradición no le es aplicable la regla de especialidad misma que se desarrollare en subsecuentes temas.

Para una mejor explicación ilustrativa he diseñado el cuadro sinóptico que se anexa al presente trabajo respecto del procedimiento de extradición pasiva misma que se señala al final como “ANEXO I”

b) Procedimiento de Extradición Internacional (Activa).

La extradición activa es la entrega de un sujeto que es requerido por autoridades mexicanas para ser procesado o condenado y se encuentra bajo la jurisdicción de otro país.

En esta figura nuestro país tiene el papel de Estado solicitante o requirente, de ahí que se considere (Activa), en razón de que son las autoridades mexicanas quienes solicitan al sujeto, ya sea para ser procesado o bien para ser condenado, en virtud de haber cometido el ilícito que se le atribuye dentro de territorio nacional o bien contra un nacional en el extranjero, de conformidad a lo establecido por el artículo 4º del Código Penal Federal.

Las solicitudes formuladas por México a los Estados Unidos de América, constituyen alrededor del 90% de nuestras extradiciones activas y entre ellas se encuentran las de mayor relevancia.

A diferencia de nuestro sistema de derecho escrito, en los Estados Unidos opera el derecho consuetudinario, también conocido como “*common law*”, lo que se traduce en profundas diferencias en materia procesal, sobre todo por lo que se refiere a los requisitos que deben satisfacer las pruebas y los criterios de valoración de las mismas.

Por lo que se refiere a la autoridad facultada para emitir la resolución en el procedimiento de extradición, mientras en México es la Secretaría de Relaciones Exteriores, en los Estados Unidos de América compete al poder judicial.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En este contexto, la aplicación de los artículos 3º y 10º numeral 3 inciso b) del Tratado entre México y los Estados Unidos para el trámite de extradiciones activas, presenta serias dificultades, ya que con base en una orden de aprehensión en la que se acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, es necesario preparar una solicitud formal de extradición en la que se acredite la “causa probable”, misma que constituye el requisito para que una persona sea enjuiciada penalmente en los Estados Unidos.

Las diferencias entre cuerpo del delito y “causa probable” se ahondan en tratándose de los llamados delitos de “cuello blanco”, ya que en materia de fraude en sus diversas modalidades, abuso de confianza, administración fraudulenta, peculado y demás delitos cometidos por servidores públicos, defraudación fiscal y delitos fiscales en general, así como delitos bancarios y otros semejantes, acreditar la “causa probable” requiere de elementos probatorios sobre la conducta del sujeto activo y su conocimiento sobre la naturaleza de la misma y del destino de los fondos o bienes relacionados con el delito, que no son necesarios para acreditar el cuerpo del delito.

Adicionalmente, en la mayoría de las conductas típicas antes señaladas, cuando se trata de personas morales, nuestra legislación penal considera que para fincar responsabilidad es suficiente acreditar que una persona física es administrador o presidente del consejo de administración de la persona jurídica involucrada en el delito, en tanto que conforme al derecho estadounidense debe demostrarse su participación directa en la comisión del ilícito.

Asimismo cabe señalar que contrariamente a lo que sucede en México, la Constitución de los Estados Unidos de América no contempla la detención provisional con fines de extradición, por lo que a pesar de lo dispuesto en el tratado, para que se libere una orden de esta naturaleza, es necesario aportar elementos tendientes a acreditar la “causa probable”, sobre todo en los delitos de “cuello blanco”.

Los requisitos para el trámite de las extradiciones activas se establecen en función de lo previsto en el Tratado aplicable al caso concreto y en lo dispuesto por la ley de extradición doméstica del País Requerido, con apego a los principios generales del derecho y la reciprocidad internacional.

Existen requisitos de fondo y de forma vinculados a la procedencia de la extradición internacional, los cuales están previstos en los tratados celebrados por México con los diferentes países.

A manera de ejemplo, se menciona lo establecido por los tratados celebrados por México con EUA y España, por ser éstos los más recurrentes:

REQUISITOS PREVISTOS EN EL TRATADO DE EXTRADICIÓN ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Artículo 1.

Obligación de extraditar.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

1. Las Partes Contratantes se comprometen a entregarse mutuamente, con sujeción a las disposiciones de este tratado, a las personas respecto de las cuales las autoridades competentes de la Parte Requirente hayan iniciado un procedimiento penal o que hayan sido declaradas responsables de un delito o que sean reclamadas por dichas autoridades para el cumplimiento de una pena de privación de libertad impuesta judicialmente, por un delito cometido dentro del territorio de la parte Requirente.
2. Cuando el delito se hay cometido fuera del territorio de la Parte Requirente, la parte requerida concederá la extradición sí:
 - a) Sus leyes disponen el castigo de dicho delito cometido en circunstancias similares; o
 - b) La persona reclamada es nacional de la Parte Requirente, y ésta tiene jurisdicción de acuerdo con sus leyes para juzgar a dicha persona.

Artículo 2.

Delitos que darán lugar a la Extradición.

1.- Darán lugar a la Extradición conforme a este Tratado las conductas internacionales que, encajando dentro de cualquiera de los incisos del Apéndice, sean punibles conforme a las leyes de ambas Partes Contratantes con una pena de privación de la libertad cuyo máximo no sea menor de un año.

2.- Si la extradición se solicita para la ejecución de una sentencia, se requerirá además que la parte de la sentencia que aún falte por cumplir no sea menor de seis meses.

3.- Darán también lugar a la extradición las conductas internacionales que, sin estar incluidas en el Apéndice, sean punibles, conforme a las leyes federales de ambas Partes Contratantes, con una pena de privación de la libertad cuyo máximo no sea menor de un año.

4.- Bajo las condiciones establecidas en los párrafos 1, 2 y 3, la extradición también será concedida:

- a) Por la tentativa de cometer un delito; la asociación para prepararlo y ejecutarlo; o la participación en su ejecución; o
- b) Cuando para los efectos de atribuir jurisdicción al Gobierno de los Estados Unidos, el transporte de personas o de bienes, el uso de correos u otros medios de realizar actos de comercio interestatal o con el extranjero, sea un elemento de delito.

Artículo 10.

Procedimientos para la extradición y documentos que son necesarios.

1. La solicitud de extradición se presentará por vía diplomática.
2. La solicitud de extradición deberá contener la expresión del delito por el cual se pide la extradición y será acompañada de:

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- a) Una relación de los hechos imputados;
- b) El texto de las disposiciones legales que fijen los elementos constitutivos del delito;
- c) El texto de las disposiciones legales que determinen la pena correspondiente al delito;
- d) El texto de las disposiciones legales relativas a la prescripción de la acción penal o de la pena;
- e) Los datos antecedentes personales del reclamado que permitan su identificación y, siempre que sea posible los conducentes a su localización.

3. Cuando la solicitud de extradición se refiera a una persona que aún no haya sido sentenciada se le anexarán además:

- a) Una copia certificada de la orden de aprehensión librada por un juez u otro funcionario judicial de la Parte Requirente;
- b) Las pruebas que conforme a las leyes de la Parte Requerida justificarían la aprehensión y enjuiciamiento del reclamado en caso de que el delito se hubiere cometido allí.

4. Cuando la solicitud de extradición se refiera a una persona sentenciada, se le anexará una copia certificada de la sentencia condenatoria decretada por un tribunal de la Parte Requirente.

Si a la persona ya se le impuso una pena, la solicitud de extradición deberá estar acompañada de una certificación de la pena impuesta y de una constancia que indique la parte de la pena que aún no haya sido cumplida.

5. Todos los documentos que deban ser presentados por Parte Requirente conforme a las disposiciones de este Tratado, deberán estar acompañados de una traducción al idioma de la parte requerida.

6. Los documentos que, de acuerdo con este artículo, deban acompañar la solicitud de extradición, serán recibidos como prueba cuando:

En el caso de una solicitud que se origine en los Estados Unidos, estén autorizados con el sello oficial del Departamento de Estado y legalizados además en la forma que prescriba la ley mexicana;

En el caso de una solicitud que se origine en los Estados Unidos Mexicanos estén legalizados por el principal funcionario diplomático o consular de los Estados Unidos en México.

**REQUISITOS PREVISTOS EN EL TRATADO DE EXTRADICIÓN Y
ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS Y EL REINO DE ESPAÑA.**

Artículo 1. Las partes contratantes se obligan entregarse recíprocamente, según las reglas y bajo las condiciones determinadas en los artículos siguientes, los individuos contra los cuales se haya iniciado un procedimiento penal o sean requeridos para la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ejecución de una pena privativa de libertad impuesta judicialmente como consecuencia de un delito.

Artículo 2.

1. Darán lugar a la extradición los hechos sancionados, según las leyes de ambas Partes, con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea superior a un año.
2. Si la extradición se solicita para la ejecución de una sentencia se requerirá, además, que la parte de la pena que aún falte por cumplir no sea inferior a seis meses.

Artículo 3. También darán lugar a la extradición, conforme al presente Tratado, los delitos incluidos en convenios multilaterales en los que ambos países sean parte.

Artículo 15. Con la solicitud de extradición se enviará:

- a) Exposición de los hechos por los cuales la extradición se solicita, indicando en la forma más exacta posible el tiempo y el lugar de su perpetración y su calificación legal;
- b) Original o copia auténtica de sentencia condenatoria, orden de aprehensión auto de prisión o cualquier otra resolución judicial que tenga la misma fuerza, según la legislación de la Parte Requirente y de la que se desprenda la existencia del delito y los indicios racionales de su comisión por el reclamado;
- c) Texto de las disposiciones legales relativas al delito o delitos de que se trate, penas correspondientes y plazos de prescripción;
- d) Datos que permitan establecer la identidad y nacionalidad del individuo reclamado y, siempre que sea posible, los conducentes a su localización.”

A pesar de las diferencias que existen entre los tratados de extradición que México ha celebrado con las distintas naciones, se pueda concluir que hay requisitos de fondo y forma que de una manera genérica deben ser cumplidos para el trámite de cualquier solicitud de extradición internacional.

1.-REQUISITOS DE FONDO DE LA PETICIÓN FORMAL DE EXTRADICIÓN.

- Que el ilícito por el cual se va a solicitar la extradición tenga carácter de delito tanto en la legislación mexicana como en la del País en el cual se encuentra prófugo el inculpado o sentenciado.
- Que la penalidad que le corresponda a dicho ilícito, no sea inferior a un año de privación de la libertad.
- Que la acción penal ejercida en contra del reclamado o, en su caso, la sanción impuesta no hubieren prescrito.
- La existencia de una orden de aprehensión o reaprehensión vigente, decretada en contra del reclamado por autoridad judicial competente o, en su

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

caso, la existencia de una sentencia condenatoria dictada en contra del requerido.

2.-REQUISITOS DE FORMA Y DOCUMENTOS QUE SE DEBEN ANEXAR A LA SOLICITUD FORMAL DE EXTRADICIÓN.

- Datos del reclamado. Media filiación, datos y antecedentes personales y ubicación del reclamado en territorio extranjero.

Este punto resulta de extrema importancia ya que además de los datos de media filiación, es indispensable para facilitar la búsqueda del requerido, contar con el acta de nacimiento; datos referentes a sus señas particulares; tales como cicatrices, tatuajes, etcétera. Asimismo, es necesario contar con fotografías o retratos hablados, o huellas dactilares y documentos de identidad.

Por otra parte, resulta conveniente que se anexen diligencias en donde testigos presenciales de los hechos delictivos imputados al requerido, lo identifiquen plenamente.

- Ubicación. Es necesario señalar la ubicación o localización más o menos precisa del individuo en el extranjero, cuando no está ya detenido.
- Prescripción. Certificación del cómputo de la prescripción de la acción penal ejercida en contra del reclamado.
- Vigencia de la orden. Certificación de la vigencia de la orden de aprehensión, reaprehensión o sentencia condenatoria.
- Textos de las disposiciones legales. Los textos que determinen:
 - a) Los elementos constitutivos del delito(cuerpo del delito);
 - b) De la pena aplicable a éste; y,
 - c) Los relativos a las reglas generales de prescripción.

Estos textos deberán estar certificados por el Secretario General de Gobierno de la Entidad.

El proceso de extradición de las solicitudes que formula el gobierno de México a otros países, es regulado en la siguiente forma:

1) El proceso de extradición inicia cuando un Juez de Distrito o del Fuero Común, dictan una orden de aprehensión o reaprehensión en contra de uno o varios sujetos con el fin de sujetarlos a proceso o que, en su caso, para que cumplan con la sentencia condenatoria que haya sido impuesta, con la presunción de que la persona reclamada se encuentre fuera de territorio nacional.

2) Por lo anterior, y una vez que se cuanta con la respectiva orden de aprehensión, el Juez de lo Penal encargado del caso, ordenara al Ministerio Público Federal, solicite a la Procuraduría General de la República, inicie el procedimiento de extradición internacional.

3) La Procuraduría General de la República, en razón de la petición formulada por el juez de lo penal, iniciará los trámites correspondientes para la extradición conforme a lo señalado

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

por el artículo 3 de la Ley de Extradición Internacional que, en su parte conducente, a la letra dice:

“...Las peticiones de extradición que formulen las autoridades competentes federales, de los Estados de la República o del fuero común del Distrito Federal, se tramitarán ante la Secretaría de Relaciones Exteriores por conducto de la Procuraduría General de la República.”

Conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, corresponde a la Dirección General de Asuntos Legales Internacionales de dicha dependencia, por ser ésta la competente de conocer de los asuntos de extradición conforme a lo señalado por el artículo 27 fracción II y IV del Reglamento Interior de dicha dependencia del Ejecutivo Federal que, en su parte conducente, a la letra dice:

“Artículo 27. Al frente de la Dirección General de Asuntos Legales Internacionales habrá un Director General, quien tendrá las facultades siguientes:

II. Promover la celebración de tratados y acuerdos internacionales en materia de procuración de justicia, extradición, asistencia jurídica mutua, ejecución de sentencias penales, devolución internacional de bienes y otros actos jurídicos de carácter internacional en los que deba intervenir la Procuraduría. Para tales efectos, se actuará en coordinación, en su caso, con la Secretaría de Relaciones Exteriores, así como con otras dependencias y organismos competentes de la Administración Pública Federal y Estatal. Intervenir en la aplicación de dichos instrumentos internacionales y vigilar su observancia;...”

IV. Intervenir en el ámbito de su competencia, en los casos previstos por el último párrafo del artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley de Extradición Internacional.”

La Dirección General de Extradiciones y Asistencia Jurídica, con fundamento en lo antes expuesto, procede a preparar la petición formal de extradición, recabando los documentos que deberán acompañarse, de conformidad con lo establecido por la Ley de Extradición Internacional o, en su caso, en el tratado de extradición que México tenga celebrado con el país donde presumiblemente se encuentra el reclamado.

Los documentos que deberán integrar la petición formal de extradición son los siguientes:

- a) Expresión del delito por el cual se pide.*
- b) Relación de los hechos imputados.*
- c) Transcripción del texto de los preceptos legales que establezcan los elementos constitutivos del delito (s).*
- d) Transcripción del texto de los preceptos legales que determinen la pena correspondiente.*
- e) Transcripción del texto de los preceptos legales relativos a la prescripción de la acción y de la pena.*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

f) Siempre que sea posible, los datos y antecedentes personales del reclamado que permitan su localización e identificación.

g) Orden de aprehensión o sentencia condenatoria certificada y legalizada.

En el caso del Tratado de Extradición celebrado con los Estados Unidos de América, es necesario acompañar las pruebas y constancias procesales que motivaron la resolución judicial debidamente certificada.

5) La anterior documentación deberá ir certificada y legalizada y traducida al idioma del país requerido.

En lo relativo a la certificación, en los casos de los delitos del fuero común, la documentación será certificada por el Juez de Primera Instancia y su firma será legalizada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado o del Distrito Federal, la que a su vez se legalizará por el Secretario de Gobierno.

En lo referente a los delitos del orden federal, la documentación la certificará el Juez de Distrito y su firma la legalizará la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y posteriormente en ambos tipos de delitos, por la Secretaría de Gobernación, Secretaría de Relaciones Exteriores y Embajada del Estado requerido.

- Legalización y certificación.

Los documentos que provienen de actuaciones judiciales, tales como la orden de aprehensión, reaprehensión o sentencia, documentales contenidas en las causas penales y otros, deberán estar certificados por el Secretario de Acuerdos del Juzgado de Instrucción, cuya firma deberá estar legalizada por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y la de este último funcionario, por el Secretario General de Gobierno de la Entidad.

La formalidad antes descrita se debe observar en todos los casos, con el fin de que la PGR esté en posibilidad de realizar la legalización correspondiente de la firma del Secretario General de Gobierno de la Entidad, ante la Secretaria de Gobernación (SG).

Posteriormente se debe legalizar la firma del funcionario de la SG ante la SRE, para finalizar el trámite con la legalización de la firma del servidor público de la SRE ante el principal funcionario consular del País Requerido acreditado en México. En el caso de las extradiciones con EUA, generalmente la legalización la realiza el Cónsul General de EUA en la Ciudad de México.

Lo anterior, a fin de que los documentos públicos de nuestro País, tengan la validez jurídica necesaria en el extranjero.

- Traducción. Cuando se solicita la extradición de una persona a un País cuyo idioma oficial no sea el español, se deberá realizar una traducción al idioma de dicho Estado, de todos y cada uno de los documentos que sirven de soporte a la solicitud de extradición.

Dicha traducción en la mayoría de los casos se realiza por el área correspondiente de la PGR, pero en determinadas circunstancias resulta conveniente el apoyo que a este

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

respecto puedan proporcionar las procuradurías generales de las entidades federativas.

Cabe mencionar que en el caso de España, las reglas para la presentación de la documentación soporte de la petición formal son más flexibles, ya que de acuerdo a lo dispuesto del artículo 41 del Tratado con ese País, los documentos transmitidos en aplicación del tratado estarán dispensados de todas las formalidades de legalización cuando sean cursados por la vía diplomática.

Cuando México presenta una solicitud de extradición a otro país -ya sea algún gobierno local por solicitud de un juez local o de una Procuraduría Estatal- pide a la Dirección General de Extradiciones y Asistencia Jurídica que solicite a otro país la extradición de la persona que se encuentra en su territorio.

También sucede que las delegaciones de la Procuraduría General de la República o las Unidades de Investigación Especializada tengan localizado a alguna persona y entonces tramitan la solicitud.

Cuando se tiene localizado a algún reclamado por la justicia mexicana en otro estado, se procede a formular la solicitud de detención provisional con fines de extradición internacional, esto por la urgencia de que el fugitivo deje de estar localizable, tal pedimento se presentará vía diplomática mismo que deberá contener lo siguiente:

- a) La expresión del delito por el cual se pide la extradición.
- b) La media filiación del reclamado y su posible paradero.
- c) La promesa de que se formalizara la solicitud de extradición.
- d) Declaración de la existencia de una orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente o de una sentencia condenatoria en contra del reclamado.

El Estado requerido deberá tomar las medidas necesarias para aprehender al reclamado. Presentada la solicitud de detención provisional con fines de extradición ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, donde después de revisarlos se envían vía diplomática a la embajada de México en el país al cual se va a solicitar, para que la embajada lo tramite.

En el caso de los Estados Unidos la solicitud se presenta ante el Departamento de Justicia que recibe los documentos y les da el curso administrativo y judicial interno que corresponda.

Detenido el reclamado, los agregados de la Procuraduría General de la República y la Secretaría de Relaciones Exteriores reciben noticias de la detención indicándose plazo para presentar la petición formal de extradición, lo que se comunica a la Dirección General de Extradiciones y Asistencia Jurídica, quien teniendo reunida la documentación con los requisitos que se señalan a continuación procede a remitirla a su departamento de traducción.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

La petición formal de extradición, una vez recibida por la Secretaría de Relaciones Exteriores, específicamente la Dirección General de Asuntos Jurídicos, por ser esta conforme al Reglamento Interior en su artículo 16 fracción IV, que en su parte conducente a la letra dice:

“Artículo 16 Corresponde a la Dirección General de Asuntos Jurídicos:

IV. Intervenir en los procedimientos de extradición conforme a lo que la Ley de Extradición Internacional establece, así como los convenios que se hayan celebrado por nuestro país con otros Estados.

Será la encargada de transmitir dicha petición mediante un oficio signado por el Director General de Asuntos Jurídicos, a nuestra representación diplomática en el país donde presumiblemente se encuentra la persona requerida. Una vez recibida la petición por nuestra Embajada, mediante nota diplomática la presentará a la Cancillería del país requerido, para que ésta a su vez la transmita al Departamento de Justicia y al Órgano Judicial que conforme a su legislación interna le corresponda conocer de las solicitudes de extradición internacional.

8) El Estado requerido resolverá la extradición conforme a su legislación interna, y una vez que exista una resolución a la solicitud formulada, la hará del conocimiento de nuestra Embajada en dicho país, señalando si concede o niega la extradición. La Respuesta manifestada de inmediato se comunicará a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que ésta a la vez la transmita a la Procuraduría General de la República.

9) Si la resolución del Estado requerido es en el sentido de negar la extradición, la Secretaría de Relaciones Exteriores notificará a la Procuraduría General de la República, para que ésta a su vez lo haga del conocimiento de la autoridad judicial que requirió al reclamado, acompañando la Resolución del Estado requerido.

10) En caso de que la Resolución sea en sentido afirmativo, nuestra representación diplomática igualmente lo hará del conocimiento de la Secretaría de Relaciones Exteriores y ésta a su vez de la Procuraduría General de la República, a efecto de que la Dirección General de Asuntos Legales Internacionales, por conducto de la Policía Judicial Federal o de la Oficina de Interpol, coordinen el operativo de entrega con las autoridades correspondientes del Estado requerido.

11) Una vez notificada la Embajada sobre la procedencia de la extradición, la Procuraduría General de la República, quien realizará el operativo para recoger al reclamado en el Estado requerido, cuenta con un plazo de dos meses para hacerlo, toda vez que de no llevarse a cabo el operativo, el Estado requerido está en facultad de dejar en libertad a la persona reclamada, y no podría volverse a detener a la persona, salvo que fuera por otros cargos distintos por los cuales se solicitó originalmente su extradición.

12) Al realizarse el acto de recepción del reclamado por los agentes de la Policía Judicial Federal o de Interpol, éstos lo pondrán de inmediato a disposición del Juez que dictó la orden de aprehensión o, en su caso, la sentencia condenatoria, en el Centro de Reclusión

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

señalado por la autoridad judicial, finalizando de esta forma el procedimiento de la Extradición Activa.

El artículo 3 de la Ley de Extradición Internacional señala lo siguiente:

“Artículo 3. Las extradiciones que el gobierno mexicano solicite de estados extranjeros, se registrarán por los tratados vigentes y a falta de éstos, por los artículos 5, 6, 15 y 16 de esta ley.

Las peticiones de extradición que formulen las autoridades competentes federales, de los estados de la República o del fuero común del Distrito Federal, se tramitarán ante la Secretaría de Relaciones Exteriores por conducto de la Procuraduría General de la República”.

*“Dejar a la legislación de cada país la regulación procedimental de la tramitación de las solicitudes en lo interno, se justifica en razón de que la legislación nacional y sobre todo la Constitución de cada Estado, establece su propio régimen de garantías procesales para los actos que trasciendan a afectar la libertad de las personas, como ocurre en México, donde fundamentalmente se protege a los individuos mediante las garantías de audiencia, del debido procedimiento y de legalidad”.*⁵

Los artículos CUADRAGESIMO NOVENO, QUICUAGESIMO y QUINCUAGESIMO PRIMERO de la Circular número C/005/99 refiere lo siguiente:

“CUADRAGESIMO NOVENO.- Las peticiones de extradición internacional que requieran os agentes del Ministerio Público de la Federación, deberán contener lo siguiente:

- I. Nombre y firma del agente del Ministerio Público de la Federación encargado de la investigación, el procedimiento o la diligencia a que se refiera la petición;*
- II. La expresión del delito por el cual se pide la extradición;*
- III. El asunto y naturaleza de la investigación, el procedimiento o la diligencia, así como la relación de los hechos imputados;*
- IV. El texto de las disposiciones legales que a continuación se señalan:
 - a) Las que fijen los elementos constitutivos del delito;*
 - b) Las que determinen la pena correspondiente al delito, y*
 - c) Las relativas a la prescripción de la acción penal o de la pena.**
- V. Los datos y antecedentes personales del reclamado que permitan su identificación (media filiación, lugar y fecha de nacimiento) y, siempre que sea posible, los conducentes a su localización, y*
- VI. Los demás datos que determine la Dirección General de Asuntos Legales Internacionales, según el caso concreto.*

⁵ REYES TAYABAS Jorge. *“La extradición Internacional e Interregional en la Legislación Mexicana”*. Edit. Procuraduría General de la República. P. 59. 1997.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

QUINCUAGÉSIMO. En caso de que no se tenga certeza sobre el paradero de algún fugitivo, la Dirección General de Asuntos Legales Internacionales, solicitará a la Oficina Central Nacional Interpol-México y a la Agregaduría de la Procuraduría General de la República correspondiente, su localización en forma previa a la formulación de la solicitud de extradición internacional, salvo que la misma sea necesaria por otras circunstancias.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. A la petición de extradición deberán anexarse los documentos siguientes:

- I. Cuando la solicitud de extradición se refiera a una persona que aún no ha sido detenida:
 - a) Copia certificada por duplicado de la orden de aprehensión o reaprehensión librada por el juez;*
 - b) Los documentos en que se relacionen los elementos de prueba que justifiquen la aprehensión, y*
 - c) El cómputo de la prescripción de la acción penal y la certificación de la vigencia de la orden de aprehensión.**
- II. Cuando la solicitud de extradición se refiera a una persona sentenciada, se le anexará copia certificada por duplicado de la sentencia condenatoria ejecutoriada decretada por la autoridad judicial, y*
- III. Los demás documentos que determine la Dirección General de Asuntos Legales Internacionales, según el caso concreto”.*

Aunado a lo anterior la cláusula DECIMO SÉPTIMA del Convenio de Colaboración que celebran la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia Militar, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia de los Treinta y un Estados Integrantes de la Federación, establece:

“DECIMO SÉPTIMA.- La Procuraduría General de la República prestara todo su apoyo para el trámite y desahogo de solicitudes de extradición y de asistencia jurídica internacional que le requieren las otras procuradurías.

Para tal efecto las solicitudes de extradición y de asistencia jurídica deberán presentarse por escrito, con la firma autógrafa del Procurador General de Justicia de que se trate, debiendo satisfacer los requisitos que establecen las disposiciones legales aplicables y, en su caso, los tratados internacionales de los que México es parte, los cuales se relacionan en el anexo de este instrumento.

ANEXO

De conformidad con la cláusula décimo séptima, los requisitos para la presentación de solicitudes de extradición y de asistencia jurídica internacional se enumeran las siguientes:

I.- En materia de extradición Internacional.

1. Nombre y firma del Procurador General de Justicia requirente;

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

2. La expresión del delito por el cual se pide la extradición;
3. El asunto y naturaleza de la investigación, así como la relación de los hechos imputados;
4. El texto de las disposiciones legales que a continuación se señalan:
 - a) Las que fijen los elementos constitutivos del delito;
 - b) Las que determinen la pena correspondiente del delito, y
 - c) las relativas a la prescripción de la acción penal o de la pena que hubiere sido impuesta;
5. Los datos y antecedentes personales del reclamado que permitan su identificación (media filiación, lugar y fecha de nacimiento), y siempre que sea posible, los conducentes a su localización.
6. A la petición de extradición internacional deberán anexarse los documentos siguientes:
 - Copia certificada, por duplicado, de la orden de aprehensión o reaprehensión librada por autoridad judicial competente;
 - Los documentos en que se relacionen los elementos de prueba que justifiquen la aprehensión, y
 - El computo de la prescripción de la acción penal y la certificación de la vigencia de la orden de aprehensión.
- b) Cuando la solicitud de extradición se refiera a una persona sentenciada, se le anexara copia certificada por duplicado de la sentencia condenatoria;
7. Los demás datos que determine el Ministerio Público de la Federación, según las particularidades de caso concreto.

3.-PRUEBAS ADICIONALES.

Si el Poder Ejecutivo de la Parte requerida estima que las pruebas presentadas en apoyo de la solicitud de extradición no son suficientes para satisfacer los requisitos de este Tratado, dicha Parte solicitará la presentación de las pruebas adicionales que sean necesarias (Artículo 12 del Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América).

4.-REGLA DE ESPECIALIDAD.

Una persona extraditada conforme al presente Tratado no será detenida, enjuiciada o sancionada en el territorio de la Parte requirente por un delito distinto de aquel por el cual se concedió la extradición, ni será extraditado por dicha Parte a un tercer Estado a menos que:

- a) Haya abandonado el territorio de la Parte requirente después de su extradición y haya regresado voluntariamente a él;
- b) No haya abandonado el territorio de la Parte requirente dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que haya estado en libertad de hacerlo; o

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- c) La Parte requerida haya dado su consentimiento para que sea detenida, enjuiciada, sancionada o extraditada a un tercer Estado por un delito distinto de aquel por el cual se concedió su extradición.

4.- Términos en el procedimiento de extradición.

5.- Medios de defensa del reclamado.

6.- La opinión iuris del órgano jurisdiccional.

7.- Acuerdo por el que la de la Secretaría de Relaciones Exteriores determina si concede o niega la extradición del reclamado.

8.- Entrega del reclamado.

*Estas disposiciones no se aplicarán a delitos cometidos después de la extradición.

ELEMENTOS QUE DEBE CONTENER LA SOLICITUD DE BÚSQUEDA Y LOCALIZACIÓN DE FUGITIVOS EN EL EXTRANJERO.

A) DATOS PARTICULARES.

1. Detalles de identificación

Nombre*

Fecha de nacimiento*

Lugar de nacimiento*

Nacionalidad*

Señas particulares*

Estatura*

Peso*

Color de ojos*

Color de cabello*

Complexión*

2. Fotografía o retrato hablado*

3. Huellas dactilares

4. Ubicación del fugitivo en país extranjero*

5. Cualquier otra información relevante (ocupación, lenguas que habla, número de pasaporte, etcétera.)

B) INFORMACIÓN JUDICIAL

6. Descripción del delito que se le imputa a la persona buscada*

7. Disposiciones legales aplicables a la conducta delictiva *

8. La pena máxima que puede ser impuesta o ha sido impuesta

9. La existencia de una orden de aprehensión girada o de una sentencia definitiva impuesta por autoridad judicial competente. Siendo un requisito que las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados remitan de forma

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

mensual, a la Dirección General de Asuntos Policiales Internacionales e INTERPOL, la información relativa a la vigencia de la orden de aprehensión
*

10. Relatoría de hechos (Detallada)*

*Esta información es indispensable para la tramitación de la “Ficha Roja”

LA VÍCTIMA EN EL DERECHO PENAL

Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ

SUMARIO: I.- Origen de la palabra víctima. II.- Concepto de víctima. III.- Algunas consideraciones sobre la víctima. IV.- Consideraciones finales.

La victimología es una nueva disciplina jurídica que tiene por objeto el responder a las necesidades de las víctimas del delito, ya que desde la concepción clásica del Derecho Penal, únicamente adquiriría relevancia la figura del procesado, situación que al pasar de los años ha cambiado pero que, hoy en día presenta la problemática de su definición.

I. ORIGEN DE LA PALABRA VÍCTIMA

La palabra víctima proviene del latín “víctima”, “(Del lat. *víctima*). 1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. 2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. 3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita. 4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito”¹. Por su parte, Luís Rodríguez Manzanera dice que “se designa a la persona o animal sacrificado o que se destina al sacrificio”², estas definiciones se toman en sentido lato y sobretodo en referencia a su sentido natural de la palabra.

Lo anterior da a entender que se refiere al individuo que se sacrifica asimismo, en este concepto tomado de la obra de Rodríguez Manzanera, da un claro ejemplo de lo que hoy en día es el “suicidio” que, últimamente, en nuestra sociedad ha aumentado considerablemente; pero que esto es como resultado de que muchas de estas personas que han caído en la idea de suicidarse, es debido a que primeramente fueron víctimas de la situación, ya sea económica, social y física, pues resulta que la mayoría de las personas que se suicidan, es porque anteriormente tuvieron algún problema que no pudieron solucionar y viene a resultar que ellos mismo se privan de la vida.

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <http://rae.es./draeI/SrvltGUIBusUsual>.

² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luís. *Victimología*, Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1999. P. 55.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Siguiendo con el origen de la palabra víctima encontramos al autor Elías Neuman³ que atribuye el vocablo víctima “a dos variedades “vincire”, animales que se sacrifican a los dioses y deidades, o bien “vincere”, que representa al sujeto vencido y así “victimi”, en inglés, “victime”, en francés y “vittima”, en italiano”. En estos casos la víctima es ofrecida a los dioses en cumplimiento a cierta promesa por lo regular de tipo religioso y no importaba si era hombre o animal⁴.

Es así pues que indudablemente, independientemente del significado etimológico de la palabra víctima, ésta ha evolucionado grandemente hasta considerarse como sujeto pasivo del delito, en la mayoría de los casos; pero vemos como a lo largo de la evolución de la humanidad y el desarrollo de los pueblos el concepto de víctima se ha ido ampliando, logrando una clasificación más amplia y en algunas legislaciones se han incluido algunos derechos para la víctima desde luego que dependiendo del lugar y el tiempo en que se de y de acuerdo a las influencias que tenga el ser humano, ya sea creyente o ateo, doctrina política, nacional o extranjero.

Para Mendelsonhn víctima “Es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de sufrimiento, determinado por factores de origen muy diverso, físico, psíquico, económico, político o social; así como el ambiente natural o técnico”.⁵ En este sentido, Separvic la define como “Cualquier persona física o moral, que sufre como resultado de un despiadado designio, incidental o accidentalmente, puede considerarse víctima”.⁶

Según estos autores la víctima surge como consecuencia de un evento de diversa índole y que este puede ser provocado de manera natural o accidental, en este último producido por el hombre.

II. CONCEPTO DE VÍCTIMA

Es importante para todos los juristas y estudiosos del derecho, tener un concepto claro de lo que significa el concepto víctima desde el punto de vista jurídico, de ahí que algunos autores hayan escrito en cuanto al contenido de este concepto, por ejemplo para “Israel Kraphin, la palabra “víctima” tiene dos significados distintos; por una parte, se refiere al ser vivo sacrificado a una deidad en cumplimiento de un mito religioso o dedicado como ofrenda a algún poder sobrenatural, por otra , la misma palabra se relaciona con la persona que sufre o es lesionada por otra que actúa movida por una gran variedad de motivos o circunstancias.”⁷ En este concepto nos interesa la segunda parte que se refiere a la persona que sufre una lesión inferida

³ NEUMAN, Elías. *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 3ª Edición ampliada, Editorial Universidad Argentina, Buenos Aires, 2001. p. 24.

⁴ *Idem.*

⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología*. Op. Cit. , p. 57.

⁶ *Idem.*

⁷ [http://www. Juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/82/art/art4.htmg](http://www.Juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/82/art/art4.htmg).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

por otra que tuvo alguna circunstancia que lo orilló a cometer un acto que lesiona a otro individuo.

Así también tenemos el concepto que adoptó la Organización de las Naciones Unidas consistente que es importante para los individuos, sobre todo el de la Organización de las Naciones Unidas, en el VI Congreso (Caracas 1980) y el VII Congreso (Hilán 1985), donde se planteó que el término “víctima”, puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que:

- a) Constituya una violación a la legalización penal nacional.
- b) Constituya un delito bajo el derecho internacional, que constituya una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente.
- c) Que alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupan posiciones de autoridad política o económica.

En el VII Congreso de las Naciones Unidas, se llegó a la conclusión de manejar a las víctimas en dos grupos: las víctimas de delitos y los de abuso de poder, mismos que quedaron definidas en la declaración sobre los principios fundamentales de justicia relativos a las víctimas, en la forma siguiente⁸:

A).- Víctimas de delitos (artículo 1º.), “Se entenderá por víctimas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que prescribe el abuso del poder”.

B).- Víctimas del abuso del poder: (artículo 18).- “Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones, físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violan normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos”.

Para la Sociología es víctima “la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción”.⁹ Dentro del campo de la sociología el concepto víctima encuadra en el aspecto real por motivos de los delitos.

Para efectos de este trabajo considero adecuado utilizar el concepto que maneja las Naciones Unidas, pues es un concepto más actual y más amplio el cual permite incluir de manera precisa a quienes se pueden considerar víctimas directas e indirectas y también no sólo de los delitos, sino de otros factores.

⁸ <http://www.victimology.nl/onlpub/declar/undeclspan.pdf>, pp.23 y 24.

⁹ FAIRCHILD, Henry Pratt, *Diccionario de Sociología*, FCE, México, 1980, p. 311.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Como se puede apreciar en cuanto al concepto víctima, es difícil unificar criterios pues al concepto se le puede dar la interpretación que mejor convenga, sin embargo a pesar de todo el concepto de víctima ha evolucionado grandemente; “donde aquel que podía vengarse libremente”¹⁰ esto por supuesto que ya no se puede dar porque para ello deba existir Instituciones que protejan a las víctimas. Y que sean los encargados de procurar que a estos le sean resarcidos sus derechos que le fueron violentados.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA VÍCTIMA

Consideramos que la víctima siempre ha existido, desde el mismo momento en que se cometió el primer hecho delictuoso, tuvo que existir víctima, desde luego que no se le conoció en el momento mismo con ese nombre, pero la víctima o el sujeto que recibió el daño material, nace desde el instante en que se consumó el hecho delictivo, de ahí pues que la víctima nace prácticamente con el delito y tomando esa referencia tendríamos que decir que la víctima es tan antigua como el delito mismo, por supuesto, que no con ese nombre al que se hace mención, si no con otro término, pero al fin es víctima. Por eso José Adolfo Reyes Calderón, en su obra *victimología* menciona que “desde el trasfondo de la historia aparece el crimen, Caín derrama por vez primera sangre, la de su hermano Abel”.¹¹

No tomar en cuenta a la víctima, como tal o tenerla en el olvido o relegada a segundo término, es no estudiar el problema mismo del hecho delictivo, esto no quiere decir, que no se conozca el problema, así como de la pena, por lo que se deja ver que al principio existía un total de desinterés por la víctima, quizás, a que en la antigüedad el hombre utilizaba como medio de defensa la venganza privada y por ello la víctima emplea la fuerza y el poder para defenderse de la persona que le causaba algún daño.

Con el paso del tiempo y el avance de la sociedad surge la figura del Talión que resulta una especie de límite que se le imponía a la víctima, porque su venganza no podía ir más allá del daño que le causaba el sujeto activo; en su constante evolución del derecho, es que se considera que éste es producto de la divinidad y por lo mismo el castigo que se impone a quienes cometen delito, es por mandato divino y por ello, es cuando el castigo lo imponían “los brujos, hechiceros o sacerdotes y entonces la víctima continúa en un segundo plano”.¹²

¹⁰ ZAMORA GRANT, José. *La Víctima en el Sistema Penal Mexicano*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2003. P. 77.

¹¹ REYES CALDERÓN, José Adolfo y Rosario León Dell. *Victimología*, 2ª edición, Editorial Cárdenas, México, 1990. p. 19.

¹² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología*. Op. Cit. p. 6.

Se refiere que la víctima es tomada en cuenta, pero en un plano inferior, pues no se le da la importancia debida, queda de manifiesto que ya en esos años remotos se obligaba al responsable de la Ciudad, a pagarle a la víctima.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Pero es prácticamente, a partir de aquí que los juristas se hacen cargo de la aplicación del derecho penal, cuando se empieza a tomar en cuenta a la víctima, dando derecho a quejarse y a pedir que se aplique la ley en su defensa.

Uno de los ejemplos más remotos que se puede citar en atención a la víctima, se encuentra en el Código de Hammurabi (1728-1686 a.C.), pues señalaba en sus secciones 22-24 que: “si un hombre ha cometido un robo y es atrapado, tal hombre ha de morir; si el ladrón no es atrapado, la víctima del robo debe formalmente declarar lo que perdió... y la Ciudad... debe reembolsarle lo que haya perdido. Si la víctima pierde la vida, la Ciudad o el alcalde debe pagar un “maneh” de plata a su pariente”¹³.

Aquí se puede apreciar, como desde la época del rey babilónico se protegía a la víctima, éste dato puede precisar en lo que respecta a la parte final del precepto citado, cuando señala que en caso de que la “víctima pierda la vida” es la Ciudad o el alcalde quien debe pagarle; este sinónimo puede referirse a lo que hoy es el Estado, que puede pagarle o indemnizarle a sus familiares o parientes, esto no es otra cosa que lo que se puede llamar “víctima indirecta”, que se refiere al trabajo que hoy se desarrolla.

En el caso del derecho romano, existe una diferencia bastante importante, ya que se tiene que distinguir entre lo que ellos llamaron “Delicta” (delitos) y los “Crimina” (crimen), en cuanto a los primeros, estos se consideraban de persecución particular o sea de querrela de parte agraviada y los segundos eran perseguidos de oficio; por eso se decía que los crimina (crimen) ponían en peligro a toda la sociedad y en cuanto a los delicta (delito), los afectados eran los particulares, por lo que se consideraba, que éste acontecimiento no provocaba mayor problema a la sociedad, desde luego que en los delicta (delito) existía cierto beneficio a la víctima que fue desde la venganza privada hasta la multa a favor del ofendido; después cuando ya el Estado se convierte en el monopolio de la acción penal, se considera que la víctima pasó a un segundo término.

Posteriormente, el Estado fue haciéndose responsable de la administración de justicia, el responsable del delito fue adquiriendo mayor atención de los asuntos judiciales relegando a la víctima a un plano inferior, hasta llegar a convertirla en algo olvidado.

Los tratadistas sin embargo, se han referido a la víctima, no tan profundo pero si de manera general, así por ejemplo Lombroso en su obra “Crimen, causas y remedios”, dedica un par de párrafos a la indemnización de las víctimas, atacando la fuente misma de ciertos delitos, principalmente aquellos de codicia pregonada que el Juez debe fijar la compensación y asegurar los bienes de detenido”.¹⁴

¹³ *Idem.*

¹⁴ LOMBROSO, Cesar, *L'uomo delinquente*. 5ª ed. Tomo, II.- Crimen, causas y remedios, 1876 *passim*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Como podemos ver, desde hace tiempo se ha tratado el asunto relacionado con la víctima, por lo que se puede afirmar que el problema no ha sido ajeno para los estudiosos y tratadistas, tal como es el caso de Lombroso, pues hace un señalamiento muy acertado e importante como el de señalar que el Juez fije la compensación y que asegure los bienes de la persona que es detenida por el delito, que cometió; no es otra cosa que el de garantizar la posible reparación de los daños que haya sufrido la víctima o en todo caso el ofendido, tal figura más o menos parecida a la que hoy en día tenemos en nuestra legislación, desde luego que aquí lo importante es que ya de tiempo remoto se hablaba de ello y es hasta ahora que la autoridad le da cierta importancia.

El problema es que no se hace de manera inmediata, sino que se realiza cuando es pedido por otra autoridad y mediante procedimiento correspondiente, es que se acuerda el embargo de los bienes del inculpado, en todo este trámite procedimental, se pierde demasiado tiempo y a veces resulta que cuando ya se hace, pues ya los bienes fueron vendidos o traspasados a terceras personas, dejando desprotegida a la víctima o a los ofendidos según sea el caso, en completo desamparo.

Por lo anterior, es necesario entonces que con el objeto de asegurar la reparación de los daños y de la indemnización correspondiente a la víctima, desde un principio se deben asegurar los bienes y no esperar hasta el final, para ver si se pide o no la reparación de los daños, ocasionados por el delito, y que además esto sea de oficio, como una obligación de la autoridad, ya sea del Juez o Ministerio Público, en su caso.

Otro de los autores, que trataron el problema de la víctima, es Enrico Ferri, quien desde su lección primera en la Universidad de Boloña (1881), propuso reformas al procedimiento penal para efectos de agilizar y facilitar la reparación del daño, de la misma manera en la Universidad de Nápoles (1901), señaló el abandono de la víctima, afirmando que la víctima ha sido olvidada, aquí también plantea la reparación del daño de tres maneras, como son las siguientes:

- a) Sustitutivo de la pena de prisión, aunque esto sería sancionar con una real distinción de clase;
- b) Aplicando el trabajo del reo al pago;
- c) Como pena para delitos menores;
- d) Como obligación del delincuente hacia la parte dañada;
- e) como función social a cargo del Estado”.¹⁵

En este estudio de Ferri, existe algo interesante, como es el caso de que el trabajo de una persona que cometió el delito, sea para pagar la reparación del daño de la víctima, esto es por demás importante ya que en la actualidad se dice que no se

¹⁵ FERRI, Enrico. *Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia*, trad. Saldaña Quintiliano, Madrid, 1925, pp. 40 y 41.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

puede pagar la reparación del daño, en virtud de que el responsable del delito no tiene bienes ni recursos con que pagarle a la víctima los daños causados ni mucho menos el perjuicio que le ocasiona, en el supuesto de que al sentenciado se le condene a que tiene que trabajar, desde luego que en el centro penitenciario, y que el producto de ese trabajo se le entregará a la víctima u ofendido, sería lo más justo y porque también serviría de ejemplo para crear en él conciencia, que cuando se comete determinado delito en perjuicio de una persona, se hará acreedor al pago de los daños que le causó y que éste lo tendrá que hacer en todo caso con el producto de su trabajo.

Pasando a otro de los incisos o supuestos que menciona Ferri en su obra, sería el de que el Estado responde al pago de reparar los daños como un acto de función social, es decir, que el Estado responda por algo que no hizo, pero que lo hace en función de que el Estado es protector de la sociedad, pero no creo que sea justo, ya que el Estado responde por algo que es beneficio para toda una colectividad y no a persona en particular, sobre todo que el daño que sufre o sufrió la víctima, es producto de la conducta irresponsable de otro ciudadano y que en todo caso tiene que responder de lo que hizo y es ahí donde la función del Estado debe intervenir para obligar al responsable de ese ilícito que responda por el hecho que cometió, desde luego siempre que se puede hacer, pues en última instancia si podría el Estado atender a la víctima, como un acto de protección y en aras de velar por un integrante de la misma sociedad, a la cual representa, pero como se dijo anteriormente sería posterior, cuando ya se haya agotado la fuente primaria, es decir el responsable y cuando no se pueda hacer efectiva la reparación del daño, causado entonces el Estado, como vigilante de la salvaguarda de la sociedad y de la población en general, le debe asistir a uno de sus integrantes.

Otro tratadista que estudia a la víctima fue Rafael Garófalo, quien en su libro sobre “Indemnización a las víctimas del delito”, hace referencia a la indemnización, y señala el camino adecuado que se debe seguir para atender a la víctima de los delitos manifiesta que “esta clase de personas a que todo ciudadano honrado puede tener la desgracia de pertenecer, debía merecer que el Estado le dirigiese una mirada de benevolencia, una palabra de consuelo”¹⁶.

Las víctimas de los delitos debían seguramente, tener derecho a mayores simpatías, que la clase de los delincuentes, que parece ser la víctima de que los actuales legisladores se preocupan”, con la trascripción del párrafo anterior de la obra de este grande positivista italiano, queda plasmada la preocupación de proteger a la víctima del delito, desde luego que aquí dejo en claro que en todo caso debe ser el Estado que debe brindarle protección a la víctima, como un acto de benevolencia, ya se dejó asentado en líneas arriba, el criterio en cuanto a la intervención del Estado en esta

¹⁶ GARÓFALO, Rafael. *Indemnización a las víctimas del delito*, trad. Pedro Dorado Montero, Editorial La España Moderna, Madrid, 1971. p. 85.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cosas, pero bueno, lo que cabe es reafirmar que el Estado debe estar preparado para brindar en su caso a la víctima.

Pero no fue sino Benjamín Mendelssohn, quien se destacó por ser el primero que realizó un estudio sistematizado de las víctimas, dándole con esto el carácter científico al estudio de la víctima, este profesor de origen Israelí, puede considerársele el Padre de la Victimología; pues empezó su trabajo desde 1937, haciendo las publicaciones sobre este tema en 1940, relativos a la violación, posteriormente hace estudios relacionados con la víctima y llama la atención cuando señalando que existe un total desinterés en el tratamiento a la víctima y puntualiza que no puede hacerse justicia sin tomar en cuenta a la víctima y por eso considera necesario la creación de una ciencia independiente, que podría ser llamada victimología y es de esta manera que inicia por crear ciertos conceptos y definiciones relacionados con la victimología, haciendo una clasificación de las mismas víctimas.¹⁷

Posteriormente, la Universidad de Yale, en 1948 publica un estudio del tratadista Hans Van Henting, denominado “The Criminal and his Victim”, en 1949 Wertham al tratar sobre la víctima del homicidio dice “que lo que hace falta es una ciencia de la victimología”. En 1954 el profesor de Topeka, Henry Ellenberger, publicó su obra *relations psychologiques entre le criminel et sa victime*, en la obra el “delito”, el tratadista Henting, amplía los conceptos sobre la víctima, considerándola como un elemento del medio circundante, estudiando los diversos problemas del fenómeno victimal e intentando al mismo tiempo una tipología.¹⁸

Después de los trabajos realizados por los diversos tratadistas y estudiosos del problema de la víctima, esto ha ido avanzando hasta el grado de llegar a considerarse que hay que estudiar a la víctima desde una perspectiva autónoma; es decir, que a la víctima hay que atenderla y tratarla de manera integral, que forme parte del hecho delictivo y no como cosa olvidada; por ello se plantea la necesidad de que sea estudiada como una ciencia en particular, esto con el objeto de que la víctima sea tratada desde el concepto mismo, hasta las soluciones en que debe ser atendida.

En el caso particular de México, se ha tenido un avance importante en el estudio de la víctima, tanto de manera teórica como práctica, ya que los estudios datan de la década de los treinta y se empieza con lo de la reparación del daño.

En cuanto a la práctica, es en el Estado de México, donde se publica en 1969 la primera Ley sobre Auxilio a la Víctimas del Delito¹⁹, posteriormente en los años setenta Luis Rodríguez Manzanera, realiza los primeros estudios victimológicos, después en la década de los ochenta el Instituto Nacional de Ciencias Penales, crea la cátedra de victimología, en 1989 se celebró el III Congreso Nacional de

¹⁷ REYES CALDERÓN, José Adolfo. *Victimología*, Op. Cit. p. 31.

¹⁸ *Ibidem*, p. 33.

¹⁹ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/19/pr/pr28.pdf>.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Criminología organizado por la Sociedad Mexicana de Criminología y la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. En el cual se acordaron los temas relacionados con las víctimas, la victimización y la problemática en criminalística, etc., en ese mismo año la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, implementó un programa de agencias especializadas para brindarle atención a las víctimas, este programa ha servido de base para la creación de servicios y atención a víctimas en otras Entidades Federativas.

En lo que respecta a nuestro régimen jurídico ha ido avanzando poco a poco en materia de víctimas y es así como en 1993 se reforma la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, con el objeto de reconocer los derechos de las víctimas del delito y en base a esto, los Estados de la República, han adoptado su legislación para incluir normas relativas al goce y ejercicio de los derechos de las víctimas. De la misma manera en 1995, la sociedad internacional de criminología con la sociedad mexicana de criminología, celebró en la Universidad la Salle de México el 50 curso internacional de criminología, en donde el tema central fue: “Justicia y atención a víctimas del delito”.²⁰

Como se puede apreciar, el estudio de la víctima todavía es reciente y por eso es que no se han acabado de descubrir a otras clases de víctimas que se pueden dar, como es el caso de las víctimas indirectas del delito, en los estudios sobre victimología, se encuentran varias clasificaciones importantes, en los que se debe atender a la víctima ya “dentro del objeto de la victimología son subsumidos no solo las víctimas de delincuentes, sino también aquellas personas que llegan a ser víctimas sin la intervención de otros o que llegan a sufrir daños (accidentes laborales, accidentes en viaje, etcétera.)”²¹

Aquí se demuestra, que todo podemos ser víctima de algo, ésta la de no intervención de otra persona, si no por circunstancias ajenas a la voluntad de las mismas, de ahí que entonces, sea urgente crear mecanismos que orienten y protejan a las víctimas, sobre todo cuando no existen culpables que hayan originado la propia creación de la víctima.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Dentro del concepto jurídico la palabra o figura jurídica “víctima”, solo se refiere a un concepto limitado y esto es en el sentido de que la conducta generadora de la acción esté tipificada por la ley penal; es decir que la conducta que un sujeto provoque esté prohibida por la ley para que la persona en quien recaiga la conducta se le pueda llamar víctima, o sea víctima de esa conducta de ahí que sea muy criticado el concepto que utiliza la doctrina jurídica al referirse a las víctimas, ya que la definición jurídica no incluye el sentido amplio de lo que hoy es el concepto.

²⁰ *Clinica Victimológica*, 50º Curso Internacional de Criminología.-Abril, México 1995. *passim*.

²¹ PRINGER, Hans. *Criminología*, trad. Maria Luisa Schwarck e Ignacio Luzarraga, Editorial Reus. S.A. Quinta Edición 1975. P. 362.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Si tomamos en cuenta que el delincuente por su actividad puede cometer determinados actos para que se configure la víctima, o es más se puede ser víctima por determinada situación, como ser víctima por ser minusválido de tipo físico o psíquico o por propia decisión, víctima de la Ley Procesal y Penal, del poder abusivo que ejerza el Gobierno, por opresión colectiva o individual, por razones de raza, credo religioso o ideas políticas, sociales, económico y cultural y demás factores endógenos y exógenos.

Es claro pues, que en los muchos Códigos punitivos existentes, tanto en el ámbito local como nacional e internacional, muchas veces se dejan de incluir conductas o tipos penales en donde las víctimas resultan por demás afectadas y entonces si no está tipificada la conducta que determinada persona comete, para la vida jurídica no existe la víctima, así también es importante señalar que dentro de ellas se queda la sociedad, es decir la colectividad quien también para efectos victimológicos resulta ser “víctima”, aquí cabe hacer mención del siguiente comentario de Luis Rodríguez Manzanera, quien al respecto dice: “En un sentido amplio hay víctima al cometerse una conducta antisocial”²² por ello es que se pretende que el concepto de las víctimas se dé lo más amplio posible y se incluya tanto a las víctimas que resultan no por el sujeto que las originó, sino por el hecho social mismo, es decir el “impacto” que causa el hecho de cometer el delito y las consecuencias que por si solo trae consigo el hecho jurídico, tutelado por la ley de ahí que la clasificación de víctimas de Sellin diga que existen “Victimización primaria (individual) secundaria (grupos específicos) y terciaria (la comunidad)”²³ en cuanto que la sociedad sea víctima es que se propone que el Estado debe de intervenir de manera directa en auxilio de las “víctimas”, que en un determinado momento no quisieron ser “víctimas”.

²² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, 8ª ed., Porrúa. México. 1993. P. 73.

²³ *Ibidem*. p. 74.

DE LA PREMODERNIDAD A LA POSMODERNIDAD EN LA JUSTIFICACIÓN DEL *IUS PUNIENDI*

Héctor CHINCOYA TEUTLI

1. Delimitación del ámbito temático y descripción del problema.

Desde nuestros primeros estudios en la facultad de derecho se nos ha enseñado que tradicionalmente el derecho penal suele dividirse en un derecho penal objetivo o conjunto de normas penales y un derecho penal subjetivo o *ius puniendi*, como el derecho que corresponde al Estado para crear y aplicar el Derecho penal objetivo o, más sencillamente como el Derecho que tiene el Estado a castigar. Si bien es cierto que cuando se es estudiante se tienen pocos recursos teóricos como para cuestionar afirmaciones tan categóricas y aparentemente tan inobjectables, la experiencia acumulada por el ejercicio de la profesión, así como las lecturas que se van también acumulando a lo largo de los años, nos proveen de mayores elementos para intentar una aproximación más crítica a aquellas instituciones jurídicas que constituyen el aparato jurídico básico con el que se ha levantado la construcción de lo que hoy todavía llamamos *derecho penal moderno*.

Esta postura nos parece acorde con la actitud posmoderna que afirma el agotamiento de la modernidad y, por ende, de su legado institucional que, en el caso concreto, implica el cuestionamiento tanto del discurso como de la legitimación del ejercicio del poder instituido y, consecuentemente, del propio derecho penal, a partir de su función de legitimación del poder punitivo del Estado.¹ En este sentido, asumo, como premisa principal del presente texto, el postulado del profesor Zaffaroni en el sentido de que "...el poder punitivo debe ser considerado como un fenómeno extrajurídico, meramente político (...). La pena (y todo poder punitivo) es un hecho de poder que el poder de los juristas puede limitar y contener, pero no eliminar, porque no alcanza para eso."² Aunque la propuesta del profesor Zaffaroni, a partir

¹ En tal sentido, niego tajantemente que tengamos que aceptar su existencia y justificación, tal como lo señala el profesor Francisco Muñoz Conde al decir "...el poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir, porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada (Cfr. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, p. 69).

² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª reimpression corregida, Buenos Aires, ILANUD/ Università degli Studi di Bologna/Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 59.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de la premisa señalada, es la de construir una teoría del derecho penal cuya función sea acotar poder punitivo, de manera de poder legitimar y ampliar el poder jurídico y no el poder de los políticos, en el presente trabajo, utilizó dicha premisa porque me interesa desarrollar el vínculo entre poder punitivo y Estado o, dicho en otras palabras, la forma particular que adoptan las instituciones punitivas dentro del desarrollo del Estado como en su forma histórica de organización política. En tal sentido, considero que la idea que se tiene del castigo en una sociedad históricamente determinada, depende del tipo de Estado que se tenga, porque el castigo como tal no tiene una realidad ontológica universal e inmutable, lo que hay, como dicen Rush y Kirchheimer, son sistemas concretos de castigo que son funcionales con los intereses de determinados grupos sociales en el contexto del enfrentamiento de clases, de la lucha por el poder política y su justificación ideológica.³ En esta lógica conceptual, la pena es entendida como un elemento consubstancial en la conservación del poder por parte de los grupos socialmente dominantes, como parte del aparato represor, desempeñando el castigo un papel destacado como una institución ideológica que se ocupa de encarnar a los símbolos de legitimación y de justificación del grupo que tiene el control de las instituciones y del aparato del Estado. Por ello el profesor Bustos Ramírez señala que "...la función simbólica de la pena no es la retribución del mal ni la prevención del delito, sino la autoafirmación del Estado. Con la pena el Estado se autoafirma como poder coercitivo ante la relación social."⁴

Lo anterior no pasaría de ser un mero planteamiento teórico, si no fuera porque en la actualidad la forma que ha asumido el Estado, proclive a la defensa de los intereses del mercado (grupos de empresarios, empresas transnacionales, organismos financieros internacionales, etcétera.), ha hecho del Estado neoliberal y de sus instituciones, incluyendo las punitivas, un instrumento para la protección de dichos intereses, aún y cuando con ello se tenga que violentar los mismos principios limitadores del *ius puniendi*, (principio de intervención mínima, principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado, principio de culpabilidad, de proporcionalidad.).

En consecuencia, a continuación me propongo llevar a cabo una revisión de la trayectoria del Estado como forma histórica de organización política y las formas que, a su vez, ha asumido la pena, la idea del castigo, por las principales etapas de su desarrollo.

2. La pena en la premodernidad: de la Alta Edad Media a los Estados Absolutos.

En la Alta Edad Media no se podía decir que existiera un sistema penal estatal, ya que no existía un poder estatal fuerte y centralizado. No obstante, es posible

³ Cfr. Rusche, George y Kirchheimer, Otto, *Pena y estructura social*, tr. Emilio García Méndez, Bogotá, Ed. Temis, 1984, p. 3.

⁴ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 56.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

distinguir la existencia de un *poder absoluto*, con la capacidad de poder definir conductas e imponer castigos: la Iglesia. Efectivamente, durante la Alta Edad Media la Iglesia católica, organizada en torno a una estructurada jerarquía con el Papa como cabeza principal, constituyó la más sofisticada institución de gobierno en Europa occidental, quedando, bajo esta forma de organización político religiosa, las categorías sociopolíticas subordinadas a categorías jurídico-religiosas. En este contexto, de acuerdo con el profesor Zaffaroni, hace su aparición un texto que constituye el discurso legitimante del poder punitivo de la Iglesia: el *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las Brujas* (1484),⁵ una obra que, al decir, del mismo profesor Zaffaroni, racionaliza con un lenguaje teológico crueldades inimaginables, y que representa la aparición del primer discurso de emergencia penal: la lucha contra el diablo, que perdía las almas llevándolas a disentir con la autoridad de la Iglesia, que se personifica en la figura de *la mujer*, la bruja, inferiorizada a una condición subhumana, tomando como punto de partida que la mujer *es naturalmente* y por esencia un ser malo y pecador, para poder explicar, de acuerdo con la “teoría oficial” de la Iglesia Católica, la razón por la que conspiraba con el diablo. En este discurso, los actos de brujería (el mal) se explicaban por la inferioridad genética de la mujer, atribuida a que ésta fue hecha a partir de una costilla que, por curva, se contraponen a la rectitud propia del hombre. Esta inferioridad genética la hacía más débil que el hombre en la fe, lo que se sostenía con una dolosamente falsa etimología de *femina* derivada de *fe* y *minus*.⁶ Aunque el profesor Zaffaroni solamente hace énfasis en la necesidad del mantenimiento y pureza de la ideología religiosa judeocristiana como explicación del surgimiento de la inquisición europea (1215) y del *Malleus Maleficarum*, para eliminar de esta manera toda competencia en materia de fe y, al mismo tiempo, suprimir cualquier amenaza en contra de la verticalidad eclesiástica, considero que no debe perderse de vista que la satanización de la mujer ocultaba también el temor de la pérdida de hegemonía del modelo patriarcal dominante y la conservación/reproducción de una sociedad piramidal, estamental, jerarquizada, autoritaria, androcéntrica y falocrática, que hace posible el sometimiento de la mujer a los deseos del hombre y que conceptualiza lo humano de acuerdo con un sistema de valores propios del hombre, basada en una supuesta e irracional superioridad del hombre sobre la mujer. Prejuicios patriarcales de una época en la que el marido puede matar a su esposa adúltera después de perseguirla a latigazos, desnuda, a través del pueblo, y en la que, además de la persecución de las brujas, se impone a la mujer el cinturón de castidad y el *derecho de pernada*.⁷

Algunos autores han llamado a ésta la etapa expiacionista de la pena, en la que la imposición de castigos corporales (mutilación, despedazamiento, etcétera.),

⁵ Zaffaroni, E., *Op.Cit.*, p. 202.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. Rucquoi, Adelina, “La mujer medieval: fin de un mito”, en *Historia*, No. 16, año 1978, (consultado el 20 de marzo de 2006) en <http://www.vallenajerilla.com/berceo/florilegio/rucquoi/mujermedieval.htm>.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ejemplificantes (suspensión mediante ganchos, colgamientos por las costillas) y exacerbados (empalamiento, aserradura por entrepierna, descuartizamiento, destripamiento.) estaban legitimados por la idea de que debía aplicarse una pena que permitiera la purificación del alma; y la Iglesia -y posteriormente el Estado Absoluto-, la responsable de imponer dicha pena en nombre de Dios. No en vano las penas por excelencia impuestas por el Tribunal de la Santa Inquisición fueron la hoguera (el suplicio del fuego) y el embudo (el suplicio del agua), ya que con el fuego o con el agua se pensaba que el alma era purificada. En tal sentido, la pena era considerada como expiación (castigo) de un pecado (delito) cometido como una ofensa en contra de la divinidad. En este contexto teológico religioso, no era necesario garantizar la imparcialidad del proceso inquisitorial, porque no había lucha entre partes, sino lucha entre el bien (en manos de la Iglesia) y el mal (enemigos de la Iglesia: herejes, apóstatas, cismáticos, idólatras, brujas, etcétera.). Y dado que el gran inquisidor siempre estaba del lado del bien, no podía imponérsele limitación alguna en su lucha contra el mal. No eran necesarios acusadores ni defensores, porque se trataba de un modelo penal inquisitorio sin acusador, sin prueba y sin defensa. En esta búsqueda del bien, se justificaba que el poder punitivo pudiera arrancarle la verdad al sospechoso del mal, y era natural que si éste no quería responder se hiciera uso de la tortura, por su propio bien (trataban de salvarle el alma, aunque le destruyesen el cuerpo, que era menos importante).

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que detrás de los castigos brutalmente ejemplificantes que ya se mencionaron, se encontraban las primeras expresiones de las así llamadas teorías preventivo-generales, fundadas sobre la base de la intimidación para la prevención de delitos futuros, es decir, una concepción utilitarista de la pena que la considera como necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. En el caso que nos ocupa no hay tal, ya que la única justificación de la pena es servir como mero castigo del mal, es decir, como una exigencia de justicia análoga al castigo divino, como pura respuesta retributiva, y no como un instrumento dirigido a *prevenir delitos futuros*. La idea implícita es que se castiga para retribuir un mal por el mal causado con el delito, que atenta contra el orden establecido. De esta posición retribucionista se desprende una concepción absolutista de la pena, ya que con ella se pretende la realización de la justicia, entendida como valor absoluto.⁸

Paralelamente al poder de la Iglesia durante la Alta Edad Media, en 1453 ocurre un acontecimiento que provoca cambios importantes en el *ius puniendi*: los turcos conquistan Constantinopla. Este acontecimiento precipita la búsqueda de nuevas rutas hacia las Indias orientales y abre en Europa la época de los grandes descubrimientos geográficos y los procesos de conquista y colonización que provocan la progresiva descomposición del régimen feudal y de las relaciones de servidumbre, y al mismo tiempo provocan un incremento de las actividades comerciales,

⁸ Citado por Bustos Ramírez, Juan, *Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982, p. 53.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

comenzando a gestarse las condiciones decisivas que causaron la transición de la sociedad medieval, teológico/escolástica, a la sociedad mercantil, capitalista/burguesa, y con ella, la aparición de la forma de organización política que hoy conocemos como “Estado”, misma que funcionaría como el eje alrededor del cual se articularía el mundo moderno. El Estado Absoluto que surge de este proceso, constituye una forma de organización política sustantivamente distinta a las anteriormente conocidas (Estado-nación griego, Imperio carolingio, monarquías feudales, etcétera.) En España surge con la unión de los Reyes Católicos; en Francia, con Luis XI; en Inglaterra, con el advenimiento al trono de Enrique VII y la dinastía de los Tudor; y en Austria con Maximiliano I. Se trata de una forma de organización política que, a diferencia de las monarquías medievales y de los señoríos feudales, ejerce un poder unitario y un control centralizado sobre un amplio territorio. Esta “unificación territorial” se constituyó como un elemento fundamental de la construcción estatal, ya que el Estado se constituyó, ante todo, como una “entidad territorial”, esto es, como un espacio dentro del cual pueden ejercerse sus facultades de regulación.⁹ Quizás la característica principal de los Estados Absolutos, fue el hecho de que el titular del poder estatal, el soberano, concentraba en sus manos un poder que no tiene limitación alguna, por emanar de Dios,¹⁰ y cuyo ejercicio no es restringido por ninguna ley limitativa.¹¹ Se trata de un poder absoluto, sintetizado en la famosa frase del Rey Luís XIV de Francia, “*El Estado soy yo*”, en la que no sólo dejaba ver su soberbia, sino dejaba en claro quién era el único poseedor del poder. De acuerdo con el profesor Bustos Ramírez, esta estructura vertical de dependencia personal centralizada, permitió legitimar el orden social organizado existente, al unir al soberano con Dios y, a través de ello, soberano con moral, derecho y justicia.¹² Desde otra perspectiva, el surgimiento del Estado Absoluto estuvo históricamente ligado al establecimiento de las condiciones que permitieron el desarrollo del capitalismo. Esto es, la función territorial del Estado estuvo íntimamente ligada a su función económica, pues al erradicar el poder de las instituciones feudales, mantener

⁹ López Ayllón, Sergio, *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica. Una explicación sobre los efectos de la globalización en los poderes judiciales de Iberoamérica*, México, UNAM/IIJ, 2004, p. 24

¹⁰ Desde San Agustín hasta Sto. Tomás de Aquino los ideales religiosos y filosóficos del cristianismo elaboraron el fundamento teórico, teológico/escolástico, de la organización social, proporcionando la base de explicación del orden político que debía cifrarse en el mandato divino, concepción ésta que quedaría sintetizada en la *Teoría del Derecho Divino de los Reyes*, es decir, una justificación del poder y de la monarquía basada en argumentos religiosos y teológicos. La doctrina del *Derecho Divino* no descansaba en meros absurdos o proposiciones aisladas, sino que se sustentaba en un aparato filosófico, teológico y religioso que en su momento fue de gran autoridad para poder justificar no solo al Estado monárquico y el poder del Rey, sino para poder elaborar una explicación teológica de la sociedad, así como los principios que debían guiar a los hombres de aquella época para defender y creer en el orden divino establecido.

¹¹ Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, 18^o ed., México, Siglo XXI, 1979, p. 204.

¹² Bustos Ramírez, Juan, *El pensamiento criminológico II*, Barcelona, Ed. Península, 1983, p. 11

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

un sistema jurídico ordenado, promover el comercio y organizar impuestos y subsidios, estableció las condiciones para el desarrollo del mercado y el capitalismo,¹³ y con ello permitió el acelerado ascenso y desarrollo de la burguesía y consecuentemente la necesaria gran acumulación de capital.

El auge del mercantilismo y los cambios en las condiciones generales económicas de la sociedad contribuyeron a incrementar el valor de la vida humana, determinando que el Estado hiciera uso práctico de la fuerza de trabajo. Esta circunstancia dio lugar al surgimiento de las denominadas casas correccionales, en las cuales se obligaba a trabajar a aquellas personas que habían cometido algún delito, estableciéndose la primera de ellas en Bridewell, Londres, en 1555. Su objetivo principal era transformar la mano de obra ociosa o rebelde en trabajadores socialmente útiles. Los prisioneros adquirían hábitos laborales, a fin de que, una vez en libertad, se incorporaran al mercado de trabajo. El imputado, de esta forma, le devolvía a la sociedad en forma tangible el perjuicio que le había ocasionado. En el fondo, el establecimiento de las casas correccionales formaba parte de la dinámica misma del desarrollo capitalista, ya que constituían establecimientos manufactureros que producían mercancías a un costo muy bajo como consecuencia de la reducción de los costos de producción por la explotación de la fuerza de trabajo que empleaban.¹⁴

Otra de las formas a las que más se recurrió para aprovechar el trabajo de los prisioneros fueron las Galeras, es decir, el trabajo forzado como remeros en los buques que realizaban travesías comerciales, la cual fue introducida como forma de pena tanto para los delitos mayores como para la mendicidad y vagabundez. Con lo cual se pretendía encontrar un empleo útil a los criminales, reduciendo considerablemente el costo del transporte. En el siglo XVIII la galera fue sustituida en algunas ciudades italianas por los trabajos forzados realizados para la construcción y/o mantenimiento de puertos. Lo cual se vio beneficiado por los adelantos técnicos en el arte de la navegación. También se utilizó la fuerza de trabajo de los convictos por medio de las deportaciones hacia las colonias e instalaciones militares. Ello fue motivado por la escasez de mano de obra en las colonias. Esta pena era un sustitutivo en casos de los condenados a muerte, siempre que se tratase de personas que estuviesen en condiciones de trabajar, práctica que disminuyó considerablemente con el incremento del comercio de esclavos negros traídos de África.

En síntesis, en la premodernidad el poder del soberano estaba legitimado por Dios, lo que le permitía imponer las penas en su nombre como una facultad otorgada por voluntad divina. En este derecho divino, suprallegal y supraterrrenal, es donde se encuentra el fundamento del derecho a castigar. En este contexto, hay una simbiosis

¹³ Camilleri, Joseph A. Y Jim Falk, *The End of Sovereignty. The politics of a shrinking and fragmenting world*, en López Ayllón, Sergio, *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁴ Rusche, George y Kirchheimer, Otto, *Op.cit.* p. 58.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

entre derecho y moral y poder divino y secular, de manera que resultó perfectamente coherente asimilar el delito al pecado y, por tanto, ambos como una ofensa a Dios y al soberano, debiéndose aplicar una pena de carácter expiacionista, con la finalidad de la purificación del alma a través del castigo del cuerpo, y con ello conseguir la justicia (valor absoluto). Con la llegada del mercantilismo, la necesidad de aprovechar la fuerza de trabajo y la consolidación del Estado Absoluto, erigido como fin en sí mismo, la pena se vuelve aún más un instrumento ilimitado para lograr el sometimiento de los súbditos, aún incluso mediante el terror penal, consecuencia de la atribución a la pena de una embrionaria función de prevención general. Lo que, sin embargo, no excluye la aplicación de otro tipo de penas, más de carácter retributivo (casas correccionales, galeras, trabajos forzados, deportación a colonias penales, etcétera.) que se explican por la necesidad del desarrollo económico y la expansión de los mercados, en el contexto del auge del modo de producción capitalista comercial. Esta incipiente concepción retributiva de la pena constituirá el primer paso hacia su secularización, es decir, la separación de la hasta entonces unidad Iglesia/Estado y la disolución de la idea de que el poder del soberano emana de Dios, lo que ocurre bajo el Estado Liberal, cuando la razón divina es reemplazada por la razón de estado y la ley de Dios por la ley de los hombres.

3. La pena en los albores de la modernidad: el *ius puniendi* en el Estado Liberal.

A finales del siglo XVIII, la Revolución Industrial, el movimiento iluminista y la Revolución Francesa marcan la transformación socio económica, política, cultural y jurídica de la época, y anuncian el advenimiento de la modernidad y con ella de una nueva forma de Estado en la que él mismo ya no puede ser ligado ni al soberano ni a Dios. A esta nueva forma de Estado se le ha dado diversos nombres: Estado liberal, Estado moderno, Estado democrático, Estado burgués, Estado guardián, Estado de Derecho, etcétera. Personalmente considero, por la ideología filosófica política y económica, de corte liberal, que prevaleció a principios del siglo XIX, que se debería de llamar Estado Liberal, razón por la cuál será el término que preferentemente será utilizado.

Ante todo, me parece importante señalar que en esta etapa se da todavía la lucha por el poder entre la nobleza terrateniente y la burguesía comercial e industrial en ascenso. La burguesía necesitaba limitar el poder de la nobleza y sacudírsela definitivamente. Por un lado, se veía amenazada por las masas hambrientas desplazadas del campo y concentradas en las ciudades, que cometían crímenes y ponían en peligro su riqueza. Pero por otro lado, sabía que el ejercicio de un control punitivo indiscriminado podía enardecer a las masas, pudiendo utilizar la nobleza ese descontento en su propia defensa contra el Estado burgués. De ahí que la burguesía tuviese que buscar una fuente de legitimación al *ius puniendi* distinta del derecho divino, y para ello se acudió a la idea del contrato social, como el paradigma de justificación a la coacción punitiva por parte del Estado,¹⁵ oponiendo, a un

¹⁵ Zaffaroni, Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Op.Cit. p. 207 y s.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

modelo social naturalista-organicista, que había prevalecido hasta entonces, un modelo artificial contractualista.

La idea del contrato social, sustentado por Rousseau, como depositario de una amplia tradición contractualista existente en la premodernidad, partía de la idea básica de que en el proceso de transición entre el estado natural y el estado civil, hay un pacto social en el que las distintas voluntades de los hombres coinciden para el establecimiento de un poder único y soberano: el Estado.¹⁶ De esta manera, el Estado nace como un producto artificial, como una gigantesca ficción creada y mantenida por las distintas voluntades individuales (la voluntad general del pueblo), para lograr los fines de la relación contractual y, en primer lugar, garantizar y defender los intereses y derechos de los gobernados, a cambio los hombres renuncian a su libertad para ejercer su propia seguridad, en esa lucha de todos contra todos del estado de naturaleza, y se someten a la voluntad y al imperio del Estado, quién queda como responsable de resolver y al mismo tiempo evitar los conflictos sociales.

En consecuencia, el Estado liberal, en su carácter de depositario de todas las voluntades individuales, justifica el derecho a castigar, fundamentando esta facultad punitiva con la imposición de penas a todos los individuos que con sus actos delictivos se oponen al contrato social, quiénes debían retribuir (pagar) el daño causado con su violación al contrato social, para lo cuál se le expropiaba cierta cantidad de trabajo o tiempo que podía ofrecer en un hipotético mercado laboral, lo que constituye una de las razones que explica la reducción de todas las penas a tiempo de privación de libertad. En este contexto, el *ius puniendi* por parte del Estado tiene que ser ejercido precisamente para que funcione el contrato social.¹⁷

Sin embargo, a diferencia del Antiguo Régimen, el *ius puniendi* del Estado liberal, es un poder racional de castigar, que se apoya en la creencia en la legalidad de los ordenamientos establecidos y, más específicamente, en el sometimiento del poder al Derecho. De manera que se impone una limitación jurídica a la potestad punitiva del Estado, que sólo podía castigar según lo establecido en los ordenamientos jurídicos. Sin este control de carácter jurídico que se ejerce sobre el poder y la actividad del Estado, no hay Estado de Derecho, sino Estados absolutos. Las limitaciones de carácter religioso, ético o iusnaturalista son insuficientes para dar lugar a un auténtico Estado de Derecho, éste sólo surge con los controles y regulaciones marcados al Estado por la ley positiva. El Estado de derecho comienza lógicamente e históricamente con el *imperium de la ley*.¹⁸

En este orden, como podemos ver, el derecho penal moderno surge con la *intencionalidad política de poner límites* al poder coactivo ilimitado, característico de los estados absolutistas. Limitación que es llevada a la práctica bajo el principio de

¹⁶ Touchard, Jean, *Historia de las Ideas Políticas*, México, Ed. Siglo XXI, 1987, p. 261.

¹⁷ Bustos Ramírez, Juan, *El pensamiento criminológico II*, op.cit. p. 14.

¹⁸ Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 6ª ed., Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1975, p. 29.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

legalidad, cuyo fundamento se encuentra en la famosa frase de Ludwig Feurbach (1775-1833) de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que expresa el principio de estricta legalidad que garantiza a cualquier persona la seguridad de no ser tratado como delincuente en tanto no infrinja una ley penal vigente. El anterior principio consagraba la legalidad formal referente a los delitos y a las penas establecidas por una ley anterior al hecho, y la legalidad material que es el que se cumpla la exigencia de que las penas deben ser proporcionales al delito cometido, ciertas y determinadas. De esta manera, los códigos penales liberales del siglo XIX, expresión de la burguesía europea que procuraba asentarse en el poder, se basaron en la idea de delito como hecho, de exigir la lesión como requisito inexcusable de la punición, de restaurar el proceso de partes y la proporcionalidad de las penas.

A Feurbach le corresponde también el mérito de darle contenido conceptual a la noción de prevención general. En su sentido moderno la teoría de la prevención general alude a la prevención *frente a la colectividad*. Concibe a la pena como medio para evitar que se cometan delitos. Bajo el absolutismo monárquico, cuyo derecho penal, como ya se analizó, se inspiró en la idea de la intimidación por medio del terror, la prevención general se basó en la *ejemplaridad* de la ejecución –a menudo brutal- de la pena, para intentar contrarrestar la frecuencia de su realización. Con Feurbach, atendiendo al liberalismo de la época, esta prevención general opera mediante la “conminación penal” contenida en la ley, esto es, la coacción psicológica, para que los individuos no delincan. De esta manera, la brutalidad del castigo, no deseado por su incompatibilidad con el Estado de derecho, se neutraliza por la esencia racional del Estado que evita los excesos penales, de modo que la pena se establecería en la justa medida para que el individuo cohibido por el miedo, no delinquiese.

Detrás de las teorías de la prevención que asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales, esta la visión que atribuye a la pena una finalidad, una función utilitaria, como necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justifica como mero castigo del mal en una metafísica búsqueda de la justicia, como pura respuesta retributiva frente al delito, sino en una más terrena inspiración que la concibe como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros¹⁹ y, en tal sentido, útil y adecuada para la organización social. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro. A este tipo de teorías, sostenida por ejemplo por Bentham y Schopenhauer, se les ha llamado “relativas”, debido a que, a diferencia de la justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales.

Un último aspecto que me interesa destacar del *ius puniendi* bajo el Estado liberal, tiene que ver con la pena por excelencia que se impuso en la naciente sociedad

¹⁹ Para los profesores Bustos y Hormazabal el carácter inhibitorio de la pena es completamente indemostrable y acientífico. (Cfr. Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Op.Cit.*, p. 55).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

industrial: la prisión. El industrialismo necesitaba previsibilidad, orden, disciplina, domesticación para el trabajo fabril, sobriedad, ahorro, es decir, no buscaba conquistar sino explotar, no buscaba eliminar enemigos sino disciplinar a las masas. El humanismo del derecho penal moderno consistió en el abandono de las penas aterradoras y su sustitución por penas de domesticación, fundamentalmente la prisión, que se consagró casi como única pena.

4. El peligrosismo del Estado Intervencionista.

En el último tercio del siglo XIX la estructura material del Estado sufre grandes transformaciones por cuanto se ve alterada la forma de la libre competencia del mercado. Las antiguas formas separadas de capital industrial, comercial y bancario se unieron bajo la forma de capital financiero, que fue la base para el inicio de una nueva fase del capitalismo, la del imperialismo, que iniciaron las grandes potencias. En este nuevo escenario, el Estado se subordina a la lógica de valorización del capitalismo imperialista, surgiendo lo que algunos autores han dado en llamar el *Estado intervencionista*, esto es, un Estado que interactúa en los diferentes ámbitos de valorización del capital. No nos interesa, por supuesto, la forma de intervención del Estado en la economía, sino el proceso de legitimación del *ius puniendi*, dado que, al cambiar la forma de Estado, cambia también la forma del castigo, misma que necesariamente requiere de una nueva justificación.

Para entender el giro en la concepción del *ius puniendi* bajo el Estado intervencionista, es necesario retomar las contradicciones que surgieron en la sociedad industrial. No se debe de olvidar que en Europa el desarrollo acelerado del industrialismo durante el siglo XIX, condujo a grandes masas campesinas empobrecidas a las ciudades, que no podían insertarse laboralmente por su baja productividad, y que vinieron a sumarse a la población desempleada de las mismas ciudades producto de la sustitución de la fuerza de trabajo por máquinas. Este dinámico creó la marginalidad de grandes grupos de población, que fueron consideradas como “clases peligrosas”, por la burguesía, con la que convivían en el estrecho espacio geográfico urbano. Es innecesario señalar la tensión que se fue creando por la polarización entre poseedores y marginados, libertad y disciplina, igualdad política y desigualdad económica, expresión de las profundas contradicciones del sistema capitalista. A ello debe agregarse que las revoluciones burguesas de 1789, 1830, 1848, daban la sensación de una gran agitación y descomposición social, cuyo momento culminante lo representa la Comuna de París de 1871. En esta coyuntura, el Estado no solamente se veía precisado a abandonar su función de guardián del mercado, para intervenir en su regulación,²⁰ sino que además requería urgentemente de un discurso que pudiera explicar las disfunciones sociales provocadas por el sistema capitalista, sin responsabilizar al propio sistema.

²⁰ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Op.Cit.* p. 105 y ss.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Bajo estas circunstancias, no debe extrañarnos que apenas cinco años después de los sangrientos hechos de 1871 en Francia, Lombroso publicara su célebre obra “El Hombre Delincuente” (1876), en la que consideraba al delincuente como un ser regresivo, atávico, salvaje, semejante a un aborigen, nacido en medio de una civilización superior: la *culta Europa*, y responsable principal del desorden e inestabilidad social. Junto con Lombroso no tardó en surgir un discurso reduccionista, biologista, jerarquizante de seres humanos, racista, convertido en discurso jurídico-penal, por obra de la alianza, de acuerdo con el profesor Zaffaroni, “...de una corporación nueva sin discurso (la policía) y una corporación vieja sin poder (los médicos).”²¹ Los médicos ofrecieron su discurso a las policías y éstas pasaron a comandar el sistema penal con la nueva bandera del positivismo penal y criminológico. Este discurso resultó perfectamente funcional a las dos exigencias básicas de la burguesía: a) en los países que se iban industrializando (centro y norte de Europa), para contener a las masas miserables que se concentraban en las ciudades y disciplinarlas para el trabajo; y, b) en los países periféricos, para sostener la producción de materias primas y medios de pago y unas elites dirigentes (oligarquías) que cumplieren las condiciones impuestas por los países importadores de esos insumos.²² De esta manera, con la aparición del discurso del positivismo penal y criminológico, dentro del Estado intervencionista, se pretendió resolver las contradicciones sociales ocasionadas por el desarrollo del capitalismo y la aparición del proletariado.

Como puede observarse, en el fondo, el surgimiento del paradigma del positivismo criminológico y penal se explica en buena medida por la necesidad de la burguesía de borrar todo límite al poder punitivo. La misma burguesía liberal había puesto límites al poder punitivo durante su ascenso en la dirección de la sociedad, pero en la segunda mitad del siglo XIX, una vez que hubo logrado la hegemonía del poder político, la burguesía europea reclamaba la remoción de los límites colocados por los viejos liberales al *ius puniendi* y, al mismo tiempo, necesitaba legitimar discursivamente un poder punitivo sin límites para, por una parte, facilitar la explotación de las clases subalternas, pero, de manera principal, ejercer el control disciplinante no ya de los enemigos de la Iglesia o del soberano, sino de los enemigos de la burguesía: la creciente población urbana, lumpenproletarizada, de desempleados y marginados; así como el número en aumento de los disidentes políticos, verdaderos enemigos del sistema (socialistas, anarquistas y sindicalistas).

La consecuencia principal de la irrupción del discurso del positivismo penal y criminológico fue el giro en el *ius puniendi*. Ahora, en lugar de la prevención general, se comenzó a prestar atención a la función de prevención especial de la pena, que no había podido encontrar acogida en el Estado liberal porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.* p. 222.

²² *Ibidem.*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

igualdad ante la ley como una de las principales fórmulas del liberalismo. A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. La prevención especial opera en el momento de la imposición y ejecución de la pena, de manera que no se dirige a la colectividad, sino a individuos determinados. Una de las principales consecuencias de esta concepción, es que la pena ya no es compatible con los mecanismos de control social dirigidos a prevenir el delito, razón por la cual se crean las medidas de seguridad, es decir, una pena que se formula “a la medida” (por eso las denominan medidas) del delincuente, y cuyo propósito principal es que el individuo sea “rehabilitado” con la ejecución de la pena, de manera que no vuelva a delinquir y pueda reintegrarse a la sociedad, es decir, resocializarse.

Sin duda este planteamiento introduce dentro de las teorías de la pena un punto de vista diferente, ya que ahora ya no se trata de aislar al delincuente de la sociedad, sino de actuar sobre de él para facilitarle su reinserción social y, de esta manera, facilitarle una futura vida en libertad.²³ Es decir, el fin de la pena sigue siendo la prevención de los delitos, solo que ahora, bajo esta prevención especial, la pena esta dirigida a surtir efectos en el individuo concreto. De esta forma, se deja de lado la expiación, la retribución y la intimidación a la sociedad (prevención general), tratando ahora de incidir sobre el individuo en particular (prevención especial). Rechazando la idea del libre albedrío y optando por defender un criterio determinista biologicista del delincuente, que por su proclividad al crimen esta naturalmente inclinado a delinquir, dando pie, como hemos dicho, al auge del positivismo criminológico, que brinda al intervencionismo su verdadera legitimación.²⁴ En este contexto conceptual, el delito ya no es solamente la contravención al orden jurídico o la oposición al contrato social, sino que principalmente es un daño social: el delincuente es quien con su conducta ocasiona un daño a la sociedad por lo tanto representa un peligro social.

Esta teoría se puede identifica con la corriente correccionalista en España, la Escuela Positiva en Italia y la dirección moderna de von Liszt en Alemania, quién consideró que la pena sólo podía justificarse por su *finalidad preventiva*. Y así señaló en su famoso “Programa de Marburgo” que la finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta de acuerdo a la categoría propia del delincuente, ya sea que éste fuera un delincuente ocasional (corrección), un delincuente no ocasional pero corregible (resocialización) o bien un delincuente habitual incorregible (inocuidación).²⁵

5. El *ius puniendi* bajo los Estados Totalitarios

²³ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, Op.Cit., p. 56

²⁴ Bustos Ramírez, Juan, *El pensamiento criminológico II*, op.cit. p. 16

²⁵ Von Liszt, Z., p 1, en Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Montevideo, Uruguay, Ed. B. de F., 2005, p. 94

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En el siglo XX, en el período entre las dos guerras mundiales, apareció en Europa central y del Este el *Estado Totalitario*. Sus formas históricas fueron la Italia fascista de Mussolini; la Alemania nacionalsocialista de Hitler; así como el comunismo en la Rusia de Stalin y la Yugoslavia de Tito. Se trató de una forma de Estado en la cuál éste amplió de forma desmesurada su esfera de intervención e, inversamente, se dio una restricción al máximo de las libertades individuales, quedando dividida la sociedad entre “elite gobernante” y “masas dominadas”. Otras características propias del Estado totalitario son que la concentración del poder sustituye a la liberal separación de poderes. Los actos legales dentro del Estado de Derecho (expresión de las ideas, manifestaciones públicas, crítica a las decisiones y políticas del Estado) se convierten en actos políticos realizados en contra del Estado o del Partido y, en consecuencia, son criminalizados, por el derecho subjetivo que tiene el Estado a castigar, como delitos políticos. Asimismo, las instituciones tienden a subsumirse a los intereses del grupo dirigente; son suprimidos todos aquellos mecanismos que en el estado de Derecho posibilitan una convivencia humana capaz de legitimar la discrepancia y el pluralismo (elecciones libres, partidos políticos, sindicatos libres); careciendo, igualmente, los gobernados de las garantías jurídicas mínimas frente a las actuaciones de quien o quienes detentan el poder (partido, dictador, etcétera).²⁶

Lo anterior solamente es posible mediante un férreo control de los medios de comunicación, así como por la difusión de una doctrina ideológico político de carácter transpersonal, donde el hombre individual (el individualismo liberal) desaparece absorbido en un todo, el Estado o la Nación, por lo cuál el nacionalismo se vuelve una característica central de los Estados Totalitarios, mismo que es resaltado por la exaltación retórica de la raza o de la comunidad nacional. Sin embargo, la nota más característica del Estado Totalitario es el uso y la exaltación de la violencia y el terror mediante el fortalecimiento del aparato represivo del Estado (policía, ejército, servicios secretos, fuerzas paramilitares), incluyendo, por supuesto, el *ius puniendi*, esto es, del derecho penal subjetivo, entendido, al decir de los profesores Juan Bustos y Hernán Hornazabal, no sólo como la facultad que tiene el Estado de definir cuáles conductas habrán de ser consideradas como delitos (*ius puniendi*, en estricto sentido) sino también como la posibilidad de perseguir al infractor (*ius persequendi*).²⁷

Así, por ejemplo, en 1922 al ser sancionado el primer Código Penal Ruso, quedo establecido expresamente que la función de la punición era la defensa del Estado durante la transición al comunismo; se eliminó la palabra *pena* y los jueces quedaron en libertad para construir analógicamente los tipos penales conforme a su *conciencia socialista*.²⁸ Con ello, se abrió la puerta para permitir la creación de figuras de delito elásticas o indeterminadas, idóneas para connotar en términos valorativos, modelos

²⁶ Díaz, Elías, *Op.Cit.*, p. 48-57

²⁷ Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Op.Cit.*, p. 26

²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, p. 256.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

vagos de criminalidad y desviación, fácilmente punibles; conductas principalmente atribuidas a todas aquellas personas contrarias el régimen político en figuras tales como: disidentes políticos, escándalo público, desacato, asociación subversiva, alteración del orden público, ofender la moral pública. En vez de denotar unívocamente supuestos típicos criminales empíricamente determinables. De esta manera, primero bajo la dictadura de Lenin y luego de Stalin, con el objetivo declarado de detener la amenaza del capitalismo imperialista en el exterior y luchando por la eliminación de los valores no proletarios hacia el interior de la sociedad, el Estado soviético se convirtió en un Estado Totalitario, en el que el derecho penal subjetivo se encuentra fuera de discusión, ya que en este tipo de Estado el individuo se encuentra subordinado coactivamente al poder del Estado, resultando completamente arbitrarias las leyes penales.²⁹

Otro ejemplo notable es el estado nacionalsocialista alemán, cuyo discurso se nutria de las ideologías premodernas por un lado y del positivismo racista por otro, combinando las vertientes más reaccionarias del spencerianismo, con los aportes del pensamiento de Carl Schmitt. El poder punitivo del nacionalsocialismo aunque no se materializó en un código, llegó a extremos no conocidos por el comunismo soviético ni por el fascismo italiano. Basada en la comunidad del pueblo, las leyes penales nazis defendían la pureza racial contra la contaminación de genes inferiores. En este escenario, la pena no tenía contenido preventivo, sino sólo de defensa a ultranza de los ideales del pueblo alemán, y en consecuencia prácticamente cualquier conducta que a juicio de los dirigentes nazis atacara al pueblo alemán o a sus ideales, era considerada un delito severamente castigado. Así, por ejemplo, se penó el sexo y los matrimonios *interraciales*; se diferenciaron las penas de muerte: fusilamiento para militares, decapitación con hacha para delincuentes comunes y horca (infamante) para los delitos públicos, que era juzgado por el *tribunal del pueblo* (establecido en 1934). En 1933, incluso, se introdujo la esterilización como medida de seguridad para la protección de la pureza de la raza aria y la castración para algunos delitos sexuales.³⁰

Una característica de los esquemas punitivos anteriormente descritos consiste en que la hipótesis normativa de desviación suele ser “sin acción” y “sin hecho ofensivo”. La ley penal, en este caso, no prohíbe ni regula comportamientos, sino que prefigura status subjetivos directa y fácilmente incriminables: no tiene función regulativa, sino constitutiva de los presupuestos de la pena; no es observable o violable por la omisión o la comisión de hechos contrarias a ella, sino que es constitutivamente observada o violada por condiciones personales conformes o contrarias. Es claro que al faltar, antes incluso que la acción y el hecho, la prohibición, todas las garantías

²⁹ En Italia la legislación penal de autor fue impulsada por Enrico Ferri, quién en 1921 elaboró un proyecto de Código Penal Italiano sobre la base de la neutralización y domesticación de individuos *peligrosos*. Finalmente el fascismo terminaría por concretar su ideología penal en el famoso Código de Rocco de 1930.

³⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, p. 251.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

penales y procesales resultan neutralizadas. Se trata, como bien señala el profesor Ferrajoli, de una técnica punitiva que criminaliza la identidad subjetiva del reo, bajo un derecho penal de autor y que, por lo mismo, tiene un carácter explícitamente sustancialista, subjetivista y completamente discriminatorio; inmerso dentro de un proyecto político disciplinario, correccionalista, policial, antiliberal y antigarantista. El *ius puniendi* de los Estados Totalitarios, expresión del moderno oscurantismo penal que nos hace recordar la persecución de los herejes y las brujas, esta representado por el modelo nazi del tipo normativo de autor, por el estalinista del enemigo del pueblo y por la concepción positivista antropológica del delincuente nato.³¹

6. Minimización económica y maximización punitiva del Estado neoliberal.

En las últimas décadas del pasado siglo XX presenciamos un conjunto de transformaciones a nivel mundial, en muy diferentes ámbitos, cuya vertiginosidad provocó una cadena de cambios cualitativos, multiplicados rápidamente de forma exponencial, mismos que llevaron al advenimiento de una nueva etapa en la historia de la humanidad. Esta nueva época marca el surgimiento de un nuevo tipo de sociedad posindustrial en los países desarrollados, que cuestionó severamente los valores y paradigmas de la modernidad, con sus conceptos clave de progreso, desarrollo, iluminismo, emancipación, metarrelatos, vinculada al proceso de globalización económica mundial. La *globalización*, sin embargo, no debe ser entendida solamente como un proceso económico, sino también como la *estrategia y la voluntad política* del capital financiero internacional para poder consumir dicho proceso. Se trató de una forma nueva de capitalismo que transformó completamente el papel del Estado³² y, en consecuencia, del *ius puniendi*. Ya que si cambia la forma del Estado, cambia la forma del castigo y cambia también el discurso que se utiliza para justificarlo.

El cambio principal que operó en relación con la forma de Estado fue el abandono del *Estado Benefactor* keynesiano, para volver a retomar la fórmula del libre mercado y, con ello, el surgimiento de lo que se ha dado en llamar del Estado neoliberal, como el anclaje ideológico político de la globalización. Bajo el Estado neoliberal aumentaron sustancialmente los conflictos sociales, derivados de las políticas económicas implantadas por el referido modelo, dando lugar a la llamada *sociedad de riesgo*.

En ella se pretende crear la sensación de seguridad mediante un *derecho penal de riesgo*, de corte autoritario, que desemboca en un *estado preventivista*, que ahoga al estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. Se convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo*

³¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, p. 101.

³² Hirsch, Joachim, *Globalización, Capital y Estado*, México, Universitario Autónoma Metropolitana/Unidad Xochimilco, 1996, p. 45.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cuando no se puede probar la producción del resultado. El derecho penal de riesgo se legitima aduciendo que cuando la sociedad se alarma es necesario hacer leyes penales. La diferencia radica en que hoy se lo legitima sabiendo que sólo sirve para calmar a la opinión coyuntural.³³

Este embate autoritario se monta sobre una nueva emergencia, la inseguridad urbana frente al delito. La violencia urbana aumenta en las sociedades que adoptan el modelo del fundamentalismo de mercado, puesto que polariza riqueza, aumenta la tasa de desempleo, deteriora los servicios sociales, difunde valores culturales egoístas, divulga la tecnología lesiva, genera vivencias de exclusión y, en definitiva, potencia toda la conflictividad social. Si bien la seguridad es un problema real, es tomado como pretexto para legitimar una clara tendencia al control total de la población. La creciente violencia urbana proporciona el mínimo de realidad necesario para la construcción paranoica de un nuevo objeto amenazante, tematizado en un discurso de emergencia que legitima el estado policial. De este modo se desarrolla una confusa ideología de seguridad total que anuncia una nueva forma de aparición del Estado totalitario.

Para el profesor Zaffaroni, parte fundamental de esta ideología es la llamada *criminalidad organizada*, pseudoconcepto útil para introducir institutos inquisitoriales propios de los viejos estados policiales con los mismos procedimientos extraordinarios que siempre se ordinarizaron: penas desproporcionadas; funciones judiciales a las policías; tipos de autor; analogía; jueces, testigos y fiscales anónimos; procesos inquisitivos; desprecio por los principios liberales; militarización social; ampliación de ámbitos de corrupción; etcétera.³⁴

Frente a este panorama, destacan algunos destellos de humanismo penal, tales como la propuesta del profesor *Alessandro Baratta*, quien propone un *derecho penal mínimo*, en el que la ley penal respetase los derechos humanos; y, desde el ámbito estrictamente de lo jurídico-penal, sobresale la propuesta del profesor *Luigi Ferrajoli*, para quién la deslegitimación del poder punitivo, sólo alcanza a su actual ejercicio, pero no puede abarcar un futuro en que puede ejercerse de modo mucho más racional. Por ello, entiende que la única deslegitimación que merece ese nombre, sería la del abolicionismo, o sea, la de quienes sostienen la imposibilidad radical de legitimar cualquier sistema penal, presente o futuro, por mínimo que sea.

Reflexión Final.

Como hemos visto en el presente trabajo, la pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. Sin embargo, la retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones históricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al *ius*

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, p. 266.

³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op.Cit.*, p. 268.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

puniendi. No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de “la pena”, en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado. De esta forma, el derecho penal subjetivo, entendido como la facultad del Estado de imponer castigos, dependerá del tipo de Estado que se tenga. La norma penal no puede ser desconectada del sistema social, político, económico y jurídico en el que se desenvuelve. Ya que, con independencia de cuál sea el contenido, sentido y fin que se asignen a los distintos elementos integrantes de la norma penal, el Derecho penal ha cumplido históricamente siempre la función de coadyuvar en el mantenimiento y protección de un sistema de dominación y sólo dentro del sistema y desde ese sistema puede explicarse el *ius puniendi*. En tal sentido, la función simbólica de la pena no es la retribución del mal ni la prevención del delito, sino la autoafirmación del Estado, cuyos fundamentos varían según sea la forma de Estado de que se trate.

LAS SANCIONES EN EL DERECHO INDÍGENA

David CIENFUEGOS SALGADO

SUMARIO: I. Palabras previas. II. El derecho indígena en México. III. Colombia. IV. Bolivia. V. Éstos no son los únicos casos. VI. Anexo: Sentencia T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

I. Palabras previas.

El tema de los pueblos indígenas en el ámbito del derecho ha venido a cuestionarnos sobre el manejo que tradicionalmente se ha dado, por los denominados operadores jurídicos, al derecho que no es de naturaleza estatal y que algunos denominan derecho alternativo o sistema jurídico paralelo.

En esta ocasión sólo pretendo destacar la forma en que se ha abierto, paulatinamente, la puerta a los derechos de los pueblos indígenas y ver cómo, esa apertura tiene una trascendencia de amplio alcance que, al menos en mi opinión, no ha sido valorada por muchos estudiosos del derecho. Lo anterior especialmente desde la razón de que ambos derechos: el estatal y el indígena, surgen de diferentes cosmovisiones. Como ejemplo pongo la sentencia T-523/97 dictada por la Corte Constitucional de Colombia (antes había dictado otra sentencia igual de paradigmática: la sentencia T-349/96), misma que se agrega al final como anexo a estas reflexiones.

La mencionada sentencia y algunos otros casos, nos permiten reflexionar sobre el valor que tiene en uno y otro sistema normativo la sanción. En México, el tema de la policía comunitaria ha sido uno de los temas que más enfrentamiento suscita entre juristas a la hora de validar tal forma de organización ciudadana,¹ sin que hayamos llegado aún a un punto definitivo en torno a su naturaleza e inclusión en el marco

¹ Véase mi trabajo “Seguridad pública y estado multicultural: el caso de la ‘policía comunitaria’ en el estado de Guerrero”, en Fernández Ruiz, Jorge, coord., *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México: UNAM, 2005, pp. 613-633; también en Cienfuegos Salgado, David, coord., *Política criminal y justicia penal. Reflexiones para una reforma urgente*, Nuevo León, México: FEJ, Elsa G. de Lazcano, 2007, pp. 9-29.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

institucional. Asimismo, las sentencias de los órganos jurisdiccionales locales y federales que se ocupan de tales temas se conocen poco.

II. El derecho indígena en México.

Reconozco, en principio, que a pesar de su incorporación en el texto constitucional federal, el tema de los derechos de los pueblos indígenas no parece haber adquirido carta de naturalización en el constitucionalismo mexicano. Con aquella reforma de agosto de 2001, se dijo que México arrancaba su andar en el siglo XXI redefiniendo jurídicamente a las comunidades indígenas e incorporándolas formalmente al régimen constitucional; una labor que se justificaba con creces al ser éstas la población original del país.

Sin embargo, a la par de esta reflexión se hizo evidente que no existía una idea clara de qué rumbo debían tomar los derechos indígenas que se reconocían en el texto constitucional, pues mientras para unos sectores la reforma era deficiente, para otros se trataba de una reforma adecuada, lo que provocó numerosas controversias constitucionales² y académicas.

Numerosos trabajos se ocuparon de explicitar los alcances de la reforma, en ocasiones desde perspectivas diametralmente opuestas.³ Valdría la pena preguntarnos, a ras de suelo, y no en las altitudes de la discusión teórica, qué ha pasado desde entonces. Especialmente si consideramos que en los años transcurridos desde la publicación de la reforma constitucional, numerosas legislaciones federales y locales han sufrido modificaciones para adecuar su contenido al nuevo mandato que reconoce la pluriculturalidad del Estado mexicano.⁴ Además de que la sociedad ha ido *acostumbrándose* a ciertos hechos cotidianos que le recuerdan la disímula composición de la población mexicana.

² Para conocer de todos los casos planteados véase Rocha Díaz, Salvador, coord., *La reforma constitucional para la protección de los derechos y la cultura de los pueblos indígenas*, México: UNAM, 2004, especialmente las páginas 117-231.

³ La bibliografía sobre el tema es amplia, pero como aproximación básica pueden consultarse: Carbonell Sánchez, Miguel y Karla Pérez Portilla, coords., *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México: UNAM, 2002; González Galván, Jorge Alberto, "Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México", *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, DF, no. 97, 2000; González Oropeza, Manuel, "La reforma constitucional en materia indígena de México", *Lex. Difusión y análisis*, México, DF, no. 79, enero de 2002.

⁴ Una de las últimas reformas, aprobada el 18 de octubre de 2005, es la adición del artículo 39 bis de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales (aún no publicada), en el cual se establece: "Los pueblos y las comunidades indígenas podrán ejecutar el Himno Nacional, traducido a la lengua que en cada caso corresponda. Para tales efectos, se faculta al Instituto Nacional de Lenguas Indígenas para realizar las traducciones correspondientes, las cuales deberán contar con la autorización de la Secretaría de Gobernación y de la Secretaría de Educación Pública. // Los pueblos y comunidades indígenas podrán solicitar a las Secretarías de Gobernación y de Educación Pública la autorización de sus propias traducciones del Himno Nacional. La Secretaría de Gobernación llevará el registro de las traducciones autorizadas".

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Se ha hecho evidente que esta nueva circunstancia también ha influido en otros ámbitos jurídicos, especialmente impactados por la novedad, y creciente complejidad, del tópico de los derechos de las minorías. Poco a poco se ha extendido este reconocimiento entre la doctrina nacional y el tema ha generado interés en la enseñanza y la investigación jurídicas.

Hasta aquí debemos decir que resulta claro que los pueblos indígenas tienen en el constitucionalismo mexicano, es decir en el derecho mexicano, un reconocimiento para sus derechos. ¿Cuáles derechos se reconocen en la Constitución? *Grosso modo*:⁵ Derecho al reconocimiento como pueblo o comunidad indígena; Derecho a la autoadscripción; Derecho a la libre determinación; Derecho a la autonomía; Derecho a aplicar sus propios sistemas normativos; Derecho a la preservación de la identidad cultural; Derecho a la tierra y al territorio; Derecho de consulta y participación; Derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y Derecho al desarrollo.

Evidentemente algunos de estos derechos no son individuales, o más bien, no sólo son individuales, también son colectivos. Y a la vista de ellos, especialmente en lo atinente a la idea de derechos a la autonomía y a la aplicación de sus sistemas normativos, podemos señalar que de ellos se desprende el derecho a tener y a que se respete tener su derecho.

Ello nos lleva a distinguir entre los derechos de los pueblos indígenas (que ya listamos antes) y el derecho de los pueblos indígenas. Me interesa destacar, el derecho de los pueblos indígenas.

La reforma constitucional hizo énfasis en la caracterización de los pueblos indígenas como aquellos descendientes de poblaciones que habitaban en el territorio mexicano al iniciarse la colonización y “que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Esto es básicamente el reconocimiento de que tienen su propio derecho, sea que le llamemos usos y costumbres, derecho consuetudinario, derecho alternativo o el derecho con el gentilicio que corresponda, no deja de ser derecho, un sistema normativo, un sistema jurídico.

En lo que interesa se señala en el apartado A del artículo segundo de la CPEUM que se “reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para [II] Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”.

⁵ Seguimos aquí la obra *La vigencia de los derechos indígenas en México. Análisis de las repercusiones jurídicas de la reforma constitucional federal sobre derechos y cultura indígena, en la estructura del Estado*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2007.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Recalco, “Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos”, y a continuación cuestiono: ¿Qué es un sistema normativo?

Entendemos por sistema normativo un conjunto de disposiciones que regulan una determinada comunidad. Es decir, la idea de sistema normativo está vinculada con la idea de un sistema jurídico, en tanto en ambos casos existe un conjunto de disposiciones, sean reglas o principios que regulan, que norman, que ordenan, la vida y los actos de los miembros de una determinada comunidad.

El derecho de los pueblos indígenas es así un sistema normativo, pues se compone también de disposiciones que tienen la característica de reglar la vida de la comunidad.

Y aquí no debe obviarse, por estar implícito, que cualquier sistema que regula o dispone conductas, de igual forma establece reglas para sancionar a quien no sigue aquéllas. Como afirmaban los doctrinarios del siglo XX, ningún sistema normativo puede tener sólo normas imperfectas, que no contemplen una consecuencia jurídica para quienes no cumplan con sus disposiciones.

Ello nos lleva a una serie de cuestionamientos, cuya respuesta resulta definitiva para entender nuestro sistema jurídico: si el de los pueblos indígenas es un sistema normativo y el del Estado mexicano es otro sistema normativo, ¿pueden coexistir? En caso de enfrentamiento ¿cuál es el que debe prevalecer?

Pareciera claro que cuando hablamos de un Estado estamos hablando de un Derecho, dada la inseparable identidad que hemos aceptado desde el siglo XVIII, cuando surge la idea de una Constitución que rija sobre todos y en todos los aspectos, basada en la dualidad derechos-división de poderes.

Por supuesto, entenderlo así implica alejarnos de la idea de un pluralismo jurídico que ha sido ampliamente debatido y reconocido en los estados contemporáneos, respecto de los cuales se ha derrumbado definitivamente la pretensión de homogeneidad que caracterizó la idea del Estado-nación. Por ello, la afirmación de que en nuestro país el sistema jurídico es un sistema normativo, no resulta inexacta, sin embargo, para ser más exactos deberíamos decir que es un sistema normativo mixto.

El Estado mexicano, especialmente a partir de agosto de 2001, ha reconocido la existencia de estos sistemas normativos, en el ámbito de los pueblos indígenas. Ello no sería problemático si tuviéramos el caso de que estos órdenes jurídicos se aplicaran en diferentes territorios o a diferentes personas, sin embargo, en nuestro caso se genera un fenómeno particular: el ámbito de aplicación personal y territorial o espacial resulta coincidente.

Tal coincidencia nos orilla al cuestionamiento, de que si existen ambos sistemas normativos, ¿cómo coexisten? ¿su coexistencia resulta pacífica?

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Resulta claro que la coexistencia de normas a aplicarse en un mismo territorio y a las mismas personas da lugar a colisiones. En el caso del derecho de los pueblos indígenas ocurre tal circunstancia.

La propia Constitución mexicana parece resolver el dilema, fijando límites sustantivos a las normas que componen el derecho de los pueblos indígenas. La mencionada fracción II del apartado A (art. 2º CPEUM), al que nos hemos referido antes, señala que la aplicación de los sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, deberá sujetarse a los principios generales de la propia Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Encontramos así los límites básicos para la coexistencia de estos sistemas normativos, el estatal y los de los pueblos indígenas: garantías individuales, derechos humanos y dignidad e integridad de las mujeres.

Lo que nos lleva al tema de la autonomía para darse un orden jurídico, puesto que en la propia CPEUM se menciona que la regulación y solución de sus conflictos internos a través de la aplicación del sistema normativo que les es propio *podrá o tendrá que*, según decida el legislador ordinario, en este caso el de los estados, *ser validado por los jueces o tribunales correspondientes.*

A estos límites se agrega la obligación de sujetarse a los principios de la Constitución. No hay duda, en el Estado mexicano el derecho de los pueblos indígenas es un sistema normativo limitado.

¿Eso es malo? Por supuesto que no. Son los mismos límites que tiene el legislador ordinario: el de Guerrero, el de Sinaloa, el de Yucatán, el de Sonora, el de todas las entidades federativas tiene exactamente los mismos, e incluso más, límites. Se encuentra obligado a sujetarse a la Constitución.

Así, preguntará más de uno ¿Por qué el sistema normativo indígena debe ser diferente? Quizá la visión del jurista resulte limitada para dar respuesta, acostumbrado como está a las anteojeras de un derecho único de raíz estatal. Pero el antropólogo o el sociólogo nos darán pistas para entender porque el derecho de los pueblos indígenas es diferente, porque se distingue del estatal y porque éste debe tener cierta deferencia con aquél.

En efecto, los sistemas normativos de raíz indígena incorporan figuras que no nos son familiares o que incluso han sido erradicadas, por entender que se encuentran dentro de las que el artículo 22 constitucional considera penas inusitadas y trascendentales:

Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Ello impone una nueva visión desde el derecho estatal, especialmente porque son las jurisdicciones estatales las que culminarán en no pocos casos los conflictos que se presenten en el ámbito de los sistemas normativos de los pueblos indígenas.

Lamentablemente no tenemos aun casos que hayan sido revisados por los tribunales mexicanos. Sí hallamos algunas figuras específicas en el derecho de los pueblos indígenas que valdría la pena comentar, aunque no es éste el lugar adecuado.⁶ Por ello, como mencionamos desde el principio, acudimos a la experiencia de otros países para ilustrar los problemas que allá se han resuelto y ver los criterios que se han adoptado. Tomamos dos ejemplos: Colombia y Bolivia.

III. Colombia.

Traigo a colación la experiencia colombiana, especialmente por lo paradigmático que han resultado algunas sentencias de la Corte Constitucional de aquel país, a la hora de proceder a la protección de derechos de miembros de los pueblos indígenas que consideraron que la aplicación de su sistema normativo la causaba agravios, por ser contrarios al mandato de la Constitución colombiana.

La Constitución colombiana de 1991 otorgó a los pueblos indígenas la posibilidad de acudir a su propia justicia, cuando los miembros de dichos pueblos indígenas lo consideraran necesario. Dicha jurisdicción indígena conoce de delitos como lesiones personales, homicidio, hurto, abusos sexuales, inasistencia alimentaria y litigios por tierras en los que están comprometidos miembros de las comunidades.

La característica principal de estas jurisdicciones es la celeridad en la resolución de los conflictos que se someten a su conocimiento. Nelson Martínez, quien preside el primer Tribunal Superior Indígena de Colombia, establecido hace ocho años en el departamento del Tolima, al sur de Bogotá, está orgulloso de los resultados: "Hay casos que demoran tres días en resolverse. Otros, que en la justicia ordinaria han tardado diez años, los hemos tramitado en tres meses", relata.⁷

Los jueces, quienes no reciben ningún pago, pueden pedir a la Fiscalía General y a las autoridades forenses que practiquen pruebas técnicas, pero es la jurisdicción indígena la que decide las responsabilidades e impone las penas. Al respecto, ha recibido severas críticas por el tipo de sanciones que aplican a los delincuentes, como los azotes, el cepo o el destierro. Las críticas, procedentes de abogados y defensores de derechos humanos, se basan en la apreciación de que tales castigos pueden llegar a ser "cruels, inhumanos y degradantes".

Nelson Martínez defiende tales penas. "Lo que el blanco llama cruel e inhumano para nosotros no lo es. Los (indígenas) paeces (del sur del país) practican el látigo,

⁶ Un artículo que recuerdo me causó grata impresión sobre el análisis de estas figuras, es el de Elisur Arteaga Nava, "Algunos usos y costumbres indígenas obligatorios en el estado de Guerrero, México (Cuenca del río de las Balsas)", en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Madrid, España, no. 5, 1994, pp. 13-46.

⁷ "Jueces indígenas dan ejemplo en Colombia", página Web *BBC Mundo*, 10 de febrero de 2009. Consulta en http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7882000/7882300.stm del 25 de junio de 2009.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

como reflexión, y el cepo, como abrazo del rayo y del trueno", dice. Según Martínez, entre los indígenas pijaos del Tolima cuando alguien es sancionado con una vara eso significa que al responsable se pretende "enderezar". "Si una persona es sancionada físicamente, los chamanes les hacen baños (de hierbas) y salen sin rencores ni remordimientos", explica.

Sobre este particular, la Corte Constitucional de Colombia sentenció que los indígenas en ningún momento pueden violar los derechos a la vida, a la integridad del cuerpo, a no ser esclavizado y al debido proceso. Eso explica que algunas prácticas hayan desaparecido o estén siendo combatidas, como el asesinato de brujos y de niños desmovilizados de grupos armados ilegales, el corte de clítoris, o el abandono de gemelos.⁸

Hace poco, el Consejo Superior de la Judicatura le hizo un reconocimiento al Tribunal Indígena del Tolima. Expertos de otros países, como Perú, han viajado a esta región colombiana para conocer el funcionamiento de estos tribunales. Sin embargo, diversos estudiosos advierten que "no se pueden tomar proyectos y copiarlos por fuera de los contextos sociales y culturales [...] Si bien (el Tribunal Superior Indígena) es interesante y ha funcionado aquí, en otras partes podría tener graves consecuencias", advierte.

Por ahora, el Tribunal ya ha emitido fallos en 689 casos, donde no sólo se imponen penas privativas de la libertad, sino también compensaciones económicas para las víctimas.

El caso Gembuel Pechene.⁹ Uno de los casos que vale la pena mencionar en relación con la interpretación que se ha dado en Colombia sobre los sistemas normativos, deriva de la sentencia que se impuso a Francisco Gembuel Pechene, indígena páez, por parte de la Asamblea de la Zona Norte (Cabildos de la Zona Norte del Departamento de Cauca), consistente en 60 fuetazos, expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. La sentencia se dictaba por haberlo encontrado culpable de haber propiciado la muerte del alcalde municipal de Jambaló.

En un primer momento, el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao concedió tutela al actor contra la sentencia. Los argumentos reconocían la competencia de la comunidad para llevar el proceso, pero consideraban que el derecho de defensa había sido violado y que las sanciones impuestas ponían en peligro la vida e integridad de Gembuel Pechene.

⁸ Hace algunos años fue noticia que, en Colombia, después de pasar meses en un centro de adopción, unos bebés mellizos de la etnia U'wa regresarían a su comunidad indígena que se comprometió a garantizarles la vida, haciendo una excepción a una costumbre ancestral que ordena abandonarlos por considerar que son de mala suerte. Este grupo étnico de Colombia tiene alrededor de 8 mil miembros. "Mellizos perdonados", en *La Voz del Interior*, sección Temas, del 10 de octubre de 1999. Tomado de: http://www.culturahispanicacba.com.ar/Notas/iberoamerica_indigenistashtm.htm

⁹ Consulta de la sentencia <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/t523-97.htm> del 25 de junio de 2009.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En segunda instancia, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao confirmó la decisión. El asunto pasó a conocimiento de la Corte Constitucional, resolviendo el caso la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas.

En la resolución de la Corte Constitucional dos son las cuestiones que se resuelven:

1. ¿Corresponde a las características del ordenamiento jurídico páez de Jambaló, el procedimiento que adelantaron las autoridades de los Cabildos Indígenas del Norte del Cauca?
2. ¿Las penas impuestas al actor por la Asamblea General rebasan los límites impuestos al ejercicio de las facultades jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas?

En el caso, del dictamen antropológico rendido y de los razonamientos realizados, se arriba a la convicción de que se debe aceptar la práctica del fuate y del destierro. En el caso del fuate, se hace una ponderación diferente a la realizada en el caso *Tyrer* resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Señala la sentencia sobre los dos casos:

...el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea "es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas", mientras que la sociedad páez, como comunidad aborigen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor.

Los razonamientos que aquí encontramos se apartan notablemente del paradigma jurídico que conocemos y atienden elementos que, desde la visión tradicional del derecho, pocas veces hemos reflexionado.

Ahora bien, debe dejarse en claro que el sistema normativo de los paéz, o el derecho páez si se prefiere, coexiste con el derecho colombiano, en términos de la resolución dictada por la Corte Constitucional, no en razón de que es un sistema normativo sino porque su contenido no viola el núcleo duro de los derechos humanos. Así, el fuate o el destierro no atentan contra el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud o la prohibición de tortura.

IV. Bolivia.

La vigente Constitución de Bolivia reconoce a cada uno de los pueblos indígenas como sujeto colectivo de derechos. En este sentido, los sistemas jurídicos propios

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

hacen parte de su identidad e integridad cultural. El artículo 30, parágrafo II, numeral 14, señala:

Los pueblos indígenas gozan del derecho al ejercicio de sus sistemas políticos jurídicos y económicos acordes con su cosmovisión.

Cabe resaltar que el sistema jurídico indígena se encuentra en igual jerarquía que el estatal. De ahí que desde el punto de vista jurídico, las decisiones en el marco de la justicia comunitaria tienen el valor de cosa juzgada.

Como limitaciones, el texto constitucional establece que la jurisdicción indígena respeta el derecho a la vida, a la defensa y demás garantías (Artículo 190, parágrafo II). La justicia indígena respeta el derecho a la vida y la libertad. La sanción más grave moralmente y culturalmente es el destierro o la expulsión de la comunidad o territorio. No así el castigo corporal, que tiene un carácter de reprimenda paternal y permite encauzar y corregir su conducta, garantizando de esta forma la armonía en la comunidad.

Un comunario/a o dirigente/a sometido a la jurisdicción indígena, cuya conducta haya alterado el orden social y violado sus normas culturales, deberá aceptar la sanción de acuerdo a sus procedimientos propios. Caso contrario, si acude a la justicia ordinaria para denunciar en otra jurisdicción distinta a la suya, significaría la negación de identificación con su mundo cultural.

El caso Marcial Fabricano.¹⁰ En este caso, que tuvo lugar en Bolivia, según se argumenta, diversas organizaciones indígenas emitieron una serie de resoluciones condenando el accionar delictivo de Marcial Fabricano Noé, en las mismas ya se establecían diversas sanciones. Sin embargo, Fabricano respondió haciendo burla de tales determinaciones.

El 6 de mayo de 2009 se celebró, en la comunidad de San Lorenzo, el XVIII Encuentro de Corregidores del TIPNIS. A dicho evento asistió Fabricano al que se le describió “con una actitud arrogante y prepotente, desafiando a la autoridad de las 64 comunidades del territorio”. Como resultado de esa actitud y en cumplimiento a la Resolución 01/08 del 7 de septiembre de 2008, el XVIII Encuentro de Corregidores del TIPNIS aplicó la sanción de 50 “chicotazos” (azotes), una de las penas más drásticas previstas en el sistema jurídico del pueblo Mojeño -al que pertenece Fabricano- por los diversos delitos que cometió, según la valoración de los corregidores.

El tema de la actitud mostrada por Fabricano es relevante, porque cuando se aplica la guasca (chicotazo o azote) como sanción, si el procesado pide perdón puede lograr la suspensión de la ejecución. Caso contrario, se da continuidad al cumplimiento de la sanción. Se ha mencionado que la “guasca” o azote tiene un sentido paternal y su fin es “recuperar al hermano”, encauzarlo para que vuelva a la vida en colectividad. Esta forma de sanción fue apropiada por los pueblos indígenas en la época de las

¹⁰ Consulta en <http://www.servindi.org/actualidad/opinion/12223> del 25 de junio de 2009.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

“reducciones” jesuíticas y franciscanas. Sin embargo, también se señala que para muchos hacendados el azote ha sido y es una práctica de sometimiento y humillación utilizada contra de los pueblos indígenas, por lo cual, hay una opinión en el sentido de que es fundamental erradicar estas prácticas, que verdaderamente ofenden la dignidad humana.

En una valoración jurídica, a partir del articulado constitucional en este caso se advierte que: **a)** La administración de justicia se ha ejercido a través de sus autoridades naturales (corregidores), en el ámbito de su jurisdicción (al interior del territorio indígena), de acuerdo al artículo 190 de la CPE; **b)** La sanción ha sido impuesta a un miembro del pueblo Mojeño (Artículo 191); **c)** Las autoridades indígenas tienen competencia para conocer y sancionar todo tipo de delitos (artículo 191); y, **d)** Respetando sus principios, valores culturales normas y procedimientos propios.

De ahí que se considere que lo sucedido fue una expresión del sistema jurídico indígena.

Estos dos casos nos muestran una consideración ajena a nuestra tradicional concepción del derecho: la sanción no como un castigo, sino con una naturaleza reparadora que permite al individuo reintegrarse a la sociedad en la cual ha delinquido.

V. Éstos no son los únicos casos.

En Estados Unidos, país donde muchas comunidades indígenas viven en reservas, es decir en lo que ahora se reconoce como sus propios territorios y, por tanto, se manejan con leyes propias, un tribunal indígena en el Estado de Oregon decidió volver a imponer la vieja tradición del azote para castigar a una joven de 17 años. La información, fechada en 1995, dice que un adulto de la Confederación Tribal Warm Springs le propinó a la joven cinco azotes con una correa ante la presencia de familiares como castigo por haber sido desobediente y haberse escapado de la casa.¹¹

Estas referencias nos dan una idea de los alcances que puede tener la discusión en torno a la aplicación de los sistemas normativos que se reconoce a los pueblos indígenas en la Constitución mexicana, y en especial el análisis de las sanciones que pueden establecerse en el derecho indígena, que pudieran en un momento aparecer enfrentados a las disposiciones de carácter constitucional o legal, propias del sistema jurídico estatal.

Por supuesto, los casos pueden multiplicarse, finalmente en un país con más de medio centenar de grupos étnico-culturales, las posibilidades de confrontación entre el sistema normativo estatal y los de los pueblos indígenas son altas.

¹¹ “Joven indígena recibe azotes por orden del tribunal”, en La Voz del Interior, Córdoba, Argentina, 09 de febrero de 1995. Tomado de: http://www.culturahispanicacba.com.ar/Notas/iberoamerica_indigenistashtm.htm.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Dejamos aquí el apunte e invitamos a la lectura de la sentencia anunciada, donde puede verse el matiz que se advierte sobre el carácter de la sanción en uno y otro sistema.

VI. Anexo: Sentencia T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

Referencia.: Expediente T-124907 // Temas: La Jurisdicción Indígena. La sanción corporal dentro de la tradición indígena // Actor: Francisco Gembuel Pechene // Demandado: Luis Alberto Passu, Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscue, Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca. // Magistrado Ponente: Dr.Carlos Gaviria Díaz

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Díaz -este último en calidad de Ponente-,

EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

procede a dictar sentencia en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao (Cauca), el cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997), que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao, de enero ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

El indígena páez Francico Gembuel Pechene interpuso acción de tutela contra el Gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, por violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso. Solicitó a través de este mecanismo judicial, que el informe final de la investigación realizada por las autoridades indígenas del Norte del Cauca, en relación con la muerte de Marden Arnulfo Betancur, no fuera presentado a la comunidad páez.

1. Hechos

-El 19 de agosto de 1996 fue asesinado Marden Arnulfo Betancur, quien se desempeñaba como Alcalde Municipal de Jambaló.

-Dos días después, los Gobernadores de los cabildos indígenas de la zona del Norte del Cauca acordaron asumir la responsabilidad de "investigar y sancionar a los responsables de este asesinato"(fl.56). El primer paso fue ordenar la aprensión de Francisco Gembuel y cinco personas más, a quienes se les acusaba de haber propiciado la muerte del Alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, y por haber sostenido públicamente que Marden Betancur estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

públicos. En esa misma fecha se acordó que, una vez capturados, serían trasladados al Municipio de Toribío, para evitar posibles venganzas contra ellos (fls. 57 y 58).

-En el curso de la investigación, la comisión recibió el testimonio de Francisco Gembuel (fl 59) y la ampliación de su indagatoria (fl. 87 y ss); recogió los testimonios de varios miembros de la comunidad que afirmaban haber visto al sindicado hablando con la guerrilla (fls. 65 a 85, 103 a 131) y practicó el reconocimiento visual del sitio donde presuntamente Francisco Gembuel (y otro sindicado) había sostenido conversaciones con el grupo insurgente (fl.121). Así mismo respondió la petición que elevó el demandante, en la cual solicitaba ser defendido por un abogado, indicando que podía contar con un defensor, siempre y cuando éste fuera miembro permanente de la comunidad indígena de Jambaló y conociera sus usos y costumbres (fl. 86). De todas las actuaciones se dejaron constancias por escrito.

-Cumplidos estos procedimientos, la comisión citó la celebración de una Asamblea General para el 24 de diciembre de 1996, con el fin de presentar a la comunidad las conclusiones de la investigación. Tal convocatoria fue precedida por la publicación de un artículo en el periódico "El Liberal", en el que se afirmaba que el Frente "Cacique Calarcá" aceptaba ser el autor material de los hechos.

-Un día después, el actor interpuso acción de tutela contra el Gobernador del cabildo de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cuaca, con el argumento de que las autoridades indígenas habían desconocido en la investigación, la circunstancia de que el grupo guerrillero era el culpable del asesinato del Alcalde, pues citaron a la Asamblea para rendir su informe, con anterioridad a la publicación del comunicado. Sostiene además, que se violó su derecho al debido proceso, en primer lugar, porque las pruebas obtenidas se mantuvieron en secreto y fue imposible controvertirlas; en segundo lugar, porque las personas que realizaron la investigación eran sus adversarios políticos, circunstancia que hace presumir una decisión arbitraria y, en tercer lugar, porque la comunidad indígena no debería ser quien juzgare su conducta porque, en su opinión, "no existe tradición ni uso o costumbre relacionada con el juzgamiento del delito de homicidio, puesto que siempre su trámite ha correspondido a la justicia ordinaria, inclusive a instancia y con el apoyo de los Cabildos que no han vacilado en presentar a los indígenas que se ven involucrados en la comisión de tales ilícitos ante la autoridad judicial ordinaria competente." Solicitó, en consecuencia, ordenar a las autoridades indígenas abstenerse de convocar a la Asamblea y rendir el informe de la investigación.

-Cinco días después, y sin que el juez de tutela se hubiera pronunciado, se realizó en el Municipio de Jambaló la Asamblea de la Zona del Norte, en la que participaron miembros de todos los resguardos de la zona, para presentar las conclusiones del proceso final del asesinato del Alcalde. En ella se leyeron las actas de la investigación y se permitió a los sindicados rendir sus descargos. Francisco Gembuel, por su parte, no quiso controvertir lo afirmado por los testigos, y simplemente manifestó que

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa y que tan sólo acataría lo que se dispusiera en ese proceso (fl.145).

-Finalmente, y después de reunirse para deliberar, la plenaria de la Asamblea decidió que el sindicato era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios (fl 157). Al momento de proceder a la ejecución de la pena del fute, los familiares de Francisco Gembuel y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden, circunstancia que llevó al Gobernador de Jambaló a suspender la ejecución de la sanción y posponerla para el 10 de enero de 1997.

2. Fallo de Primera Instancia

El Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao el 8 de enero de 1997 concedió la tutela al actor. Si bien reconoció la competencia de la comunidad indígena para adelantar el proceso, consideró que el derecho de defensa había sido violado, y las sanciones impuestas ponían en peligro la vida e integridad personal de Francisco Gembuel. Ordenó, en consecuencia, dejar sin efectos el acta N° 1 de diciembre 24 de 1996 y reabrir la investigación realizada por las autoridades indígenas, "garantizando el debido proceso, el derecho de defensa y los derechos humanos al momento de determinar la pena." Los argumentos que sustentan su decisión pueden resumirse así:

1. La respuesta de la comunidad en el sentido de no permitirle al demandante ser defendido por un abogado, viola la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, literales b, c, d, e y f), así como el art. 29, inciso 4 de la Constitución. Este derecho no puede ser tenido en cuenta sólo en la jurisdicción ordinaria, sino que también se exige su cumplimiento en las jurisdicciones especiales.
2. El demandante no tuvo la oportunidad de conocer el acervo probatorio, ni de controvertir las acusaciones contra él.
3. La pena que le impuso la comunidad a Francisco Gembuel (60 fuetazos) constituye una práctica de tortura, porque se trata de "un acto que causa a otro dolor y sufrimiento grave física y mentalmente, el que se da en razón de un castigo". La tortura, de acuerdo con la sentencia T- 349 de 1996 proferida por la Corte Constitucional, constituye uno de los límites a la autonomía de las comunidades indígenas.

3. Fallo de segunda instancia.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao confirmó la decisión de primera instancia. En su opinión, el procedimiento fue irregular porque: 1) El actor no tuvo la oportunidad de conocer ni contradecir las pruebas; 2) no pudo ser defendido por un abogado; 3) las personas que las autoridades indígenas aceptaron como defensores eran contradictores políticos del actor, circunstancia que le restó a la investigación su imparcialidad y 4) se le condenó a una sanción, el fute, que así no deje secuelas físicas, es una medida que atenta contra la dignidad humana.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

4. Pruebas

A solicitud del Magistrado ponente, la antropóloga Esther Sánchez y el investigador Tulio Rojas manifestaron su opinión frente al proceso que estudia la Corte. Así mismo, se ordenó al Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló informar sobre el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en la comunidad para juzgar el delito imputado al actor, así como el objetivo y significado del uso del fuste y de la sanción de destierro. Sus consideraciones serán incluidas a lo largo de la sentencia.

II. CONSIDERACIONES DE FONDO.

2.1. La solución constitucional a los conflictos entre el principio de diversidad étnica y otros principios de igual jerarquía.

El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida.

En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante.

En otras palabras, aún siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido.

Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello

implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una.

Así lo entendió la Corte Constitucional, que en la sentencia T-349 de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un "verdadero consenso intercultural", deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

Sobre el primer punto, la Sala consideró que, como "sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural", es necesario que el intérprete, al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica y cultural de la nación, atienda a la regla de "la **maximización de la autonomía de las comunidades indígenas** y, por lo tanto, la de la **minimización de las restricciones** indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía". Este criterio supone que, en un caso concreto, sólo podrán ser admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades, las siguientes:

"a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (vg. la seguridad interna).

b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas".

Es obvio, como lo señala la sentencia citada, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencia en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos.

Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que "verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre", es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico"). Estas medidas se justifican porque son "necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional."

Estos criterios son los que deberá tener en cuenta la Sala para decidir este caso.

III. EL CASO CONCRETO.

3. 1. Planteamiento del problema

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La Corte debe resolver básicamente dos problemas jurídicos.

- a. ¿Corresponde a las características del ordenamiento jurídico páez de Jambaló, el procedimiento que adelantaron las autoridades de los Cabildos Indígenas del Norte del Cauca?
- b. ¿Las penas impuestas al actor por la Asamblea General rebasan los límites impuestos al ejercicio de las facultades jurisdiccionales, por parte de las autoridades indígenas?

Para resolver el primer problema, es pertinente referirse a los presupuestos que orientan el procedimiento de la comunidad páez de Jambaló, para confrontarlo con las actuaciones que realizó el cabildo indígena en el caso específico. El segundo punto, se solucionará a través las reglas de interpretación que la Corte ha establecido.

3.2. La tradición de la comunidad páez.

Como bien lo afirma la antropóloga Esther Sánchez, la cultura páez debe ser estudiada como parte de un "tejido históricamente configurado". No obstante haber sido sometidos a los procesos de dominación y aculturación, la lucha de varios de sus miembros por mantener la unidad y la preservación de su cosmovisión, evitó que la asimilación de realidades externas borrara su identidad cultural. En especial, cabe destacar el papel de los mayores que conservaron en la memoria las tradiciones de sus antepasados y la aceptación de su palabra por parte de las nuevas generaciones, que superaron la prohibición del uso de su lengua y la imposición de una educación típica de la tradición de los blancos.

Ese proceso fue posible entonces, porque los paeces, además de gozar de unos elementos culturales característicos, se ven a sí mismos como parte de una comunidad diferente que debe ser conservada como tal. Esa conciencia que los miembros tienen de su especificidad ha sido el motor que los ha impulsado a recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas que, no obstante haber sido influenciadas por la sociedad mayoritaria, no han dejado de ser auténticas. Un ejemplo de ello es su ordenamiento jurídico, claramente impregnado por simbologías y procedimientos propios que, para el caso que ocupa a la Corte, merecen ser estudiados.

En efecto, para los paeces no hay nada que la comunidad no sepa. Por ello, su procedimiento, que se origina en el "yacska te' c'indate tenge'a mecue " o "rastros que dejan los mayores", pretende indagar sobre los hechos que rompieron el equilibrio, a través de la palabra de sus miembros. Para que pueda iniciarse, los familiares o el segmento social al que pertenece el afectado deben solicitar al cabildo que adelante la investigación y sancione a los culpables. Este, a su vez, deberá nombrar una comisión investigadora, integrada por personas de prestigio en la comunidad, quien se encargará de determinar las faltas y "encontrar la mentira en la palabra de los acusados".

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Lo primero que deberá hacer esta comisión investigadora, es citar a los presuntos autores para que rindan su versión. Si ellos aceptan la responsabilidad, no habrá lugar a otras etapas, si la niegan, continúa la investigación, recogiendo los testimonios de las personas que dicen haber visto o escuchado algo relacionado con el caso, y realizando las visitas a los lugares donde presuntamente ocurrieron los hechos.

Cumplidos estos procedimientos, el siguiente paso será, entonces, la valoración que hace el cabildo del informe presentado por la comisión investigadora. Si se encontró la mentira, se cita a una Asamblea General, que como máxima autoridad deberá fallar, y si es el caso, imponer las sanciones. En ella se dan a conocer las pruebas, se solicita la confesión pública del acusado y se realizan los careos, es decir, la confrontación de la palabra del sindicado con la de las personas que rindieron testimonios en su contra. Como la Asamblea General es infalible, según sus miembros, pues sus decisiones están basadas en el "us yacni" (la memoria), que se encuentra a través de un ejercicio colectivo que permite hacer público el suceso oscuro, no está contemplada la segunda instancia. Es claro que estos sucesos oscuros no sólo son aquellos que produjeron directamente el daño, sino también los que de alguna manera hayan permitido o facilitado la alteración de la armonía.

La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir.

Los castigos más usuales entre los paeces son: el fuate, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio. El fuate y el destierro, que son los castigos que interesan en este caso, son ampliamente utilizados en el cabildo de Jambaló. El primero, que consiste en la flagelación corporal con un "perrero de arriar ganado", aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador. El segundo, por su parte, es el castigo más grave, y sólo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo.

Aunque la imputación de la sanción es personal, existen casos en que se extiende a la familia, por no haber contribuido a detener la infracción. Tal situación se explica porque, en la tradición páez, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros.

3. 3. La legalidad del procedimiento adelantado contra el actor.

Conforme a lo explicado hasta aquí, la Corte deberá establecer si el procedimiento que adelantó la Asociación de Cabildos de la Zona Norte contra Francisco Gembuel, violó el debido proceso, y si las decisiones adoptadas por la comunidad excedieron

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción indígena. Procederá entonces a analizar estas actuaciones.

3.3.1. Competencia de los Comunidad indígena.

Al funcionar paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales, es posible que se presenten conflictos de competencias. Como aún el legislador no ha establecido las formas de coordinación entre ellas, es preciso que el intérprete en su solución se atenga a las circunstancias particulares del caso concreto. En especial, dos elementos son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Esta distinción es importante porque, como lo señaló esta Corporación en una decisión reciente "la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad...".

En el caso que ocupa a la Corte, este conflicto de competencias es planteado por el mismo actor, quien niega la autoridad del cabildo y reclama los derechos que se otorgan a cualquier ciudadano dentro de la justicia ordinaria, en especial el ser asistido por un abogado. Para resolverlo, es necesario, entonces, analizar los elementos subjetivos y territoriales de este caso.

Respecto del primero, es decir, sobre la pertenencia del actor a la comunidad, él mismo rindió testimonios encontrados. En un primer momento expresó:

"Si de Jambaló, yo soy nacido allá, claro que en alguna época estuvimos andando, con la familia pero hace más o menos 25 años que estoy radicado allí, pero yo he sido nacido allí, tengo posesiones y derechos allí en el resguardo. El resguardo es el territorio donde funciona toda la comunidad indígena y yo soy parte de esa comunidad, por eso soy miembro y además estoy dentro del censo que anualmente hace el cabildo" (fl. 45. Testimonio rendido el 20 de diciembre de 1996).

Sin embargo, en un segundo interrogatorio ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao, y al preguntársele si se consideraba miembro activo de la comunidad páez respondió:

"En la actualidad no, y antes si, o sea más de un año por la razón que yo tenía unas posesiones, en terrenos del resguardo entonces yo probaba esa calidad de ser miembro activo porque el cabildo elabora un censo y yo aparezco en el censo, pero en el momento considero que no tengo interés dentro del resguardo...sólo tengo mi vivienda que en la actualidad habito...". (fl. 196. Testimonio rendido el 7 de enero de 1997).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Para la Corte, esta última declaración sugiere una actitud acomodada del demandante para acceder a los supuestos beneficios de la justicia ordinaria. Si se tiene en cuenta que Francisco Gembuel, además de tener posesiones dentro del resguardo (él mismo lo señaló en la audiencia fl.155), habitar en él y estar incluido dentro del censo, ha sido uno de los líderes políticos más importantes de la comunidad páez (fue incluso presidente del CRIC) es fácil concluir su pertenencia a ella. Como lo sugiere la antropóloga que interviene en este proceso "la capacidad de metamorfosis del actor es evidente, sabe jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco en la sociedad indígena."

Claro está, que estas apreciaciones, que responden exclusivamente a las circunstancias particulares del caso, no excluyen la posibilidad de que cualquier indígena, en tanto ciudadano libre, pueda decidir su permanencia como miembro de una comunidad específica. Lo que no es aceptable, es que pretenda renunciar a ella, en un determinado momento, para evadir la responsabilidad frente a sus autoridades.

En cuanto al segundo factor, el territorial, al demandante se le acusa de haber cometido un delito dentro del resguardo. Por lo tanto, y al conjugar los elementos subjetivos y geográficos, es evidente que se trata de un conflicto interno que debe ser resuelto por las autoridades indígenas.

3.3.2. Adecuación del proceso.

Como ya lo señaló la Corte, el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.

En el caso que ocupa a la Corte, después de confrontar las pruebas que obran en el expediente, con la información suministrada por los intervinientes en este proceso, es forzoso concluir que el debido proceso se cumplió.

En efecto, como se explicó en la parte correspondiente a los hechos, después del asesinato del Alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancur, los familiares del difunto pidieron al cabildo indígena que asumiera la investigación para determinar si Francisco Gembuel, Diego Anibal Yule, Jorege Elieser Quiguanás, Marcos Vitónco y Alirio Pito, habían sido los autores intelectuales. Contrario a lo que afirma el demandante, esta investigación desde sus inicios se dirigió a comprobar si los sindicatos eran las personas que injustamente habían acusado al Alcalde, pues era claro que el ELN lo había asesinado. Así lo señala la comisión investigadora en el acta N° 2 de 1996 (fl. 57), al ordenar "asegurar inmediatamente a las personas que

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

acusaron y calumniaron al Ex Gobernador y Alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancurt Conda." (cursivas fuera de texto).

El Gobernador de Jambaló, dada la gravedad del caso y el peligro que representaba el autor material conocido como el "Frente Cacique Calarcá" del ELN, solicitó la colaboración de los demás cabildos de la zona norte para realizar la investigación, actuación que no es contraria al procedimiento páez, que contempla como principios la unidad y la colaboración de los demás cabildos en situaciones conflictivas. Pero además, el hecho de que la Asociación de Cabildos del Norte del Cauca, y no simplemente el Cabildo de Jambaló, haya sido la encargada de investigar al actor, era previsible, puesto que en 1984 los paeces habían realizado un convenio de cooperación para enfrentar los casos en los que estuvieran involucrados grupos armados, denominado "Acuerdo de Vitoco".

La orden de trasladar a los acusados a Toribío para escuchar sus declaraciones, tampoco podría considerarse como violatoria del debido proceso porque, aunque no es usual, ella se adoptó para proteger los derechos a la vida y a la integridad personal de los acusados, que se encontraban amenazados por la presencia del grupo insurgente en las inmediaciones de Jambaló. Por su parte, las demás actuaciones de la comisión investigadora, es decir, la recepción de testimonios de los comuneros y la inspección ocular del lugar donde presuntamente Francisco Gembuel habló con la guerrilla, se realizaron siguiendo el curso normal de la investigación.

Ahora bien, en cuanto al derecho de defensa, que el actor insiste, fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un abogado, es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra.

En el evento estudiado, a Francisco Gembuel no se le violó el derecho de defensa, en primer lugar, porque se le permitió ser asistido por un defensor, siempre y cuando éste fuera miembro activo de la comunidad y en segundo lugar, porque se le brindó la oportunidad de rendir sus descargos durante la Asamblea, posibilidad que el mismo demandante declinó. En efecto, cuando se le dio la palabra manifestó: "...En cinco minutos no puedo hacer mis descargos. Yo sólo me atengo al fallo de tutela" (fl. 145). Nótese, además, que en atención a la sentencia del juez penal municipal de Santander de Quilichao, la comunidad convocó a otra Asamblea General el 10 de febrero de 1997, para realizar nuevamente los careos; en ella, el demandante respondió libremente a los testigos.

Por otra parte, la Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras

extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza.

3.3.3. La legalidad de las penas.

a) El fuate.

La sanción del fuate, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado.

Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria?. La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fuate, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada.

La Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, aprobada por Colombia por la ley 78 del 15 de diciembre de 1986, define la tortura como: "(...) todo acto por el cual se inflinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionarios público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas". La misma norma internacional establece, además, que esta noción de tortura debe entenderse sin perjuicio de instrumentos internacionales o legislaciones nacionales que contengan disposiciones

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de mayor alcance, como en efecto lo ha hecho la Constitución Nacional, que extiende la prohibición a los casos en que el torturador es un particular.

La prohibición de la tortura busca, por lo tanto, proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendiendo que no todas las sanciones que producen sufrimientos alcanzan esta categoría. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante.

Un ejemplo de estas decisiones lo constituye el caso "Tyrrer", en el que el Tribunal europeo estableció que la conducta de las autoridades de la Isla de Man (Inglaterra), al castigar a un joven por haber agredido a un compañero de escuela, a tres golpes "con una vara de abedul", no constituían una práctica de tortura ni de pena inhumana, "porque los sufrimientos que ella provocaba no alcanzaban los niveles que contemplan esta nociones": Sin embargo, la Corte consideró que se trataba de una pena degradante que humillaba al joven groseramente delante de otros individuos y ante sus propios ojos. Otro caso es el de "Irlanda contra el Reino Unido", "en el que esa Corte reiteró, que mientras las penas no produzcan "sufrimientos de una intensidad y crueldad particular", no podrían considerarse como tortura".

De acuerdo con lo anterior, es importante resaltar nuevamente los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Europeo, esto es, el del umbral de gravedad y el criterio de apreciación relativa, porque según los elementos que brinda el caso, una misma conducta puede ser tortura o pena inhumana y degradante en una situación, y no serlo en otra. Estos criterios, serán utilizados por esta Corporación para determinar si la pena corporal impuesta al actor constituye una práctica de tortura.

El fuste consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que "humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno", porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al "escarmiento" público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.

Nótese, además, como las circunstancias particulares del castigo analizado, exigen del intérprete una ponderación diferente a la que realizó el Tribunal europeo en relación con los azotes practicados en el caso "Tyrer" ya mencionado, pues el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea "es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas", mientras que la sociedad páez, como comunidad aborígen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor.

En relación con las penas corporales que impone una comunidad indígena, ya existe un antecedente jurisprudencial de esta Corporación. En la sentencia T-349 de 1996, tantas veces citada, se aceptó la práctica del cepo en la comunidad emberá-chamí, estableciendo que, lejos de tratarse de un comportamiento cruel e inhumano, se trataba de una pena que hacía parte de su tradición y que la misma comunidad consideraba como valiosa por su alto grado intimidatorio y por su corta duración, consideraciones que bien pueden extenderse a la práctica de fuate dentro de la comunidad páez.

Cabe recordar, además, que en otra decisión la Sala Plena de la Corte consideró ajustado a la Carta el "castigo moderado" que el Código Civil contempla como uno de los deberes de los padres con respecto a los hijos de familia, a pesar de que las condiciones socio-culturales de la sociedad mayor, son notablemente distintas a las que prevalecen en la comunidad indígena.

b) El destierro.

El artículo 38 de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer pena de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo. De acuerdo con el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5) el destierro se refiere a la expulsión del

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos sólo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del artículo 38 de la Constitución. Por otra parte, el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra ningún reparo contra esta determinación.

Ahora bien, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, es preciso señalar, que no es compatible con el principio de la diversidad étnica y cultural imponerles a las comunidades indígenas las sanciones o castigos que la tradición occidental ha contemplado (como parecen sugerirlo los jueces de tutela). Una interpretación en contrario, plantearía un razonamiento contradictorio que podría expresarse así: "La Constitución propende a la recuperación de su cultura, pero sólo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria". Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a una hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo que, entre otras, permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que "verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre". Pero además, desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias.

4. CONCLUSION.

No asiste razón a los jueces de tutela, al afirmar que los Gobernadores de los Cabildos Indígenas de la Zona del Norte de Cauca violaron el derecho al debido proceso del actor, pues estas autoridades tuvieron extremo cuidado en cumplir el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en la comunidad. Además, se le permitió ejercer su defensa personalmente durante las Asambleas realizadas el 24 de diciembre de 1996 y el 10 de febrero 1997 y se le brindó la posibilidad de ser defendido por un miembro de la comunidad, siempre y cuando conociera la lengua y las costumbres, como así lo contempla el procedimiento utilizado tradicionalmente en Jamaló. Las sanciones, por su parte, tampoco sobrepasaron los límites impuestos al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, en primer lugar, porque de acuerdo con las faltas cometidas, es decir, la calumnia y el desconocimiento de la autoridad del cabildo, tanto la pena del fuste como la de destierro era previsible para el actor. En segundo lugar, porque ninguna de ellas desconoció el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud o la prohibición de la tortura.

DECISION

En mérito de las consideraciones expuestas, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

RESUELVE

Primero: **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, de enero ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997) y en su lugar, **NEGAR** la tutela interpuesta por Francisco Gembuel contra el Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos del Norte.

Segundo: **COMUNICAR** el fallo al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.
CARLOS GAVIRIA DIAZ. Magistrado Ponente. JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Magistrado. HERNANDO HERRERA VERGARA. Magistrado. MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO. Secretaria General.

¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO? LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008

Arturo Luis COSSÍO ZAZUETA

A mi Maestra, la Dra. Emma Mendoza Bremauntz, agradeciendo sus enseñanzas en clase y las lecciones de vida

SUMARIO: Introducción. 1. La reforma en el ámbito del derecho sustantivo. 2. La reforma en el ámbito del derecho adjetivo. 3. La reforma en el ámbito del derecho ejecutivo. 4. Conclusión.

Introducción

Uno de los temas que en nuestro país han desatado una mayor problemática es el de la delincuencia organizada. Se trata, sin duda, de un asunto de seguridad nacional y como tal debe tratarse. Sin embargo, es evidente que incluso en los temas de esta índole deben respetarse los derechos humanos del gobernado en todo momento.

La reforma constitucional sobre la que recae el presente trabajo fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008. Con la modificación a la Constitución General de la República se pretende instaurar el sistema de justicia penal acusatorio, que debe ser de corte garantista.

A pesar de las bondades que brinda el modelo procesal acusatorio y que, de ser aplicado en forma correcta, traerá beneficios al país, un tema que merece estudio especial es el de la delincuencia organizada, pues hay cambios que repercuten en los ámbitos sustantivo, adjetivo y ejecutivo en esa materia.

Se puede pensar que se trata de un régimen de excepción, pero también que es ya un derecho penal del enemigo, quizá no en los términos del propuesto por Günther Jakobs, pero definitivamente sí se hace una distinción importante entre el trato que da nuestro sistema jurídico a la delincuencia organizada frente al que otorga a la otra delincuencia (lo que podría identificarse como el derecho penal del ciudadano).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El sistema penal deberá ser acusatorio y oral, debiendo regirse por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.¹ Además, según el texto constitucional buscará esclarecer los hechos, la protección del inocente, evitar la impunidad y la reparación de los daños causados.²

Se introduce en forma expresa la presunción de inocencia, la valoración libre de las pruebas, se limita la prisión preventiva, se establece la justicia alternativa como una forma importante de solución de controversias en materia penal, se prevé la posibilidad del ejercicio de la acción penal por parte de los particulares (excepcionalmente), etcétera. Se busca lograr, en términos generales, un procedimiento penal que equilibre los intereses de los gobernados con los de la sociedad.

Con tantas bondades no se vería problema (independientemente de la implantación, que no es un tema menor). Sin embargo, en materia de delincuencia organizada, desde el punto de vista personal, el sistema se aleja de todas estas ventajas al establecer disposiciones de cuestionada legitimidad, que son objeto de estudio del presente trabajo.

1. La reforma en el ámbito del derecho sustantivo

En este ámbito el cambio es a nivel de una definición incompleta de los que debe entenderse por delincuencia organizada. Dice el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM)³:

“Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.”

Como se puede apreciar fácilmente, no se define en forma exacta lo que es la delincuencia organizada, sino que se limita a dar algunos elementos básicos pero después se remite a la ley secundaria. Lo anterior es desafortunado, toda vez que la idea de incluir el concepto en la norma suprema tenía como objeto evitar que el legislador, en ley secundaria, pudiera cambiar en forma sencilla la forma en que se concibe a la figura en estudio. Al expresar *“en los términos de la ley de la materia”* se permite que en esa ley se vaya modificando el contenido y alcance del concepto sin cumplir con los requisitos que habría que reunir para modificar la Constitución.

Como consecuencia de la reforma a la CPEUM se modificó, por decreto publicado el 23 de enero de 2009 en el Diario Oficial de la Federación, el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (en adelante LFCDO), para quedar, por lo que hace al tema que nos ocupa, de la siguiente forma:

¹ De conformidad con lo establecido por el primer párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado.

² En términos de lo dispuesto por la fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional.

³ Párrafo noveno después de la reforma de junio de 2008 y siguientes modificaciones.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

“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.”

Evidentemente se respetan los aspectos de la definición constitucional pero el principal riesgo es que los delitos vinculados a la delincuencia organizada se vayan expandiendo por decisión del legislador con reformas a ley secundaria, que como se dijo con anterioridad, no cumplen con los requisitos para la modificación constitucional.

Hubo más modificaciones a la LFCDO pero son de naturaleza adjetiva, independientemente de que el objeto de análisis del presente estudio es la reforma a la CPEUM y no todas las que de ella deriven.

2. La reforma en el ámbito del derecho adjetivo.

En este rubro sí encontramos modificaciones importantes al régimen aplicable a la delincuencia organizada, destacando las siguientes:

a) Arraigo.

El tema del arraigo es controversial. Desde un punto de vista personal es una medida que puede resultar positiva⁴ si se aplica en forma necesaria y suficiente, es decir, sin incurrir en abusos y únicamente para casos que realmente lo ameriten. Es rechazable y se rechaza que se utilice como una forma de aseguramiento “automática”, es decir, que para todo indiciado se pretenda aplicar mientras se investiga si hay elementos para una imputación.

El Estado sí debe contar con la posibilidad de que, en términos de lo dispuesto por la CPEUM, se arraigue a una persona siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.⁵

Sin lugar a dudas será fundamental la actuación de los jueces de control, previstos en el décimo cuarto párrafo del artículo 16 constitucional para evitar abusos. Hoy en día se percibe que hay abuso de la figura, pero no por ello hay que suprimirla, sino que hay que verificar que su aplicación sea únicamente en los casos en que sea indispensable.

⁴ En la medida en que se respete el más elemental derecho de defensa se puede lograr un equilibrio entre los intereses del Estado y los del particular, pues se puede proteger bienes jurídicos y evitar impunidad pero permitiendo que el indiciado no quede desprotegido. Al permitírsele una defensa adecuada desde el arraigo puede evitar que se formalice la investigación y eventualmente un proceso.

⁵ Párrafo Octavo del artículo 16 de la CPEUM.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Uno de los problemas de la regulación constitucional en materia de delincuencia organizada, concretamente por la remisión a la ley secundaria, lo encontramos al analizar la figura del arraigo. Dice la CPEUM en el párrafo octavo del artículo 16:

“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”

De conformidad con el texto transcrito las modalidades de lugar y tiempo para el arraigo (sin exceder de los cuarenta y eventualmente ochenta días) las debe determinar la ley secundaria.

Sin embargo, la LFCDO en el artículo 12 establece:

“El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que esta medida pueda exceder de cuarenta días y se realice con la vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.

La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que la duración total de esta medida precautoria exceda de ochenta días.”

Cabe hacer notar que este artículo fue reformado después de la modificación constitucional por lo que debería regular las modalidades del arraigo. Sin embargo, este dispositivo como se aprecia a simple vista, establece que las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización los determina la solicitud. Así, la CPEUM remite a la ley secundaria y ésta a la solicitud de arraigo. Esto es inaceptable.

b) Establecimientos especiales para la prisión preventiva

Desde hace algunos años hay la tendencia a la reclusión de personas vinculadas a la delincuencia organizada en centros de máxima seguridad. La reforma al artículo 18 de la CPEUM legitima tal situación, tanto para la prisión preventiva como para la ejecución de la pena. Sin embargo, hay que tener cuidado con temas que, de antaño, han constituido violaciones flagrantes a las garantías del gobernado.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Tras la reforma constitucional al numeral mencionado, el primer párrafo dice a la letra:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

A simple letra se aprecia que el sitio para la extinción de la pena debe ser distinto y estar completamente separado del destinado para la prisión preventiva, sin abrir la puerta a excepciones.

Si los sitios destinados a la prisión preventiva y a la ejecución de la pena son distintos y deben estar separados se entiende que deben ser establecimientos diferentes, es decir, no es válido internar en un centro de reclusión tanto a procesados como a sentenciados, pues aunque estén divididos en una institución ello no cumple con la exigencia de la Ley Suprema. Se insiste, no hay lugar a excepciones ni siquiera para la delincuencia organizada.

En este orden de ideas, para cumplir con el tema que nos ocupa en el presente apartado es necesario que existan establecimientos especiales para la aplicación de la prisión preventiva a personas a las que se les imputa un delito relacionado con la delincuencia organizada, que sean distintos y estén completamente separados de los establecimientos especiales destinados a la ejecución de las penas impuestas en materia de delincuencia organizada.

c) Restricción de comunicaciones privadas de inculcados con terceros

Con la modificación al artículo 18 constitucional también se prevé el tema de la posible restricción de comunicaciones privadas con terceros. Sin embargo, las comunicaciones con el defensor no pueden ser restringidas.

Es claro que lo que se pretende es tratar de evitar que quienes enfrentan una causa en materia de delincuencia organizada puedan participar en actividades de la organización delictiva a la que se les imputa pertenecer. Si bien es cierto que hay un reclamo social en relación con ello no deja de ser desafortunada la reforma en cuanto a su legitimidad.

Hay que partir del hecho de que no es fácil que cualquier persona tenga acceso a las instalaciones de los centros de reclusión (y menos a los de máxima seguridad), por lo que las personas que visitan a los internos son familiares o defensores. Actualmente todavía se utiliza la figura de la persona de confianza para designar a un defensor, situación que llegará a su fin al momento en que entre en vigor la reforma al artículo 20 de la CPEUM, toda vez que ya estaremos ante una defensa por abogado únicamente.

Mientras se puede nombrar a cualquier persona como defensor por lo que la reforma puede quedar, por lo menos por ahora, sin mayor efectividad pues se puede designar como defensor a la organización entera y no se puede restringir en ninguna forma la comunicación con el defensor. Por supuesto que no se sugiere que se deba incluir a

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

la restricción a las comunicaciones con su defensor porque eso provocaría la indefensión del imputado.

Independientemente de lo anterior, analicemos la posibilidad *per se* de restringir las comunicaciones privadas (salvo con el defensor). ¿Será legítimo no dejar que el imputado (y aún en condenado) en materia de delincuencia organizada) se comunique con su familia o con amistades?

El párrafo segundo del artículo 18 de la CPEUM dispone:

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

No hay excepción, el sistema penitenciario debe buscar la reinserción social del reo a través del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, el deporte y la salud. El permitir la restricción de comunicaciones privadas puede impedir la reinserción social del condenado pero es mucho más grave en tratándose de personas en prisión preventiva. Desvincular a la persona de personas con las que quiera tener comunicación puede dificultar la readaptación y posterior readaptación social del interno. ¿Cómo queremos que salga capacitado para integrarse a la sociedad si antes lo desvinculamos de las personas cercanas? Se entiende la medida desde un punto de vista de combate a uno de los flagelos sociales más graves pero ello no justifica la violación a aspectos fundamentales señalados por nuestra Carta Magna.

d) Vigilancia especial a los internos relacionados con delincuencia organizada

Esta medida estaría vinculada con la idea de no permitir que los internos sigan operando desde el centro de reclusión. Se autoriza que a los internos se les vigile pero, al no establecer el artículo 18 de la Constitución General de la República, algún tipo de límite queda a la ley secundaria la reglamentación de la medida, por lo que en este momento sólo es posible decir que, por la amplitud que puede tener en la ley secundaria es peligrosa esta facultad de la autoridad pues se puede llegar a atentar contra la dignidad y los derechos mas elementales de una persona.

e) Prisión preventiva oficiosa.

Dentro de los puntos plausibles de la reforma constitucional encontramos la inclusión del límite a la prisión preventiva. Ha sido el abuso de esta medida cautelar lo que ha provocado, en gran medida, la saturación de los centros de reclusión del país.

Antes de la reforma y hasta en tanto entre en vigor, tenemos un sistema en que, en términos de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 18 de la CPEUM, la prisión preventiva procede para los delitos con pena privativa de la libertad. En los casos en que procede la medida mencionada se puede, de conformidad con el

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

artículo 20 Apartado A fracción I del mismo ordenamiento, obtener la libertad provisional bajo caución (siempre que el delito que se impute no sea grave, con algunas limitaciones⁶).

Así, el sistema ha sido, en caso de delitos con pena privativa de la libertad, el de aplicar la prisión preventiva y después otorgar la libertad provisional de proceder en los términos mencionados, exigiendo garantías para asegurar la presencia del inculgado ante el juez para enfrentar su proceso.

Con la reforma al artículo 19 de la Norma Fundamental se establece, en el párrafo segundo, lo siguiente:

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.”

Es una modificación importante, pues cambia el paradigma. Ya no es detener a todos y liberar a algunos. La idea es que únicamente se impondrá la prisión preventiva a aquellas personas que, siendo imputadas por un delito que merezca pena privativa de la libertad, se encuentre en algunos de los supuestos que el artículo 19 prevé.

El tema que nos ocupa está incluido dentro de lo que podemos denominar como prisión preventiva oficiosa (frente a la que es únicamente a petición del Ministerio Público en los casos y con los límites señalados en la primera parte del párrafo transcrito).

Es obvio que, por la gravedad de los delitos en los casos de delincuencia organizada, no alcanzaría en el esquema previo a la reforma, la libertad provisional bajo caución, por lo que es razonable que sea de los casos en que proceda la prisión preventiva, incluso en forma oficiosa, en el esquema nuevo.

f) Suspensión del proceso y de los plazos para la prescripción de los sujetos que evadan la acción de la justicia o sean extraditados, en ambos casos, una vez dictado el auto de vinculación a proceso

De los temas polémicos de la reforma constitucional encontramos, en el artículo 19, el de la suspensión de la prescripción, previsto en el penúltimo párrafo.⁷ Estamos

⁶ En caso de delitos no graves se puede negar la libertad provisional si el indiciado fue condenado previamente por delito grave o si la libertad constituye un peligro para la sociedad o el ofendido de acuerdo con las características del sujeto o del delito imputado.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ante dos supuestos, el de que el sujeto se evada o bien sea extraditado con posterioridad a que le fue dictado el auto de vinculación a proceso. Básicamente estaríamos diciendo que se introduce la imprescriptibilidad en materia de delincuencia organizada a partir de la vinculación a proceso. Es una modificación que debe condenarse, toda vez que, en derecho penal, se ha aceptado en forma generalizada que la responsabilidad penal se extingue ante el transcurso del tiempo y la inactividad del Estado para sancionar los hechos delictivos.

Si un sujeto se evade el Estado debe desarrollar las actividades necesarias para su captura. De no hacerlo en los plazos (amplísimos que prevé la ley) pierde el derecho a castigar la conducta realizada. Sin embargo, la más grave es lo relativo al otro supuesto. Si el Estado Mexicano tiene ya a una persona vinculada a proceso y por una decisión jurídico-política decide entregarla a un Estado extranjero no tiene porque suspenderse al plazo de la prescripción. Si hay el interés para procesar penalmente a una persona no debe entregarla a otro país para que lo haga antes.

g) Posibilidad de que el juez autorice que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador

Estamos ante uno de los temas desafortunados de la reforma. En un Estado Democrático de Derecho una persona tiene derecho al debido proceso. En nuestra constitución se prevé que el juicio debe tramitarse cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento.⁸ El cumplimiento de estas formalidades se traduce en que el gobernado pueda enfrentar una imputación con una plena y eficaz garantía de defensa. Para ello se le deben proporcionar todos los elementos que para tal efecto requiera.

Es evidente que no se puede considerar que pueda haber una defensa adecuada, y en consecuencia, tampoco el debido proceso de no informársele al inculpado el nombre de quien le realice la imputación. La información es importante no sólo para que se tenga certeza de que alguien realizó señalamiento contra la persona sino porque, al saber su identidad, se puede atacar la credibilidad, ya del sujeto, ya de la imputación.

Ya la LFCDO fue reformada para adicionar el artículo 11 Bis que permite ocultar el nombre de agentes infiltrados, de los que cumplan órdenes de aprehensión y cateo,

⁷ “*Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal*”.

⁸ El párrafo segundo del artículo 14 de la CPEUM dispone: “*Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho*”.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

así como los que detengan en flagrancia, asignándoles una clave numérica para referirse a ellos en actuaciones.⁹

Desafortunadamente se han presentado casos lamentables como el ocurrido en el estado de Tabasco, en que se ejecutó a familiares de un miembro de la Marina de nuestro país (fallecido en cumplimiento del deber, todo en diciembre de 2009). Se entiende la necesidad de proteger a testigos, autoridades y, en general, a todos los involucrados en la investigación y persecución de los delitos pero no justifica hacer que una persona tenga que enfrentar una imputación sin saber el nombre de la persona que la realiza, pues como se dijo, ese dato puede utilizarse para cuestionar la credibilidad de quien declara en contra del imputado (recordemos que es un gobernado al que se le presume inocente, no es todavía alguien declarado como miembro de la delincuencia organizada).

h) Beneficios para el inculgado, procesado o sentenciado (condenado) que brinde información eficaz para la investigación y persecución de delitos relacionados con la delincuencia organizada

No es un tema nuevo el de la reducción de la pena a cambio de colaboración eficaz para el desmembramiento de organizaciones delictivas. No se cuestiona la importancia de la información que pueda aportar alguien que, perteneciendo a una organización delictiva, pueda aportar sobre la misma por lo que es entendible el ofrecer beneficios para poder combatir en mejor manera el problema. Sin embargo hay que cuestionar la legitimidad de la medida desde el punto de vista de la justificación de la pena.

El primer párrafo *in fine* del artículo 22 de la CPEUM dispone: “*Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado*”.

⁹ Artículo 11 Bis (LFCDO). “*El Titular del órgano previsto en el artículo 8 podrá autorizar la reserva de la identidad de los agentes de la policía infiltrados, así como de los que participen en la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos a que se refiere esta Ley, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta el tipo de investigación, imposibilitando que conste en la averiguación previa respectiva su nombre, domicilio, así como cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para la identificación de los mismos.*

En tales casos, se asignará una clave numérica, que sólo será del conocimiento del Procurador General de la República, del Titular del órgano antes citado, del Secretario de Seguridad Pública y del servidor público a quien se asigne la clave.

En las actuaciones de averiguación previa, en el ejercicio de la acción penal y durante el proceso penal, el Ministerio Público y la autoridad judicial citarán la clave numérica en lugar de los datos de identidad del agente. En todo caso, el Ministerio Público acreditará ante la autoridad judicial el acuerdo por el que se haya autorizado el otorgamiento de la clave numérica y que ésta corresponde al servidor público respectivo, preservando la confidencialidad de los datos de identidad del agente. En caso de que el agente de la policía cuya identidad se encuentre reservada tenga que intervenir personalmente en diligencias de desahogo de pruebas, se podrá emplear cualquier procedimiento que garantice la reserva de su identidad.”

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

¿Cambia el valor o grado de afectación del bien jurídico por el hecho de que se colabore con información para desmembrar organizaciones? Es obvio que no es así. Por un lado se plasma un criterio objetivo para la imposición de la pena y por otro se permiten reducciones (aclarando que en lo que ya se denomina proceso abreviado, también habrá beneficios a quien acepte su participación en el delito en los casos distintos a los de la delincuencia organizada).

i) Posibilidad de otorgar valor probatorio a las actuaciones practicadas en la fase de investigación cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas

Este es, junto con la posibilidad de no informar el nombre de su acusador, quizá el tema a revisar con cautela. En el sistema acusatorio adversarial se establecen ciertas características fundamentales, entre ellas el que únicamente serán consideradas para la sentencia las pruebas desahogadas en la audiencia del juicio¹⁰, salvo la prueba anticipada (que deberá desahogarse con autorización de la autoridad judicial y en vista judicial).

Esta disposición es uno de los pilares de la reforma, pues se pretende evitar que el juez resuelva con base en actas redactadas por el agente del Ministerio Público investigador como ocurre ahora.

A mayor abundamiento, en el sistema procesal previa a la reforma encontramos que el Ministerio Público es la institución encargada de la investigación (como autoridad) y de la persecución (como parte procesal) de los delitos. El problema es que la investigación toma un sesgo pues se integra pensando en la acusación en lugar de ser imparcial, es decir, investiga considerando en lo que se requerirá para lograr la consignación y posterior procesamiento y condena. De esa forma puede dejar de lado aspecto que pudieran entorpecer esa finalidad en perjuicio del imputado en forma directa y de la sociedad en general de manera indirecta (al facilitar posibles injusticias). Dicho de otra forma, si aprecia que una prueba puede dificultar la consignación puede caer en la tentación de no desahogarla para evitar obstáculos posteriores.

El problema aumenta si a las actuaciones del Ministerio público se le otorgan valor probatorio plena, como ocurre con el sistema penal previo a la reforma. El inculpaado inicia el proceso ya con la prueba de casi todo lo que hace falta para condenarlo y con una mínima posibilidad de controvertir lo que consta en actas.

Para evitar eso se introduce en la reforma el tema en comento. Sólo podrán ser consideradas para la sentencia las pruebas desahogadas ante el juez del juicio¹¹ (que

¹⁰ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 20, Apartado A, fracción III de la CPEUM, que dice: “Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo”.

¹¹ Salvo la prueba anticipada.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

no puede ser uno que haya conocido anteriormente del asunto que se juzga), es decir los datos previos al juicio no los conoce quien resolverá la causa, quien interviene sin estar “contaminado” con actuaciones previas. La verdad que declarará al dictar sentencia será la que arrojen las pruebas ante él desahogadas.

Esa ventaja se pierde cuando se prevé que, en materia de delincuencia organizada, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo segundo de la fracción V del Apartado B del artículo 20 de la CPEUM¹², las actuaciones de la fase de investigación puedan tener valor, es decir, que no se considerarán para la sentencia sólo las pruebas desahogadas en la audiencia sino también se puedan valorar las anteriores se le dificulta la defensa en forma importante (y si además se le oculta el nombre de su acusador el estado de indefensión es absoluto).

Se dijo antes y se reitera, hay que dar protección a los involucrados en el procedimiento pero el camino no es eliminar la garantía de defensa adecuada para lograrlo.

j) *Al resguardo de la identidad y de los datos personales de la víctima o del ofendido*¹³

En este aspecto nos enfrentamos ante la problemática comentada al hablar de la no información de los datos del acusador por lo que se remite a dicho punto, no sin insistir en que es claro que sí debe protegerse a la víctima u ofendido pero el camino no debe ser dejar en estado de indefensión al imputado, además de que el no proporcionar los datos no garantiza protección real alguna.

k) *Para delincuencia organizada, entre otros delitos se prevé la figura de extinción de dominio*

No es un tema a desarrollar en este momento el de la extinción de dominio que no es exclusivo de la delincuencia organizada, pues, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 constitucional procede para los delitos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas. Simplemente mencionaremos que es un procedimiento jurisdiccional y autónomo del procedimiento penal. El principal punto para la crítica es que, además de la posible afectación a intereses de personas inocentes que de buena fe hayan, por ejemplo, arrendado un bien, es que puede privarse a alguien de su propiedad sin que nunca se le acredite la comisión de un delito pero precisamente por la supuesta comisión del

¹² Artículo 20, Apartado B, Fracción V, párrafo segundo de la CPEUM dice: “*En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra*”.

¹³ Artículo 20, Apartado C, fracción V de la CPEUM a la letra dice, refiriéndose a las garantías de la víctima u ofendido: “*Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa*”.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

mismo. No es sanción penal pero deriva de la supuesta comisión de un delito que no se requiere demostrar en un procedimiento penal. Una figura desafortunada.

l) Se federaliza la regulación de la delincuencia organizada (esto también para el derecho sustantivo y ejecutivo)

Es un tema importante que no repercute en la consideración de si el régimen de delincuencia organizada es o no un derecho penal del enemigo. Con la reforma al artículo 73 de la CPEUM, en la fracción XXI se faculta al Congreso de la Unión para “*Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada*”.

Lo anterior es un acierto pues al ser un tema ya de seguridad nacional debe enfrentarse con la misma normatividad en el país. Debería también unificarse la normatividad procesal penal en general y por lo menos homologar la ley sustantiva.

3. La reforma en el ámbito del derecho ejecutivo

La reforma también impacta el aspecto de la ejecución de las penas. Sin embargo no se comentará en este momento pues es aplicable lo manifestado con motivo de la prisión preventiva, ya que la CPEUM se refiere temas (prisión preventiva y ejecución de sanciones, aunque al respecto se refiere a sentenciados, debiendo decir condenados, pues la modificación en forma textual permitiría restringir derechos del sujeto que, habiendo sido sentenciado, fuere absuelto) al regular la existencia de establecimientos especiales, la restricción de comunicaciones privadas, así como la vigilancia especial de los internos.

Se hace una limitación para los condenados por delincuencia organizada en relación con el cumplimiento de la pena en establecimientos distintos a los más cercanos a su domicilio, lo que es criticable pues dificulta la posibilidad de readaptación y posterior reinserción social pero como ya se comentó, la idea es internarlos en establecimientos de reclusión especiales.

4. Conclusión

Una vez comentado todo lo anterior se puede llegar a la conclusión de que si bien no estamos ante un derecho penal del enemigo al extremo de que se considere al sujeto responsable del delito como un ser sin derechos, sin que se le retire el *status* de ciudadano, sí estamos ante un régimen de excepción.

Es una situación lamentable. No es legítimo reducir al imputado por delito alguno la posibilidad de una defensa adecuada, máxime imperando la presunción de inocencia.

El problema es que se considera y se otorga el trato de activo de delincuencia organizada a alguien que todavía se investiga si pertenece o no a la organización, limitando la posibilidad de defenderse, es decir, no se le permite un proceso en condiciones normales cuando de ese procedimiento se debe desprender la acreditación del delito y de la responsabilidad penal. Pareciera que lo que se busca es

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

únicamente confirmar lo que ya se prejuzgó, pues no le damos derechos por ser miembro de delincuencia organizada aunque ello todavía no se ha demostrado.

LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE JUSTICIA EN LOS FUTUROS CIUDADANOS Y PROFESIONALES DEL DERECHO

Carlos E. CUENCA DARDÓN

Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia. y sobre todo, ten fe en la liberad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

*Octavo mandamiento del abogado. Eduardo J.
Couture*

1. Exordio el sentido de la búsqueda del sentido de la Justicia.

La injusticia es uno de los principales problemas de nuestras sociedades. La injusticia y la predominante percepción de injusticia que hay en el mundo actual, lacera nuestra intuición acerca de la posibilidad de crear y mantener un orden social tal que el desarrollo y la realización de los habitantes sea una meta realizable. Ahora más que nunca cobra relevancia el diálogo racional, la discusión y el debate acerca del sentido de la justicia, de su significado y del camino que nos puede conducir a transformar a nuestra sociedad en un orden más justo. Ahora más que nunca cobra sentido el octavo mandamiento del decálogo formulado por Eduardo J. Couture y que abre, a manera de epígrafe la presente reflexión.

Es la justicia el destino normal del derecho y es la libertad, el presupuesto básico de la justicia. Así resumió magistralmente el jurista uruguayo el sentido del derecho; así lo hemos repetido a numerosas generaciones de abogados, de licenciados en derecho que hemos tenido el privilegio de formar desde la cátedra, así lo hemos tratado de enseñar a nuestros hijos, y en su caso a nuestros pasantes y hoy en día, aún está en la mesa de discusión cuál es el sentido del derecho, cuál es el sentido de la justicia.

Vivimos una época muy peculiar, somos los testigos privilegiados del tránsito de un siglo y de un milenio; fuimos testigos de la caída de un precario equilibrio del terror, guardado y provocado por dos polos ideológicos con poder de destrucción suficiente para aniquilar varias veces la vida en nuestro planeta. Hemos sido testigos de increíbles avances en el conocimiento humano, la eficiencia administrativa y las mejoras tecnológicas y científicas son abrumadoras e irónicamente, ninguno de ellos han sido

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

capaces de dar la felicidad al mayor número posible de habitantes del mundo, y lo peor, cuanto más hablamos de equidad, de igualdad y de libertad, la calidad de vida se nos escapa de las manos y el malestar social crece a la sombra de la desesperanza en un futura mejor y más digno para todos.

El genial jurista austriaco Hans Kelsen en su obra "¿Qué es la justicia?" hace un planteamiento por demás interesante acerca del sentido de la justicia, aunque cabe advertirlo, después de un largo periplo de casi ochenta cuartillas, al final de su texto se disculpa por no poder definir a la Justicia, a esa palabra o mejor aún, a ese concepto que escribimos con mayúscula inicial y que se apodera de todos los discursos políticos o de quienes desean pontificar desde el cómodo rellano de la filípica moral.

No pudo, o no se atrevió el célebre maestro austriaco tratar de definir a esa Justicia absoluta, y se conformó con dar su concepto sobre una justicia relativa, muy menor, muy terrenal pero que no deja de mirar hacia arriba, como uno de los propósitos más altos, a la Justicia absoluta. El gran logro de Kelsen fue bordar un valioso concepto de justicia que puede ser comprendido fácilmente, asimilado y en su caso, argumentado y enseñado.

Quiero emular aquí al maestro austriaco y no por querer compararme con él, sino por reconocer que mis limitaciones intelectuales no pueden rebasar la tarea donde un gran sabio decidió llegar a conclusiones más humildes pero pragmáticamente valiosas. Dice una bella metáfora que en cuestión del conocimiento estamos parados sobre los hombros de gigantes, y esto no será la excepción. Por razones históricas tendré el privilegio de subir sobre los hombros de Hans Kelsen, Perelman y Riddall, entre otros, para hacer una pequeña aportación sobre el sentido de la justicia.

Solamente me queda pendiente en este apartado, reflexionar un poco acerca de la importancia que tiene la discusión sobre el sentido de la justicia. Hace cincuenta años, en nuestro país habría sido un debate inútil; nuestra nación que no sufrió directamente las consecuencias de una guerra injusta, no fue invadido su territorio ni segregada parte de su población por razones étnicas o religiosas y que tiempo atrás había dejado una intensa y prolongada pugna revolucionaria que devino en lucha de facciones, tenía una vida relativamente plácida que prometía progreso.

Renovado el espíritu del positivismo por la fe en el desarrollo nacional, en la posibilidad de ingresar pronto al selecto club de países industrializados y plenamente desarrollados, nos volvimos, en el ámbito de la enseñanza del derecho, radicalmente formalistas. A la luz del nuevo positivismo jurídico no cabía la discusión sobre el contenido de los valores en el derecho, ni sobre el origen divino o racional o natural del derecho. Dichas discusiones quedaban en manos de los profesores de dos materias: Introducción al estudio del derecho, en el primer semestre y Filosofía del derecho en el último, impartidas la mayoría de las veces por adustos viejecitos que nos regañaban por la indiferencia con que leíamos a Aristóteles y a Kant.

El término "justicia" y concretamente "justicia social" pasó a ser una palabra más del repertorio sexenal de los discursos políticos. Los políticos usaron tanto el término de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Justicia social que fue desgastando hasta quedar reducido a una simple muletilla donde se agotaba la argumentación o donde se deseaba dar pie para el aplauso se colocaba la frase: "y lograremos en este gobierno el anhelo revolucionario de la justicia social".

La justicia pasó a significar ese anhelo inalcanzable de los grandes iusfilósofos. Inalcanzable epistemológicamente para los juristas e inalcanzable en la práctica para la gran masa de la población, que siempre la vio alejarse de su cotidianidad.

Tampoco estuvimos exentos de flagrantes injusticias cometidas en nuestro territorio nacional, los asesinatos e incluso, las matanzas por razones políticas fueron una de las constantes de la forma de hacer política en nuestro país. Tuvo que pasar más de un cuarto de siglo para que se llevaran a juicio los crímenes colectivos de fines de los sesenta y principio de los setenta, encubiertos siempre bajo la lógica de las razones de Estado, que no eran. Sino las razones de un régimen político que llegó a ser descrito como "monarquía sexenal" o como "la dictadura perfecta".

Esta situación generó una especie de sentido esquizoide sobre la justicia, por un lado, en la academia, bajo la influencia del paradigma formalista, más kelseniano que el propio Kelsen, se ignoraba y menospreciaba su estudio. Por otro lado, en la percepción del ciudadano común, se tenía la idea de que nos alejábamos cada vez más de un ideal de justicia y ésta se fue configurando de manera negativa, en sentido contrario a la conducta de los funcionarios públicos, de los jueces, de los miembros del ministerio público, de los policías, quienes actuaban regularmente "cometiendo" injusticias.

Contrario a esta situación de esquizofrenia entre la percepción de la justicia y la investigación y reflexión acerca de la justicia, estaba el discurso y la acción social de un grupo ideológico que combatía la violencia con la violencia; la injusticia con otras injusticias: la izquierda radical, inspirada en las figuras de luchadores sociales de los años sesenta se apoderó de la bandera de la justicia y en una moderna concepción de la ley del talión exigía diente por diente y muerto por muerto. Todo se justificaba por la lucha social, por la defensa de la clase trabajadora, la emancipación del proletariado y el derribamiento del orden burgués. No fue la solución, provocó un serio aumento en los grados de represión.

La década de los ochenta fue un tiempo perdido para nuestro país, una Era de retrocesos donde irónicamente, la solidaridad perdió sentido y la búsqueda del beneficio personal con un sentido egoísta sustituyó a la sed de justicia que había caracterizado a la juventud que llenaba las aulas de las escuelas y facultades de derecho. La justicia social más que nunca careció de sentido, solamente la justicia individual tenía significado, uno demasiado simple y restringido, que puede reducirse en la frase de Reveillere: "Lo que consideramos justicia es, con mucha frecuencia, una injusticia cometida en nuestra favor".

A fines de los ochenta una rápida sucesión de acontecimientos nos envolvieron a todos: el muro de Berlín se cayó, desapareció uno de los polos ideológicos que compartió el poder con los países capitalistas. Todo parecía un plácido camino hacia la "occidental-

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

zación" del mundo, los valores del occidente capitalista protestante parecía que podrían imponerse por encima de la voluntad de los demás pueblos y culturas.

Se predicó el fin de las ideologías, el triunfo del pensamiento democrático burgués y liberal de occidente por encima de cualquiera de las opciones conocidas, se desvaneció la esperanza en el cooperativismo con la desaparición de la ex Yugoslavia en medio de luchas fratricidas que terminaron con la confianza en la convivencia pacífica interétnica e interreligiosa.

Asistimos a un nuevo orden social mundial que no es el prometido por la ilusión y el sueño del racionalismo decimonónico y del siglo de las luces. Ninguno de los problemas más angustiantes de la humanidad se han podido resolver, incluso, no creo equivocarme al señalar que éstos se han agudizado: el hambre, la desnutrición crónica, enfermedades de fácil y económico tratamiento matan a decenas de millares de seres humanos cada año en el mundo subdesarrollado, el cual, se ve flagelado por igual por enfermedades propias del primer mundo como la obesidad, los males cardíacos y el SIDA.

Por otra parte, el discurso de la irracionalidad fundamentalista se radicalizó y en pleno siglo de los grandes avances tecnológicos se dio una enfermiza simbiosis por una parte, el uso de un discurso ideológico religioso que controla de manera absoluta la vida de los habitantes de algunos países musulmanes, que niega y viola los derechos fundamentales del ser humano, en particular de las mujeres y los niños, y por otra parte se usan los medios más adelantados de destrucción y de eliminación de la disidencia: armas de fuego sofisticadas, bombas y sustancias químicas. Son por decirlo así, guerreros feudales dotados con rifles de mira telescópica y visión nocturna.

En suma, la última década del siglo y milenio pasado se observó un retroceso más o menos generalizado en la situación de la justicia, en el nivel mundial y en el nacional.

La fractura de muchos de los paradigmas científicos no ha alcanzado a la ciencia del derecho, al menos en nuestro país, donde permanece suspendida la discusión acerca del sentido de la "justicia", escudada bajo un sentido formalista que se conforma muchas veces con el texto de la ley y de la jurisprudencia, en el mejor de los casos, deja de lado los fundamentos últimos del derecho y del quehacer del jurista en cualquiera de los variados ámbitos en los cuales se desenvuelve.

Queda pues, la realización de la justicia y la definición o redefinición de un sentido de justicia, propio para estos tiempos de la postmodernidad. Esta asignatura pendiente es inaplazable, porque su resolución o simplemente su discusión servirá para definir nuestras metas como sociedad en el plano general, como instituciones educativas en el plano intermedio y como individuos en el plano particular.

2. En busca del sentido de la justicia

¿Qué es la justicia? Se ha preguntado durante muchos siglos el ser humano. Para nosotros, estudiosos del derecho que hemos abrevado, en ocasiones a regañadientes, de las fuentes de la filosofía del derecho, la solución es relativamente simple: la justicia es la meta suprema del orden jurídico, es lo que le da sentido a la vida del derecho y a la actividad del jurista.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Es, en suma y retomando el octavo de los mandamientos de Eduardo J. Couture, el destino normal del derecho. Pero ¿cuál es el contenido de la justicia?

De acuerdo con Kelsen, el sentido de la justicia no se puede encontrar fuera del ser humano, lo justo o lo injusto solamente se puede dar en el contexto de la sociedad humana. Buscar el sentido de la justicia en la naturaleza, en lo biológico, o en el inabarcable espectro de la naturaleza es hasta cierto punto ocioso, porque la naturaleza no responde a los deseos, pasiones o valores del ser humano.

Dice Kelsen que el orden de la naturaleza no es justo o no debemos buscar a la justicia en el orden de la naturaleza porque este se ve rebasado por la complejidad humana. Agrega nuestro autor: "Cuando analizamos la naturaleza desde el punto de vista de la justicia, debemos convenir que no es justa: unos nacen sanos y otros enfermos, unos inteligentes y otros tontos. Y no hay orden social que pueda reparar por completo las injusticias de la naturaleza."

¿Cuándo nos percatamos que un orden social es justo? La respuesta es en apariencia sencilla: hay un orden social justo cuando se garantiza la felicidad de todos. Pero ¿es posible garantizar la felicidad de todos? Hay conflictos que no pueden resolverse porque la naturaleza no permite una solución fácil ¿qué sucede cuando dos hombres pretenden a la misma mujer? -se pregunta Kelsen- y la decisión de ella provocará el sufrimiento de uno de los dos y al afectado le parecerá injusta la mujer, su propia situación y muy probablemente hasta la vida.

Contextualiza Kelsen incluso el célebre caso de la justicia del rey Salomón, que resolvió la disputa de dos mujeres que peleaban la posesión de un niño, dice la tradición que el rey ordenó cortar en dos al niño para repartirlo por partes iguales a las presuntas madres; sólo la verdadera retiraría su demanda para salvar la vida del niño. Sin embargo, reflexiona Kelsen ¿qué sucede si ambas mujeres quisieran por igual al niño y abandonar sus pretensiones? La controversia quedaría irresoluta. De igual forma, sin prejuzgar sobre la motivación de la falsa madre ¿acaso la decisión del juez no provocaría en ella la infelicidad? Y agregando una nota muy contemporánea, que solución daría Salomón a un caso de arrendamiento de útero, donde la madre que renta su útero queda convencida, a pesar de no haber aportado el óvulo y que el esperma es de un hombre ajeno, que el producto que llevó durante nueve meses en su seno es suyo y reclama la maternidad.

Necesitaría tener una dimensión colosal su inteligencia y capacidad de discernimiento para resolver tales situaciones porque, es lógico suponer que en tal circunstancia ambas mujeres desean tener al niño, la que aportó el óvulo porque muy probablemente su fisiología o edad no le permite garantizar un feliz arriba al final del embarazo; la segunda, porque al llevar en su seno una criatura durante nueve meses será difícil no sentirlo como propio. ¿A cuál de las dos mujeres será justo entregarle el niño? ¿La otra podrá aducir que la decisión fue injusta?

A estas circunstancias personales cabrá preguntarse ¿consta en un documento el contrato de arrendamiento de útero? En un contexto social conservador, si no está

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

expresamente regulado por la ley ¿es válido? ¿Cabe el pago de daños y perjuicios por el rompimiento unilateral del contrato? Tal complejidad de la vida moderna seguramente habría provocado profundos dolores de cabeza a Salomón.

Con estas circunstancias tiene que lidiar el juez moderno, que pocas ocasiones se asemeja al modelo de juez Hércules que exigen algunas de las teorías de la argumentación jurídica. El juez estricto de la sociedad neoliberal pretenderá que se respete lo pactado en el contrato, en las condiciones en que fueron estipuladas; mientras que el juez conservador pretenderá utilizar probablemente los criterios civilistas de que la maternidad se comprueba por el hecho del nacimiento, sin que ninguna circunstancia adicional se pueda hacer valer.

Dos conclusiones retomo del pensamiento de Kelsen: a) Es absurdo pensar en una fundamentación "naturalista" de la justicia, porque la propia naturaleza plantea situaciones que de suyo pueden válidamente calificarse como injustas, y b) Ningún orden social hasta el momento, es capaz de reparar por completo las injusticias de la naturaleza.

Es obvio que Kelsen elude la referencia a una fundamentación divina. En un primer momento y a partir de una posición agnóstico-racionalista, podríamos decir que tal pretensión es vana, que no funciona, que no puede sustentarse una fundamentación divina de la justicia porque la existencia misma de las injusticias haría dudar de la bondad de Dios, de su cordura o de su capacidad para dirigir verdaderamente un orden justo en el Universo.

Sin embargo, desde la complejidad de la teología cristiana puede argumentarse que la voluntad divina es inconmensurable e inaprehensible para la razón humana (temporal, parcial y deficiente), por lo que somos incapaces de apreciar en toda su magnitud el plan divino y de descubrir lo bueno que se esconde detrás de los grandes desastres que provocan muchas pérdidas humanas.

Me declaro en déficit cultural para abordar el análisis del origen divino de la justicia y como el maestro austriaco me abstengo de intervenir en el mismo. Mi formación positivista me obliga a mirar hacia un lado, mi corazón y mi esperanza en un mundo mejor me llaman hacia otro. El concepto de Dios no funciona, en un contexto de educación laica para fundamentar a la justicia.

Si el concepto de felicidad debe ser abandonado como fundamento de la justicia, porque es demasiado complejo y elusivo como categoría de análisis y porque como aspiración humana difícilmente puede ser satisfecha en su *totalidad* por cualquier orden social, nos queda entonces otro concepto que con frecuencia se ha tomado como fundamento radical o último de la justicia: la libertad. Es decir, un orden social será justo si garantiza la libertad.

2.1 La libertad como fundamento de la justicia

Y de nuevo Kelsen nos introduce en las complejidades del concepto fundante: ¿qué entendemos por "libertad"? Distingue entre el sentido anarquista de la libertad y el

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

sentido social de la misma. En un sentido anarquista la libertad es desorden, en el sentido social, promueve la realización de las potencialidades del ser humano.

Dos tipos de libertad confluyen y se complementan, la individual y la social. Una no se puede distinguir sin la otra, la primera ausente de la segunda se transforma en anarquía o tiranía, donde el poder del más fuerte prevalece y la infelicidad de la mayoría se convierte en la tónica de la sociedad.

La libertad pensada así, se liga con un sistema de gobierno que constituye, de acuerdo con nuestra Carta Magna, una forma de vida: la democracia. No hay libertad sin democracia, cualquier adjetivo que se le coloque a este concepto pervierte el sentido del mismo: democracia popular, democracia revolucionaria, democracia restringida, democracia en transición, todos son máscaras que encubren al autoritarismo de cualquier especie, de izquierda o derecha.

Concluye Kelsen: "La idea de justicia se transforma, de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que salvaguarda determinados intereses, precisamente aquellos reconocidos como valiosos y dignos de protección por la mayoría de los súbditos."

Esta idea de ligar a la libertad con la responsabilidad, con el sentido de comunidad y con la democracia establece límites más precisos para el sentido de la justicia. Ya no es un fin inalcanzable, una inspiración fundada en la voluntad y raciocinio divino. Es ahora algo más terrenal y factible.

La libertad encierra dos presupuestos fundamentales, la tolerancia y la búsqueda de la paz. En sentido inverso, la libertad irresponsable, que colinda con el libertinaje, niega de entrada a la propia libertad, la destruye en el corto o mediano plazo, porque provoca conflictos: los intereses encontrados de dos sujetos que buscan ambos sin la menor de las restricciones "hacer lo que desean", provocará necesariamente conflictos, el rompimiento de la paz. Se requiere entonces de la tolerancia, del diálogo, de la capacidad de empatía.

La tolerancia, el convivir con el otro, con el prójimo a pesar de las diferencias, de no estar de acuerdo con su forma de pensar o con sus costumbres mantiene la paz en la sociedad.

En concordancia, Fernando Savater, el célebre filósofo hispano de la obiedad, la libertad consiste en "hacer lo que quieras... siempre que se asuman las consecuencias de los actos personales." Esto es que la libertad es en primer lugar conciencia de los actos propios, inteligencia para calcular, suponer o especular acerca de la consecuencia de nuestros actos, y finalmente, el valor para responder de dichos actos, de dichas consecuencias.

La responsabilidad nos permite ser libres, autolimitar nuestra conducta al reconocer el valor del otro, al tolerar las diferencias y defender el derecho del otro a ser distinto, permite la convivencia en paz. Todo está detrás del concepto de justicia, de un concepto con minúsculas, terrenal, frágil e histórico, conformado desde el principio del tiempo y hasta nuestros días, donde un mundo más pequeño, que ha acortado las distancias reales, en teoría facilita el diálogo y la convivencia.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Quiero cerrar esta reflexión sobre el sentido de la justicia desde el punto de vista de la libertad, con una cita final de Hans Kelsen: "No sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia."

A varias décadas de haber sido escrito el texto de Kelsen, mantiene su frescura y optimismo, debemos tomar como ejemplo a seguir siendo él, un promotor de una de las corrientes formalistas más influyentes de nuestro tiempo y se atreve a especular sobre la justicia.

Los tiempos han cambiado y todo sigue siendo igual pero distinto, esta notable contradicción del espíritu y del quehacer humano, certeramente captado por las líneas de Lampedusa, ejemplifica con perfección los reclamos de justicia después de Kelsen y la dificultad para aplicar categorías medianamente precisas para resolver los conflictos de la vida humana en sociedad.

2.2 La igualdad como fundamento de la justicia

A la argumentación de la libertad social, la democracia y la tolerancia como elementos y condiciones necesarias para la justicia, falta un elemento mucho más elusivo y que provoca aún más controversias: la igualdad.

Chaín Perelman enumeró al menos seis criterios que toman en cuenta las personas para definir a la justicia, en particular la justicia "concreta", que define la manera en que se distribuyen los beneficios y las cargas en la vida.

Primer criterio: a cada uno, de acuerdo con sus obras; este criterio ha sido retomado por la filosofía de la libre empresa y del neoliberalismo.

Segundo criterio: a cada uno, de acuerdo a sus necesidades; este criterio es propio del Estado benefactor según Riddall, aunque bien lo podríamos ubicar más como parte de los antiguos regímenes comunistas.

Tercer criterio: a cada uno de acuerdo a su mérito. De nuevo Riddall indica que detrás de la concepción cristiana de que es justo que los buenos se vayan al cielo y los malos al infierno, se encuentra este criterio. Es además, la base de las estructuras organizacionales meritocráticas, donde los ascensos, los premios y los aumentos de sueldo se obtienen por los méritos personales.

El elemento común de estos tres criterios de justicia concreta lo encuentra Perelman en el concepto de categoría esencial (que pueden ser coincidentes en un mismo caso específico, pero que también pueden ser contradictorios y generar conflicto incluso en un mismo criterio), el cual hace referencia a las categorías en las cuales podemos agrupar a las personas para aplicar cualquier ejemplo de justicia concreta.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Con estos elementos Perelman construye un concepto de Justicia formal, al que define como "el principio de acción según el cual los seres humanos de una misma categoría esencial debe tratarse de la misma manera". Esto quiere decir, que para aplicar el criterio de igualdad al momento de "hacer justicia", previamente debieron haberse formulado criterios de construcción de categorías esenciales (o tener catálogos de dichas categorías). El mérito entonces consiste en haber elaborado esta fórmula y los criterios de justicia concreta, a los cuales adiciona otros tres:

Cuarto criterio. A cada uno de acuerdo a su rango, es decir, a mayor rango, más grandes las ventajas. El criterio de rango es polivalente. Puede construirse con base en una idea social (clase social, grupo, etcétera), con base en la edad, la religión, el lenguaje, entre otros.

Quinto criterio. A cada uno de acuerdo con su título jurídico. Este criterio alude a determinadas circunstancias definidas por el derecho en contextos muy especiales, por ejemplo, los privilegios de preliberación que pueden tener algunos reclusos, dependiendo de lo establecido en las normas respectivas.

Sexto criterio. A cada uno le corresponde lo mismo... independientemente de cualquier otra consideración. El cual es, al parecer el criterio más simple para la distribución de los beneficios. Aunque no necesariamente puede ser considerado como el "mas justo", en particular en un contexto tan complejo como la sociedad contemporánea.

A estos criterios expuestos por Perelman, Riddall adiciona uno más:

Séptimo criterio: a cada uno de acuerdo con su capacidad de pagar. El cual, a pesar de lo ilegítimo que podría parecer desde el punto de vista de la mayoría de las posiciones filosóficas e ideológicas igualitaristas, es un criterio que prevalece en el actual mundo capitalista. Pueden fácticamente formarse grupos de categorías esenciales conformadas a partir de individuos que podrían considerar el poder económico como relevante en la determinación de los beneficios, por ejemplo, ¿por qué debe esperar un individuo con dinero para conseguir una medicina o para obtener atención médica, si tiene la capacidad monetaria para poder sufragar los gastos hospitalarios o la compra de la medicina aún más cara? Razonan, ¿por qué deben esperar ser sorteados para obtener el trasplante de un órgano si ellos tienen la capacidad económica para comprar el órgano directamente?

El plantear la existencia fáctica de este criterio de adjudicación de los beneficios, resulta importante desde el punto de vista sociológico, mas no desde el punto de vista axiológico, porque no se justifica como un criterio de otorgamiento de beneficios válido para una democracia o para un sistema que tiene aspiraciones democráticas.

En tal contexto, sería interesante entonces considerar otro criterio más, muy acorde con los fines e ideales que se han propuesto las sociedades postmodernas: a cada uno de acuerdo con su capacidad de negociar.

Además de ser un criterio fáctico susceptible de ser analizado en las diversas organizaciones socio políticas del mundo contemporáneo, es un criterio que se puede justificar desde diversos ángulos. Desde el enfoque de la sociología política, a partir del

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

estudio de las dinámicas de poder, de influencia y de uso de la fuerza y de la forma de actuar de los grupos de interés y los grupos de presión, se pueden analizar la diferenciada capacidad de negociación que tienen los individuos y los individuos pertenecientes a diversos grupos sociales.

Desde el punto de vista de la teoría de la argumentación jurídica, la capacidad de negociar tiene además un componente de racionalidad, de convencer a los demás, en cualquiera de las circunstancias donde sea necesario, de la validez de las posiciones asumidas respecto de un problema o un hecho social.

Si bien es cierto que tradicionalmente se puede concebir que el factor más importante de un proceso de negociación puede ser el poder (con todos sus fenómenos colaterales), no podemos negar la importancia que tiene en este momento histórico el proceso de argumentación, sobre todo cuando en el plano nacional e internacional existe la tendencia a obedecer determinadas reglas de juego, que son previamente aceptadas por los participantes en el escenario social, nacional e internacional.

La racionalidad como componente y como aspiración de la sociedad postmoderna obliga a prepararnos más en el terreno de la lógica formal y a material, es decir, la ligada con la argumentación en os niveles especializados y cotidiano.

Resumiendo, la igualdad es uno de os elementos fundamentales de la justicia, junto con la libertad social, la responsabilidad, la democracia y la búsqueda de la paz social. Como concepto problemático es necesario dotarlo de un contenido y este contenido difícilmente puede ser trascendental, inmutable y absoluto; de nuevo, nuestra aspiración consiste en encontrar un conjunto de criterios que nos permitan resolver los problemas de justicia aquí en la tierra, donde los seres humanos somos imperfectos, más buenos y más malos de lo que somos o creemos ser.

Esos criterios difícilmente van a ser "descubiertos" por alguna mentalidad genial, por algún teórico o filósofo que pueda superar en los últimos años lo que el ser humano no ha podido formular o descubrir después de más de 3000 años de filosofía y de ciencia. Luego entonces, los criterios deben ser contruidos, elaborados y considerados en un humilde contexto histórico: lo que hasta este momento el ser humano, después de muchos siglos de desarrollo social, ha logrado consensar como lo más valioso.

La sociedad, las escuelas, los especialistas deben de promover un diálogo a partir del cual se puedan estudiar los criterios de igualdad que se usan realmente en una sociedad y aquellos que deben ser promovidos y considerados en la solución de los diversos problemas sociales.

3. Educación y justicia

Una vez que he tratado de argumentar acerca de la importancia actual de retomar la discusión acerca del contenido del concepto de justicia, ya sea que lo escribamos con mayúsculas, es decir como una aspiración suprema del espíritu humano para alcanzar la felicidad y la perfección. O con minúsculas, es decir, como un conjunto de reglas y criterios bien definidos que se constituyan en una guía práctica para la solución de los conflictos que surgen en la sociedad y que hice un breve recorrido por algunas de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

las consideraciones más importantes en torno del sentido del concepto de justicia, incluyendo algo del pensamiento contemporáneo posterior a Kelsen, trataré de vincular a la justicia con la educación, referida sobre todo a la educación formal.

La educación, es una institución social y una actividad que sirve para construir los espacios en los cuales el ser humano se configuran, se convierte de simple homo sapiens en un ser humano completo, miembro de una colectividad. Es un espacio y actividad social donde las sociedades transmiten las diversas formas de los saberes, del conocimiento, de los modos de organización y de las valoraciones que sustentan el desarrollo, tanto del individuo como del grupo social.

La escuela por otra parte es una institución social, históricamente configurada a lo largo de la civilización con diversas funciones y tareas asignadas, y que en este momento, se constituye en un espacio donde se transmiten los conocimientos considerados como socialmente importantes y relevantes y que dotan a los individuos de las herramientas conceptuales que les permitirán desenvolverse adecuadamente en el mundo de los adultos.

Ante esta Imagen, que podría calificar casi de "romántica" en torno de la educación y concretamente de la escuela, hay que oponerle el hecho de que es arrollada por las actuales crisis y que en ocasiones es la protagonista de las mismas.

La educación está en crisis, la escuela está en crisis, es una afirmación y un verdadero reclamo que hemos venido escuchando desde nuestra infancia, que han escuchado nuestros padres y tal vez nuestros abuelos, y que seguramente nuestros hijos escuchan y escucharán frecuentemente.

Aparejada a esa crisis en la cual está sumida la educación, sea que la consideremos desde un punto de vista global o desde uno específico, como la educación formal que se imparte en las escuelas, se encuentra una crisis de la justicia. Y al decir una crisis de la justicia nos referimos a una profunda crisis que abarca no solamente a las instituciones gubernamentales encargadas de impartir o administrar justicia, sino que abarca también a toda la concepción social que se tiene acerca del derecho, de lo jurídico, de quienes practican o tienen que ver con las actividades del derecho: los abogados, los servidores públicos, los servidores de barandilla, los burócratas, el ministerio público, las diversas corporaciones policíacas, los peritos e incluso, a la enseñanza del derecho.

En nuestro país es común la percepción de que no hay justicia, además de esa percepción social que ha sido superficialmente explorada en los medios de comunicación, tenemos en este momento el grave antecedente del informe "Sobre la Independencia de Jueces y Abogados" del visitador de la ONU Dato Param rendido a principios de 2002 después de la visita hecha a nuestro país en mayo de 2001, donde concluye que "La impunidad y la corrupción constituyen en México un tremendo problema social", asimismo, indicó que el procurador general de la República, Rafael Macedo de la Concha, le informó que "La corrupción había alcanzado niveles muy altos, pues los funcionarios públicos se valen de sus cargos para enriquecerse y resulta muy complicado detectar ese fenómeno".

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Si la percepción social acerca de la injusticia se presta a un serio debate por que se puede dar una virtual guerra de cifras y de interpretación de las mismas; el informe de Dato Param tiene una consecuencia más grave ya que suscitó en su momento, una airada protesta de parte de muchos de los operadores del derecho en nuestro país. Más que una defensa de las instituciones de justicia del país, pareció un orquestado desmentido con visos de tapar el sol con un dedo.

¿Qué papel ha jugado la educación formal, la que se imparte desde los niveles más elementales hasta la especializada, tendiente a la formación de los operadores del derecho, en la construcción de una determinada percepción social acerca del derecho, de lo jurídico y de la justicia?

Creo que mucho, porque la percepción social y el sentido que se les da a las profesiones se va construyendo desde la infancia, desde la más tierna edad de los futuros ciudadanos y desde el primer contacto que tienen éstos con los diversos operadores.

Asimismo, la enseñanza moral se va dispersando en los diferentes instrumentos e instancias sociales, si antes había relativa correspondencia entre la educación informal que se daba en la familia, con las enseñanzas de la iglesia y de la escuela, donde en todas las instancias anteriores se enseñaban valores más o menos similares o concordantes: el bien común, el concepto de bondad, caridad, equidad, respeto a los demás, tolerancia, etcétera.

En la actualidad, la dispersión del mundo contemporáneo manda mensajes muy diversos, contrastantes y contradictorios a una humanidad cuya infancia parece haberse alargado artificialmente. Somos una sociedad plural étnicamente hablando, donde lo europeo, lo indígena y en menor proporción lo oriental y lo africano se mezcló para dar un 80% de mestizos, y donde todavía hay un 10% de indígenas étnicos.

Somos una sociedad con una gran mayoría (el 78%) de población católica, inmersa en una lógica económica propia del capitalismo protestante. La nuestra, es una sociedad con carencias propias del siglo XIX y con vicios y necesidades del siglo XXI. Los medios de comunicación exigen libertades, que bajo el imperativo del *rating* se convierten en libertinaje. El término "solidaridad" tiene solamente como referencia lejana a la lucha de un sindicato que provocó a la larga la caída del comunismo en Polonia, y en nuestro país refiere a un desgastado lema de campaña política.

Los valores, es cierto, se han desgastado. Aunque cabe aclarar, no son los valores en sí, sino lo que se interpreta ahora de ellos, es abismal la distancia que el mundo moderno ha interpuesto respecto de los valores; en aras de cumplir sus ilusiones *hollywodenses* ha empeñado su alma y su conciencia a los traficantes de la vacuidad.

¿Qué tipo de valores hemos inculcado en la educación formal que se imparte en las escuelas de derecho de nuestro país? la única aseveración general que me atrevo calificar como válida es: ciertamente no los mejores, o quizá no los hemos inculcado de la mejor manera.

Aunque también podríamos suponer que el contenido ético y axiológico que se imparte en la licenciatura se efectúa demasiado tarde, cuando los alumnos llevan ya un largo

camino recorrido en la corrupción.

Independientemente de las razones, me permitiré exponer algunas propuestas.

4. Algunas ideas para la construcción del concepto de justicia en los futuros profesionales del derecho.

Deberíamos en primer lugar asumir una idea relativista acerca del derecho y de la idea de la justicia, construida socialmente, histórica, elaborada a partir de las necesidades propias de una sociedad específica, de un tiempo y de unas condiciones muy particulares, no exenta de absolutismos impuestos desde el ejercicio del poder.

Esta sería una idea fáctica, comprobable y verificable acerca del derecho y de la justicia, contrastable con las ideas expuestas por los grandes filósofos y juristas de todos los tiempos, las cuales funcionarían como puntos de referencia para construir y deconstruir la idea de derecho y de justicia que servirá para cimentar la sociedad deseada a partir del libre ejercicio del consenso nacional.

Esta distinción nos permite diferencias entre el ideal de justicia expresado por la teoría y la filosofía, y el ser concreto del derecho y lo que la sociedad concibe como justicia y practica como tal a través de sus operadores respectivos.

Es posible que en un principio lo que podamos encontrar sea muy discordante, puede ser que la distancia entre la idea de justicia asumida implícitamente en la práctica profesional nacional difiera mucho respecto del ideal planteado en la escuela.

Puede ser que la realidad sea incómoda, que la percepción social que se tiene del abogado sea la que predomina en los chistes crueles acerca de la profesión y los profesionales del derecho y que en un principio, en los primeros años de reflexión sobre la carrera y sobre la actividad del jurista sean desalentadores porque no van a modificar la mala imagen y opinión que nos hemos ganado a pulso corno gremio.

No nos debe detener esto, ambas son dos asignaturas cuyas resoluciones hemos diferido durante mucho tiempo:

- a) Discutir profundamente, en un ejercicio inclusivo e incluyente, en muchos niveles de la sociedad y sobre todo en los de la comunidad jurídica, las diferentes ideas acerca de la justicia y del derecho, con el propósito de llegar a consensos respecto de los criterios válidos o mejor dicho, históricamente relevantes para poder distribuir los beneficios, los premios y en su caso los castigos.
- b) Renovar la cultura y el comportamiento ético de los licenciados en derecho. Que la conducta de estos sea acorde con sólidos valores morales que también sean reconocidos por la sociedad.

Estas dos asignaturas pueden conmovir los cimientos de la práctica profesional tal y como se conoce en la actualidad, tal y como se percibe socialmente en estos tiempos de nuevo milenio.

En una de sus reflexiones Kelsen hacia mención de que esa idea <pequeña, discreta y humilde> de justicia (aclaro que los adjetivos son míos) debe tener como uno de sus propósitos fundamentales mantener la paz social.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La cual, en el plano personal se traduce a no adoptar, ni como abogado, ni como individuo que tiene intereses específicos en conflicto con otro u otros individuos, posiciones irreductibles. Esto nos lleva a un principio de acción, a un valor fundamental de la democracia y a una actitud psicológica: el principio de acción consiste en la racionalidad, el valor fundamental, en la tolerancia y la actitud psicológica es la capacidad de empatía.

La racionalidad es la característica más presumida por el ser humano, sin embargo, por razones culturales, sobre todo de educación informal se promueve la irracionalidad del comportamiento humano, solucionar los conflictos interpersonales a la manera de los violentos héroes cinematográficos. Se justifica la irracionalidad en todos los niveles, como algo propio del Ser del ser humano, nada más alejado de la realidad y del ideal de la realidad humana. Es necesario recuperar en la educación formal la enseñanza, el aprecio y la práctica de la racionalidad.

Debemos aprender como estudiantes y estudiosos del derecho, como ciudadanos y miembros de la polis local, regional, nacional y global, a ser tolerantes con las ideas de los demás. Desde el punto de vista de los valores, en el fondo de todo conflicto humano, hay posiciones irreductibles que implican una falta de tolerancia, de respeto a los demás, a su integridad, a su integralidad como seres humanos. La Idea de la competencia egoísta, promovida desde la cultura neoliberal ha provocado serias desviaciones en el ideal más profundo de nuestra cultura: la solidaridad y la caridad, ideas fundamentales del cristianismo.

Mencionamos por último a la capacidad de empatía, de colocarse en el lugar del prójimo, de tratar de ubicarnos en sus sentimientos, en su pesar y en sus alegrías.

Empatía para saber qué palabra de aliento debemos dar a quien sufre por un trágico episodio de su vida. Empatía para saber alentar al alumno que falló en una prueba escolar, pero que no significa su reprobación en el examen de la vida. Empatía para comprender las categorías de justicia concreta de los de más y llegar a un consenso donde cada una de las partes haya dispuesto su mejor intención de comprender las razones del otro.

La justicia no es un don divino, ojalá y lo fuera para que nuestra vida se facilitara, no es una idea que podamos desprender de la naturaleza, del ser del hombre, de su animalidad o de su racionalidad, es una categoría concreta derivada de la práctica cotidiana, de la reflexión y de la conciencia humana, material e histórica que debe servirnos en este momento y en este lugar, para vivir mejor y de nuevo, recurriendo a Savater, para ser felices.

BRAZALETE ELECTRÓNICO ¿LIBERTAD ANTICIPADA A TRATAMIENTO?

Juana FERIA PASCUAL

SUMARIO. I. Introducción. II. Alternativas a la pena de prisión. III. Reclusión Domiciliaria IV. Ventajas y desventajas V. La reclusión domiciliaría en México. VI. Aplicación en el D.F. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes.

I. INTRODUCCION.

El Sistema penitenciario en el Distrito Federal es inoperante, debido al aumento de la población interna en los centros de reclusión, hecho que propicia la existencia de diversos problemas en los establecimientos penitenciarios, y que limita la aplicación de un tratamiento individualizado encaminado al cambio de conducta de los sentenciados, haciendo necesaria la aplicación real de los sustitutivos penales así como los beneficios de libertad anticipada.

II. ALTERNATIVAS A LA PENA DE PRISION.

El Código Penal y la ley de Ejecución de Sanciones Penales del D.F establecen alternativas a la pena de prisión, que se aplican en la sentencia o bien cuando esta ha causado ejecutoria.

Los sustitutivos penales son aquellos beneficios previstos por la ley y que se conceden a los sentenciados que reúnen ciertos requisitos, para los efectos de que puedan acogerse a ellos en vez de cumplir la pena privativa de libertad.

El Código Penal de D.F en el Artículo 84, establece que los sustitutivos penales son: el Tratamiento en libertad, la semilibertad, Jornadas de Trabajo en favor de la Comunidad y Multa, figuras que se aplicarán en lugar de la pena de prisión, así como el beneficio de la Suspensión Condicional de la ejecución de la pena, siendo el órgano jurisdiccional la autoridad competente para su aplicación, la condición para que el Juez otorgue estos sustitutivos, es que el sujeto no haya sido condenado anteriormente en sentencia ejecutoriada por delito doloso, además de cubrir el monto de la reparación del daño.

La concesión de estas formas alternativas a la prisión es mínima, debido a que el mayor porcentaje de la población penitenciaria en el D.F, es reincidente además de que en general, los jueces están concientes de que no existe un estructura adecuada

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

para la vigilancia del cumplimiento de estas alternativas y se reduce, la mayoría e las veces, a exigir que el beneficiado solo cumpla con estampar su firma periódicamente en un registro, lo cual se presta a muchas corruptelas.

La Ley de Ejecución de Sanciones Penales del D.F. Publicada el 17 de Septiembre de 1999, establece los beneficios de libertad anticipada, definiéndolos como aquellos otorgados por la Autoridad Ejecutora, cuando el sentenciado reúna los requisitos establecidos para cada una de las modalidades. Los beneficios de libertad anticipada son; el Tratamiento Preliberacional, la libertad Preparatoria y la Remisión Parcial de la Pena.

El Tratamiento Preliberacional se encuentra previsto de los artículos 43 a 45 de la Ley citada, los requisitos para la concesión de este son; que el sentenciado haya cumplido el 50% de la pena privativa de libertad impuesta, que haya participado en actividades laborales, educativas, culturales, recreativas y deportivas reconocidas por el centro de reclusión, en caso de haber sido condenado al pago de la reparación de daño haber cubierto el monto de la misma, contar con un aval moral que garantice el cumplimiento de sus obligaciones, tener en el exterior una oferta de trabajo y no estar sujeto a un proceso pendiente.

La Libertad Preparatoria se concederá cuando el sentenciado cumpla las tres quintas partes de la pena privativa de libertad, se requiere que haya participado en actividades educativas y laborales en el centro de reclusión, que tenga una oferta de trabajo y un aval moral, además de cubrir el monto de la reparación del daño, este beneficio de libertad anticipada esta previsto en los artículos 46 a 49 de la Ley mencionada.

La remisión parcial de la pena, consiste en que por cada dos días de trabajo en la prisión, se hará remisión de uno de sentencia, siempre que el sentenciado haya observado buena conducta, que haya participado en actividades educativas y que revele otros datos efectivos de readaptación social y al igual que la libertad preparatoria y el tratamiento preliberacional, se requiere que haya cubierto la reparación del daño, se encuentra establecida en el artículo 50 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del D.F.

Además de estas formas de libertad anticipada, la ley de referencia establece otras dos modalidades de libertad, que son el Tratamiento en Externación **y la reclusión domiciliaria mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia.**

El tratamiento en externación es un medio de ejecutar la sanción penal, de carácter eminentemente técnico, tendiente a fortalecer los valores sociales, éticos, cívicos y morales, que le permitirán al sentenciado una adecuada reinserción a la sociedad y para otorgarlo se requiere que los candidatos a este tratamiento sean primo delincuentes, hayan cubierto el monto de la reparación del daño, que la pena de prisión impuesta no exceda de 7 años, y que al menos hayan cumplido un año de la pena.

III. RECLUSION DOMICILIARIA MEDIANTE EL PROGRAMA DE MONITOREO ELECTRONICO A DISTANCIA (BRAZALETE ELECTRONICO).

La Reclusión Domiciliaria mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia se puede cumplir a través de un MODEM y un brazaletes electrónico, modalidad que se adicionó a la ley de Ejecución de Sanciones Penales del D.F. el 9 de Junio de 2006. Se trata de un medio de ejecutar la sanción penal hasta en tanto el sentenciado alcance el beneficio de tratamiento preliberacional y como respuesta a la necesidad de disminuir un tanto la sobrepoblación que agobia a los centros penitenciarios del D.F.

Esta forma de libertad vigilada, tiene su antecedente mas remoto, con el profesor de biología de la Universidad de Harvard, Ralph Schwitzgebel, que en los años 60's sugirió la aplicación de medidas electrónicas como método de control de delincuentes y enfermos mentales.

En 1983 se utiliza por primera vez la vigilancia electrónica en Estados Unidos (denominada en el mundo anglosajón *tagging*).¹

Del latín monitor, monitoris, es el que amonesta o avisa y se les ha llamado así a los aparatos que revelan la presencia de radiaciones.²

La tecnología del monitoreo electrónico consiste en detectar la presencia o ausencia del sujeto vigilado, por la señal que emite un trasmisor, a través de las líneas telefónicas a una computadora previamente programada.³

El transmisor es como un reloj de pulsera que debe portar el vigilado, la computadora esta programada para avisar en el momento en que deja de recibir la señal, (lo cual indica que el sujeto se apartó del lugar en el que debería estar), o para hacer cotejos en formas determinadas al azar.⁴

Este sistema de supervisión electrónica creció rápidamente en Estados Unidos y para 1988 ya eran 32 estados supervisados electrónicamente. En el año 2000, había alrededor de 70.000 internos sujetos a control electrónico.

En el continente Europeo, el Reino Unido se convierte en la nación piloto en 1987, cuando surgió una recomendación de la Cámara de los Comunes, para establecer programas de tratamiento en el campo de vigilancia electrónica y en 1989 se diseña un programa de control telemático para prisión preventiva.

En Canadá, la primera legislación en materia electrónica data de 1974 (Ley sobre la protección de la privacidad) es una protección incompleta contra los riesgos de la intromisión tecnológica en la vida privada.

¹Gudin Rodríguez-Magariños Justino. Sistema Penitenciario y Revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Editorial Slovento. 2005 p.90-91.

² Rodríguez Manzanera Luís. La crisis penitenciaria y los substitutivos de la Prisión., Porrúa México 1998. p.86.

³ .Idem.

⁴ Ibidem.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En 1990 en Francia, en aras de la modernización de los servicios penitenciarios, avanzó la posibilidad de instaurar el arresto domiciliario bajo vigilancia electrónica, en 2001 se reguló su uso como alternativa a la prisión preventiva.

En Australia se considera como una medida complementaria a la libertad condicional.

En España en el año 2000, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias decidió implantar un programa piloto de control mediante un sistema de pulseras electrónicas, para internos en régimen abierto, teniendo un resultado provechoso, por lo cual los responsables de la administración penitenciaria decidieron expandirlo por todo el territorio.

En América Latina se ha establecido en años recientes, en países como Argentina, Panamá, República Dominicana, Colombia y México, entre otros.

IV. VENTAJAS Y DESVENTAJAS.

Esta forma de libertad ha sido objeto de diversas críticas, las de mayor relevancia son las que se refieren a que con este sistema se ve vulnerada la intimidad de las personas, lo que ocasiona alteraciones psicológicas en el vigilado, en este contexto podemos mencionar las siguientes ventajas y desventajas de este sistema:

VENTAJAS.

1. Puede ser mucho más barato que la prisión.
2. Permite que el sentenciado regrese a su núcleo familiar y así fortalecer sus lazos afectivos.
3. El sentenciado es un ente productivo.
4. Ayuda a disminuir la sobrepoblación penitenciaria.
5. Mejoría en la calidad de vida del sentenciado.
6. Reduce el riesgo de contaminación criminógena.
7. Le da la posibilidad de desarrollo laboral.
8. El sentenciado puede continuar con sus estudios.
9. Tiene mayor oportunidad de resocialización.
10. Fortalece también sus posibilidades de decidir en la vida cotidiana.

DESVENTAJAS.

1. Se pueden presentar problemas técnicos que obstaculicen la vigilancia y favorezcan la impresión de violación de sus condiciones.
2. Puede ser considerado violatorio de los derechos humanos.
3. Puede causar ansiedad en el penado. (Al sentirse permanentemente vigilado)
4. No tiene libertad de decisión.

5. En el caso de México, tiene una grave limitación de tipo económico ya que el costo corre a cargo del sentenciado y su familia, por lo que además, repercute en la economía de personas ajenas al delito.

V. LA RECLUSIÓN DOMICILIARIA EN MÉXICO.

En el Estado de Chihuahua se inicia la aplicación de este tipo de libertad, actualmente se desarrolla en el Estado de México, Nayarit y Distrito Federal.

En materia Federal, hay un proyecto de reforma a la Ley de Normas Mínimas sobre readaptación social de sentenciados, de fecha 18 de Noviembre de 2008, propuesto por el Senador Ricardo Pacheco Rodríguez , que plantea adicionar a esta ley un Capitulo VII , artículo 19, que refiere; “La prisión domiciliaria mediante monitoreo electrónico satelital, consistirá en la ejecución de una sanción penal a través del confinamiento del condenado en una región geográfica determinada, verificable a través de sistemas electrónicos satelitales, administrado por las autoridades encargadas de la custodia y readaptación social , hasta en tanto se alcance el beneficio del tratamiento preliberacional. Con este proyecto se busca prevenir la sobrepoblación en lo Centros Federales de Readaptación Social”⁵. Esta propuesta aun no se ha aprobado.

VI. APLICACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL.

Con la adición del Capitulo II Bis a la Ley de Ejecución de Sanciones Penales en el D.F., relativo a la Reclusión Domiciliaria mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia, se publica el Reglamento para la regulación de la figura de referencia, publicado en la Gaceta Oficial del D.F. el 14 de Agosto de 2006, reglamento que tiene por objeto desarrollar las disposiciones generales para el otorgamiento de esta modalidad, señalando como autoridad competente para la aplicación e interpretación del mismo a la Dirección Ejecutiva de Sanciones Penales del D.F.

Los requisitos señalados en el artículo 39 Bis de la Ley de Ejecución de Sanciones penales del D.F, para el trámite son los siguientes: Que el sentenciado sea primodelincuente, que la pena privativa de libertad no sea menor de siete años ni mayor de 10 años, que le falten por lo menos dos años para alcanzar el beneficio de tratamiento preliberacional y que no este sentenciado por delitos previstos por la ley como graves(homicidio calificado, violación, secuestro entre otros), haber cubierto el monto de la reparación del daño, que acredite un buen desarrollo institucional, que cuente con un aval moral y oferta de trabajo, cuente con un afianzador y cubra el costo del dispositivo electrónico de monitoreo. (Brazalete).

Además de estos requisitos el reglamento, previene que deberá tener línea telefónica fija y activa en el domicilio en el que se llevara a cabo el monitoreo, con antigüedad no menor de un año, no tener pendiente ningún proceso u otra sentencia que cumplir del fuero común o federal.

⁵ Iniciativa de reforma LNMRS. Comunicación Social. Cámara de Senadores. Diciembre de 2008.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El trámite para este beneficio, es de oficio o a petición de parte, pero siempre debe ser expresa la voluntad del sentenciado de someterse a esta vigilancia.

Para la valoración y resolución de las solicitudes, con fundamento en el artículo 10 del Reglamento para el otorgamiento del beneficio de reclusión domiciliaria, se integrara un Comisión Dictaminadora, que tendrá el carácter de órgano colegiado encargado de valorar, negar o revocar el beneficio de reclusión domiciliaria, estará integrada por:

- El Director Ejecutivo de Sanciones Penales del D.F, quien tendrá la calidad de Presidente;
- El Subdirector Jurídico, quien además tendrá la calidad de suplente del Director en su ausencia;
- El Subdirector de Criminología
- El subdirector del Centro de Atención Postpenitenciaria
- El Jefe de la Unidad en el Programa de Monitoreo Electrónico a distancia, quien tendrá la calidad de Secretario Técnico.

El Artículo 13 del Reglamento en cita, establece que se revocará por las siguientes causas:

1. Por no encontrarse el beneficiado dentro del radio de monitoreo en el tiempo indicado en el cronograma.
2. Retirarse el dispositivo personal.
3. Pérdida o suspensión temporal del servicio telefónico.
4. Cambio de domicilio sin autorización del jefe de la unidad.
5. Alterar o modificar cualquier componente del sistema de monitoreo a distancia.
6. Incumplir injustificadamente y de manera reiterada con el cronograma.
7. Conducirse con falsedad al momento de solicitar un permiso para salir del domicilio.
8. Ingerir bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas.
9. Negarse a la práctica del examen toxicológico.
10. Negar el acceso al domicilio en que se encuentre el componente.
11. No acudir a citas que formule la dirección.
12. Exhibir a la dirección documentos apócrifos.
13. Alterar el orden público o familiar.
14. Dejar de cubrir las parcialidades de la reparación del daño en caso de que no se encuentre totalmente cubierta.
15. Que se dicte auto de formal prisión por otro delito del fuero común o federal.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

16. Por destrucción total o parcial, o perdida tanto del dispositivo electrónico de monitoreo como de componentes.

El programa esta integrado por tres etapas; la primera: de readaptación familiar, con duración de uno a quince días, plazo en que el beneficiado estará obligado a permanecer en el domicilio en donde se encuentra el componente base, a efecto de recuperar las relaciones que se perdieron o deterioraron con motivo de su reclusión, la siguiente etapa es la de el cumplimiento laboral, tendrá la obligación de incorporarse al empleo propuesto en su solicitud de incorporación, a mas tardar el día dieciséis en que obtuvo su reincorporación social, y la tercera será para vigilar lo relacionado al trabajo, es decir, se realizará un cronograma de entradas y salidas, luego de que se entregue un documento comprobatorio con el nombre del patrón, domicilio de la empresa y jornada laboral.

Los beneficiados solo podrán salir del domicilio donde se encuentra el componente (MODEM) por motivos de trabajo plenamente justificados, por causas de enfermedad grave personal o familiar, por atender citas que le formule la Dirección Ejecutiva de Sanciones Penales y por acudir al funeral de un familiar consanguíneo y siempre y cuando no represente un riesgo para el programa.

Los anteriores son aspectos formales previstos en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y el respectivo reglamento, en la práctica se desarrolla de la forma siguiente:

Le corresponde a la Unidad de Monitoreo electrónico a distancia de la Dirección Ejecutiva de Sanciones Penales del D.F., el procedimiento para el otorgamiento de esta libertad, el personal de esta área acude a los centros de reclusión a efecto de captar posibles candidatos y además de atender en sus oficinas a familiares de internos que solicitan este beneficio.

Al acudir a los centros de reclusión además de captar candidatos, tiene por objeto orientar a la población penitenciaria que pudiera estar en posibilidad de acceder a este beneficio, indicando los costos que implica, siendo básicamente fianza o caución por la cantidad de \$42,000.00, el costo del brazalete de \$12,000 si se paga a través de fianza es un aproximado de \$7,500.00 haciendo un total aproximado de \$20,000, se sostiene una platica con los familiares para hacerles saber las ventajas de incorporarse a este programa y la obligación que adquiere el sentenciado y el compromiso de apoyarlo para poder dar cumplimiento.

Una vez que se ha otorgado el beneficio, se conduce al sentenciado del centro penitenciario a la Unidad de Monitoreo a efecto de colocarle el brazalete, que generalmente se ubica en el tobillo, el personal de esta oficina acude al domicilio para instalar el dispositivo (MODEM) que permitirá realizar el monitoreo, el cual tiene un alcance aproximado de 30 metros, y cuando el sujeto sale de este radio de control, en el área central de monitoreo se indica que ha ingresado a una área restringida.

Previamente se han hecho visitas domiciliarias, se ha verificado el entorno social y familiar en el que se desarrollara el liberado, además de un estudio psicológico que

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

permitirá conocer el perfil de personalidad del sujeto, así mismo se verifican los tiempos que hace, del domicilio en donde esta, al lugar donde se desarrollará laboralmente.

Para el caso de permisos previstos en el reglamento, lo hará el favorecido por escrito dirigido al Comité dictaminador, en los casos en que algún sentenciado beneficiado requiera apoyo psicológico la unidad de referencia atenderá esta petición.

En el Distrito Federal se tienen 300 brazaletes, siendo una cantidad mínima si consideramos que la población interna en el D.F. es de 40,174 (CUARENTA MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO INTERNOS) por lo que las posibilidades de obtener este tipo de beneficio es pequeñísima, actualmente solo 51 sentenciados están bajo esta modalidad, de los cuales 47 son varones y 4 mujeres.

El tiempo mínimo que pueden utilizar este dispositivo es de 15 días y el máximo de dos años.

De noviembre de 2006, a la fecha se ha otorgado a 51 sentenciados y se les ha revocado este beneficio a 10 principalmente por intoxicación, por que no se han empleado o por incumplir con el cronograma, solo se ha reportado un caso de fuga.

VII. CONCLUSIONES.

La reclusión domiciliaria mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia, es una forma de tratamiento, por que a pesar de que el sentenciado se encuentra en libertad, esta sujeto a una vigilancia de la autoridad ejecutora a efecto de dar cumplimiento con las medidas establecidas en este programa encaminadas a buscar un cambio en la conducta del sujeto en tanto alcanza el tiempo previsto por la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del D.F. y ser candidato entonces, a un beneficio de libertad anticipada.

La reclusión domiciliaria, es una alternativa de libertad en la fase de ejecución de la pena, se constituye en una forma de libertad vigilada del sentenciado, que previamente ha manifestado su voluntad para someterse a un periodo de prueba y dispuesto a cumplir con el control, que ejercerá sobre el la autoridad ejecutora.

Durante el desarrollo del proceso penal, seria una buena medida aplicarlo, para prevenir la contaminación criminógena, reducir la sobrepoblación en los centros de reclusión y prevenir la reincidencia tal vez ampliando el perfil previsto para su otorgamiento y sujetándolo a un estudio criminológico de posibilidades.

En el caso de mujeres internas, con hijos menores de edad, es una alternativa útil, que permitirá que el menor se desarrolle en un ambiente mas sano, mediando siempre un estudio de personalidad previo que se le haga a la madre, esta medida es una forma de prevenir el delito, si se toma en cuenta que el conocimiento que los niños adquieran en sus primeros seis años de vida es determinante (muy importante) para el desarrollo de su personalidad.

Esta alternativa a la prisión en la práctica tiene poca aplicación debido a que el requisito principal, es que el sentenciado sea primodelincuente, debiéndose estudiar

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

la posibilidad de una reforma a la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal, para ampliar a sentenciados hasta con dos reincidencias, considerando que la prisión, en este momento por la sobrepoblación que existe no tiene la posibilidad de proporcionar un tratamiento adecuado y atendiendo a que con esta forma de libertad se esta poniendo a prueba, con autorización expresa del sentenciado, su capacidad de ser una persona digna de confianza y productiva para su familia y la sociedad en la que se desenvuelve.

Otra limitante para otorgar este beneficio es el costo de dispositivo, en virtud de que un alto porcentaje de la población penitenciaria del D.F proviene de un estrato bajo, y por lo tanto no puede acceder a este tipo de programas, lo que hace necesario que en esos casos el Estado financie a sentenciados con esa característica.

Desde el punto de vista económico, significaría un ahorro para el Estado, en virtud de que, al estar el sentenciado en libertad ya no es una carga para el mismo y se convierte en un ente productivo.

VIII. FUENTES CONSULTADAS.

Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino *“Sistema Penitenciario y revolución telemática”* *¿El fin de los muros en las prisiones?* Slovento. España 2005.

Rodríguez Manzanera, Luis *“La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión”* Porrúa. México 1998.

Código penal del D.F Publicado en la Gaceta Oficial del D.F. el 16 de Julio de 2002.

Iniciativa de reforma LNMRS. Comunicación Social. Cámara de Senadores. Diciembre de 2008.

Ley de Ejecución de Sanciones del D.F Publicada en la Gaceta Oficial del D.F. el 17 de Septiembre de 1999.

Reglamento para el otorgamiento del beneficio de reclusión domiciliaria mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia para el D.F, Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 14 de Agosto de 2006.

ORIGEN DE LA PENA DE PRISIÓN, SU ORIENTACIÓN CRIMINOLÓGICA Y LA PRETENDIDA REHABILITACIÓN

Andrea FERNÁNDEZ ARCIGA

La civilización no suprime la barbarie, la perfecciona.
Voltaire

Dedico este ensayo a la **Dra. Emma Mendoza Bremauntz**, ser humano de indiscutible calidad, ejemplo de mujer destacada en todos los ámbitos de la vida, profesionalista dedicada por vocación a la docencia e investigación cuyo ejemplo de honradez ha trascendido desde las aulas hasta las prisiones, donde ha tenido incuantificables aportaciones. Le agradezco por el honor de contar con ella como una guía imprescindible e inigualable en este arduo pero satisfactorio camino académico.

SUMARIO: 1. Preámbulo. 2. Origen de la prisión. Sus fines en el contexto de una época específica. 3. Orientación criminológica de la pena de prisión. 4. El tema de la readaptación, re-habilitación o re-socialización. 5. Toma de postura. 6. Bibliografía.

1. Preámbulo

Paradójicamente, la pena de prisión, surge como una pena humanista, limitadora de los excesos del poder y como alternativa a la pena de muerte. Digo paradójicamente porque aunque en aquel momento haya representado un avance importante en relación a la aplicación de penas infamantes, corporales y la pena capital, actualmente la pena de prisión se ha convertido precisamente en una más de esas penas infamantes, corporales, -en ocasiones vitalicia- y en donde si se corre con la suerte de permanecer vivo -fisiológicamente hablando-, no se garantiza seguir vivo psicológica o “moralmente”.

En la presente exposición no hay mayor pretensión que hacer un breve recorrido a través del origen de la prisión como pena privativa de libertad, su contexto histórico y su finalidad de acuerdo con las circunstancias de la época en que surge. Es en el

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

marco de sistema económico capitalista de la Europa occidental y bajo el cobijo del movimiento de la Ilustración en el siglo XVIII que esta pena encuentra sustento.

Una vez implementada la prisión como pena privativa de libertad se hace necesario el estudio criminológico de este nuevo fenómeno sancionador. Los criminólogos se interesan por el estudio del delincuente dentro la prisión. Haré una síntesis de la percepción criminológica de este fenómeno. Además, de las propuestas que surgen en este contexto de análisis, ahora, para sustituir la pena de prisión y las justificaciones de tales proposiciones. Primero la pena de prisión suple a la pena de muerte y ahora aquélla necesita ser eliminada del sistema de penas por representar más perjuicios que beneficios para el ser humano.

Finalmente, haré un breve análisis de la justificación que ha encontrado el Estado para la ejecución de la pena de prisión, es decir, la llamada rehabilitación, readaptación, resocialización o cualquier denominación que pueda dársele. Expondré los puntos de vista de especialistas en el campo penitenciario y criminológico. Sus posturas en torno a la factibilidad de la reinserción social como objetivo prioritario del sistema penitenciario y su confrontación con la realidad vengativa y castigadora que presentan nuestras prisiones. Finalmente tomaré postura a manera de reflexión. No se presentan conclusiones puesto que se trata de un ensayo inicial que aun requiere de mayor análisis y profundidad.

2. Origen de la prisión. Sus fines en el contexto de una época específica.

A partir de que los hombres deciden emigrar a las ciudades, pasar del trabajo en los campos, -feudalismo-, para buscar mejores oportunidades, el Estado debió asumir el control de las actividades de los mismos. La sobrepoblación de las ciudades y la falta de empleos trajeron como consecuencia la vagancia y la mendicidad. Estas figuras fueron constituidas delitos y castigadas con la pena de muerte. Como solución parcial a esta problemática se crean las *casas de trabajo*, donde los hombres debían acudir con horarios regulados y cuotas o salarios fijos por su tiempo de trabajo.

Cuando las personas no tenían un trabajo y además habían cometido un delito se les enviaba a las *casas de corrección*. Aquí se inicia la explotación de la fuerza laboral del preso a favor de la burguesía –surgimiento del capitalismo–.

El problema fue, que el exceso de trabajo ocasionaba una alta productividad y por tanto, una disminución en los costos de los productos. Esto trajo como consecuencia la implementación desmedida de la pena de muerte para aquéllas personas que no estuviesen inmersas en el proceso de producción y que estorbasen al mismo.

El cambio socio cultural del dispendio feudal al ahorro capitalista en dinero, de la ociosidad a la productividad, del despilfarro al ascetismo, de la manufactura a la gran industria y de la predominancia del campo a la prominencia de la ciudad,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

requirió una invención política de una inédita forma de poder: la disciplina capitalista entendida como una tecnología fina y calculada del sometimiento¹.

Así, surge la pena privativa de libertad como una alternativa a la pena de muerte. Idea desarrollada por la Ilustración como una aportación humanista para contrarrestar las matanzas a gran escala de los desempleados e indeseables de la sociedad.²

Este fenómeno social y económico se suscitó en Europa, principalmente en Inglaterra, Alemania, Rusia, donde tuvo sus inicios y razón de ser. No así en otros países como Italia, donde la prisión entra directamente como una pena sin tener el contexto de un sistema económico³.

Es en esta lógica del sistema capitalista, donde “afloran las primeras formas de conocimiento criminológico y de estrategia de control social en relación con la desviación criminal”⁴. Dentro de esta nueva forma de concebir a la sociedad a partir de la riqueza y la propiedad, es que se establece, quiénes deben ser considerados criminales. El soberano debe proteger a las clases privilegiadas, las únicas que revisten un beneficio para el Estado, y por tanto, debe sancionar a los enemigos del sistema, es decir, a los desempleados. Así, “el saber criminológico nace en la acción de integración del criminal. El lugar privilegiado de ese ejercicio de poder político y de la adquisición de conocimientos será la penitenciaria”⁵.

Durante el feudalismo la forma de poder tiene características muy diferentes a la disciplina capitalista. Se basa en la presencia de la soberanía con las figuras del Papa y el señor feudal, se identifica con la sangre, con la reivindicación del abolengo de la aristocracia y con la propiedad de enormes extensiones de tierras⁶.

Durante el capitalismo se diseña una nueva tecnología del poder, “esta moderna mecánica del dominio prioriza el sometimiento de los cuerpos y las almas de los individuos en tanto que medio de explotación del tiempo y el trabajo utilizado en la producción de mercancías, sobre la posesión de la tierra y sus productos que se acostumbraba en el feudalismo”⁷.

¹ Cfr. Ceballos Garibay, Héctor, *Foucault y el poder*, 3ª. edición, Ediciones Coyoacán, México, 2000, p. 79.

² Cfr. Sánchez Sandoval, Augusto y González Vidaurri, Alicia, *Criminología*, Porrúa, México, 2005, pp. 49-50.

³ Cfr. Melossi, Dario y Pavarini, Massimo, *Cárcel y Fábrica, Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, 4ª edición, Siglo Veintiuno Editores, México, 2003, pp. 17-21.

⁴ Pavarini, Massimo, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Trad. Ignacio Muñagorri, Siglo veintiuno editores Argentina, Argentina, 2002, p. 33.

⁵ Cfr. Pavarini... Op. Cit. pp. 34-36.

⁶ Cfr. *Ibid.* Ceballos Garibay, Héctor..., pp. 77-78.

⁷ *Idem.*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Así, bajo el panorama de un nuevo sistema de producción que se acompañó del necesario cambio de la estructura social, surge también la necesidad de una nueva forma de control social, bajo una nueva dinámica con estrategias y fines distintos.

Fue necesaria, además, una nueva forma de concebir a los seres humanos y sus relaciones con el poder. A partir de los postulados de la Ilustración, debió verse al ser humano con igualdad, sólo a partir de entonces se le podía tratar como distinto. Parece contradictorio pero la lógica se deriva de la ausencia de estatus sociales aristocráticos marcados por el linaje y la sangre propios del feudalismo. En esta etapa siguen existiendo los estamentos sociales pero en base a la riqueza y el estatus dentro del sistema económico. Esto permitió que existiesen personas pudientes económicamente hablando que eran los que controlaban el mercado y los pobres que eran controlados por los “empresarios”. Es decir, se crean relaciones laborales basadas en la subordinación económica y no estamental propiamente.

En México las circunstancias sociales y políticas eran muy diversas, diferentes a las de Europa en el contexto del nacimiento de la prisión. Los conquistadores trajeron consigo esta institución, en dos formas: primero con el Tribunal del Santo Oficio y después como parte de la influencia humanista del siglo XVIII, que a nuestro país en su aplicación llega un poco más tarde. En algunas disposiciones emanadas del legislativo y ejecutivo del siglo XIX antes y después de la independencia y anteriores a la codificación penal, se señala que deben tomarse en consideración las ideas humanistas de los precursores del penitenciarismo Howard y Bentham para la implementación del sistema penitenciario y la construcción de los reclusorios⁸.

La pena de prisión ha sido blanco de diversas críticas, positivas y negativas en las cuales participaron también los llamados “penalistas del contractualismo”⁹, el italiano César Bonesana, marqués de Beccaria y el hispano-mexicano Don Manuel de Lardizábal y Uribe. Aunque en un principio Beccaria se decanta a favor de la prisión perpetua o lo que él llama “esclavitud perpetua”, también hizo críticas y propuestas a dicha pena. Cuestiono su aplicación “liviana”, el estigma social que deja, propugnó por su estricta legalidad y la eliminación del hambre y la suciedad para dejar entrar la compasión y la humanidad¹⁰.

Por su parte, Lardizábal enfoca sus críticas a considerar que la prisión debiese sólo servir para custodia, -como había venido funcionando siempre-, pero, puesto que

⁸ Cfr. Fernández Arciga, Andrea, *La criminalidad y su tratamiento en la legislación del siglo XIX antes de la codificación penal*, Tesina de suficiencia investigadora para obtener el Diploma de Estudios Avanzados en el Doctorado “Sociedad Democrática, Estado y Derecho” de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, España, México, 2009.

⁹ Véase, Zaffaroni, Eugenio Raúl et al, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Segunda reimpresión corregida, Buenos Aires, 2005, pp.215 y ss.

¹⁰ Cfr. Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774. Estudio introductorio de Sergio García Ramírez, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 278-284.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

importa una serie de incomodidades y privaciones para el ser humano, pudiese incluso considerarse una de las penas más graves. Al mismo tiempo, censura la convivencia de todo tipo de delincuentes en el mismo recinto, propiciando esto la contaminación criminógena. Además, propone la implementación del trabajo en la prisión para que esta resulte menos perniciosa¹¹.

Estos cuestionamientos sirvieron de base para las reformas del sistema penal y penitenciario en Europa occidental principalmente en Italia y España y posteriormente en México, propiciando con ello al menos la inquietud y el examen de dicha pena, sobre todo en el campo de la criminología.

Es así como los llamados reformadores del sistema penal y también, en estricto sentido, los precursores del estudio criminológico de la pena de prisión sientan precedentes en el análisis de dicha pena, con aportaciones humanistas y críticas a su aplicación indiscriminada e irracional.

De acuerdo con Sergio García Ramírez, la prisión ha tenido un desarrollo ambivalente; por una parte se considera humanitaria, “bienhechora”, en tanto que suprime a la pena de muerte. Pero, por otra parte, es una pena vengativa, “malhechora”, en tanto que ha servido para recluir y olvidar a los adversarios del Estado¹². Bajo esta premisa es que la criminología torna su interés en buscar alternativas a esta pena inhumana y perniciosa.

3. Orientación criminológica de la pena de prisión

El estudio de la criminología se ha orientado preferentemente al fenómeno delincencial y a la consecuencia de éste, en las prisiones. Tópico que ha ocupado a casi todos los criminólogos como Lombroso, Ferri, Garofalo, desde una perspectiva biológica o moral. Posteriormente, la criminología clínica que estudia a la persona humana y busca encontrar en ella la causa de sus acciones, hasta llegar a la actualidad, donde se ha dado un enfoque sociológico, buscando la solución del problema de las prisiones, principalmente, en la problemática de la estructura social.¹³ Desde esta nueva perspectiva, la criminología ha debido asumir una postura crítica.

Su intervención en la ejecución de la pena de prisión, se ha visto favorecida con las propuestas concretas derivadas del estudio del fenómeno dentro de esta institución. Se estudia al delincuente en ese entorno distinto y criminógeno, su desempeño individual, su convivencia con los demás, las actividades que realiza, su comportamiento en un ámbito de privación de libertad, así como las implicaciones

¹¹ Cfr. De Lardizábal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las penas, Contrahido a las leyes de España, para facilitar su reforma*, Estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2001, pp. 211-215.

¹² Cfr. García Ramírez, Sergio, en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art3.htm>

¹³ Cfr. Del Pont, Luis Marco, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Editor, México, 1991, pp. 23-24.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que esto trae consigo en su personalidad y desarrollo. De aquí se busca encontrar el tratamiento que mejor corresponda al sujeto criminal con miras a conseguir su readaptación. Por supuesto, también se analiza la factibilidad de este resultado en un entorno asocial como es la prisión.

En este sentido, se busca de manera prioritaria proponer sustitutivos a esta pena tan atroz, en tanto que las implicaciones de la privación de la libertad en un medio tan hostil no garantizan la recuperación del ser humano que ha delinquido.

Señala el Doctor Rodríguez Manzanera, que “Los tratamientos en la comunidad y los sustitutivos de la prisión son efectivos, y hasta sus críticos reconocen que son más baratos y menos dañinos que la privación de la libertad”. Asimismo, apunta el criminólogo que aquéllos programas de readaptación estructurados de manera multidisciplinaria que desarrollan ciertas aptitudes, actitudes y además ciertas habilidades, han tenido éxito, sobre todo aquéllos que han adoptado técnicas de orientación cognitiva-conductual y en los que hay una significativa relación entre los técnicos y el participante, con apoyo de la comunidad¹⁴.

La propuesta criminológica frente a la pena de prisión se decanta por un cambio de paradigma, por nuevas formas de control social menos violentas que no se equiparen a la propia criminalidad.

De manera puntual, el Doctor Antonio Sánchez Galindo propone un cambio en “la mentalidad de la sociedad, del Estado y del gobierno, que advierte un prolongado proceso en la educación para la prevención delictiva. Es preciso, señala el penitenciario preparar el terreno mediante orientación educativa en las aulas y en los medios masivos de comunicación”¹⁵.

Es importante tomar en cuenta las consideraciones anteriores. La prevención debe tener un papel prioritario en las sociedades. La prevención comienza en la educación familiar, en las escuelas, en todos los grados y a través de las diversas agencias del Estado. La prevención del delito es una tarea de todos y se puede dar en dos direcciones; prevención de la conducta delictiva del potencial delincuente y prevención de la potencial víctima ya que en muchos casos puede evitar el delito.

El papel de los medios de comunicación es fundamental debido a la cultura mediática que se vive en la actualidad. Para ello se requieren comunicólogos informados, concientes de la trascendencia que tienen sus discursos en el auditorio. Pueden constituir un instrumento importante de prevención a través de la información y no de la deformación de la realidad como se hace actualmente.

¹⁴ Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-538s.pdf> p.7.

¹⁵ Cfr. Sánchez Galindo, Antonio, *Orientación Político-criminológica en torno a la justificación actual de la pena de prisión*, Memorias del Congreso Internacional de Política Criminal y Prevención del Delito, Retos y perspectivas de la seguridad, Secretaria de Seguridad Pública del Estado de Guanajuato, Guanajuato, 2005, p. 142.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Por supuesto, el Estado, a través del diseño de una política criminológica que deje a un lado los intereses de unos pocos –los ricos– y se decante por la prevención antes que la represión desmedida y vengativa que propugna.

A partir de la reestructuración de la comprensión en torno al castigo, la conducta criminal y su prevención es que podremos acceder a nuevas formas de punición de los delitos, que se tornen menos lesivas de la dignidad humana y la persona del sentenciado. Sólo en este esquema serán posibles las alternativas a la pena de prisión.

Así tenemos que las propuestas en el marco del derecho penitenciario y la criminología van encaminadas a lo realizable dentro de nuestro Estado. Señala el Doctor Sánchez Galindo que estas “ya existen incluso dentro del principio de legalidad, pero que aún no penetran ni en el imaginario popular ni en la mentalidad de quienes nos gobiernan” Y se refiere por ejemplo a la sustitución de la prisión por medidas de seguridad; la transformación de la prisión en una institución de tratamiento en lugar de ser sólo un lugar de castigo; la diversificación de las formas de prisión; otras formas de sustitución o terminación de la pena de prisión como: el perdón, la amnistía, la libertad condicional o a prueba, bajo palabra, la fianza, la reclusión domiciliaria¹⁶ y la justicia restaurativa¹⁷.

Si la orientación criminológica se dirige a proponer alternativas a la pena de prisión es porque esta no ha funcionado, no está funcionando y quizá no funcionará nunca. Aun con sus programas a veces bien intencionados para devolver al delincuente a la sociedad en condiciones al menos deseables.

De esta manera se hace imprescindible exponer brevemente el tema de la resocialización o readaptación, a fin de determinar si la prisión cumple con sus objetivos y si verdaderamente estos tienen al menos una posibilidad de realización fáctica.

4. El tema de la re-adaptación, re-habilitación o re-socialización

La prisión es el vivo reflejo acrecentado de una sociedad. Donde se muestra la estructura, composición y funcionamiento de la misma pero con todos sus defectos expuestos y susceptibles.

La forma que encuentra el Estado de legitimar la prisión, es aludiendo a la re-adaptación, pero, ¿qué entendemos por readaptación o resocialización? Al respecto Muñoz Conde nos dice: “llevar en el futuro en responsabilidad social una vida sin

¹⁶ Al respecto el Doctor penitenciarista brasileño César de Oliveira y Barros Leal ha puesto especial interés en los medios electrónicos como sustitutivos penales. Su investigación está muy avanzada y pronto tendremos el resultado en su próximo libro. En noviembre de 2009 impartió su segundo seminario en donde se hizo referencia a estos mecanismos que sustituyen a la prisión en reclusorios por la prisión domiciliaria, con el uso de los brazaletes electrónicos. En la actualidad este sistema está funcionando en el Distrito Federal, Estado de México, Toluca, Veracruz y Chihuahua.

¹⁷ Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, citado en Sánchez Galindo... Op. Cit. p. 143.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

delitos”, esto puede conseguirse a través de la prevención especial positiva, entendida como reeducación y reinserción social del condenado. “La resocialización debe consistir en hacer aceptar al delincuente las normas básicas y generalmente vinculantes que rigen una sociedad”¹⁸. Sin embargo, esta premisa “ha perdido toda credibilidad y todo valor en el campo criminológico: ¿cómo privar de la libertad para enseñar a vivir en ella? ¿cómo se puede aprender a vivir en libertad donde no hay libertad?”¹⁹

Al respecto, señala la Doctora Emma Mendoza Bremauntz que, “en el actual estado de las cárceles no podemos pensar en que nadie se readapte a vivir en libertad estando preso como está”²⁰.

Decía Kropotkin, “el principio de toda prisión es falso, puesto que la privación de libertad lo es. Mientras privéis al hombre de libertad, no lograréis hacerle mejor”²¹.

Resulta un absurdo pretender preparar a alguien para una vida honesta en sociedad privado de su libertad y en una sociedad criminógena, llena de arbitrariedades y abusos como es la prisión. No pretendo decir que está problemática no se de en la sociedad libre, sólo que en la prisión está por completo concentrada en determinados sujetos, víctimas del sistema.

Asimismo, apunta el criminólogo Rodríguez Manzanera que “La inflación legislativa, la multiplicación de leyes, el aumento de penas, ha llevado a un abuso desmedido de la pena de prisión. Por lo cual, el Derecho penal está enfermo de pena de prisión con una sobrepoblación de más del 50% que hace ya muy complicado cualquier intento de programa de readaptación”²².

El problema legislativo es uno de los más preocupantes, los legisladores sólo siguen la irracional lógica del castigo y la venganza. Pretenden ganar adeptos entre los votantes para garantizar futuras posiciones políticas. Además simulan trabajar con propuestas mediocres e insostenibles de incremento de conductas delictivas, de penas, especialmente la pena de prisión que ha alcanzado en sólo un siglo los setenta años en el Distrito Federal como pena máxima. Mientras la inseguridad percibida y real sigue en aumento, sin el entendimiento como se ha demostrado de que a mayor severidad en las penas, mayor será también la respuesta de la criminalidad.

¹⁸ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, citado en: Sáenz Rojas, Mario A., *El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario*, Rev. Ciencias Sociales 115:125-136/2007(1) ISSN:0482-5276, <http://revistacienciasociales.ucr.ac.cr/numeros/115/saenz.pdf>

¹⁹ Barros Leal, César, *La ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos. Viaje por los senderos del dolor*, Porrúa, México, 2009, p.313.

²⁰ Cfr. Mora, Wilfredo, *Penitenciarismo Dominicano*, 3ª edición, Colección Pensamiento Criminológico Dominicano, Santo Domingo, 2006, p. 99.

²¹ Kropotkin, Pedro... Op. Cit.

²² Cfr. Rodríguez Manzanera, Op. Cit., pp. 6.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En cuanto al tema de la sobrepoblación se han manifestado entre muchos la Doctora Emma Mendoza y el Doctor Sánchez Galindo, refiriendo que la readaptación pudiese darse en centros penitenciarios que no padezcan de esta problemática, en donde se tenga ocasión de una atención personalizada, especializada, donde no se sufran arbitrariedades ni se pase frío, hambre o carencias de ningún tipo. Donde no se tenga que ser víctima de los grupos de poder y sus abusos. Donde no se apliquen penas cuya extensión se asemeje cronológicamente a una pena vitalicia. La Doctora Emma ha señalado una cosa que no podemos negar, las prisiones existen, debemos hacerlas funcionales, humanistas, donde al menos exista la eventualidad de que la persona este en posibilidades de aceptar y contribuir a su rehabilitación.

Las prisiones de la actualidad con toda su brutalidad, difícilmente dejan vivo algo en el ser humano que las sufre.

Apunta el anarquista ruso Pedro Kropotkin, “La prisión mata en el hombre todas las cualidades que le hacen más propio para la vida en sociedad. Le convierten en un ser que, fatalmente, deberá volver a la cárcel, y que -se extinguirá- en una de esas tumbas de piedra sobre las cuales se escribe *Casa de corrección* -, y que los mismos carceleros llaman *Casas de corrupción*”²³.

Las cárceles más allá de ofrecer un programa de readaptación, lo que procuran por su estructura y funcionamiento es la mayor corrupción de quienes en ella se encuentran. Posiblemente muchos regresen a la sociedad libre, pero la contaminación criminógena y el estilo de vida aprendido en la prisión, sin libertad, lo menos que hará es proporcionarles las circunstancias para un comportamiento que ya les resulta desconocido y a veces muy lejano.

Si lo más que se puede aprender en las prisiones es el perfeccionamiento de los delitos, no es difícil imaginar que los ex presidiarios salgan especializados y además con toda lógica, sin otro comportamiento que no sea el delictivo.

Además, la misma sociedad libre no favorece otro tipo de conductas en las personas que han salido de prisión. Se nos olvida que alguna vez fueron parte de nosotros.

Como lo ha afirmado en innumerables ocasiones el Doctor Antonio Sánchez Galindo, y a cuyos planteamientos me adhiero, los criminales, los presos, provienen de nuestra sociedad, ¿de dónde más?, crecieron, se formaron en nuestra sociedad, la misma donde en este momento nosotros somos libres, porque mañana quien sabe. Estos seres privados de su libertad, son parte de nuestros errores, de nuestra ausencia de valores, de nuestro egoísmo, de nuestra incapacidad para conciliar y perdonar. No son seres aparte, venidos de otro lugar que no sea esta misma sociedad que los ha generado. En ella eran libres y en ella perdieron su libertad. A ella regresaran para ser rechazados, señalados, estigmatizados.

²³ Cfr. Kropotkin, Pedro, *Las prisiones*, citado en:

<http://bivir.uacj.mx/LibrosElectronicosLibres/Autores/PedroKropotkin/Kropotkin,%20Pedro%20-%20Las%20prisiones.pdf>

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Las fallas de la prisión –que son muchas-, no se encuentran sólo en la prisión. Vienen desde afuera y hacia fuera irán. Aún cuando los programas de readaptación funcionasen al cien por ciento ¿de qué serviría? si cuando los internos regresan a su vida en libertad, la sociedad no hace más que volver a cerrarles las puertas de las oportunidades por sus absurdos prejuicios culpabilizadores. Y más aún, ¿merecería esta sociedad que ha mandado a tantos miles de sus miembros a la prisión, merecería que le regresasen seres humanos perfeccionados?

Por tanto, el problema de la prisión es un problema de la sociedad que lo ratifica. Por supuesto, también es un problema de las malas planeaciones de los Estados, de las políticas criminales basadas en la idea del castigo, de la venganza. Y más allá, es un problema de incumplimiento de leyes. Es a lo que Ferrajoli denomina, grados de garantismo²⁴ y cuya reflexión se aplica perfectamente en nuestro país. Tenemos una legislación penitenciaria bastante aceptable, aunque nunca suficiente, pero, en la *praxis* no vemos más que abusos, arbitrariedades y violación de derechos. También a nivel internacional tenemos instrumentos de gran calidad garantista y humanista y sin embargo, no se han podido contrarrestar los abusos que se suscitan dentro de las prisiones.

Las cárceles en la mayoría de los países patentizan hoy una situación de holocausto por violación de los derechos elementales a tantos cientos de miles de personas encerradas en algunos casos como animales. Con frecuencia la práctica penitenciaria incumple sus coordenadas básicas: no añadir sufrimiento alguno a la privación de la libertad, procurar la reintegración social y tratar al preso con humanidad²⁵.

Definitivamente hace falta mucha conciencia para poner en práctica la legislación que bondadosamente se ha fraguado desde el exterior y aun en algunos casos en el interior de nuestro país. De nada nos servirán tantas leyes garantistas de proyección humanista en tanto como individuos no aceptemos que también los criminales son seres humanos y que, no obstante que dañaron una parte de la sociedad, merecen un trato digno, humano y legal.

Se nos olvida arbitrariamente que existen medidas y proporcionalidad en las penas, que desde hace tiempo se ha implementado una filosofía, -al menos en la teoría- que intenta justificar el castigo, únicamente como una reacción ejemplar ante la desobediencia de las leyes y la vulneración de los bienes jurídicos de mayor trascendencia.

Retomando el tema de la readaptación, es difícil cuando no imposible, encontrarla o siquiera construirla dentro de las prisiones. Por los argumentos anteriormente expuestos y porque además requiere de la voluntad del interno.

²⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta, 4ª edición, Madrid, 2000, p. 854 y ss.

²⁵ Cfr. Beristain, Antonio, *Las cárceles del mundo nos exigen más atención, sinceridad y colaboración*, citado en: <http://www.ilanud.or.cr/A083.pdf>

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Lo cierto es, como advierte el Doctor César Barros Leal, que “en ninguna época y en ningún lugar, la prisión punitiva logró ser reformadora”, y en todo caso, si es que ha de darse una re-adaptación, ésta deberá surgir del convencimiento mismo del interno. “De verás, indica el Doctor brasileño, la única preservación o mejora factible es aquella que emana de un proyecto personal del sentenciado, que natural y voluntariamente –con o sin ayuda ajena– se evade de la infección perniciosa de la clausura”²⁶.

En suma, ¿existe la posibilidad de readaptación? Aunque en estricto sentido el “re”, muchas veces está fuera de lugar. Sí, claro que existe, se ha dado, pero ha dependido de la entera voluntad del interno. Hay quienes se justifican diciendo que no tiene otra opción más que aprender o perfeccionar su criminalidad –puede que tengan razón, la práctica lo demuestra–, pero también existe la poderosa fuerza de la voluntad, del raciocinio, la capacidad de retomar el rumbo, la posibilidad de elegir una vida distinta a la del delito. Y también para los internos aplica el argumento del perdón. Deben querer y poder perdonar a la sociedad, al Estado, al sistema y a sí mismos. De esta manera, por supuesto que puede darse esa tan aludida reinserción social.

Ahora bien, desde el punto de vista de la dogmática penal se han hecho también innumerables ataques que atañen a la pena de prisión y las formas de rehabilitación, readaptación o resocialización como su fin esencial.

En este sentido, algunas críticas realizadas concretamente a la resocialización pudiesen ser las siguientes:

- El único límite a la ejecución de la pena sería el éxito del tratamiento, lo cual podría dar pie a imprecisiones y arbitrariedades;
- La privación de libertad acentúa o consolida el deterioro del condenado;
- Implica un proceso de aprendizaje de valores que el sujeto debe interiorizar y, por lo tanto, tiene un fundamento moralizante y valorativo;
- El fundamento pedagógico o método de aprendizaje es bastante objetable, pues para enseñar la interiorización de esos valores utiliza el encierro. En otras palabras, para enseñar como vivir en libertad se le quita al ser humano esa libertad;
- La resocialización implica, necesariamente, un tratamiento, lo cual es criticado por las posiciones liberales, una persona no puede ser “adecuado” a la visión del mundo de otras;
- Si la sociedad es la que produce la delincuencia, resulta contraproducente y contradictorio exigirle al individuo que se resocialice; esto hace del programa resocializador algo “ideológico”, a saber, tendencioso y manipulador hacia una determinada concepción de mundo²⁷.

²⁶ Barros Leal... Op. Cit. p. 315.

²⁷ Sáenz Rojas... Op. Cit.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Expresa Elías Neuman, que “resulta difícil efectuar un tratamiento o terapia en prisión donde los allí alojados se sienten constreñidos por la represión diaria o no tienen que comer o donde dormir”²⁸.

5. Toma de postura

Quienes se dedican y quienes pretendemos dedicarnos al penitenciarismo, nos convertimos fácilmente en los enemigos de la conciencia del Estado. No es fácil desde la academia, desde las aulas llegar tocar las fibras más sensibles de los miembros de la sociedad libre. Desafortunadamente, la ideología del castigo y de la venganza se encuentra muy arraigada en los seres humanos. Muy pocas personas son capaces de desprenderse de su egoísmo para dar paso al perdón, a la conciliación.

La pena de prisión como instrumento sancionador no ha dado resultados, a menos que lo que se pretenda sea atormentar a ser humanos bajo el argumento de que han delinquido y le han hecho antes daño a la sociedad. Entonces, hablaríamos de venganza.

Definitivamente, no sé puede prepara a nadie para vivir en libertad donde no hay libertad. El medio tan hostil que representa la prisión no hace más que agravar la situación de quienes entran en ella. Bajo esa premisa no será posible ningún intento de reinserción a la sociedad del interno.

Es necesario cambiar paradigmas, cambiar de estrategia, por el bien de la sociedad, del Estado. Requerimos de una política criminológica y penitenciaria que atienda a una filosofía del castigo congruente con sus propias exigencias. No podemos pedir lo que no damos. Y resulta irrisorio pedir a los “criminales” que no delincan cuando los mayores grados de violencia vienen del sistema penal.

No es mi pretensión dar cátedras de penitenciarismo en este punto, se trata sólo de una reflexión si se quiere un tanto desesperada pero real. Estamos ante hechos reales que requieren de nuestra atención y sobre todo de nuestra sensibilidad.

Bibliografía:

- BARROS LEAL, César, *La ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos. Viaje por los senderos del dolor*, Porrúa, México, 2009.
- BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774. Estudio introductoria de Sergio García Ramírez, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- CEBALLOS GARIBAY, Héctor, *Foucault y el poder*, 3^a. edición, Ediciones Coyoacán, México, 2000.

²⁸ Neuman, Elías, *La prisión como control social en el neoliberalismo*, citado en: <http://www.ilanud.or.cr/A083.pdf>

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas, Contrahido a las leyes de España, para facilitar su reforma*, Estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2001.
- DEL PONT, Luis Marco, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Editor, México, 1991.
- FERNÁNDEZ ARCIGA, Andrea, *La criminalidad y su tratamiento en la legislación del siglo XIX antes de la codificación penal*, Tesina de suficiencia investigadora para obtener el Diploma de Estudios Avanzados en el Doctorado “Sociedad Democrática, Estado y Derecho” de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, España, México, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta, 4ª edición, Madrid, 2000.
- MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y Fábrica, Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, 4º edición, Siglo Veintiuno Editores, México, 2003.
- MORA, Wilfredo, *Penitenciarismo Dominicano*, 3ª edición, Colección Pensamiento Criminológico Dominicano, Santo Domingo, 2006.
- PAVARINI, Massimo, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Trad. Ignacio Muñagorri, Siglo veintiuno editores Argentina, Argentina, 2002.
- SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *Orientación Político-criminológica en torno a la justificación actual de la pena de prisión*, Memorias del Congreso Internacional de Política Criminal y Prevención del Delito, Retos y perspectivas de la seguridad, Secretaria de Seguridad Pública del Estado de Guanajuato, Guanajuato, 2005.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto y GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, *Criminología*, Porrúa, México, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Segunda reimpresión corregida, Buenos Aires, 2005.

Sitios Web:

- BERISTAIN, Antonio, *Las cárceles del mundo nos exigen más atención, sinceridad y colaboración*, citado en: <http://www.ilanud.or.cr/A083.pdf>
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art3.htm>
- KROPOTKIN, Pedro, *Las prisiones*, citado en: <http://bivir.uacj.mx/LibrosElectronicosLibres/Autores/PedroKropotkin/Kropotkin,%20Pedro%20-%20Las%20prisiones.pdf>
- NEUMAN, Elías, *La prisión como control social en el neoliberalismo*, citado en: <http://www.ilanud.or.cr/A083.pdf>
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-538s.pdf>

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- SÁENZ ROJAS, Mario A., *El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario*, Rev. Ciencias Sociales 115:125-136/2007(1) ISSN:0482-5276, <http://revistacienciassociales.ucr.ac.cr/numeros/115/saenz.pdf>

LA INDUSTRIA DEL SECUESTRO EN MÉXICO

Rubén FERNÁNDEZ LIMA

*A Emma Mendoza Bremauntz,
ejemplo de generosidad y sabiduría*

La sociedad mexicana padece en los últimos tiempos en el delito de secuestro, un fenómeno sociológico cada vez más amenazante, y sobrelleva un ánimo generalizado de frustración y exasperación, ante la insolvencia de los órganos del estado para impedirlo, reprimirlo o contenerlo.

El secuestro, conducta criminal de múltiples causalidades, ha producido consecuencias de tal orden, que no sólo intimida el régimen de libertades, sino su incremento cuantitativo y cualitativo, ha generado deterioro al estado de derecho y la estabilidad social, económica y política del país.

Este acto contrario a las normas de comportamiento colectivo, ha estado presente en todas las sociedades y desde tiempos antiguos. Con la finalidad de mantener el orden social, su comisión ha sido sancionada mediante leyes penales con medidas severas, pues atenta contra la libertad, la integridad física y la vida de las personas.

El Deuteronomio lo contemplaba y lo castigaba con pena capital, *Si se descubre que alguien ha raptado a alguno de sus hermanos, los hijos de Israel, y lo ha tratado brutalmente o lo ha vendido, ese ladrón morirá.*

En Roma se le llamó plagio al hecho de vender dolosamente a un hombre libre como esclavo. El rapto se reservaba a la acción de poseer a una mujer doncella, casada o viuda con ánimo de realizar acto sexual. Para Raúl Carrancá y Rivas (1): *donde la esclavitud es administrada, tiene que ser frecuente el robo de hombres cometido con el fin de venderlos y obtener de sus cuerpos la indebida ganancia. Plagio en principio significó esconder o suprimir a un esclavo en perjuicio de su dueño, o bien robarse a un hombre libre y venderlo como esclavo.*

El término Secuestro, del verbo latino *secuestrare*, se equiparó al plagio, pero no con intención de venta de una persona esclava que era equiparada a cosa (*res*), sino con el propósito de retenerla indebidamente para exigir dinero para su rescate o liberación. Posteriormente la doctrina jurídica le asignó al término Plagio, una connotación relativa a la apropiación de una creación intelectual u obra, mediante la copia de la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

misma, sin autorización de la persona que la produjo o creó, causándole con ello daño o perjuicio.

En nuestro país no existen datos confiables que demuestren la realidad en la comisión de estos delitos, las cifras -de existir- proporcionadas por las autoridades estatales y federales son contradictorias, incompletas o no actualizadas, y tratándose del delito de secuestro, los informes no pueden ser concluyentes debido entre otras razones, a la ventaja del estado de su control para evitar que este delito de alto impacto, provoque inquietud social y a la decisión de muchas víctimas de no hacer público su denuncia.

A pesar de ello, en la profusa obra *El delito de secuestro en México* de María de Jesús Parés Hipólito (2) se consigna que de acuerdo con información proporcionada por la Procuraduría General de la República durante los años 1993-1994, se cometieron más de 3 mil secuestros en el territorio mexicano, generado en ese periodo una derrama económica de 27,000 millones de pesos (se excluyen las sumas que fueron pagadas a los secuestradores y no denunciados). El punto más álgido -dice Parés Hipólito- se alcanzó en el año de 1997, cuando se denunciaron 1047 secuestro en toda la República. En 1998 el secuestro se convirtió en la principal actividad delictiva junto con el tráfico de armas, de drogas y el robo de vehículos. Estos hechos ubicaron a México desde hace 10 años, en la segunda nación con mayor número de delitos de este tipo en el mundo, únicamente por detrás de Colombia.

En otros estudios elaborados por separado por el Consejo Coordinador Empresarial y por la Comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, se deduce que el 70% de los secuestros consumados o tentativos, no se denunciaron al Ministerio Público, y que una de cada cinco víctimas, perdió la vida.

Para René Jiménez Órnelas (3) los hechos delictivos inciden en las relaciones sociales de los implicados y en la vida socioeconómica del entorno de su vida y citando a Durkeim, algunos conflictos sociales estarían vistos como un proceso en el que el actuar individual se separa del orden social, de las normas y los valores morales como resultado de un relajamiento del tejido social y agregaríamos que en el caso con concreto, el secuestro no es un hecho aislado ni espontáneo del conjunto delictivo de una sociedad. Es un acto que subvierte el orden colectivo, a partir de la debilidad del Estado detentador del monopolio del poder coercitivo para ejercer sus facultades disciplinarias.

Cuando se incapacita la función coactiva que se sitúa entre el máximo tolerable para no hacer peligrar las libertades individuales y colectivas y el mínimo necesario para asegurar la convivencia social, la criminalidad encuentra la mejor ocasión para expresarse. Es el pleno fracaso de la Política Criminal que Miguel Ángel García Domínguez, (4) entiende como *parte del quehacer del gobierno orientada a integrar, ordenar, sistematiza, estructurar y adecuar los medios que tiene el Estado para emplearlos en la lucha contra el delito, tiene como finalidad la justicia penal; y en su organización y estructura han de influir la extensión, características y tendencias de la criminalidad.*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

La criminología más conservadora, encuentra en la desviación conductual individual del delincuente como hecho aislado, la explicación a las diversas patologías o perversiones del acto delictivo. Describe a la mayoría de los secuestradores, como sujetos con una gran carga psicopática. Individuos con trastornos de la personalidad, estructura mental que les impide tener sentimientos de culpa y empatía, seres que se valen de otros para sus fines personales.

La psiquiatría los identifica como absortos en sí mismo, sin conciencia ni sentimiento alguno hacia los demás, para ellos las reglas sociales no tienen ningún significado. Un buen número de ellos creció en un entorno familiar muy violento y sin afecto, sin valores positivos, ni mecanismos de contención, sin frenos inhibitorios. Sin conflictos éticos, al cometer una atrocidad no sienten nada. No experimentan nada: arrepentimiento, piedad, culpabilidad, vergüenza, lastima. Un ser carente de temor.

Del cumplimiento adecuado, satisfactorio y pertinente de las políticas sociales y económicas por el Estado, depende la seguridad pública de la sociedad, la calidad y tamaño de su criminalidad y el grado pernicioso de su psicopatía colectiva.

La inseguridad y la oportuna y eficiente sanción del delito en nuestro país, parece obedecer a la omisión en el cumplimiento de sus funciones de las instituciones del Estado, rebasadas por la explosión de la delincuencia.

Las características del modelo social mexicano, son una parte del origen de la criminalidad, de la inseguridad: aumento de pobreza, desigualdad, inequitativa distribución de la riqueza, falta de oportunidades para la educación, desempleo, bajos salarios y pérdida de su poder adquisitivo, desintegración familiar, y adicciones entre otras.

La ausencia de oportunidades, el desamparo en que se vive incluso en el propio hogar, la violencia de que se es víctima en la familia, están produciendo una crisis de expectativas insatisfechas, que se traducen cada vez en más frustración y cada vez en más violencia.

La perseverancia en un modelo de desarrollo económico infructuoso; turbulencias prolongadas y reiteradas, estancamiento e improductividad y la excesiva concentración de capitales, ha procreado una economía de exclusión, las primeras generaciones de la crisis y las altas tasas de criminalidad

En las ciudades desde hace varias décadas, se han formado legiones de jóvenes criados en la pobreza, sin estructuras familiares, que viven en la economía informal y no tienen la menor esperanza de insertarse en la sociedad productiva. Una sociedad injusta no puede ser una sociedad segura.

En la parte individual, la mayoría de las personas que actúan en la comisión de delito de secuestro, sienten placer en la transgresión de las leyes, posiblemente de las pocas emociones que pudiera motivarles es el control y la dominación, y el lograr un alto beneficio económico inmediato es un estímulo. Estos hechos que se consuman con el sometimiento físico y emocional causando daño a la víctima y su familia y la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

alevosa forma en la obtención del dinero, representan para el secuestrador, la compensación a su personalidad narcisistas. El sujeto activo del delito satisface sus rasgos egocéntricos.

El delito de secuestro es quizás después de tráfico de drogas, de las actividades ilegales más redituables en términos pecuniarios, de acuerdo al estudio de la Comisión de la Cámara de Diputados antes referido, en el año 2000, los secuestradores obtuvieron 900 millones de dólares producto de la privación ilegalmente de la libertad de 3200 personas. Los factores sociales, las persuasiones económicas y la debilidad del Estado para inhibir y sancionar, han provocado el impresionante incremento de secuestros con dinámicas cada vez más crueles y atroces.

Este fenómeno criminal, ha motivado la reconversión en los procedimientos delictivos, produciendo bandas criminales organizadas de tal eficacia que su poder de actuación y rendimientos, han estimulado el surgimiento de toda una compleja *industria*, de cuya actividad ilícita muchas personas se ven beneficiadas.

Como consecuencia de la incontrolable presencia del delito en la sociedad y particularmente del secuestro, la vida económica en México se ha visto afectada en forma diversa. El Estado ha sido obligado a incrementar desde la década de los noventa, el gasto en materia de seguridad pública en una mayor cantidades de millones de pesos, sin embargo, la criminalidad no se ha reducido. Este gasto podría aplicarse al crecimiento económico y desarrollo social.

La necesidad de protección frente a la criminalidad se ha convertido en un mercado de importantes dimensiones. Ante el temor o la amenaza de ser víctima de secuestro, y las demandas de medidas de protección, han emergiendo negocios muy lucrativos que ofrecen servicios y soluciones en materia de seguridad. Construcción de murallas, bardas, alambradas, iluminación, instalación de sistemas de video, automóviles blindados, armas y equipos, guardias personales de seguridad, son algunas de las actividades que han permitido proliferar una gran cantidad de empresas privadas que compiten entre ellas por el monopolio del mercado.

Cobran particular relevancia, las cada vez más sólidas empresas especializadas, que ofrecen servicios de presuntos profesionales en asesoría e intervienen como asesores o negociadores en el suceso del secuestro, en el rescate de la víctima y la entrega de la recompensa. *Estas empresas de seguridad, están supliendo las funciones exclusivas del Estado en cuestión de seguridad pública, que tiene como fin garantizar el orden público y la paz social. Se delega a ellas la misión constitucional atribuida al Estado y son retribuidos hasta un 20% del importe del rescate.* (5)

Al lado de estas empresas negociadoras y a veces en su complemento, de manera muy activa en nuestro medio, es frecuente la presencia de prosperas compañías mexicanas de seguros, que actúan como intermediarias de extranjeras para la contratación de pólizas de seguros antisequestros, que incluye; evolución del riesgo,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

negociación, rescate, asistencia médica y psicológica a las víctimas. Su costo se establece entre 180 mil y 250 mil dólares para el aseguramiento de 6 personas.(6)

Finalmente otra consecuencia económica originada por el miedo a la persistencia del secuestro, ha motivado que una buena cantidad de inversionistas mexicanos emigren al extranjero y desde allá dirigen sus empresas. Por otra parte la imagen de un país inseguro desalienta la nueva inversión extranjera.

Otro agente que ha colaborado al incremento del secuestro son las prácticas de corrupción alentadas estrictamente para el enriquecimiento y la omisión para perseguir y castigar ese hecho delictivo, instaura la impunidad correlacionada con el avance cuantitativo y cualitativo del delito.

Ante el vacío provocado por la ineficacia en la intervención de los mecanismos de seguridad estatales, la pena se transforma en mercancía y en variable sustantiva en los escenarios de corrupción. El poder económico posibilita evadir al sistema penal y la aplicación de la ley. El avance de la criminalidad ha originado los intermitentes reclamos sociales en pos de seguridad, los cuales promueven el endurecimiento punitivo para que la pena se exhiba cada vez con mayor fuerza intimidatoria.

El universo jurídico en el que se ha inscrito este delito en nuestro país, lo hace muy singular, fue incluido normativamente por primera vez en el artículo 626 del Código Penal Federal de 1871, con el *nomen iuris* de *Plagio* y se le definió, como aquella conducta consistente en apoderarse de otro, por medio de violencia, de amagos, de amenazas, de la seducción o del engaño con alguno de los propósitos de vender al plagiado contra su voluntad al servicio público o de un particular en un país extranjero, engancharlo en el ejército de otra nación o disponer de él a su arbitrio de cualquier otro modo o que se exigiera como fines obligarlo a pagar rescate; a entregar una casa mueble, a extender entregar o firmar un documento que importe obligación o liberación, o que contenga alguna disposición que pueda causarle daño o perjuicio en sus intereses o en los de un tercero o para obligar que ejecute alguno de los actos mencionados. A esta conducta se le imponía de 4 a 12 años de prisión y multa de 500 a 3 mil pesos e inhabilitación perpetua para desempeñar toda clase de cargo, empleo u honores.

En el año de 1929 el Código Penal Federal fue modificado con cambios mínimos; se eliminó la denominación *Plagio*, designándose ahora a la conducta típica como *Secuestro*, incluyéndola en el capítulo II del Título decimonoveno; de los *Delitos Cometidos en Contra de la Libertad Individual*. Destaca la cancelación de la Pena Capital y el establecimiento de los mínimos y máximos por cada delito, estableciendo los días multa y la prisión celular. El Artículo 1105 incorpora el apoderamiento por medio de la violencia física o moral y desaparecen como medios de comisión el amago y las amenazas. La pena de muerte se sustituyó por la *relegación* (prisión) sancionando la conducta con 8 años, disminución de la multa de 80 a 1000 días de utilidad e inhabilitación por 20 años.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El Código Penal Federal de 1931, incorpora el secuestro en su libro segundo capítulo I, *Privación Ilegal de la libertad* y su artículo 366, tipificó el delito de *plagio o secuestro*. Se impuso de 5 a 20 años de prisión y multa de 100 a mil pesos cuando la detención arbitraria tenga carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes: Cuando se trate de obtener rescate o de causar daño o perjuicios al plagiado o a otra persona relacionada con éste; cuando se haga uso de amenazas graves, de maltrato o tormento; cuando la detención se haga en camino o en paraje solitario; cuando los plagiarios obren en grupo o banda, y cuando cometa robo de infante menor de siete años a un menor a la familia de éste. Se eliminaron la comisión por la seducción, el engaño y los amagos, y se reincorporaron las amenazas siempre y cuando fueran graves.

El Código Federal de 1931, ha padecido múltiples modificaciones respecto a la regulación del delito de secuestro el 9 de mayo 1946, se agrava la pena a 30 años de prisión, se suprime el término robo de infante y se aumenta edad de los menores de 7 a 10 años.

Veinte años después, el 15 de enero 1951 se reforma el título 21 del Código con el de Privación ilegal de la libertad y otras garantías, se incrementa a 30 años el máximo de la pena de prisión para todos los supuestos de secuestro y se introdujo nuevamente el robo de infante, debiendo ser el pasivo de 12 años.

La punibilidad del delito se agravó en la reforma del 5 de enero 1955, para quedar de 5 a 40 años de prisión.

El 20 de julio de 1970, se elimina nombre del capítulo y se duplica la multa en 20 mil pesos, se adiciona otra hipótesis; detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o causarle daño si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza.

Para evitar que el secuestrador obtuviera el beneficio de la libertad provisional bajo caución, el 13 de enero 1984, se incrementó el mínimo penal abstracto a 6 años de prisión y sanción pecuniaria se estableció en días-multa, fijándose en doscientos a 500 días.

El 3 de enero de 1989 la pena de prisión se aumenta a 50 años en aquellos supuestos en que el secuestrador priva de la vida a la persona secuestrada.

Una nueva reforma se produce el 17 de mayo 1990 para agravar la pena mínima a 15 años y la máxima a 60 cuando se priva de la vida a la víctima.

En la reforma del 1º de febrero de 1994, se niega la libertad preparatoria a los sentenciados por el delito de plagio o secuestro y dos años después y se eliminan las palabras plagio o secuestro definiéndose la conducta típica como *privación ilegal de la libertad*.

Con ánimo de continuar acrecentando la pena, el Ejecutivo Federal ha continuado promoviendo el endurecimiento de la sanción y el 12 de junio de 2000 se adicionó al artículo 366 un nuevo tipo penal agravado: *Se aplicará de 25 a 50 años de prisión y de 4*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

mil a 8 mil días multa cuando la privación de la libertad se efectúe con el fin de trasladar a un menor de 16 años fuera del territorio nacional con el propósito de obtener un lucro indebido por la venta o entrega del menor. El 30 de julio de 2004, se adiciona el secuestro Express al 163 bis, que se sanciona con pena de 7 a 20 años y 100 a mil días multa.

Durante todos estos años, los códigos penales tanto Federal como los de los Estados de la República, convivieron en franca contradicción con la Constitución Política Federal, que facultaba imponer la pena de muerte a los sujetos activos de este delito, prevista por el artículo 22 constitucional: *Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, solo podrá imponerse al traidor a la Patria, en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plaguario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.*

Frente a la exigencia de sectores diversos de la sociedad al Estado para que asuma medidas contundentes a fin de disuadir la comisión de este delito, el Titular del Ejecutivo Federal promovió y el Congreso de la Unión aprobó, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996.

Esta ley fue considerada como especial y los estudiosos del derecho le encontraron matices de inconstitucionalidad ya que vulnera el principio *non bis in idem*, el que prohíbe que un mismo comportamiento, resulte sancionado más de una vez. Este principio ha sido regulado por nuestra jurisprudencia. Se está también ante lo que se conoce como identidad de normas o concurso de delitos, a través de los cuales, varias acciones típicas se realizan en actos distintos (concurso real) o bien, cuando un solo comportamiento está contemplado en varios tipos penales (concurso ideal).

La Ley contra la delincuencia organizada, plantea el problema de competencia. Si bien es federal hay asimismo leyes locales, y tratándose de la comisión de delitos de asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos, si se realiza por una organización criminal y si los delitos son conexos con los ilícitos del Fuero Federal, el Ministerio Público Federal, ejerce facultad de atracción, sometiéndolos a ese ordenamiento.

La ley fue reformada el 21 de diciembre 2004, adicionando un párrafo al artículo 37: *En el caso de secuestro la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes sin haber participado en el delito, auxiliien con cualquier información que resulte cierta y eficaz para la liberación de las víctimas o la aprehensión de los presuntos responsables. La autoridad garantizará la confidencialidad del informante.*

Como puede observarse, los reclamos de seguridad que exige la sociedad, a las administraciones gubernamentales, han respondido con políticas extremas como el incremento de las penas, casi equiparable a la pena capital. En una convivencia colectiva amenazante, la intimidación propicia la cohesión de las sociedades, y exhiben parte de su precariedad, al reclamar el endurecimiento del derecho penal

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

como única solución a la inseguridad que experimentan. A pesar de ello, domina la escasa posibilidad de castigo, En México solo 9 de cada 1000 casos, cumple con una condena.

Lo anterior, da vigencia a las cruzadas contra el delito de Edmund Menzeger y la escuela alemana del derecho penal encarnada por Jacobs y Roxin, quienes han propuesto el endurecimiento del sistema penal y la instauración de una lucha contra un *otro*, cualquiera que este sea. Un trato diferencial para el enemigo, el derecho le niega su condición de persona, es considerado ente peligroso o dañino. Debe ser segregado o eliminado, lo cosifica y deja de considerarse persona. Ante esta disyuntiva punitiva, el Estado constitucional debe estar muy alerta pues su acción estatal puede desbordarse en perjuicio de las libertades o colapsarse y dejar a la sociedad sin defensa.

El peligro mayor de un Estado de Derecho es que, el aparentar privilegiar el principio de seguridad, se abre el camino para la instalación de la dictadura, y puede ser el pretexto para proteger los intereses de los detentadores del poder por una presión intolerable, con el argumento de tutelar los intereses de la comunidad.

El delito de secuestro, impone una serie de características jurídicas propias que lo hace singular, una de ellas tiene que ver con la presencia de nuevas modalidades como es el secuestro express, el secuestro simulado y el auto secuestro. Para estas dinámicas delictivas, el legislador ha tenido que crear nuevas tipologías y contemplar medidas diversas para su sanción.

Otro aspecto que contribuye a la ineficacia en el procedimiento y la ejecución de la sanción, es la forma en que los diferentes códigos penales de las entidades federativas, lo tipifican y desde luego lo sancionan. A este respecto, resultan particularmente relevantes por lo contrastante, el Estado de Baja California Sur, que en sus artículos 238-239, impone una sanción mínima de 10 años y máxima de 20 y el Estado de Campeche con penas de 5 a 40 años, los extremos de Michoacán de 5 años mínimo y 15 máximo, frente a las sanciones de Puebla con un Mínimo de 15 años y máximo de 50, siendo el más sorprendente el caso del Estado de San Luis Potosí con las sanciones más bajas; mínima de 4 y máxima de 8 años de prisión.(7)

En los últimos tiempos se han creado figuras que en lugar de ayudar a resolver el problema, complica la aplicación de la ley. Un ejemplo lo encontramos en las últimas reformas al artículo 132 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz, del 28 de enero de 2005, por la que se aprobó la adición, que autoriza el aseguramiento de las víctimas del delito de secuestro. Esta disposición, produce como reacción de las familias de las víctimas el pedir a las autoridades que no intervengan. La medida reduce el número de denuncias, no la comisión de estos delitos.

La punición de actividades conexas al delito de secuestro implica también el que se debiera proceder penalmente por los delitos de *encubrimiento* y *coparticipación* contra

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

las empresas y los abogados o profesionistas que se dedicaran a la negociación de secuestros sin dar aviso a las autoridades.

Por considerarlo de un gran aporte al avance en su abordaje legislativo al asunto del secuestro hago mención al trabajo que sobre la materia publicó Rubén Quintino Zepeda (8) quién destaca que nuestra legislación federal representa una decidida contradicción al principio de culpabilidad. Por su trascendencia jurídica, transcribimos las conclusiones de la Cuarta Reunión del Grupo de Planeación y Análisis Estratégico para el Combate del Delito de Secuestro celebrada en Tlaxcala, Tlaxcala, el día 14 de mayo de 2004.

Es urgente buscar la uniformidad de la legislación en materia de secuestro porque existe una evidente incongruencia entre los tipos penales y sus punibilidades en la mayoría de las entidades federativas, lo que genera desproporcionalidad en la sanción e incluso impunidad.

Con un modelo de legislación tipo en materia de secuestro:

- a) Se busca un concepto que integre los casos comúnmente conocidos como *secuestro Express*.
- b) Se pretende definir bajo qué reglas han de resolverse los casos en que el secuestro tenga como resultado lesiones o la muerte de la víctima.
- c) í) Se espera que contrario a lo que ocurre en la legislación federal mexicana, no represente una decidida contradicción al principio de culpabilidad.
- d) Se resolverá la cuestión de saber si las reglas del concurso ideal de delitos, pueden o no, ser sustituidas por las reglas propias de los delitos calificados por el resultado.
- e) Se resolverá la cuestión de conocer los límites de la posición de garante que recae en el sujeto activo de secuestro, en relación con su víctima y los ofendidos del delito, en cuanto al cuidado y la seguridad de éstos.

La problemática del tema en cuestión atañe a los siguientes planteamientos:

- a) El tipo penal de secuestro no aparece debidamente armonizado en los códigos penales de la República Mexicana.
- b) El concepto legal de secuestro que se busca ha de resolver los problemas que genera el así llamado "secuestro Express" en relación con el robo calificado.
- c) La legislación actual en México, de manera por demás discordante, aplica las reglas que rigen tanto al concurso de delitos, como las que rigen en el campo de los delitos calificados por el resultado.

Resolverse la cuestión de saber si las reglas del concurso ideal de delitos pueden o no sustituirse por los principios que aplican en el ámbito de los delitos calificados por el resultado.

- d) En la regulación del secuestro deben especificarse los alcances del deber de cuidado y de seguridad del secuestrador en relación con la víctima y los

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ofendidos del delito, aspectos que no están debidamente delineados en la legislación penal actual.

- e) Debe analizarse si las empresas particulares negociadoras del rescate del secuestro, así como los demás negociadores puedan intervenir en estos casos.

Finalmente hacemos mención a la propuesta de Quintino Zepeda (p. 132) (p. 134) a su Propuesta de legislación tipo en materia de secuestro:

Tipo básico de secuestro.

Artículo X. Comete el delito de secuestro:

Quien prive de la libertad corporal a otro con la condición y propósito de que para liberarlo pretenda:

- I. Causar algún daño o perjuicio económico;
- II. Determinar a otro en la realización de un cierto comportamiento;
- III. Alterar el estado emocional de alguno de los miembros de *h* familia de la víctima.

Tipo agravado de secuestro

Artículo X. Si el tipo básico de secuestro se agrava, entonces se impondrá de treinta a cincuenta años de prisión y de mil a tres mil días multa (o su equivalente en cuotas o salarios mínimos vigentes), y, en su caso, la destitución e inhabilitación del servidor público por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

El tipo básico de secuestro se agrava:

- I. Cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Que el secuestrador sea o haya sido servidor público o miembro de alguna corporación de seguridad privada; o bien...

Que el secuestro se desarrolle conforme a una mecánica de hechos que comprenda a dos o más entidades federativas.

- II. Cuando el autor del secuestro posea un especial conocimiento respecto de:

a) Algún vínculo de parentesco, amistad, gratitud, confianza o relación laboral con su víctima;

b) El estado de embarazo de su víctima;

c) La minoría de edad de su víctima o que ésta sea mayor de sesenta años de edad; o bien

d) Que por cualquier causa la víctima no pueda comprender o resistir el hecho.

- III. Cuando derivado de los fines del secuestro:

a) Se realice alguna mutilación física a la víctima; o

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

b) Se extraiga alguno de los órganos, tejidos u otros componentes de la víctima.

IV. Cuando al secuestrador le sea objetivamente imputable cualquier daño permanente o grave que sufra la víctima.

El daño a que se refiere esta fracción será objetivamente imputable al autor del secuestro si este resultado es lógica consecuencia de haber quebrantado el deber de garantizar el cuidado y la seguridad de la víctima.

El secuestrador tiene el deber de garantizar el cuidado y la seguridad de su víctima en los ámbitos de salud, vivienda, vestido, alimentos y transporte; asimismo, tiene el deber especial de conocer, antes y durante el hecho, las circunstancias particulares que a consecuencia de su conducta puedan repercutir en la salud de su víctima y de los ofendidos del delito.

El secuestrador responderá por el aumento de gravedad y el resultado que ésta cause en la salud de alguno de los ofendidos, si el mismo deriva a consecuencia de los hechos.

Se impondrá una pena de prisión de cuarenta y cinco años a sesenta años y de mil quinientos a tres mil quinientos días multa (o su equivalente en cuotas o salarios mínimos vigentes) cuando el secuestrador, culpablemente, prive de la vida a su víctima.

Tipo atenuado de secuestro

Artículo X. Si el secuestrador, debido a una motivación de la que resulte la preservación del orden jurídico, de manera espontánea deja en libertad a su víctima dentro de los tres días siguientes a la comisión del delito, sin haber logrado alguno de los propósitos previstos en el artículo XXX (tipo básico), se le impondrá de cuatro a doce años de prisión y de trescientos a mil días multa (o su equivalente en cuotas o salarios mínimos vigentes).

El juzgador valorará la conveniencia de la aplicación de la atenuante cuando en el caso exista alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que se realice alguna mutilación física a la víctima o que se le extraiga alguno de sus órganos, tejidos u otros componentes; o bien
- b) Que se trate de una mujer embarazada.

Aplicación de las reglas de concurso de delitos en casos de secuestro.

Artículo X. Si el secuestrado fuese también víctima de lesiones, en los casos en que éstas hayan sido cometidas con la finalidad de originar o mantener la privación ilegal de la libertad, se aplicarán las reglas del concurso ideal de delitos.

Por el contrario, en los casos en que las lesiones no hayan sido cometidas; con el fin de originar o conservar la privación ilegal de la libertad, se aplicarán las reglas del concurso real de delitos.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Citas

- 1.- Carrancá y Rivas Raúl et al. Código Penal anotado. 4^a, Edición. Editorial Porrúa. México 1972. pp 655.
- 2.- Parés Hipólito María de Jesús, El delito de secuestro en México, Fundamentos Político Criminales. Editorial Porrúa, México, 2007, p.15.
- 3.- Jiménez Órnelas René
- 4.- García Domínguez Miguel Ángel, Los delitos Federales Especiales, Editorial Trillas, México. 1988, p.18.
- 5.- ob. cit. p. 19
- 6.- Idem. p. 21
- 7.- García Ramírez, Sergio; "Los derechos humanos en la persecución penal", en *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México. Senado de la República, LVI Legislatura-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 519.
- 8.- Quintino Zepeda Rubén Propuesta de legislación Tipo en Materia de Secuestro.- INACIPE, México, 2007, p. X y XII)

LA IMPLEMENTACIÓN EN MÉXICO DEL TRATADO INTERNACIONAL “PROTOCOLO DE ESTAMBUL: EL PROTOCOLO FACULTATIVO PARA LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES INHUMANOS Y DEGRADANTES DE LAS NACIONES UNIDAS”

Talia GARZA HERNÁNDEZ

Sumario: Marco Teórico Introducción Antecedentes El protocolo de Estambul El Tratado Internacional en México Sobre la tortura México y los derechos Humanos Conclusión Bibliografía

1. Marco Teórico

El presente trabajo titulado El PROTOCOLO DE ESTAMBUL: EL PROTOCOLO FACULTATIVO PARA LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES INHUMANOS Y DEGRADANTES DE LAS NACIONES, se encuadra en lo concerniente al procedimiento de ratificación y aplicación en nuestro país en virtud de las disposiciones internacionales, a las que nos apegamos en virtud de los principios generales del derecho internacional público, así como principios de derecho internacional público, y la costumbre, en razón también del derecho de los tratados, al vivir en una comunidad de naciones todos estos conceptos aunque pudieran parecer tautológicos –puesto que es obvio que los Estados como las personas se sujetan a ciertas reglas generales- es necesario que nos familiaricemos con ellos.

Pero el proceso de firma, ratificación y aplicación del protocolo de Estambul en nuestro Estado, no puede escapar de la regulación del derecho interno, en este caso del Estado Mexicano, esto también por obvias razones de proximidad y de soberanía,¹ por lo que evaluaremos la situación del delito de tortura en México y su concepto, todo abordando también la idea del “Tratado Internacional”.

¹ Sobre soberanía también en doctrina constitucional, jurisprudencia y ley existe demasiada información a pesar de ello sabemos que la soberanía fue una aportación importante de Jean Bodino, como atributo del Estado, y también como legitimidad, aunque nuestro concepto de soberanía dista mucho de la idea de Bodino, puesto que se ha reconfigurado, se trata de épocas diferentes, no podemos olvidar que es un concepto

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Palabras claves: Protocolo de Estambul, Tratado Internacional, Tortura, Delito, Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Constitución, Ley, Sanciones.

2. Introducción

El Protocolo de Estambul: El Protocolo Facultativo para la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes de las Naciones Unidas firmado por México el 23 de septiembre de 2003² y ratificado el 30 de marzo de 2005³, responde a una serie de antecedentes diversos, aunque lo estudiaremos desde la óptica jurídica, no podemos negar la relación de nuestro trabajo con otros campos de las ciencias sociales, y todo esto tiene que ver con la agenda humanitaria que en las postrimerías del siglo XX, alcanzó un punto álgido, las brechas de pobreza y riqueza, los niveles de desigualdad no han sido resueltos, si las experiencias occidentales de las guerras, puede decirse concientizaron a un gran número de personas del “salvajismo” del que el hombre europeo era capaz⁴, las guerras subsecuentes en el siglo XX, lo demostraron sangriento y explotador como sus siglos antecesores.

Entonces en un contexto sociopolítico mundial al que inexorablemente estamos obligados, ¿cuál es el fracaso, el error o el acierto?, la guerra sigue siendo, un asunto íntimamente humano y conveniente, y es una solución política, las palabras de Clausewitz y de Maquiavelo, aunque ambientadas en un nacionalismo prusiano que hoy no existe, y florentino, que tampoco prima ya, no nos son aún muy ajenas del todo, después de todo quedan reminiscencias del carácter de lo humano, de su transitoriedad y también perpetuidad, y a la vez perentoriedad, seguimos hablando de las mismas cosas y de los mismos problemas, si bien el derecho como todas las ciencias es una ciencia progresiva y evolutiva, eso no nos quita también la naturaleza de la pertenencia.

3. Antecedentes

esencial para entender las relaciones entre los órganos del Estado, del poder público y entre Estados en el ámbito internacional, “es una condición una cualidad, de ser, de guardar un estado igual”.

² <http://www.presidencia.gob.mx/actividades/index.php?contenido=6378> (Revisada el 10 de enero de 2005).
<http://www.presidencia.gob.mx/actividades/index.php?contenido=6378> (Revisada el 10 de enero de 2005).

³ <http://presidencia.gob.mx/actividades/index.php?contenido=17419&pagina=17> (Revisado el 21 de junio de 2005).

⁴ En México ahora con el bicentenario nos encontramos con una situación literaria muy particular, el homenaje a Fray Servando Teresa de Mier, quien ya había denunciado “el salvajismo europeo”, en la época novohispana, la edición póstuma de Susana Rotker editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León es magnífica en el sentido introductorio a las memorias de Fray Servando, y ambas de utilidad en los antecedentes libertarios de no solo de las letras o el intelectualismo latinoamericano, sino de nuestras expresiones políticas, que se supone debieron haber descansado en un constitucionalismo social, al que no hemos arribado envueltos en guerras intestinas, civiles, fronterizas y regionales, y también con el fenómeno político latinoamericano del “empobrecimiento debido a la corrupción y nuestro pasado autoritario”.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Brevemente explicaremos los antecedentes del protocolo en cuestión, los más relacionados con la materia, primeramente “La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)” fue adoptada en 1984 y entró en vigor en 1987. Esta Convención promueve entre los Estados Partes que su legislación penal castigue los actos de tortura y otros malos tratos.

Con una propuesta que hiciera el gobierno de Costa Rica en 1991, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU determinó mediante su resolución 1992/43 del 3 de marzo de 1992 establecer un Grupo de Trabajo al cual se le encargó la tarea de elaborar un Protocolo Facultativo para la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes y posteriormente conoceríamos como “el Protocolo” o “el Protocolo Facultativo”.

La propuesta ya había sido intentada con ahínco, puesto que en el sistema europeo de protección de derechos humanos existía ya un el Comité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Al celebrarse la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 se afirmó nuevamente la necesidad internacional de erradicar la tortura y por ello se llamó a la comunidad internacional a adoptar el Protocolo Facultativo con el fin de establecer mecanismos preventivos de tortura a través de visitas regulares a los centros de detención, esto ha sido un trabajo muy acendrado por distintos organismos internacionales desde la “Red Cross International”, hasta Amnesty International.

Negociar el protocolo conllevó a una serie de acuerdos por ejemplo la propuesta presentada por Costa Rica establecía la existencia de un mecanismo internacional que pudiera supervisar cualquier lugar de detención en cualquier momento en el territorio de los Estados Partes con la posibilidad de ingresar libremente al territorio de cualquiera de los Estados ratificantes del instrumento, esto por ejemplo hoy en día está muy en boga con la “exigibilidad de los derechos humanos.”

Pero el transcurso de estas negociaciones y principalmente la iniciativa de Costa Rica ocasionó que durante las negociaciones del Protocolo, muchos gobiernos consideraran que ese tipo de medidas podrían atentar en contra de su soberanía al no contar con la posibilidad de controlar el acceso de los extranjeros.

Por ello el gobierno de México, sagazmente y apoyado por diversas delegaciones de países latinoamericanos propuso el 13 de febrero de 2001 un nuevo borrador de Protocolo en el que se establecía la creación de mecanismos nacionales de supervisión en contraposición a la propuesta de instancias internacionales.

Unos días después, el 22 de febrero de 2001 la Unión Europea encabezada por el representante de Suecia presentó un tercer borrador retomando principalmente la propuesta de Costa Rica, pero resaltando también la necesidad de que se crearan mecanismos a nivel nacional de supervisión.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Y es en abril de 2002 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó en su 58 periodo de sesiones celebrado en Ginebra, Suiza una resolución en la que aprueba el Protocolo.

Una vez adoptado por parte de la Comisión, éste pasó a la Asamblea General de las Naciones Unidas la cual lo aprobó el 18 de diciembre de 2009 por una mayoría contundente de los Estados Miembros: 127 votaron a favor, 42 se abstuvieron y 4 votaron en contra, México votó a favor de la resolución.

Estados Unidos de América obstaculizó las negociaciones alegando que el contenido del Protocolo, en específico el hecho de que se pudieran realizar visitas de inspección a las prisiones iba en contra de lo establecido por la Cuarta Enmienda a la Constitución

Así, el 4 de febrero de 2003 el Protocolo fue abierto a los Estados para su firma y ratificación. El Protocolo no entrará en vigor sino hasta el trigésimo primer día, contado a partir del depósito de ratificación número 20. México ya ratificó dicho protocolo.

Quiero adelantar en este espacio que con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, se inició un proceso de constitucionalización en el ordenamiento jurídico mexicano que no puede rehuir la exigibilidad de llevar a cabo los compromisos planteados en tratados internacionales en materia humanitaria en pro de la persona humana. Con esta reforma se logró positivizar un principio que antes tenía que extraerse mediante interpretación del artículo 133 constitucional, ahora los tratados internacionales en materia humanitaria son interpretables de conformidad con la constitución: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”⁵

4. El protocolo de Estambul

Este instrumento internacional de tutela de derechos humanos, como su título lo dice se refiere a la “*investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*” en una palabra resumida “a la tortura”, concepto que profundizaremos en otro apartado de nuestro trabajo, lo importante del análisis de este “manual o protocolo” es que por tratarse de un concepto que tiene que ver en materia de prisiones, derecho penitenciario, situación carcelaria, derecho penal o punitivo, tiene que ver no solamente con la facultad sancionadora⁶

⁵ Artículo 1, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011.

⁶ En doctrina de derecho positivo aunque el término sanción y pena, no sean lo mismo el Estado tiene ambas facultades o atribuciones, generalmente la primera es una situación administrativa en tanto que la segunda es una facultad judicial. En la introducción del citado protocolo, se incluyen unos renglones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 para explicar lo que no se considera Tortura “No se

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

del Estado, sino con algo más importante “la imposición de penas” es por ello que los derechos en materia judicial o de seguridad jurídica, son muy importantes, este protocolo forma parte de los instrumentos internacionales y con su inclusión en nuestro derecho interno bajo la condición *sine qua non* de soberanía de “los instrumentos en materia de tutela judicial”.

Este derecho, de no ser torturado, un derecho humano de todos nosotros es este “El derecho a estar libre de tortura” y se encuentra establecido en el marco del derecho internacional. En los siguientes instrumentos jurídicos internacionales y supranacionales: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prohíben expresamente la tortura. Así como también varios instrumentos regionales fijan el derecho a no ser sometido a tortura. La Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contienen prohibiciones expresas de los actos de tortura.

Pero esto es el marco jurídico del tratado, esencial para su creación, si estamos ante un instrumento legal internacional para combatir y proteger esta problemática de la tortura, y por ende en un contexto de “derecho humanitario internacional”, nos interesa la cuestión de los sujetos obligados “los Estados Firmantes” en razón del derecho internacional público y atendiendo a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, es interesante incluir esta cita pues nos conviene saber por el trabajo a que están obligados “los Estados firmantes” esto nos permitirá conocer mejor este protocolo. En el capítulo III, en la Investigación legal de la Tortura., leemos el artículo 73:

El derecho internacional obliga a los Estados a investigar con prontitud e imparcialidad todo incidente de tortura que se notifique. Cuando la información existente lo exija, el Estado en cuyo territorio haya una persona que presuntamente haya cometido o participado en la tortura, deberá o bien extraditar al presunto autor a otro Estado que tenga jurisdicción competente o someter el caso a sus propias autoridades competentes con fines de procesar al autor de conformidad con el derecho penal nacional o local. Los principios fundamentales de toda investigación viable sobre incidentes de tortura son competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad. Estos

considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”, contenida en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. La misma convención admite que la sanción disciplinaria sólo aplica cuando “Entre los objetivos de la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes... facilitar el procesamiento y, cuando convenga, el castigo mediante sanciones disciplinarias de las personas cuya responsabilidad se haya determinado en la investigación. Protocolo de Estambul, Anexo I, pp. 62.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

elementos pueden adaptarse a cualquier sistema jurídico y deberá orientar todas las investigaciones de presuntas torturas⁷.

Este artículo no se sostiene solo, existe todo un precedente de derecho internacional de corte humanitario que exige que “si los estados son los sujetos internacionales de más trascendencia en el derecho internacional público” ahora bien está obligado a investigar y según sea el caso extraditar a la persona que haya cometido la tortura o el acto incriminado, sujetos a las estipulaciones de su derecho interno, pero bien sabemos que el derecho interno no puede oponerse al derecho internacional en cuestión humanitaria. Si el fin del Estado es “en la idea” proteger al gobernado o ciudadano como se guste definir al individuo en el contexto nacional, en un mundo ciudadanizado, bueno el derecho internacional público justifica su actuación en el individuo ya sea paria o expatriado, exiliado o refugiado, desplazado o abusado, “la esencia es humanitaria”, un derecho internacional público no nacionalista ni excluyente.

El apartado B, del anexo determina los “Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la Tortura y otros casos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, esto nos dicta el artículo 77 del protocolo:

Los principios que a continuación se exponen representan un consenso entre individuos y organizaciones con experiencia en investigación de la tortura. Entre los objetivos de la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en lo sucesivo torturas u otros malos tratos) se encuentran los siguientes:

- a) Aclarar los hechos y establecer y reconocer la responsabilidad de las personas o los Estados ante las víctimas y sus familias;
- b) Determinar las medidas necesarias para impedir que se repitan estos actos;
- c) Facilitar el procesamiento y, cuando convenga, el castigo mediante sanciones disciplinarias de las personas cuya responsabilidad se haya determinado en la investigación, y demostrar la necesidad de que el Estado ofrezca plena reparación, incluida una indemnización financiera justa y adecuada, así como los medios para obtener atención médica y rehabilitación.⁸

En el artículo 78, se comentan las condiciones de la investigación legal, se establecen los lineamientos del procedimiento de investigación de la tortura, para tipificar el delito, estamos hablando de un delito o “crimen” internacional, que sin embargo, por razones de jurisdicción y competencia, y diríamos principio de definitividad, economía procesal, y por último y mucho más importante en “cuestión de derecho

⁷ El Protocolo De Estambul: *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Protocolo de Estambul) Art. 73.

⁸ El Protocolo De Estambul, *Op. cit.*, artículo 77.

interno”, deben avocarse al derecho interno, y el derecho interno debe reformarse subsecuentemente para no contravenir lo estipulado por el protocolo internacional:

Los Estados velarán por que se investiguen con prontitud y efectividad las quejas o denuncias de torturas o malos tratos. Incluso cuando no exista denuncia expresa, deberá iniciarse una investigación si existen otros indicios de que puede haberse cometido un acto de tortura o malos tratos. Los investigadores, que serán independientes de los presuntos autores y del organismo al que éstos pertenezcan, serán competentes e imparciales. Tendrán autoridad para encomendar investigaciones a expertos imparciales, médicos o de otro tipo, y podrán acceder a sus resultados. Los métodos utilizados para llevar a cabo estas investigaciones tendrán el máximo nivel profesional, y sus conclusiones se harán públicas.⁹

5. El Tratado Internacional en México

Antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011 el principal fundamento constitucional para la interpretación de las postulaciones de los tratados internacionales era el artículo 133 constitucional, hoy el artículo primero de nuestra norma fundamental es explícito y no deja ninguna duda de su aplicabilidad. Ahora bien, siendo prácticos tenemos que trabajar principalmente con tres aspectos: los órganos del Poder Público, -particularmente el Congreso, -las Facultades de estos órganos y la legislación, sobre los Tratados Internacionales nuestra ley suprema antes de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos de éste año dispone:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.¹⁰

Como bien sabemos nuestro sistema presidencial, -se funda sobre la base que dio identidad a los sistemas presidenciales “Checks and Balances” es decir pesos y contrapesos, otros teóricos buscan de encontrar la dificultad del sistema presidencial cuando se enfrenta en la comparación al régimen parlamentario¹¹, en la clasificación de “poder dividido y poder compartido”, sin entrar al análisis del poder político, -controlado mediante la Constitución- sabemos que se dan no de manera espontánea sino conforme a las necesidades, las implementaciones de los medios de control, no solo legales, parapolíticos o controles de facto, no suceden primero uno que fue y es

⁹ El Protocolo De Estambul, *Op. cit.*, artículo 78.

¹⁰ Artículo 133, *Op cit.*

¹¹ Aquí las palabras régimen y sistema las utilizamos de manera indistinta.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

el control parlamentario¹², esta fue la piedra angular del régimen parlamentario, y en la actualidad los medios de control constitucionales, en este tenor no podemos soslayar una realidad “los Tratados Internacionales son medios de control constitucional”.

Por ello es muy importante recordar el importante papel de control que ejercen los parlamentos y principalmente en el Estado Mexicano, más allá de analizar los controles políticos o el control jurisdiccional entre otras clasificaciones, observar que con la aprobación del Senado de los Tratados Internacionales se ejerce un “mecanismo de control constitucional”, no solo el control parlamentario y predominantemente político, sino un control constitucional porque el Tratado Internacional debe estar en concordancia con la Ley Suprema., porque es el Congreso el órgano del poder público facultado para promover reformas a la Constitución en virtud de su status de poder constituyente permanente.

El artículo 76 es muy claro respecto a la Facultad exclusiva del Senado en materia de tratados internacionales:

“Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos;”¹³

Sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha pronunciado diversos criterios, pero este que no se considera propiamente un Tribunal Constitucional según diversos tratadistas, es el intérprete supremo de nuestra Constitución, por lo cual es importante analizar sus criterios a la luz, de la naturaleza de nuestro sistema político democrático y presidencial, haciendo notorio que aun existen controversias entre la doctrina por no especificarse si el Tratado Internacional y la Ley Suprema de un país no pueden oponerse y si a ello se da la reforma constitucional para corregir la Constitución conforme al tratado, es

¹² Carl Schmitt en su Libro *La crisis de la democracia parlamentaria* nos brinda unos apuntes importantes, “la práctica del derecho constitucional y del derecho internacional no puede darse sin un concepto de legitimidad, el discutía el concepto de legitimidad en esa época, cuando habla de la democracia como totalidad. Y en realidad discute el principio democrático adoptado sin contradicción.” “That is significant for the jurisprudence of public law. Neither the theory nor the practice of constitutional and international law could get along without a concept of *legitimacy* and for that reason it is important that the dominant concept of legitimacy today is in fact democratic, pp. 30.

¹³ Artículo 76, *Op. cit.*

importante el criterio judicial aunque en México no tengamos formalmente un Tribunal Constitucional, la siguiente jurisprudencia ubica a los Tratados Internacionales nos brinda una contextualización que a continuación proporcionamos se trata de un criterio que analiza un aspecto muy importante para conseguir la aplicación de los Tratados Internacionales en un Estado-Nación “la incorporación”, la forma en la que se incorpora el tratado para aplicarlo en las normas de derecho interno.

TRATADOS INTERNACIONALES. INCORPORADOS AL DERECHO NACIONAL. SU ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD COMPRENDE EL DE LA NORMA INTERNA. El Estado mexicano tiene un sistema jurídico propio y asimismo forma parte de la comunidad internacional. Ante esta dualidad, derivada de la coexistencia de los sistemas jurídicos locales y de normas de carácter internacional, se genera la distinción entre el derecho nacional o interno y el derecho internacional o supranacional, atento a la fuente de la cual emanan y su ámbito espacial de aplicación. Ante ello, el órgano jurisdiccional debe atender en lo sustantivo, a la existencia de normas de carácter internacional que por virtud del mecanismo constitucional han quedado incorporadas al orden jurídico interno y a las normas locales que existan para establecer en un caso dado, cuál es la norma aplicable para regir el acto jurídico materia de la controversia, de modo que no puede decidirse en forma general y absoluta, que el derecho sustantivo extranjero no pueda aplicarse por el órgano jurisdiccional nacional, puesto que en México existen normas de carácter federal, como es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14 y 133 y el artículo 12 del Código Civil Federal, que dan supuestos concretos de solución, que deben ser atendidos para resolver en forma fundada y motivada una cuestión de esta naturaleza y por ende, si en el caso cabe o no la aplicación del derecho sustantivo extranjero. Así se tiene que del contenido del artículo 133 constitucional, se desprende que entre las fuentes internacionales del derecho, se encuentran los tratados o convenciones que constituyen acuerdos entre sujetos del orden jurídico internacional (Estados y organismos internacionales) que se han celebrado y toman en cuenta asuntos de derecho internacional por lo que con la interpretación gramatical de la primera parte del artículo 133, para considerar que un tratado sea, junto con las leyes emanadas de la Constitución y que sean aprobadas por el Congreso de la Unión "la Ley Suprema de toda la Unión", es menester que se satisfagan dos requisitos formales y uno de fondo, los primeros consisten en que el tratado sea celebrado por el presidente de la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

República y que sea aprobado por el Senado, mientras que el requisito de fondo, consiste en la conformidad de la convención internacional con el texto de la propia Ley Fundamental. En relación con los requisitos formales que hablan de la incorporación del derecho internacional al positivo de nuestro país, se describen dos procedimientos: 1. El ordinario, donde la adaptación se hace por medio de normas internas (constitucionales, legislativas, administrativas, etc.); y 2. El especial, también llamado de remisión, el cual implica que la regla de derecho internacional no se reformula, simplemente los órganos del Estado ordenan su cumplimiento, el cual tiene dos variantes: I. Requisito de orden de ejecución en el caso de tratados y II. El procedimiento automático en tratándose de costumbre internacional. Además de que en el caso del derecho internacional convencional debe atenderse también a las disposiciones del propio tratado sobre el particular. Por tanto, en materia de adaptación del derecho internacional al interno, el procedimiento especial es el predominante; sin embargo, cuando se está ante el procedimiento ordinario en el que nuestro país advierte no sólo la necesidad de observar el contenido del tratado internacional sino que considera oportuno, dada la importancia de la materia que regula el tratado en cuestión, incorporar dicha norma internacional al derecho nacional a través del procedimiento de incorporación ordinario, esto es, al reformar las leyes internas o, en su caso, emitir nuevas leyes que atiendan lo establecido en el tratado. Por eso cuando el acto de autoridad, reclamado vía amparo, se funde en el tratado internacional así como en la norma de derecho nacional y respecto de esta última ya existiere pronunciamiento de constitucionalidad por nuestro Máximo Tribunal, los argumentos tendentes a demostrar la inconstitucionalidad del tratado internacional que dio motivo a la expedición de la norma nacional, deberán desecharse atento a la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 80 ambos de la Ley de Amparo porque el análisis de la fundamentación y motivación del acto de aplicación del tratado internacional a nada práctico conduciría dado que no se podrían actualizar los supuestos contenidos en el numeral 80 de la Ley de Amparo pues si el acto reclamado no se funda únicamente en el tratado internacional, sino en un ordenamiento jurídico cuya existencia derivó del pacto internacional y cuya constitucionalidad ya fue declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no podría reintegrarse al quejoso en el goce de las garantías individuales que se estimaran transgredidas, puesto que la constitucionalidad del acto de aplicación

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

se sostendría por los restantes preceptos cuya constitucionalidad ya fue declarada.¹⁴

Los Criterios del Poder Judicial son fundamentales para comprender lo que hablamos, lo referido al Juicio de Amparo también nos parece importante, puesto que el Juicio de Amparo es un medio de control constitucional ejercido por los ciudadanos.

6. Sobre la tortura

No solo en México sino en todo el mundo la ineficiencia de las declaraciones derechos humanos es angustiante, viene a colación el Kasemi´s Case¹⁵, un periodista iraní asesinado, en el documento que analiza su muerte se enumeran tres cláusulas que se violaron y que constituyen “las tres áreas primarias de violación del derecho domestico e internacional” esto nos debería servir de escarmiento ya que México está a punto de ser sancionado por no dar cuentas de los feminicidios en Ciudad Juárez Chihuahua.

Las áreas son las siguientes: a) prohibición de la tortura b) derechos del acusado y c) la obligación de garantizársele el derecho a la vida.

El artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes establece el concepto de tortura:

Se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.¹⁶

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya establecía en 1966:

¹⁴ Registro No. 171888 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007 Página: 2725 Tesis: I.3o.C.79 K Tesis Aislada Materia(s): Civil, Común.

¹⁵ *Impunity in Iran, The Death of Photojournalist Zahra Kazemi*, Iran Human Rights Documentation Center Second Edition November 2006, pp. 35.

¹⁶ Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes establece el concepto de tortura. Art. 1.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Artículo 7 Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.¹⁷

Las convenciones latinoamericanas también son importantes, por tratarse de jurisdicciones regionales, en el artículo 5 referente a la integridad personal el numeral 2 establece: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”¹⁸

En México no hemos implementado comisiones de la verdad contrario a las CV desplegadas en América Latina, como por ejemplo Perú y Argentina, resulta insuficiente volver a anotar aquí cifras de asesinatos mejor aportemos un dato sobre las comisiones de la verdad, algo que no ha pasado en nuestro país:

El éxito de las CCV depende tanto o más del proceso de su creación, diseño, procedimientos, difusión de resultados y seguimiento que del informe de los resultados mismos. El objetivo tiene que ver con la transformación de una práctica política y social hacia el debate y el respeto mutuo. Esto requiere procesos transparentes y generalmente públicos, participación de la sociedad civil, amplia difusión y un proceso de seguimiento de las recomendaciones que va mucho más allá del corto tiempo que dura el trabajo mismo.¹⁹

Las comisiones de verdad recomiendan no más que la indemnización, la reparación que no “es una gracia del Estado” es la demanda del derecho internacional²⁰ y consiste en “la restitución de trabajos, pensiones, estado legal, propiedades, reputación; la rehabilitación médica, psicológica, legal; la satisfacción incluye el reconocimiento del daño, la aceptación de responsabilidad, el pedir perdón, la

¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, Artículo 7.

¹⁸ Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

¹⁹ ROTH-Arriaza; Nahomi, “Dificultades y desafíos de las comisiones de la verdad frente a la tortura, la reparación y la prevención”. En *Memoria, Seminario internacional Comisiones de la verdad: Tortura, reparación y prevención*, Ciudad de México, 18 y 19 de julio de 2002, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México) Asociación para la Prevención de la Tortura (Suiza) Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez. (México) Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (Chile), México 2004.

²⁰ “Esta demanda consiste también en no olvidar los errores colectivos, de abuso y de miseria “There would be no reconciliation if we forgot past errors, and there can be no peace-building without reconciliation.” No habrá reconciliación si no olvidamos los errores pasados y no podemos construir la paz sin reconciliación, incluimos esto en el apartado cuando hablamos de las Comisiones de la Verdad, que buscan una reconciliación colectiva, el contenido social de las cosas es ineludible.” YAMAWAKI; Naoshi, *Towards a renewal of the concept war, for the culture of peace*, pp. 163-165. *Cultural Diversity and Transversal Values: East-West Dialogue on Spiritual and Secular Dynamics*, UNESCO, France, 2006.

justicia; la compensación monetaria o por servicios por los daños físico y moral sufridos, los gastos, las oportunidades y los proyectos de vida perdidos, han tenido poco más éxito en Argentina y Chile, ni que decir de el Salvador.

7. México y el derecho humano al no padecimiento o sanción de la Tortura

El maestro de la Universidad de Yale, Immanuel Wallerstein quien tiene una amplia obra en materia de política y análisis del fenómeno de la Globalización en uno de sus múltiples artículos hace una aportación interesante:

Con toda seguridad, Las Casas fue un apasionado defensor de los derechos, de los pueblos. Fue, y es una conexión que hay que resaltar, el primer Obispo de Chiapas, hoy enclave de los neozapatistas, lugar donde es todavía necesario defender la misma causa que Las Casas asumió hace casi 500 años: los derechos de estos pueblos indígenas a su dignidad y a su tierra. Hoy estos pueblos se encuentran apenas un poquito mejor que en el tiempo de Las Casas. Por eso hay quien en consecuencia clasifica a Las Casas y a otros teólogos, filósofos y juristas neoescolásticos españoles como los precursores de Grotius y los verdaderos fundadores de los derechos modernos del hombre.²¹

En México, nuestra definición y prohibición constitucional de Tortura con independencia de todos los instrumentos coadyuvantes esta edificada sobre la base de las garantías individuales, que son nos guste o no académicamente nuestro catálogo de derechos fundamentales, así el artículo 22 constitucional a la letra dice:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.²²

Contamos en México con una Ley Federal para prevenir y sancionar la Tortura, publicada en nuestro diario oficial de la Federación en 1991 y con una última reforma en el año de 1994, esta ley nos dice en el artículo 3 que “Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada,” sin embargo existe una excepción para no

²¹ Immanuel Wallerstein, *El albatros racista, La ciencia social, Jörg Haider y la Widerstand* author: Immanuel Wallerstein original title: The Racist Albatros original language: English first published: Lecture at the Universität Wien, Mar. 9, 2000, in the series "Von der Notwendigkeit des Überflüssigen - Sozialwissenschaften und Gesellschaft" published in eurozine: December 20th, 2000 contributed by: Chiapas (Mexico) copyright: Chiapas (Mexico) translation: Ramón Vera Herrera.

²² Artículo 22, *Op cit.*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

configurar el delito de tortura: “No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad.”

Me parece importante acotar un punto que tiene que ver con nuestro tema principal que es la tortura pero individualizado en los niños, no podemos negar que en México la situación infantil de desigualdad por condición social y maltrato también es degradante, más en un país donde proliferan prácticas de redes sociales de pedofilia y pederastia, los libros: *Los niños de nadie* y *los demonios del Edén* nos guste o no abordan una problemática que todos conocemos, por ello es interesante ver como la Corte Interamericana se pronunció respecto a la condición jurídica y derechos humanos del niño, en una OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002, “*El principio de humanidad*.”

Este principio tiene el propósito de prohibir a las autoridades la comisión de abusos durante el cumplimiento de una pena o durante la institucionalización de un niño o niña. Tiene tres consecuencias principales: la prohibición expresa de aplicar torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; señalar los fines reeducativos y tendientes a la reinserción social de los niños que reciben las medidas; y la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas que tenían menos de 18 años al momento de los hechos. En consecuencia, una medida privativa de libertad “en ningún caso puede implicar la pérdida de algunos de los derechos que sean compatibles con ella e incluso debe reconocérseles todos aquellos derechos que sean necesarios para su adecuada socialización.

Asimismo, muchos centros de detención no tienen las condiciones de infraestructura adecuadas, ni recursos humanos ni profesionales con capacidad de desarrollar los programas de educación y trabajo que permitan la reeducación y la reinserción social que éstas medidas pretenden.²³

8. Conclusión

Existen los instrumentos de protección nacionales e internacionales, las instancias, los órganos y la voluntad política para detener estas prácticas ancestrales, pero ¿qué falta?, cuando analizamos que el país más poderoso del mundo se opone siempre vehementemente a las negociaciones y los esfuerzos en pro de abolir la tortura, no queda clara su permanencia en Guantánamo, practica en Afganistán e Irak a la fecha actos de tortura y lo mismo ocurre con sus demás pares.

En México, gracias a la reciente guerra que se libra en contra del narcotráfico las cosas han acabado por empeorar y exhibir un estado de por sí ya débil, con un

²³ En lo referente a garantías sustantivas y procesales, es decir en el aspecto de tutela judicial y seguridad jurídica. Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva Oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

aparato judicial y de ministerio público en medio de reformas que simplemente “no funcionan.” Las cifras hablan de cuarenta mil muertos.²⁴ Tenemos así un campo fértil de investigación pragmática porque se trata de una guerra donde los actos de tortura se perpetran guste o no por ambas partes, la parte perniciosa en busca de “ajustes de cuentas” y también retando al Estado Mexicano. El ejército en cumplimiento de su deber. De alguna o de otra manera ya sabemos que la Tortura, es ilegítima para una democracia, pero, el Estado al tener el monopolio legítimo de la fuerza nos orilla a admitir que este delito cometido por sus servidores públicos en el ejercicio de sus funciones es muy usual. Lamentable, si Schmitt tenía razón, el “concepto de democracia no es el mismo” ha cambiado, aunque la violencia sea una emoción humana²⁵, la agresión evidentemente va como ella lo dice en contra de la constitución de las naciones civilizadas.

Puedo para concluir señalar que la decisión del gobierno estadounidense de cancelar una transferencia de fondos a la UNESCO, de aproximadamente 60 millones de dólares, como apoyos para los programas que efectúa este organismo internacional en materia de ciencia, educación y cultura, por haber reconocido a Palestina como Estado-Miembro del citado organismo internacional,²⁶ y de lo difícil que es para los organismos internacionales que dicen promover fines humanitarios sustraerse del pragmatismo del poder político, lo cual nos habla y es la verdad, de intereses políticos mezclados con el ánimo de invasión, dominio político y social, unilateralidad, monopolio, guerra, genocidio, muerte y la tan peligrosa acción que desgarrar la vida llevándola a la muerte desde lo físico a lo mental: La tortura. Creemos que todos estos acontecimientos nos hablan de que la tortura y los comportamientos degradantes pueden disfrazarse y asumir múltiples formas. Por lo que es hora de cuestionarnos ¿cómo reaccionamos ante ella?, ¿quiénes la infligen?, ¿quiénes tienen el poder? Son respuestas por decidir.

9. Bibliografía

Libros y documentos

ARENDDT, Hannah, *Sobre la violencia*, Alianza Editorial, Trad. Guillermo Solana, Madrid, 2006.

Impunity in Iran, *The Death of Photojournalist Zahra Kazemi*, Iran Human Rights Documentation, Center Second Edition November 2006.

SCHMITT; Carl, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, translated by Ellen Kennedy, Sixth printing, 2000 First MIT Press paperback edition, 1988 This translation ©1985 by the Massachusetts Institute of Technology. This book was originally

²⁴ http://sdpnoticias.com/nota/66683/40_mil_muertos_en_Mexico_por_guerra_contra_el_narco.

²⁵ ARENDDT, Hannah, *Sobre la violencia*, Alianza Editorial, Trad. Guillermo Solana, Madrid, 2006.

²⁶ <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/31/internacional/1320073971.html> y <http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5gzKCfZvcipIrESVFz8HzsXNftx5w?docId=CNG.e80e6b1663ea63fb057c16e6c8e0fba6.01> .

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

published as *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, ©1923, 1926 by Duncker & Humblot, Berlin. The review by Richard Thoma was originally published in the *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 53 (1925), 215–217.

ROTH-Arriaza; Nahomi, Dificultades y desafíos de las comisiones de la verdad frente a la tortura, la reparación y la prevención”. *Memoria, Seminario internacional Comisiones de la verdad: Tortura, reparación y prevención*, Ciudad de México, 18 y 19 de julio de 2002, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México) Asociación para la Prevención de la Tortura (Suiza) Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez. (México) Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (Chile), México 2004.

WALLERSTEIN; Immanuel, *El albatros racista, La ciencia social, Jörg Haider y la Widerstand* author: Immanuel Wallerstein original title: The Racist Albatros original language: English first published: Lecture at the Universität Wien, Mar. 9, 2000, in the series "Von der Notwendigkeit des Überflüssigen - Sozialwissenschaften und Gesellschaft" published in eurozine: December 20th, 2000 contributed by: Chiapas (Mexico) copyright: Chiapas (Mexico) translation: Ramón Vera Herrera.

YAMAWAKI; Naoshi, Towards a renewal of the concept *war*, for the culture of peace, pp. 163-165. *Cultural Diversity and Transversal Values: East–West Dialogue on Spiritual and Secular Dynamics*, UNESCO, France, 2006.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Mexicanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA, NUEVA LEY PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 27 DE DICIEMBRE DE 1991 TEXTO VIGENTE, ÚLTIMA REFORMA PUBLICADA DOF 10-01-1994.

Legislación Internacional

Protocolo de Estambul *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2001.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José). <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Naciones Unidas. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 Entrada en vigor: 26 de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

Jurisprudencias y opiniones consultivas

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE

TRATADOS INTERNACIONALES. INCORPORADOS AL DERECHO NACIONAL. SU ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD COMPRENDE EL DE LA NORMA INTERNA. **Registro No.** 171888 **Localización:** Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007 Página: 2725 Tesis: I.3o.C.79 K Tesis Aislada Materia(s): Civil, Común.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD: FUNDAMENTO DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y LA REINSERCIÓN SOCIAL

Luis GONZÁLEZ PLACENCIA y Julieta MORALES SÁNCHEZ

I. INTRODUCCIÓN

La evolución del Derecho penal ha traído consigo nuevas concepciones a lo largo de la historia; así, se ha modificado la forma en que se entiende el delito y, en consecuencia, la forma en la que se pretende prevenirlo y sancionarlo.

La reforma penal de 2008 se inserta en un proceso que se produce de manera simultánea o alternada en América Latina¹ frente a la ineficacia de los sistemas vigentes. La modificación constitucional buscó instaurar una nueva concepción que, a pesar de sus incongruencias o retrocesos, persigue judicializar la ejecución de la pena² y paliar la profunda crisis en la que se encuentra el sistema carcelario actual.

Ahora tenemos de frente el reto de la implementación de la reforma constitucional de 2008. Para que la implementación de la reforma constitucional sea exitosa deben conocerse y reconocerse 2 realidades: a) no existen panaceas frente al delito, la inseguridad y la delincuencia y; b) la dinámica actual del delito es distinta y éste ya no sólo radica en la persona sino en una serie de variables complejas e interrelacionadas que hay que atender.

En este artículo se analizará la centralidad que los derechos humanos deben tener durante la ejecución de la sanción privativa de libertad bajo el paradigma de la reinserción social; así como los retos que el Estado mexicano tiene en esta materia.

II. EL NUEVO PARADIGMA DE LA REINSERCIÓN SOCIAL.

¹ Cfr. Maier, Julio, Ambos, Kai y Woischnik, Jan (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2000, p. 373.

² Así, el artículo 21 indica que “la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. Con esta reforma se pretende dotar de seguridad jurídica e imparcialidad a la ejecución penal. La vigencia del principio de contradicción actualiza el debido proceso y da certeza jurídica, por lo cual la judicialización de la ejecución es una oportunidad para la garantía efectiva de los derechos de las personas privadas de su libertad.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Las *Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, determina que el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son proteger a la sociedad contra el crimen;³ además se señala que el período de privación de libertad debe emplearse, en la medida de lo posible, para que la o el delincuente “una vez liberado(a) no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo (regla 58)”.

La inclusión del término “reinserción” en el artículo 18 constitucional replantea la visión del delito y la obligación del Estado frente al delincuente.

Se ha cuestionado la sustitución del término “readaptación” por “reinserción”. Cambio en el que, se argumenta, no se consideró la normativa internacional en la materia.⁴ Sergio García Ramírez, sostiene que el cambio de readaptación por reinserción fue innecesario en virtud de que en su concepción “la readaptación en un Estado de Derecho tiene como finalidad colocar al sujeto en la posibilidad de no delinquir de nuevo; dotarlo de los medios para elegir, en libertad”; es decir, “no se trata de convertir al individuo, de adoctrinarlo, de privarlo de identidad y arbitrio, sino de dotarle de elementos necesarios para optar, con libertad, y conducir su existencia conforme al ordenamiento prevaleciente. Para que ejerza su libertad y elija, con capacidad de opción, el camino que prefiera”.⁵

Los diferentes términos utilizados -reinserción, readaptación, rehabilitación o readaptación- pueden dar lugar al debate.⁶ Pero, independientemente del debate terminológico, debemos centrarnos en el contenido de este nuevo paradigma que es necesario erigir y fortalecer en el sistema penitenciario. Así, aunque el cambio de denominación es relevante,⁷ se debe abandonar el criterio por el que se busca incidir en la personalidad de quien delinque y centrarse en un enfoque de intervención frente a los hechos y las causas estructurales del delito⁸.

Hay que modificar la visión que atribuye un papel pasivo a la persona privada de la libertad, que la clasifica como una persona de segunda, como una persona

³ O en otros términos, corregir conductas “antisociales”.

⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos habla de que las penas privativas de la libertad tendrá como finalidad esencial “la reforma y la readaptación social de los condenados”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma: “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

⁵ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, Porrúa, México, 2008, p. 184.

⁶ *Informe Especial sobre la situación de los Centros de Reclusión en el Distrito Federal 2005*, Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal.

⁷ Cfr. Baratta, Alessandro, “Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del sentenciado”, Seminario *Criminología crítica y sistema penal*, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990.

⁸ Cfr. Azaola, Elena y Ruiz Torres, Miguel Ángel, “Política criminal y sistema penal en México”, *El Cotidiano*, número 153, pp. 5-11.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

“anormal”, “inferior”, “desadaptada” con base en un modelo único de “existencia correcta” al interior de la sociedad. La persona privada de su libertad debe ser vista como un sujeto de derechos y no como un objeto de la normatividad penal.

Frente a una realidad carcelaria desocializadora, inhumana y degradante, el paradigma de la reinserción busca que se respete la dignidad de la persona privada de la libertad y que se inicie un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el que las personas reclusas se reconozcan en la sociedad externa y viceversa.

El modelo de reinserción social no debe basarse en la ordenación y homogeneización de las personas bajo un molde de “ciudadanía correcta, buena, única”; por el contrario, debe considerar la diferencia y la heterogeneidad de los proyectos de vida, de las historias personales, de las características y objetivos personales, los cuales - sin duda- deben desenvolverse en un marco de respeto al derecho pero sin violentar derechos.

1. Trabajo y educación.

Si se desea que los programas de actividades de las prisiones tengan el efecto deseado -la reinserción-, es importante que cada persona encarcelada sea reconocido en su calidad de persona. Por ello, las actividades de capacitación y educación se deben personalizar.

El trabajo más que un medio para lograr la reinserción, es un derecho -como se verá más adelante- pero para lograr la reinserción, el trabajo y capacitación al interior de la prisión deben responder a las posibilidades de trabajo afuera de la misma y a las capacidades intrínsecas de quienes se encuentran presos.

Cada persona que entra a prisión llega con un bagaje de experiencias de vida y prácticamente todas las personas reclusas serán puestas en libertad algún día. La experiencia en prisión debería vincularse con lo que posiblemente le espere a cada persona después de su liberación.

Además, es importante que las condiciones de trabajo de las personas reclusas estén sujetas a las mismas leyes de seguridad e higiene laboral, indemnización por accidentes y enfermedades profesionales, que las que rigen en la comunidad.

La educación en prisión, en el más amplio sentido del término, debe estar dirigida a desarrollar íntegramente a la persona, tomando en consideración sus antecedentes sociales, económicos y culturales. Así, dentro del paradigma de la reinserción, el aprendizaje debe concebirse no como transmisión de conocimientos, sino como *formación*. En el sistema interamericano se ha sostenido que la falta de maestros o maestras, así como los precarios recursos en los lugares donde se encuentran las

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

personas privadas de su libertad limita sus posibilidades de reinserción efectiva en la sociedad y el desarrollo de sus proyectos de vida.⁹

Bajo el paradigma de la reinserción no sólo se debe capacitar para el trabajo sino también garantizar la posibilidad de que una persona que sale de un centro de reclusión pueda tener, con base en esa capacitación, una oportunidad laboral.

Lamentablemente el panorama nacional es adverso a este fin: la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su estudio “Panorama del Empleo 2010”, informó que la tasa de desempleo en México alcanzó 5.5% en abril pasado, con un incremento de 45% desde finales de 2007.¹⁰

El Instituto Nacional de Estadística y Geografía además observó que 12.5 millones de personas, que representan 28.6% de la población ocupada, laboran en el sector informal, el porcentaje más alto de los últimos cinco años con un incremento de 365 mil personas respecto al dato de un año antes.¹¹

Además de estas dificultades estructurales, los datos muestran las serias deficiencias del sistema vigente y, a la vez, evidencian la imperiosa necesidad de avanzar hacia una reforma penitenciaria integral. Por ejemplo, en el periodo septiembre 2009 a junio 2010, sólo 5,114 personas sentenciadas participaron voluntariamente en actividades laborales, educativas, socioculturales, recreativas y deportivas en los centros carcelarios y penitenciarios federales.¹²

III. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD.

Es conocida la grave situación que se vive al interior de las prisiones, así como los problemas de sobrepoblación, hacinamiento, autogobierno -entre muchos otros- que persisten en su interior.

Sin embargo, no deja de ser paradójico que las reiteradas demandas de sustitutivos penales¹³ se empañen con la creciente utilización de la pena de prisión, la cual

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 174.

¹⁰ http://www.oecd.org/document/28/0,3343,es_36288966_36287974_38828060_1_1_1_1,00.html (fecha de consulta: 2 de octubre de 2010).

¹¹ *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*, Primer trimestre de 2010, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <http://www.indetec.gob.mx/e-financiero/Boletin169/tasa%20desempleo%201er%20trim10%20inegi.pdf> (fecha de consulta: 02 de octubre de 2010).

¹² *Cuarto Informe del Ejecutivo Federal*, septiembre de 2010, <http://www.informe.gob.mx> (fecha de consulta: 02 de octubre de 2010).

¹³ Entre otros, cfr. Valmaña Ochaíta, Silvia, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 26. Sobre mecanismo alternativos de solución de conflictos, véase Moreno Hernández, Moisés, “Comentarios en torno a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el principio de oportunidad”, en *Sistema Penal, Edición especial: La reforma penal en México*, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, agosto de 2007, pp. 337-347.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

difícilmente cede terreno a otras hipótesis menos dañinas y, posiblemente, más fructíferas para la sociedad en su lucha -absolutamente necesaria- contra el crimen. Lo anterior se produce en un contexto en el que asumimos que la pena de prisión está en “crisis”, al menos como instrumento sustancialmente único y rígido de reacción penal.¹⁴

La realidad ha demostrado la necesidad de emplear medidas alternativas a la prisión--utilización de justicia restaurativa en el caso de robos menores-- y la conformación de una red de contención del delito. Hay que replantearnos la duración de las penas, eliminar los estudios de personalidad y la pena privativa de libertad para delitos culposos y delitos patrimoniales.¹⁵

Ahora bien, independientemente de la clara necesidad de instaurar penas alternativas de prisión bajo una idea de Derecho penal democrático y derecho penal mínimo,¹⁶ es urgente que al interior de las prisiones se dé cabal cumplimiento a los derechos de las personas que ahí se encuentran, ya sea en su carácter de procesadas o sentenciadas. Es pertinente recordar que la pena privativa de libertad no afecta el goce de la suma de derechos que le corresponden a las persona.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que las personas privadas de su libertad tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad humana.¹⁷

¹⁴ Morillas Cuevas, Lorenzo, “Reforma del sistema de penas. Especial consideración a las alternativas a la pena de prisión” en Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco (coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 54.

¹⁵ La valoración de la “peligrosidad” de una persona implica una apreciación subjetiva de quien juzga acerca de la probabilidad de que aquél incurra en nuevos hechos delictuosos, esto es, agrega a la imputación de los hechos realizados, la previsión de hechos que probablemente ocurrirán en el futuro. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fermín Ramírez*, párrs. 89 y 93-96. Así, los beneficios de libertad anticipada se otorgan a criterios que pueden estar expuestos a la arbitrariedad y subjetividad.

¹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que el poder punitivo del Estado sólo se despliega en la medida estrictamente necesaria para proteger bienes jurídicos fundamentales contra los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Así, ha negado la pertinencia de tipificar penalmente comportamientos ilícitos que pudieran ser sancionados por otras vías. Cfr. *Caso Kimel*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrs. 63 y 76. Asimismo, cfr. Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 251-260.

¹⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros*, Sentencia 21 de junio de 2002, párr. 168; *Caso Tibi*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 150; *Caso Lori Berenson Mejía*, Sentencia de 24 de noviembre de 2004, párr. 102; *Caso Caesar*, Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 97; *Caso Fermín Ramírez*, Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 118; *Caso Raxcacó Reyes*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrs. 73-82 y 95; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 221; y *Caso López Álvarez*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párrs. 105 a 106.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Y el Estado -que ejerce sobre estas personas un control prácticamente absoluto- tiene una condición especial de garante¹⁸ en relación con sus derechos humanos. Por lo cual debe preservar su integridad personal, cuidar su salud y bienestar y evitar que se exceda, con medidas improcedentes, el sufrimiento inherente a la detención. La vulneración de los límites a la actuación del Estado, responsable de las y los detenidos, puede entrañar tortura o trato o pena cruel, inhumano o degradante. La carencia de recursos económicos -un problema que se proyecta con intensidad en el ámbito de las instituciones de reclusión- no justifica el menoscabo de la dignidad humana por parte del Estado.¹⁹

También es posible atribuirle al Estado responsabilidad por las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes que sufre una persona que ha estado sujeta a la custodia de agentes estatales, si no realiza una investigación seria de los hechos seguida del enjuiciamiento de quienes aparezcan como responsables.²⁰

En otro orden, el artículo 18 constitucional dispone que el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte son medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad. Vale la pena recordar que el trabajo, salud y educación son derechos humanos frente a los cuales el Estado tiene obligaciones específicas. Así, los derechos económicos, sociales y culturales cambian de perspectiva al interior de los centros penitenciarios ya que dejan de ser progresivos y programáticos para convertirse en una obligación directa e inexcusable a cargo del Estado.

En el tenor de estas reflexiones, el Estado tiene responsabilidad de limitar, contener y erradicar la violencia estructural que existe al interior de las prisiones. Si lo que perseguimos es la efectiva reinserción social entonces hay que combatir el autogobierno, la construcción de redes delincuenciales y los mercados ilegales al interior de las prisiones.

IV. CAPACITACIÓN DE LAS Y LOS OPERADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO.

En esta materia es necesario que se forme a quienes operan el sistema penitenciario *desde y para* los derechos humanos y con perspectiva de género; como una opción que

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 152; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 110.

¹⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Boyce y otros, cit.*, párr. 88; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 170; y *Caso Yvon Neptune, cit.*, párr. 129.

²⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Juan Humberto Sánchez, cit.*, párr. 111; *Caso Baldeón García*, Sentencia de 6 de Abril de 2006, párr. 120; y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 273.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

conduzca a la garantía efectiva de los derechos y combata el “autogobierno” y “gobierno de las y los custodios”.

Por ello la aplicación del derecho en materia penitenciaria debe guiarse por el principio *pro persona*, lo cual permitirá fortalecer el goce y ejercicio de los derechos humanos aún en contextos que puedan considerarse “adversos”.²¹ Al respecto, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del Poder Judicial Federal estableció la obligatoriedad del principio *pro persona* en aras de la protección del ser humano y en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano.²² Si este principio llega a permea la actividad pública mexicana, se avanzaría en la protección amplia, progresiva y extensiva -e incluso desprejuiciada- de los derechos de las personas privadas de su libertad. Lamentablemente el principio *pro persona* fue eliminado del Dictamen del Senado respecto a la reforma constitucional en materia de derechos humanos²³ pero eso no tendría porque limitar su aplicación en el sistema penitenciario.

Tanto a nivel nacional²⁴ como en otros países²⁵ existen resoluciones relevantes sobre la necesidad de dar fiel cumplimiento a los criterios internacionales al interior de los Estados y la materia carcelaria no debe ser la excepción.

²¹ Cfr. Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú Martín y Courtis, Christian (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara, Universidad Iberoamericana, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, México, p. 163; y Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, pp. 28-34.

²² Tesis: I.4o.A.464 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, Febrero de 2005, p. 1744. Previamente esta posición se sostuvo en: Tesis I.4o.A.441 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, Octubre de 2004, p. 2385.

²³ La propuesta de la Cámara de Diputados mexicana aprobada el día 23 de abril de 2009 y publicada en Gaceta Parlamentaria número 2743-XVI sostuvo: “...En su aplicación, bajo el principio de no contradicción con esta Constitución, *se observarán aquellas que resulten más favorables a los derechos de las personas* (artículo 1, segundo párrafo)”. El principio *pro persona* aquí incorporado fue eliminado por la Cámara de Senadores en votación de 8 de abril de 2010 y devuelto a la Cámara de Diputados para los efectos constitucionales respectivos.

²⁴ Sobre la obligación de ejercer el control de convencionalidad, cfr. Tesis, XI.1o.A.T.47 K *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, Mayo de 2010, p. 1932; Tesis I.4o.A.91 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, Marzo de 2010, p. 2927.

²⁵ La *Corte Suprema de Argentina* ha resaltado la necesidad de que se implementen las obligaciones internacionales de la Nación. Corte Suprema argentina, *caso Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, fallo 315:1492, 7 de julio de 1992, considerando 22. La *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica* consideró que “si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa... tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de

V. REFLEXIONES FINALES: LA JURISDICCIÓN PENITENCIARIA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Actualmente, nada o casi nada proporcionan las colapsadas prisiones a las personas que moran en ellas a fin de que se reinseren a la sociedad;²⁶ es más, las prisiones se han convertido en un mecanismo de exclusión total de la persona. Por ello tenemos el desafío de reconceptualizar la jurisdicción penitenciaria, analizarla y modificarla a la luz de los derechos humanos para someterla a los límites que éstos imponen.

Hay que enfatizar que la ineficacia funcional de la prisión no se corregirá con reformas normativas parciales, aisladas y con escasa incidencia, por ello se requiere una reforma penitenciaria y procesal integral. El combate al delito debe ser sistémico y cualquier programa para su prevención debe necesariamente prever planes de desarrollo.

Es importante también realizar el control de legalidad y el control de convencionalidad²⁷ de los actos de la administración penitenciaria que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de la libertad, así como realizar el control judicial de las condiciones de privación de libertad; la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas debe ser periódica y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales.

Claramente frente al control jurisdiccional de la ejecución hay inercias y tentaciones como el retorno -si es que ya lo abandonamos- al proceso inquisitorial y sus efectos

Periodistas, expediente 0421-S-90, número 2313-95, 9 de mayo de 1995, considerando VII. *La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador*, determinó que “corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana...el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos”. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, 1 de abril de 2004. *El Tribunal Constitucional del Perú*, habló de la existencia de “un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. Tribunal Constitucional de Perú, expediente N2730-2006-PA/CT, Caso de Arturo Castillo Chirinos, 21 de julio de 2006.

²⁶ Barros Leal, César, *La ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos*, Porrúa, ILANUD, UNAM, México, 2009, p. 19.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco*, Sentencia 23 de noviembre de 2009, párr. 339. La primera vez que la Corte se pronunció en este sentido fue en el *Caso Almonacid Arellano y otros*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124. Cfr. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 2007-2009”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 13, 2009, pp. 503 y 504.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

en la ejecución de la pena. Mientras los modelos inquisitivos ven en el proceso una sucesión longitudinal de eventos que se suman en el tiempo para descubrir un resultado, los modelos procesales garantistas aprecian el proceso como una intervención transversal destinada a generar terceridad para la mejor custodia de las garantías: allí en donde se toma una decisión que puede afectar un derecho, es necesario un mecanismo procesal que limite la posibilidad de desbalance entre las partes. El triángulo procesal, por lo tanto, es aplicable a cada momento en que se toma una decisión que puede vulnerar un derecho del inculpado pero también de la víctima.²⁸

Es necesaria además la homogeneización en la implementación de la reforma en las entidades federativas y el Distrito Federal, en aras de la seguridad jurídica de las personas inculpadas y de las víctimas del delito.²⁹

Se requiere además la participación activa de la sociedad, la democratización de las prisiones y la desestigmatización. La sociedad tiene que monitorear permanentemente el régimen de vida y la situación en las prisiones. Las prisiones deben estar abiertas al escrutinio público; hay que romper la opacidad e impermeabilidad que ha imperado por tanto tiempo.

En suma, para lograr una efectiva implementación del nuevo sistema de justicia penal debemos controlar las variables de carácter estructural que pueden afectar, retrasar o reducir su eficacia. Hay que solventar los problemas estructurales, administrativos y burocráticos existentes a fin de construir un Estado de derechos.

Sin duda, la ejecución de la pena debe tener como fundamento a los derechos humanos; sólo así lograremos una efectiva reinserción social y un combate eficaz a todas las circunstancias que generan ilícitos a fin de minimizar la incidencia delictiva. Hay que asumir el reto que representa la “crisis” carcelaria. Podemos comenzar erigiendo conjuntamente un paradigma humanista, respetuoso de los derechos y de las diferencias.

²⁸ González Placencia, Luis, “La reforma penal constitucional: el desmantelamiento del Estado Constitucional de Derechos” en *Sistema Penal...*, cit., p. 120.

²⁹ Vizcaíno Zamora, Álvaro, “Diez pasos para instrumentar la reforma constitucional en materia penal en los estados de la República”, *De cara a la Reforma Penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales 2009-2010*, México, 2009, pp. 82-86.

LA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Samuel GONZÁLEZ RUIZ y Julio Cesar GUILLÉN BONIFAZ

La Constitución y la legislación federal ha sufrido en los dos últimos años importantes cambios, dando como resulta la creación de nuevas leyes que están definiendo nuestro nuevo sistema de seguridad pública; generando mecanismos de actuación y coordinación entre los tres ámbitos de gobierno para hacer frente a los graves problemas de inseguridad por los que atraviesan los Municipios, Entidades Federativas y la Federación, teniendo como fin único, que la seguridad pública se vea reflejada en la vida diaria de nuestra sociedad y en sus instituciones.

La nueva legislación en materia de seguridad pública tiene como base la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, que incorpora nuevos procesos, facultades, principios e instituciones a nuestro orden jurídico, por lo que a lo largo de estos años se ha ido reglamentado esos elementos, a través de la reciente Ley General del Sistema de Seguridad Pública, Ley de la Policía Federal, o bien, reformas a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, mismas que al generar mecanismos obligatorios de coordinación entre las instituciones de seguridad pública, también están encaminadas a ser las puertas de acceso al nuevo sistema de justicia penal.

La seguridad pública antes de la reforma, era apreciada como una función única de las instituciones de seguridad pública, es decir, la policía, sin embargo el paradigma ha cambiado, ya que la nueva definición de Instituciones de Seguridad Pública, que son las encargadas de garantizar dicho derecho a la sociedad, es ahora interpretado como un conjunto de instituciones que se encuentran encabezadas por el Ministerio Público y las policías, así como la incorporación de una visión mas amplia, integrando la prevención y la obligatoria coordinación entre las autoridades.

Así, resulta necesario el conocer a cabalidad el nuevo marco constitucional para esta redefinición del concepto de Seguridad Pública.

1. La reforma constitucional a la seguridad pública y a la justicia penal publicada, el día 18 de junio de 2008, fue el resultado de un proceso en el que participaron las principales fuerzas políticas y actores sociales. Reflejan equilibrios fundamentales que deben ser respetados para desarrollar un modelo procesal penal acusatorio preparado constitucionalmente para México, teniendo en cuenta los estándares de

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

derechos humanos y los tribunales internacionales, como la Corte de San José, dentro de un proceso evolutivo que debe durar hasta junio de 2016 y, por otra parte, la exigencia de la seguridad pública que es una garantía constitucional que ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que también está inscrita en los propios elementos de los pactos internacionales de derechos humanos como garantías de seguridad.

En este contexto seguridad pública en un marco de derechos humanos, se logra cuando el estado es eficaz para poder desarrollar las actividades tendientes a garantizarla, que incluyen la posibilidad de que el Ministerio Público y las policías investigadoras puedan desarrollar sus funciones de manera profesional.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha afirmado lo siguiente:¹

“SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. Del análisis sistemático de los artículos 16, 21, 29, 89, fracción VI, 129 y 133, de la Constitución, así como 2o., 3o., 5o., 9o., 10, 13 y 15, de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; 1o., 2o., 3o., 10 y 11, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y 1o., 2o., 9o. y 10, de la Ley Orgánica de la Armada de México, se deduce que el Estado mexicano, a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, **CON LA SEGURIDAD PÚBLICA, DEBEN COADYUVAR A LOGRAR LOS OBJETIVOS DE ÉSTA, TRADUCIDOS EN LIBERTAD, ORDEN Y PAZ PÚBLICA, COMO CONDICIONES IMPRESCINDIBLES PARA GOZAR DE LAS GARANTÍAS QUE LA CONSTITUCIÓN RECONOCE A LOS GOBERNADOS. EL EXAMEN DE LOS DIFERENTES PRECEPTOS CITADOS, CON LOS DEMÁS ELEMENTOS QUE PERMITEN FIJAR SU ALCANCE, LLEVA A CONCLUIR QUE, JURÍDICAMENTE, LOS CONCEPTOS DE GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SEGURIDAD PÚBLICA NO SÓLO NO SE Oponen sino se condicionan recíprocamente.** No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear **condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías;** de ahí que el Constituyente Originario y el Poder Reformador de la Constitución, hayan dado las bases **para que equilibradamente y siempre en el estricto marco del derecho se puedan prevenir, remediar y eliminar o, al menos disminuir, significativamente, situaciones de violencia que como hechos notorios se ejercen en contra de las personas en su vida,**

¹ **Registro No.** 192083; **Localización:** Novena Época; Instancia: Pleno Fuente; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XI, Abril de 2000 Página: 557.

libertad, posesiones, propiedades y derechos. Por ello, sería inadmisibles en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución prevé para corregir esas desviaciones. Consecuentemente, por el bien de la comunidad a la que se debe otorgar la seguridad pública, debe concluirse que resulta inadmisibles constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo. Por tanto, debe establecerse el equilibrio entre ambos objetivos: defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas. Ello implica el rechazo a interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados o en multiplicación de las arbitrariedades de los gobernantes, en detrimento de la esfera de derecho de los gobernados.”

2. En el marco de la evolución de la doctrina de la seguridad pública a partir de la reforma de 1994, la Reforma a la Seguridad Pública y Justicia que se publicó el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, redefinió la expresión Seguridad Pública, determinando expresamente al Ministerio Público como una institución de Seguridad Pública y confirmó las competencias de los tres órdenes de Gobierno y señaló obligaciones de coordinación específicas entre las instituciones policiales.

En efecto, el nuevo artículo 21 de la Constitución señala:

“...Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública...”

Por esto, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública señala que las definiciones aplicables son las siguientes:

VIII. Instituciones de Seguridad Pública: a las Instituciones Policiales, de Procuración de Justicia, de Sistema Penitenciario y dependencias encargadas de la Seguridad Pública a nivel federal, local y municipal;

IX. Instituciones de Procuración de Justicia: a las Instituciones de la Federación y entidades federativas que integran al Ministerio Público, los servicios periciales y demás auxiliares de aquél;

X. Instituciones Policiales: a los cuerpos de policía, de vigilancia y custodia de los establecimientos penitenciarios, de detención preventiva, o de centros de arraigos; y en general, todas las dependencias encargadas

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de la seguridad pública a nivel federal, local y municipal, que realicen funciones similares;”

Así, el artículo 3 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública señala que *“La función de Seguridad Pública se realizará en los diversos ámbitos de competencia por conducto de las Instituciones Policiales, del Ministerio Público, de las instancias encargadas de aplicar las infracciones administrativas, de los responsables de la prisión preventiva y ejecución de penas, de las autoridades competentes en materia de justicia para adolescentes, así como por las demás autoridades que en razón de sus atribuciones deban contribuir directa o indirectamente al objeto de esta Ley.”*

En efecto, la Constitución en su artículo 21, señala que *“La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados Y LOS MUNICIPIOS, comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala”*.

La Seguridad Pública está conectada de manera sistémica, con la procuración de justicia, la justicia penal y la ejecución de penas. Es decir, las partes o los elementos que integran estos sistemas deben de funcionar adecuadamente para lograr los fines de la seguridad pública y la justicia penal, que respecto a la primera está establecido en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública misma que indica:

“Artículo 2.- La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados Y LOS MUNICIPIOS, que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la investigación para hacerla efectiva, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del individuo, en términos de esta ley, en las respectivas competencias establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

Lo antes expuesto, se encuentra conectado, en un marco de garantías y de derechos, y dentro de las acciones necesarias a las capacidades de la Procuración de Justicia y de las funciones judiciales a cargo de los órganos jurisdiccionales que en los términos del artículo 14 de la Ley Suprema, generan los actos de sanción penal para lograr la prevención general o especial de los delitos, y en el caso mexicano actual en el marco de un proceso penal acusatorio y oral.

Así según el artículo 21 de la Constitución enuncia *“La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.”* La función judicial exige independencia e imparcialidad, en los términos constitucionales, pero también exige cumplimiento de otras disposiciones constitucionales y particularmente las que se refieren a los fines del proceso penal que de conformidad con el artículo 20 de la Constitución, apartado A, fracción I, son: *“... el esclarecimiento*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen,”.

Estos elementos no son facultativos sino obligatorios para los fines del proceso penal. Y deben complementarse como elementos para lograr la Seguridad Pública en el marco Constitucional.

Debe destacarse también la interconexión entre la seguridad pública y la justicia en la protección de bienes tutelados. Así por ejemplo la siguiente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entiende la seguridad pública de manera amplia cuando afirma que:²

“...el imperativo del Estado de controlar de manera efectiva y unitariamente todo lo relacionado con las armas de fuego, se determinó expedir dicha ley, pues al reglamentar todas las actividades relacionadas con éstas se coadyuvaría al logro de la seguridad pública, estableciendo las condiciones y los requisitos para autorizar la portación de armas, con la finalidad de garantizar la tranquilidad en el país, a efecto de evitar, en lo posible, los hechos de sangre y el pistolero, el mal uso de las armas y asegurar el respeto a la vida y a los derechos de los demás, así como proteger a la colectividad de la inseguridad y de los abusos de quienes ponen en peligro a la sociedad...”

El artículo 20, apartado A de la Constitución Política que señala que *“El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, PROCURAR QUE EL CULPABLE NO QUEDE IMPUNE y que los daños causados por el delito se reparen”*. Así **el proceso penal debe procurar que el culpable no quede impune** como objeto central del proceso para que se logre la seguridad pública, una finalidad que exige la prevención general y prevención especial a través de la sanción de los delitos con lo que se determina que el culpable no quede impune. La utilización de los medios de negociación en los términos constitucionales mexicanos, no puede darse de manera libérrima ni para todos los bienes jurídicos protegidos, sino en los términos del artículo 17 de la Constitución. Es importante señalar que el artículo 22 de la Constitución incluye el principio de que *“Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.”*

Este principio de proporcionalidad de la pena al delito de que se trate y al bien jurídico afectado representa una directiva o mandato al legislador para que los diversos tipos penales tengan una relación proporcional al delito y al daño, pero también para que los jueces a la hora de dictar sus resoluciones tomen en cuenta al bien jurídico afectado y al daño específicamente realizado.

Por tanto debe relacionarse necesariamente con lo que busca el proceso penal, es decir, con el procurar que el culpable no quede impune. No se trata desde luego de que se dé la proporcionalidad entre la afectación de los bienes jurídicos ejemplo: la

² **Registro No.** 189636; **Localización:** Novena Época, Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Mayo de 2001 Página: 459.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

pérdida de la vida debe ser sancionada con la pérdida de la vida, en UNA LEY DEL TALIÓN CONSTITUCIONALIZADA. Pero desde luego sí se trata de que quien haya cometido un delito, después de una investigación con todas las garantías y un proceso acusatorio, reciba una sanción para lograr la función preventiva general y especial y la seguridad pública como garantía.

La Constitución prevé aspectos importantes para la pena, por un lado el fin de prevención general que se manifiesta en los objetivos de la seguridad pública según el artículo 21 de la Constitución mediante la investigación del delito y la prevención del mismo, y por otra parte el fin de la sanción penal de la prisión contenido en el artículo 18 de la Magna Carta.

En cuanto a la prevención general, como hemos señalado anteriormente, el artículo 21 de la Constitución señala que LA SEGURIDAD PÚBLICA es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que COMPRENDE LA PREVENCIÓN DE LOS DELITOS; LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN PARA HACERLA EFECTIVA. Y las funciones de las instituciones de seguridad pública que comprende al Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno que deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública.

En el mismo sentido, el artículo 18 de la constitución señala que *“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios PARA LOGRAR LA REINSERCIÓN DEL SENTENCIADO A LA SOCIEDAD Y PROCURAR QUE NO VUELVA A DELINQUIR, observando los beneficios que para él prevé la ley.”*

El artículo anterior establece a lo que se conoce como la prevención especial en su doble aspecto: el de la reinserción del individuo que delinquiró y en su aspecto de incapacitación para que ese individuo no vuelva a cometer el delito mientras este privado de su libertad.

3. Es importante subrayar que las materias que son competencia de las autoridades de seguridad pública desde el punto de vista concurrente desde el artículo 21 Constitucional son las siguientes:

- a) **La sanción de las infracciones administrativas** de conformidad con el párrafo cuarto de este artículo que señala *“Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.”*
- b) **La prevención de los delitos** que se logra en los aspectos de prevención general mediante la investigación y la persecución penal para hacerla efectiva procurando que se abata la impunidad; y la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

prevención especial con sus funciones de reinserción de las personas sometidas a medidas de prisión y en su caso de la incapacitación. Está además la visión de prevención que señala el artículo 2º de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública que obliga al Estado a “desarrollará políticas en materia de prevención social del delito con carácter integral, sobre las causas que generan la comisión de delitos y conductas antisociales, así como programas y acciones para fomentar en la sociedad valores culturales y cívicos, que induzcan el respeto a la legalidad y a la protección de las víctimas.”

- c) **La participación en la investigación de los delitos**, toda vez que **la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías**, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. Y lo señalado en el artículo 76 de la Ley General previamente citada.
- d) **La coordinación para lograr los fines de la Seguridad Pública** entre las Instituciones Policiales de los tres órdenes de gobierno **(que incluye al Municipio) con el Ministerio Público**.
- e) **La participación de las instituciones policiales conformando el Sistema Nacional de Seguridad Pública** y los órganos que derivan.
- f) **La participación de las policías municipales en las operaciones policiales de vigilancia y protección de la ciudadanía, y que generan la mayoría de las detenciones en el sistema penal mexicano, por ser realizadas en “el momento de que se realiza el delito o inmediatamente después”³**, en relación con las funciones asignadas en el artículo 77 de la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Pública, que señala “Efectuar las detenciones en los casos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.
- g) **Participar de manera directa en la atención de las víctimas de los delitos y faltas administrativas**, particularmente en los términos de lo señalado por el artículo 40 del multicitado ordenamiento General, para los integrantes de las Instituciones de Seguridad Pública que señala que: “... los integrantes de las Instituciones de Seguridad Pública se sujetarán a las siguientes obligaciones:

III. Prestar auxilio a las personas amenazadas por algún peligro o que hayan sido víctimas u ofendidos de algún delito, así como brindar protección a sus bienes y derechos. Su actuación será congruente, oportuna y proporcional al hecho.”

Por su parte el artículo 134 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, señala que participaran también en el desarrollo de

³ Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

las políticas públicas de atención a la víctima, que deberán prever, al menos los siguientes rubros:

- I. Atención de la denuncia en forma pronta y expedita;*
- II. Atención jurídica, médica y psicológica especializada;*
- III. Medidas de protección a la víctima, y*
- IV. Otras, en los términos del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”*

Y en programas implementados por las Instituciones de Seguridad Pública, en los tres órdenes de gobierno incluyendo las municipales para:

- a. Prevenir la violencia infantil y juvenil;*
 - b. Promover la erradicación de la violencia especialmente la ejercida contra niñas, niños, jóvenes, mujeres, indígenas, adultos mayores, dentro y fuera del seno familiar;*
 - c. Prevenir la violencia generada por el uso de armas, el abuso de drogas y alcohol, y*
 - d. Garantizar la atención integral a las víctimas.”⁴*
- h) Coordinación de las Instituciones de Seguridad Pública para cumplir con los fines de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública y la garantía constitucional,** el Artículo 7 del ordenamiento general en comento, señala:
- “Conforme a las bases que establece el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Instituciones de Seguridad Pública de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en el ámbito de su competencia y en los términos de esta Ley, deberán coordinarse para:*
- I. Integrar el Sistema y cumplir con sus objetivos y fines;*
 - II. Formular políticas integrales, sistemáticas, continuas y evaluables, así como programas y estrategias, en materia de seguridad pública;*
 - III. Ejecutar, dar seguimiento y evaluar las políticas, estrategias y acciones, a través de las instancias previstas en esta ley;*
 - V. Distribuir a los integrantes del Sistema, actividades específicas para el cumplimiento de los fines de la Seguridad Pública;*
 - ...
 - X. Realizar acciones y operativos conjuntos de las Instituciones de Seguridad Pública;*
 - ...

⁴ Artículo 20 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, fracción III.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

XV. Realizar las demás acciones que sean necesarias para incrementar la eficacia en el cumplimiento de los fines de la Seguridad Pública.”

Estos elementos según la Ley General están fundados en la siguiente distribución de competencias:

“CAPÍTULO IX

De la distribución de competencias

Artículo 39.- La concurrencia de facultades entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, quedará distribuida conforme a lo siguiente:

A. Corresponde a la Federación, por conducto de las autoridades competentes:

I. Proponer las acciones tendientes a asegurar la coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios;

...

B. Corresponde a la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias:

I. Garantizar el cumplimiento de la presente Ley y demás disposiciones que deriven de ésta;

II. Contribuir, en el ámbito de sus competencias, a la efectiva coordinación del Sistema;

...

XIV. Las demás atribuciones específicas que se establezcan en la Ley y demás disposiciones aplicables.

Los Estados y los Municipios podrán coordinarse para hacer efectivo lo previsto en el artículo 115, fracciones III, inciso h) y VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las Leyes Estatales de Seguridad Pública podrán establecer la posibilidad de coordinación, y en su caso, los medios para la más eficaz prestación del servicio de seguridad pública entre un Estado y sus Municipios.”

Resulta obvio que todas estas acciones de coordinación deberán hacerse en el marco de los elementos de relación entre seguridad pública, procuración de justicia como institución que busca los fines de la seguridad pública y la impartición de justicia y la ejecución penal dentro de los esquemas constitucionales previstos.

4. La competencia en Materia de Seguridad Pública y su evolución histórica en la jurisprudencia.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La seguridad pública es competencia fundamental de los municipios que ya que desde la Reforma Constitucional que determino la autonomía municipal en los años 80, la Constitución señalo⁵:

“Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

...

h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito;...”

La evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la materia, que ha sido desde la actuación de los Municipios en la misma, hasta una posición que eliminaba la posibilidad de intervención de los Estados en las esferas municipales, al federalismo cooperativo, modelo en el que nos encontramos.

En efecto la primera fase de la jurisprudencia señala⁶:

“De lo expuesto se sigue que la litis en la controversia radica, sustancialmente, en determinar si las facultades en materias de seguridad pública y tránsito dentro de los Municipios deben corresponder a la esfera municipal o a la estatal. Ello exige analizar el contenido de las fracciones III y VII del artículo 115⁷ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los antecedentes que dieron lugar a su incorporación a ese cuerpo legal.”

“La redacción vigente del artículo 115, en la parte reproducida, proviene de la reforma promulgada el dos de febrero de mil novecientos ochenta y tres y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día siguiente.”

“Derivado de lo expuesto hasta aquí, se sigue que el Órgano Revisor de la Constitución pretendió, a través de la enmienda en comento, fortalecer el ámbito competencial del Municipio, recogiendo un viejo anhelo del constitucionalismo mexicano, de ahí que las facultades establecidas en la fracción III del artículo 115 constitucional entre ellas las de seguridad pública y tránsito, a las que se refiere la presente controversia corresponden en primera instancia al Municipio así como que sólo a través de las leyes estatales, cuando así fuere necesario, se podrá establecer el concurso de los Estados en esta materia. Esta interpretación histórica y causal teleológica se ve fortalecida por la gramatical. En efecto, el precepto en análisis señala que los servicios públicos que enumera serán prestados por el Municipio y sólo en los casos que fuera necesario, las leyes establecerán la participación del Gobierno Estatal. De esta

⁵ Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶ Registro No. 4030, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Noviembre de 1996 Página: 250.

⁷ Artículo 115. "... III. Los Municipios, con el concurso de los Estados cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos: ... h) Seguridad pública y tránsito; e ... VII. El Ejecutivo Federal y los gobernadores de los Estados tendrán el mando de la fuerza pública en los Municipios donde residieren habitual o transitoriamente;...”

Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz

forma, las materias de seguridad pública y tránsito se encuentran reservadas por la Constitución a los Municipios y sólo en los casos en que fuera necesario la Legislatura Local está facultada para establecer el concurso del Gobierno del Estado. Lo anterior significa que las materias que la Constitución Federal reserva a los Municipios podrían encomendarse a los Estados, pero ello tendría dos condiciones: que se estableciera en la ley y que ello sólo podría ocurrir cuando fuera necesario.

“En los preceptos locales reproducidos se reitera la disposición de la Constitución Federal de que las materias de seguridad pública y tránsito son de la competencia municipal y que el Estado podrá participar cuando lo determinen las leyes y así fuere necesario. Además, se precisa que sólo a través de convenios y acuerdos celebrados entre los Municipios y el Gobierno del Estado y sus organismos competentes se podrá establecer el concurso de los mismos. De esta forma, se establece cómo es que el Gobierno del Estado puede coadyuvar con el Municipio en la prestación de los servicios públicos de seguridad pública y tránsito.”

La competencia de seguridad pública es también analizada en las siguientes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: ⁸

“A SU VEZ, EN EL ARTÍCULO 21 DE LA CARTA FUNDAMENTAL SE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE VELAR POR LA SEGURIDAD PÚBLICA DE LOS GOBERNADOS, CUANDO ORDENA QUE TODOS LOS CUERPOS DE SEGURIDAD PÚBLICA QUE PERTENEZCAN A LA FEDERACIÓN, ENTIDADES FEDERATIVAS Y MUNICIPIOS SE ORGANICEN BAJO LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, HONESTIDAD, EFICIENCIA Y EFICACIA.”

“Para ello, se contempla en dicho numeral, la obligación de la Federación, de las entidades federativas, del Distrito Federal y de LOS MUNICIPIOS para coordinarse en esta materia, pues el federalismo es un acuerdo de distribución del poder, de reconocimiento de espacios de autonomía y esferas de competencia, y ante la creciente capacidad organizativa y movilidad de la delincuencia organizada el estado mexicano no puede, ni debe hacerle frente mediante una estrategia desarticulada, siendo necesario que los tres niveles de gobierno articulen sus potencialidades y compensen sus insuficiencias en materia de seguridad pública, ya que la corresponsabilidad de cada uno de ellos en un fin común garantiza que el sistema de coordinación que se propone sea verdaderamente un esfuerzo nacional en que los órganos constitucionales que dan cuerpo al federalismo participen con iguales derechos y en condiciones

⁸ Registro No. 21015, Localización: Novena Época, Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXVII, Junio de 2008 Página: 406.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

equitativas en la realización de un deber común que es el de garantizar la seguridad y la tranquilidad de la población.

“Ahora bien, los agentes de la policía, miembros de los cuerpos de seguridad pública realizan una actividad de interés general y social, encomendada a vigilar y proteger el orden público a favor de los gobernados; de ahí que el tipo de prestación de sus servicios deba regularse por sus propias leyes, ya que con esa calidad, mantienen una relación de carácter administrativo con el Estado que está regida por sus propias normas legales y reglamentarias.

El Máximo Tribunal señala además la existencia de un federalismo cooperativo en el tema en comento cuando indico que:⁹

“En tanto existe la obligación de coordinar los esfuerzos de todas las instancias de gobierno en la consecución del fin común de combate a la delincuencia, puede concluirse que la seguridad pública se ubica en el contexto del federalismo cooperativo, pues tiende a buscar la uniformización por medio de la cooperación de las diversas instancias hacia el logro de objetivos de común interés, orientando armónica y complementariamente su ejercicio.

“De esta forma, la Constitución Federal contempla que la materia de seguridad pública participe del federalismo cooperativo, pues prevé la coordinación de la atribución combinada y compartida de los distintos órdenes de gobierno. Esta coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, debe ser a través de una ley, en términos del último párrafo del artículo 21 y del artículo 73, fracción XXIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone que es facultad del Congreso de la Unión expedir la ley que establezca las bases de coordinación en materia de seguridad pública.”

“Este Tribunal en Pleno considera que, al inscribirse la seguridad pública en el federalismo cooperativo, la coordinación que establezca la ley emitida al efecto por el Congreso de la UNIÓN NO PUEDE LIMITARSE A UNA COORDINACIÓN DE AUTORIDADES POLICIALES O ADMINISTRATIVAS, SINO QUE TAMBIÉN INCLUYE A LAS AUTORIDADES LEGISLATIVAS.”

“Pues bien, debe señalarse que la seguridad pública entendida como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, incluye un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad de custodia del bien jurídico así definido.”

⁹ Registro No. 20942, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXVII, Abril de 2008 Página: 1706.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

“Dentro de este conjunto de actuaciones se sitúan claramente las específicas de las organizaciones instrumentales destinadas a este fin y, en especial, las que corresponden a las instituciones de seguridad pública a que se refiere el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, las instituciones policiales.”

“Sin embargo, por relevantes que sean esas actividades policiales en sentido estricto, no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública en cuanto concepto delimitador de la competencia de los poderes públicos. Existen otros aspectos y otras funciones distintas de las instituciones de seguridad pública, atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas que componen aquel ámbito, lo que permite afirmar, desde un punto de vista positivo, que la actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública, y negativamente, que no puede sostenerse que cualquier regulación sobre las actividades relevantes para la seguridad ciudadana haya de quedar inscrita siempre y en todo caso, en el ámbito de las funciones de las policías, pues es obvio que pueden regularse al respecto actuaciones administrativas que, sin dejar de responder a finalidades propias de la materia de seguridad pública, no se inmiscuyan en el ámbito de la actividad de dichos cuerpos.”

La Suprema Corte ha evolucionado en cuanto a la visión que se debe tener frente a las Instituciones de Seguridad Pública, pero sobre todo a la acerca del actuar y proceder del Municipio en su estricta aplicación de la función señalada en el numeral 115 de nuestra Constitución, antes referido. Estos cambios son sin duda, efecto de la importancia que ha dado las políticas públicas en materia de seguridad, ya que es el Municipio el principal actor, a través de su policía, tanto en materia de prevención como combate al delito. Lo anterior como consecuencia de la proximidad de la ciudadanía con el Estado.

5. La vinculación entre la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la ejecución de las penas ~~que~~ son elementos que sirven para garantizar la Seguridad Pública como derecho de los habitantes de la República Mexicana, tiene un evidente vinculación con el sistema de justicia penal y desde luego con el proceso penal, pero no pueden confundirse. La Constitución fue reformada con definiciones que determinan claramente los derechos y las obligaciones de los actores en cada una de las etapas, que están desde luego interconectadas pero no son extensibles todos los derechos y obligaciones de cada uno de estos en las otras etapas.

La sistematización de las garantías en materia de Seguridad Pública que contempla la Constitución, se realizará a continuación, por medio de diversos rubros, que van desde la detención hasta la ejecución de las penas, pasando por los derechos no solo de la defensa, sino la forma de defensa adecuada para el acusado; para así entender las garantías como un solo sistema en conjunto, al mismo tiempo interpretados bajo el artículo 14 constitucional, entendiendo al sistema como un proceso justo, que

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cumple y garantiza en todo momento las formalidades debidas, lo que en sistema sajón es denominado “*deu proces of law*” o en su traducción al español como *el debido proceso*.

Por lo anterior, es importante tenerlos claros, para poder garantizarlos y estudiarlos. Son garantías en la Constitución respecto a la Seguridad Pública las que a continuación se enumeran:

A. Los derechos de toda persona detenida son los siguientes, mismos que deberá ser respetados por todos **los integrantes de las instituciones policiales incluyendo las municipales:**

- a) La lectura de derechos. Desde el momento de la detención se le harán saber al imputado los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio. (Art. 20)

Es decir, desde **el momento que el agente de policía sea Municipal, Estatal o Federal** detenga al inculcado, cuando exista flagrancia, cuasi flagrancia o en cumplimiento a una orden de aprehensión, **deberá informarle que i) se le está deteniendo por la probable comisión del delito que corresponda, ii) que tiene derecho a declarar o a guardar silencio el cual no podrá ser usado en su perjuicio, iii) que tiene derecho a ser asesorado por un abogado en cualquier etapa del procedimiento y que si no tiene dinero para contratar un abogado, se le nombrará un abogado de oficio.**

Esto desde luego implica que el agente aprehensor deberá garantizar que leyó los derechos al imputado, pudiendo utilizar cualquier medio de registro.

Independientemente de lo anterior existen elementos de protección para toda persona que desde luego incluyen los siguientes;

- b) La persona detenida debe ser tratada con dignidad (Art. 1);
- c) Queda prohibida toda incomunicación, intimidación o tortura. (Art. 20 y 22);
- d) Toda persona tiene derecho a declarar o a guardar silencio cuando está siendo investigada o ha sido detenida. Sin que se le pueda obligar a rendir declaración o tener entrevista. En cualquier momento el declarante puede abstenerse de declarar. (Art. 20);
- e) Tendrá derecho a escoger libremente a su abogado desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. (Art. 20);
- f) A aportar ante el Ministerio Público los testigos y demás elementos de pruebas pertinentes que ofrezca, y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley (Art. 20);

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- g) El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirsele declaración o entrevistarle (Art. 20);
- h) A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;
- i) A que se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;
- j) Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.
- k) En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

B. Los derechos de las víctimas son los siguientes:

- a) Denunciar (Art. 16) y obtener apoyo profesional y eficaz de las instituciones de la Seguridad Pública (21) incluyendo las **Municipales**, estatales o federales;
- b) Recibir asesoría jurídica;
- c) A ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y las leyes;
- d) Coadyuvar con el Ministerio Público y la policía (**incluyendo las Municipales, estatales** o federales), aportando datos o elementos de prueba con los que cuente en la investigación. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;
- e) Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;
- f) Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa;
- g) Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos tanto al Ministerio Público como al juez de control de manera directa;
- h) Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

o desistimiento de la acción penal, o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño;

- i) A interponer otros recursos en los términos que prevea la ley;
- j) El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos y testigos (Art. 20);
- k) Que el Juez de control garantice sus derechos al mismo tiempo que los del imputado, basado en el principio de equilibrio o ponderación en las resoluciones que debe señalar y particularmente las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial (Artículo 16);
- l) A que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva al Juez de Control para los casos en que se requiera para su protección. Este derecho se encuentra en el artículo 19 de la constitución que señala: “*El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso*”;
- m) La restricción de la publicidad del juicio en ciertos casos, para su protección (Art. 20);
- n) La posibilidad constitucional de la víctima de que en caso de delincuencia organizada las actuaciones realizadas en la fase de investigación puedan ser incorporadas al juicio cuando existan riesgos para las víctimas (Art. 20), y
- ñ) Como todos los ciudadanos los relativos a la garantía de la seguridad pública en las que tienen derecho que la actuación de los Ministerios Públicos y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno que comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que la Constitución señala. Como elemento central debe destacarse que el Máximo Ordenamiento señala principios de actuación que la autoridad debe realizar a favor de la víctima u ofendido y que deben guiar su actuar en particular el Ministerio Público y las instituciones policiales (**incluyendo las Municipales, estatales o federales**).

Por lo que el artículo 21 enuncia “*La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, OBJETIVIDAD, EFICIENCIA, PROFESIONALISMO, HONRADEZ Y RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN ESTA CONSTITUCIÓN.*”

Para la víctima u ofendido estos principios significan que deben ser desarrollados para la protección de sus derechos, por lo que se analiza de la siguiente manera:

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Primero.- Eficiencia¹⁰: (Del lat. *efficientia*). 1. f. Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado.”

En el caso concreto se trata de lograr los elementos que permitan que los derechos de las víctimas u ofendidos sean restituidos o reparados, pero también que la acción de las instituciones de seguridad pública aclaren el delito mediante los procesos de investigación y que se procure que el culpable no quede impune.

Segundo.- La Constitución exige también que la víctima u ofendido sea tratado profesionalmente, por lo que **Profesional:** según el diccionario citado: 1. adj. Perteneciente o relativo a la profesión; 4. adj. Hecho por profesionales y no por aficionados. Fútbol profesional; 5. com. PERSONA QUE EJERCE SU PROFESIÓN CON RELEVANTE CAPACIDAD Y APLICACIÓN.

Es decir que, la víctima u ofendido reciban la atención de parte de instituciones de seguridad pública profesionales y debidamente capacitados.

Tercero.- Por su parte la característica de honradez el mismo diccionario señala que: “Honradez. (De honrado). 1. f. Rectitud de ánimo, integridad en el obrar.”. Lo que desde luego implica ausencia de corrupción

La conjugación de las características antes señaladas deben dar como resultado un óptimo funcionamiento de las Instituciones de Seguridad Pública a favor de la víctima u ofendido, ya que claramente será atendido por servidores públicos que cuentan con una instrucción, formación y valores que permitirá cumplir con los fines de la seguridad pública social.

C. Las **facultades constitucionales del Ministerio Público y las instituciones de policía (incluyendo las Municipales, estatales o federales)** en el nuevo proceso penal son las siguientes:

- a) La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. (Art. 21);
- b) Las autoridades encargadas de desarrollar la investigación de los delitos (las instituciones de seguridad pública **incluyendo las Municipales, estatales o federales**) se regirán por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución (Art. 21), además de los contenidos en el artículo 109 para todo servidor público que son los de *“lealtad e imparcialidad ... que deban observar en el desempeño en sus empleos, cargos o comisiones”*;
- c) Toda persona que desarrolle funciones en las instituciones de seguridad pública deberán estar debidamente certificados y registrados en el Sistema Nacional de Seguridad Pública (Art. 21);

¹⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <http://www.rae.es>.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- d) La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala (Art. 21);
 - e) El Ministerio Público y las instituciones policiales **incluyendo las Municipales, estatales** o federales deberán coordinarse entre sí y con otras instituciones para desarrollar la investigación y en su momento ejercer la acción penal, colaborando así a los fines de la seguridad pública. (Art. 21)
 - f) El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al ministerio público. Los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial en los casos señalados por la ley;
 - g) Cualquier persona **incluyendo las policías Municipales, estatales** o federales puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención;
 - h) Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder (Art. 16);
 - i) El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que la ley (Art. 21)
 - j) Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial (Art. 16), y
 - k) La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal (Art. 16).
- D. Ahora respecto a la autoridad Judicial comprende:
- a) La autoridad judicial tendrá como facultad propia y exclusiva la imposición de las penas, su modificación y duración (Art. 21);
 - b) Los jueces de control, resolverán, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos (Art. 16);

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- c) Las audiencias frente al juez de control se regirán por los principios de concentración, continuidad e inmediación, publicidad y contradicción (Art. 20);
- d) En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia (Art. 16);
- e) El juez de control dictara una orden de aprehensión cuando preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (Art. 16);
- f) Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor (Art. 16);
- g) Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión (Art. 19), y
- h) Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial (Art. 17).

E. El proceso penal y la jurisdicción penal están regulados en la Constitución de la siguiente manera:

a) **Definición:**

El proceso penal será acusatorio y oral, y tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. (Art. 20)

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

b) **Tribunal previamente establecido y debido proceso.**

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho (Art. 14).

c) **Independencia de los Tribunales.**

Los jueces y tribunales penales garantizarán la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

d) **Justicia pronta.**

El derecho de toda persona a que se le administre justicia por tribunales en materia penal implica que sea juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que el imputado solicite mayor plazo para su defensa. (Art. 20)

e) **Justicia completa e imparcial.**

Los tribunales emitirán sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. (Art. 17)

Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. (Art. 17)

La imparcialidad implica que El juicio penal se celebre ante un juez que no haya conocido del caso previamente. (Art. 20)

f) **Prohibición penas impuestas con analogía y mayoría de razón y ley exactamente aplicable al caso.**

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 trate. (Art. 14)

g) **Plena convicción del juez en la sentencia.**

El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado. (Art. 20)

h) **Carga de la prueba en la acusación.**

La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. (Art. 20)

i) **De la defensa adecuada.**

El imputado tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente. (Art. 20)

Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. (Art. 20)

- j) **Obligación del estado de lograr el acceso a la justicia** mediante una defensoría pública que cumpla con los estándares constitucionales.

Por lo que La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

- l) **Igualdad procesal de las partes.**

Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente. (Art. 20)

- m) **Teoría de la prohibición de prueba por violación de derechos fundamentales.**

Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula (Art. 20). Esta norma se complementa con la que indica los requisitos para las medidas de investigación que requieren control judicial como los cateos, las intervenciones de comunicaciones privadas, y otros medios de investigación autorizados en las leyes que señala “Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio (Art 16).

- n) **Presunción de inocencia.**

Se presume la inocencia del imputado mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa. (Art. 20)

- o) **Prohibición de penas.**

Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. (Art. 22)

Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. (Art. 22)

- p) **Tiempo de detención.**

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. (Art. 20)

- q) **Prohibición de retroactividad.**

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. (Art. 14)

- r) **El proceso penal se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.** (Art. 20)

- s) **Principio de publicidad.** El juicio será público.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. (Art. 20)

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes. (art. 17)

t) **Principio de contradicción y prohibición de comunicación ex parte.**

En el juicio, la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral. (Art. 20)

Ningún jugador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución. (Art. 20)

u) **Principio de inmediación y libre valoración de la prueba.**

Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. (Art. 20)

Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona la admisión, el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica. (Art. 20)

v) **Del Inicio del proceso.**

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. (Art. 19)

w) **Del auto de vinculación a proceso.**

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. (Art. 19)

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad. (Art. 19)

x) **Del juicio abreviado y la terminación anticipada del proceso.**

Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. (art. 20)

y) **De los beneficios al inculpado que acepte su responsabilidad.**

La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad. (Art. 20)

Sobre el particular cabe señalarse que los beneficios al inculpado deben ser aplicados y regulados en todo momento bajo la interpretación integral de la Constitución y sobre todo observando los fines del proceso penal que en este caso, sería que el culpable no quede impune. Por lo que se necesita una regulación cuidadosa que no extinga la pena que ha de merecer sujeto activo. Ya que la simple reparación del daño, si bien es cierto, por un lado resarce el daño causado, también lo es que la falta de aplicaciones de la pena, violentaría el sistema penal. Así los beneficios al inculpado que acepte su responsabilidad, deberán limitarse a la regulación de la pena, mas nunca a su extinción.

z) **Prisión preventiva.**

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. (Art. 18)

El juez ordenara la prisión preventiva a solicitud del Ministerio Público sólo cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. (Art. 19)

El juez ordenará oficiosamente la prisión preventiva, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. (Art. 19)

aa) **Duración máxima de la prisión preventiva.**

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. (Art. 20)

bb) De la revocación de la libertad.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso. (Art. 19)

F. Regulación Constitucional de la ejecución de la pena:

a) Determinación judicial de la pena, su modificación y duración.

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial .

b) Sistema penitenciario.

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.(Art. 18)

c) La autoridad administrativa organizará el sistema penitenciario.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación y la salud como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. (Art. 18)

d) Los sentenciados.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa. (Art. 18)

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso. (Art. 18)

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. (Art. 18)

La descripción completa de los derechos y garantías constitucionales de los investigados, indiciados, acusados, procesados o sentenciados, de la víctima u ofendido, así como de los atribuciones y facultades de los actores de la investigación,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

proceso y ejecución penal, son de suma importancia porque permite demostrar que están definidos cada uno de ellos en el nivel constitucional. Desde luego, que tal y como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estos derechos se pueden ampliar, pero no cuando se dan en detrimento de otras partes como las víctimas u ofendidos, o cuando el resultado es confusión de los derechos y obligaciones de cada uno de los actores, perjudicando la posibilidad de lograr una correcta justicia y seguridad pública.

LOS “NUEVOS DELITOS” PREVISTOS EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

Pablo HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA y José HERNÁNDEZ ESTRADA

Sumario: 1. Introducción. 2. Artículo 113, fracción III, CFF. 3. Artículo 109, fracciones VI, VII y VIII, CFF. 3.1. Fracción VI: *Comercializar dispositivos de seguridad*. 3.2. *Comprobante fiscal*: fracciones VII y VIII del artículo 109 CFF. 3.3. Fracción VII: *Efectos fiscales a comprobante inidóneo*. 3.4 Fracción VIII: *Efecto fiscal a comprobante digital inidóneo*. 4. ¿Necesidad de creación de las fracciones VII y VIII, ambas del artículo 109 CFF? 5. Conclusiones.

1. Introducción

En día 7 de diciembre de 2009, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto a través del cual que se reformaba el artículo 113, en su encabezado y fracción III, y que se adicionaban las fracciones VI, VII y VIII del artículo 109, ambos del Código Fiscal de la Federación (“CFF”). Estos nuevos tipos entraron en vigor, de conformidad con el transitorio único, el día 1 de enero de 2010.

Para efectos de este estudio, respecto del artículo 113 CFF, primero analizaremos cómo estaba el artículo antes de la reforma y posteriormente veremos en qué consistió dicha reforma. Después se estudiarán las nuevas fracciones del artículo 109 CFF.

Por lo que hace a los cambios en la presente reforma hemos de decir que algunos eran necesarios y otros son redundancias innecesarias. El lector se percatará de la clara violación al principio de proporcionalidad en alguno de estos nuevos tipos. Aunado a lo anterior, respecto del nuevo tipo previsto en la fracción VI, del artículo 109 CFF, no es posible aplicar pena alguna.

2. Artículo 113, fracción III, CFF

El tipo previsto en el artículo 113, en la fracción III, CFF establecía:

“Se impondrá sanción de tres meses a seis años de prisión, al que dolosamente:

...

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

III. Reproduzca o imprima los comprobantes impresos a que se refiere el artículo 29 de este Código, sin estar autorizado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para imprimir comprobantes fiscales o cuando estando autorizado para ello, no se cuente con la orden de expedición correspondiente”.

El nuevo tipo ahora reza:

“Se impondrá sanción de tres meses a seis años de prisión, al que:

...

III. Fabrique, falsifique, reproduzca, enajene gratuita u onerosamente, distribuya, comercialice, transfiera, transmita, obtenga, guarde, conserve, reciba en depósito, introduzca a territorio nacional, sustraiga, use, oculte, destruya, modifique, altere, manipule o posea dispositivos de seguridad, sin haberlos adquirido en términos del artículo 29-A, fracción VIII de este Código”.

Lo primero que hay que decir, es que finalmente se elimina el término “al que dolosamente” que se encontraba en el mismo renglón en donde estaba prevista la pena del artículo 113 CFF. La mención al elemento subjetivo era innecesaria toda vez que los delitos fiscales, para efectos mexicanos, únicamente pueden realizarse de forma dolosa; esto es, no cabe la modalidad imprudente; por lo tanto, era absurdo reiterar que los tipos previstos en el artículo 113 CFF, deberían de cometerse de forma dolosa. Además, como estaba redactado el tipo, podía dar lugar a pensar que como en este tipo se indicaba expresamente que la conducta debería de realizarse de forma dolosa, en los demás tipos podría caber la modalidad impudente.

El nuevo tipo penal es una norma penal en blanco, que además está repleto de *elementos descriptivos* –fabrique, reproduzca, distribuya, transfiera, transmita, obtenga, guarde, conserve, sustraiga, use, oculte, destruya, modifique, altere, manipule, falsifique, enajene gratuita u onerosamente, comercialice, reciba en depósito, introduzca y posea- y un *elemento normativo* -territorio nacional-, mismos que deberán de analizarse por separado para conocer el alcance del tipo; cualquiera de estos elementos deberá de realizarse respecto de los dispositivos de seguridad, sin que se hayan adquirido en términos del artículo 29-A, fracción VIII, CFF.

En el presente tipo se está en presencia de un *tipo mixto acumulativo*; esto es, aquellos en que hay tantos delitos como conductas, por interpretarse que la adición de la otra modalidad añade mayor desvalor al hecho. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, **fabricar** es *elaborar*, esto es, *obtener un producto por medio de un trabajo adecuado*; **falsificar** significa *fabricar algo falso o falso de ley*; por **reproducir** se entiende *sacar una copia, entre otros, de un documento*; **enajenar gratuita u onerosamente** significa *pasar o transmitir el dominio de algo que es sin costo alguno o que implica una contraprestación*; **distribuir** es *entregar una mercancía a los vendedores y consumidores*; **comercializar** significa *poner a la venta un producto*; **transferir** es *ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo*; por **transmitir** se entiende *transferir*; **obtener** es *conseguir y lograr algo que se solicita*; **guardar** es *conservar*; **conservar** es *mantener algo o cuidar de su permanencia*; **recibir en depósito** es *tomar lo que le dan o*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

*envían poniendo bienes u objetos de valor bajo la custodia o guarda de persona física o jurídica que quede en la obligación de responder de ellos cuando se le pidan; **introducir a territorio nacional** es meter o hacer meter algo en el país –México–; **sustraer** es tomar una cosa sin consentimiento del que pertenece; **usar** es hacer servir una cosa para algo; **ocultar** es encubrir a la vista; **destruir** es reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño; por **modificar** se entiende transformar; por **alterar** se entiende cambiar la esencia o forma de algo; por **manipular** se entiende operar con las manos o con cualquier instrumento; **poseer** significa tener en su poder algo.*

Bajo dichas acepciones, el legislador utiliza en diversas ocasiones sinónimos, como son: guardar, poseer y conservar, o transferir, enajenar y transmitir, o bien palabras a través de las cuales se señala la misma idea, como en su caso lo son falsificar, manipular, alterar, modificar. Por lo que, para cualquier gobernado resulta complicado comprender la conducta que verdaderamente el legislador pretendía tipificar.

Por lo que hace al elemento normativo *territorio nacional*, si bien el artículo 8 CFF señala qué se considera como territorio, consideramos que dicha descripción no resulta aplicable al caso concreto, ya que dicho artículo señala que esa definición es para efectos fiscales, pero no para efectos de todo lo previsto en dicho ordenamiento.

De ahí que se debe considerar como territorio nacional lo previsto en el artículo 42 de la Constitución, esto es, las partes integrantes de la Federación, el de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes, el de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico, la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes, las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores, el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.

Ahora bien, el problema no es realizar cualquiera de las modalidades mencionadas en los referidos elementos respecto de los dispositivos de seguridad; el problema es realizar esas modalidades respecto de dispositivos de seguridad que no se hayan adquirido de conformidad con lo que establece el artículo 29-A, fracción VIII, CFF. Por lo tanto, es indispensable conocer qué se entiende por dispositivos de seguridad y cómo se pueden adquirir los mismos.

Para conocer el término *dispositivo de seguridad*, para estos efectos, hay que remitirnos al artículo 29-A, fracción VIII, de dicho ordenamiento; este reza:

“Los comprobantes a que se refiere el artículo 29 de este Código, además de los requisitos que el mismo establece, deberán reunir lo siguiente:

...

*VIII. Tener adherido un **dispositivo de seguridad** en los casos que se ejerza la opción prevista en el quinto párrafo del artículo 29 de este Código que cumpla con los requisitos y características que al efecto establezca el Servicio de Administración Tributaria, mediante reglas de carácter general.*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Los dispositivos de seguridad a que se refiere el párrafo anterior deberán de ser adquiridos con los proveedores que autorice el Servicio de Administración Tributaria”.

Por su parte, el quinto párrafo del artículo 29 CFF establece:

“Tratándose de operaciones cuyo monto no exceda de \$2,000.00, los contribuyentes podrán emitir sus comprobantes fiscales en forma impresa por medios propios o a través de terceros, siempre y cuando reúnan los requisitos que se precisan en el artículo 29-A de este Código, con excepción del previsto en las fracciones II y IX del citado precepto”.

El artículo 29-A después de las fracciones contiene otro párrafo que se requiere transcribir, para efectos del artículo 109 del mismo Ordenamiento. Este párrafo establece:

“Los dispositivos de seguridad referidos en la fracción VIII de este artículo que no hubieran sido utilizados por el contribuyente en un plazo de dos años contados a partir de la fecha en que se hubieran adquirido, deberán destruirse y los contribuyentes deberán dar aviso de ello al Servicio de Administración Tributaria, en los términos que éste establezca mediante reglas de carácter general”.

Como se puede observar de dichos artículos, los dispositivos de seguridad se prevén como una opción para la emisión de comprobantes fiscales (que ahora se denominarían como comprobantes fiscales impresos), en los que no se deberá contener el sello digital (ya que resulta aplicable para los que se denominan como comprobantes fiscales digitales), siempre y cuando el monto de las operaciones no sea superior a dos mil pesos.

De conformidad con la Resolución Miscelánea Fiscal para 2010 y su regla I.2.23.2.1., el dispositivo de seguridad consistirá en un CBB –Código de Barras Bidimensional- proporcionado por el Servicio de Administración Tributaria (una vez que sea aprobado el folio o folios correspondientes) y se deberá adherir al comprobante fiscal. En este sentido, dicha Resolución determina qué es un CBB, siendo esto “el código de barras bidimensional”. Asimismo, en el Anexo I-A de dicha Resolución se establece el procedimiento para efectos de la obtención o adquisición de dicho sistema de seguridad.

Así, se establece que el Servicio de Administración Tributaria podrá autorizar total o parcialmente los folios cuya asignación solicite el contribuyente, en cuyo caso, se emitirá el acuse de aprobación respectivo. Posterior al otorgamiento de la aprobación para la asignación de folios, el sistema generará un archivo con la imagen del CBB.

El archivo electrónico correspondiente a la imagen del CBB proporcionado al contribuyente deberá descargarse para su impresión, el cual incluirá la clave en el RFC del contribuyente emisor, el número de aprobación, rango de folios asignados y, en su caso, la serie, fecha de la asignación de los folios y la vigencia.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Como se puede observar, derivado de dicho procedimiento, se proporcionará el CBB que corresponderá a los folios de las facturas que el contribuyente en específico haya solicitado, por lo que un contribuyente diverso se encontrará impedido de utilizar el mismo.

De lo anterior, podemos establecer que se pretende castigar al que elabore, transmita, conserve (en forma oculta o visible), use, altere, destruya o introduzca a territorio nacional un CBB, sin haberlo obtenido en los términos que estableció el SAT; esto es, se castiga la creación o posesión de un documento público, ya sea impreso o informático, que se encuentre falsificado.

Ahora, si bien el legislador pretende adelantar las barreras de punibilidad, toda vez que tipificó aquellas conductas que se efectúen tendientes a realizar el delito de defraudación fiscal, resulta violatorio de la garantía de proporcionalidad que se establezca la misma pena, para aquellos que fabrican un dispositivo que para aquellos que lo destruyan; ya que en su caso se debería de aplaudir al que hace esto último.

En efecto, se puede llegar a establecer la misma pena para aquellos que han fabricado o alterado los dispositivos de seguridad; sin embargo, no existe razón alguna que justifique que se aplique la misma pena al gobernado que destruyó el documento falsificado. Así, toda vez que se puede partir de la premisa que tanto el que fabrica, altera o posee, realiza un acto preparatorio encaminado a realizar una defraudación fiscal. Sin embargo, por lo que hace al que destruye dichos dispositivos de seguridad no se encuentra dicho sustento; por el contrario, de esa conducta se desprende que la persona o destruyó el objeto del delito o se desistió voluntariamente de llevar a cabo el acto en perjuicio de la hacienda pública y de circular el mismo. Por lo que, lo correcto será aplicar lo que establece el artículo 12 del Código Penal Federa, en su último párrafo, que reza:

“... ”

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos”.

Llama la atención que igualmente el tipo hace referencia al que “use” dichos dispositivos de seguridad. Surge la duda: ¿pretendía el legislador tipificar el uso que no tenga efectos fiscales o bien el que sí lo tenga, o ambos supuestos?

Desde nuestro punto de vista, de una interpretación sistemática se llega a la conclusión que el legislador pretendió tipificar en este injusto al uso que se haga de los dispositivos de seguridad que aún no tengan un efecto fiscal; como lo sería meramente que el contribuyente registre en su contabilidad la erogación haciendo referencia al comprobante fiscal que contiene dicho dispositivo de seguridad (que no se obtuvo de conformidad con el procedimiento establecido al efecto); sin embargo, no consideramos que resulte aplicable para aquellos casos que se le den efectos

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

fiscales, toda vez que esta última conducta se encuentra tipificada en el artículo 109, fracción VII del referido ordenamiento.

En adición a lo anterior, llama la atención que la pena aplicable para el tipo que nos ocupa sea tres meses a seis años de prisión, cuando en su caso para el delito de falsificación de documentos públicos la pena aplicable es de cuatro a ocho años y de doscientos días a trescientos días multa según se establece en el CPF. Como se puede observar, estamos en presencia de un tipo privilegiado; sin que exista razón alguna para ello.

3. Artículo 109, fracciones VI, VII y VIII, CFF.

Tal como lo mencionamos al inicio del presente estudio, las fracciones VI, VII y VIII, fueron adicionadas en el artículo 109 CFF, por lo que carecen de precedentes. Dichas fracciones rezan:

“Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:

...

VI. Comercialice los dispositivos de seguridad a que se refiere la fracción VIII del artículo 29-A de este Código. Se entiende que se comercializan los citados dispositivos cuando la autoridad encuentre dispositivos que contengan datos de identificación que no correspondan al contribuyente para el que fueron autorizados.

VII. Darle efectos fiscales a los comprobantes cuyos dispositivos de seguridad no reúnan los requisitos de los artículos 29 y 29-A de este Código.

VIII. Darle efectos fiscales a los comprobantes digitales cuando no reúnan los requisitos de los artículos 29 y 29-A de este Código”.

Analizaremos uno por uno, para efectos de facilitar la lectura.

3.1 Fracción VI: *Comercializar dispositivos de seguridad.*

Por lo que hace a la *fracción VI*, del artículo antes citado, cuando el legislador hace referencia a que se “comercialice” con los dispositivos de seguridad a que se refiere la fracción VIII del artículo 29-A CFF, en nuestra opinión, se está haciendo referencia al supuesto en que dichos dispositivos se hayan adquirido de forma legal; esto es, que fueron entregados conforme a la ley; ya que de lo contrario el supuesto se adecuaría al artículo 113, fracción III, CFF. Estamos en presencia de un claro adelantamiento de las barreras de punibilidad.

Lo anterior es así, si se considera que dicha fracción, en la que se establece qué se entiende por “que se comercializan”, se dice que se entenderá: *“cuando la autoridad encuentre dispositivos que contengan datos de identificación que no correspondan al contribuyente que fueron autorizados”.*

De ahí, que lo que se pretende sancionar es tanto a quien entrega los dispositivos, como quien recoge los mismos, que se obtuvieron legalmente; sin embargo, los datos de identificación ya no corresponden al contribuyente al que se le otorgaron, esto es, nos encontramos nuevamente en presencia de un documento público falsificado.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En el presente injusto estamos en presencia de un delito de participación necesaria, toda vez que para la realización del tipo, se necesita la inevitable contribución de dos o más personas, que actúan libremente y con conocimiento del alcance lesivo de su actuación, esto es, el sujeto que entrega los dispositivos de seguridad y el sujeto que los recibe.

Ahora bien, llama la atención, lo relativo a la pena que se señala en el artículo 109 CFF, y que supuestamente se podrá imponer a quien realice dicho tipo. Esto es, el artículo 109 CFF comienza diciendo: “Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:...”. Para conocer cuáles son las penas para el delito de defraudación fiscal es necesario remitirnos a lo establecido en el artículo 108 del mismo ordenamiento, ya que en éste se regula dicho delito. Así, en ese tipo se establece, para efectos de la pena:

“El delito de defraudación fiscal se sancionará con las penas siguientes:

Con prisión de tres meses a dos años, cuando el monto de lo defraudado no exceda de \$1,113,190.00.

Con prisión de dos años a cinco años cuando el monto de lo defraudado exceda de \$1,113,190.00, pero no de \$1,669,780.00.

Con prisión de tres años a nueve años cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de \$1,669,780.00.

Cuando no se pueda determinar la cuantía de lo que se defraudó, la pena será de tres meses a seis años de prisión”.

Como se puede observar, requisito para que se pueda imponer una de las penas respecto del delito de defraudación fiscal es que exista un monto respecto de la defraudación; por lo tanto, si no existe un monto respecto de la defraudación, no se podrá imponer una sola pena.

De conformidad con lo anterior, si en cualquier caso se requiere que exista un monto de lo defraudado para que se pueda aplicar la pena para el delito de defraudación fiscal, que es al que nos remite el artículo en comento, como en ninguno de los nuevos tipos se hace mención a monto alguno, no se puede aplicar pena alguna. La única excepción sería si se dan efectos fiscales a dicho comprobante; sin embargo, ese supuesto se actualizaría en el tipo previsto en la fracción VII u VIII del artículo 109 CFF.

3.2 Comprobante fiscal: fracciones VII y VIII del artículo 109 CFF.

A fin de establecer el elemento normativo previsto en las fracciones que nos ocupan, se requiere establecer que por comprobante se entiende *recibo o documento que confirma un trato o gestión*.

Ahora bien, por lo que hace a los comprobantes, el artículo 29-A, CFF, establece los siguientes requisitos:

“Los comprobantes a que se refiere el Artículo 29 de este Código, además de los requisitos que el mismo establece, deberán reunir lo siguiente:

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

I.- Contener impreso el nombre, denominación o razón social, domicilio fiscal y clave del registro federal de contribuyente de quien los expida. Tratándose de contribuyentes que tengan más de un local o establecimiento, deberán señalar en los mismos el domicilio del local o establecimiento en el que se expidan los comprobantes.

II. Contener el número de folio asignado por el Servicio de Administración Tributaria o por el proveedor de certificación de comprobantes fiscales digitales y el sello digital a que se refiere la fracción IV, incisos b) y c) del artículo 29 de este Código.

III.- Lugar y fecha de expedición.

IV.- Clave del registro federal de contribuyentes de la persona a favor de quien expida.

V.- Cantidad y clase de mercancías o descripción del servicio que amparen.

VI. Valor unitario consignado en número e importe total consignado en número o letra, así como el monto de los impuestos que en los términos de las disposiciones fiscales deban trasladarse, desglosado por tasa de impuesto, en su caso.

VII.- Número y fecha del documento aduanero, así como la aduana por la cual se realizó la importación, tratándose de ventas de primera mano de mercancías de importación.

*VIII. Tener adherido un **dispositivo de seguridad** en los casos que se ejerza la opción prevista en el quinto párrafo del artículo 29 de este Código que cumpla con los requisitos y características que al efecto establezca el Servicio de Administración Tributaria, mediante reglas de carácter general.*

Los dispositivos de seguridad a que se refiere el párrafo anterior deberán de ser adquiridos con los proveedores que autorice el Servicio de Administración Tributaria.

IX. El certificado de sello digital del contribuyente que lo expide.”

Como se desprende de lo anterior y del artículo 29 CFF, los comprobantes fiscales deberán cumplir con los requisitos previstos de las fracciones I y III a VII del artículo antes citado, y por regla general deberán contar con el certificado de sello digital de quien lo expide (fracción IX).

Asimismo, en la fracción VIII de dicho precepto legal se establece la opción que consiste que en lugar de contener el certificado del sello digital (y, por ende, no se deberán cumplir con lo dispuesto en la fracción II y IX), podrán adherir el dispositivo de de seguridad al cual se hizo referencia en el apartado anterior, por lo que hace a dicho dispositivo resulta aplicable lo ahí dicho.

En adición a lo anterior, en el artículo 29 CFF se prevén requisitos adicionales que deberán contener los comprobantes fiscales impresos, así como en su caso los comprobantes digitales.

3.3. Fracción VII: Efectos fiscales a comprobante inidóneo.

Por lo que hace a la fracción VII del precepto legal en comento, se pretende sancionar a aquellos contribuyentes que dan efectos fiscales a los comprobantes que

contienen un dispositivo de seguridad que no contiene los requisitos legales y/o no se emitieron de conformidad con el procedimiento legal establecido al efecto.

Se considera que se da *efectos fiscales* a un comprobante en el momento en el cual se deduce la erogación que tiene sustento en dicho comprobante, o bien se acredita el impuesto que tiene sustento en dicho documento. De tal manera, que el contribuyente estaría dando efectos fiscales al comprobante en el momento en el que declara el impuesto correspondiente considerando dicho comprobante.

3.4. Fracción VIII: *Efecto fiscal a comprobante digital inidóneo.*

Por lo que hace a la fracción VIII del precepto legal en comento, se pretende sancionar a aquellos contribuyentes que dan efectos fiscales a los comprobantes digitales que no contiene los requisitos legales, incluyendo aquellos casos en los cuales, por ejemplo, no conste un folio asignado por parte del Servicio de Administración Tributaria o proveedor autorizado; esto es, pudiera ser un documento falsificado, o bien podría tratarse de un documento que contiene errores respecto de los requisitos previstos en el artículo 29 y 29-A del CFF y no obstante lo anterior y sabiendo esto el sujeto le da efectos fiscales.

Respecto de dicha conducta, al igual que la tipificada en la fracción VII, será sancionable cuando se dé efectos fiscales al comprobante digital, esto es, el momento en el cual se deduce la erogación que tiene sustento en dicho comprobante fiscal, o bien se acredita el impuesto que tiene sustento en dicho documento y, por ende, se considera que es el momento en el cual se declara el impuesto correspondiente considerando dicho comprobante fiscal.

4. ¿Necesidad de creación de las fracciones VII y VIII, ambas del artículo 109 CFF?

Por lo que hace a los tipos previstos en las fracciones VII y VIII, que comentamos, estamos en presencia de conductas de defraudación fiscal. Lo anterior, toda vez que de conformidad con el artículo 108 CFF, comete dicho delito “*quien con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omite total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal*”.

En efecto, quien dio efectos fiscales a los comprobantes digitales o a los comprobantes que tenían un dispositivo de seguridad que no cumplían los requisitos legales, omite total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtiene un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

Más aún si se considera que será sancionado tomando en cuenta el monto defraudado, esto es, las mismas penas aplicables a la defraudación fiscal. De ahí que no se requería regular este tipo nuevamente. No aporta nada nuevo en relación con el ya previsto en el artículo 108 CFF.

5. Conclusiones.

Considerando lo anterior, arribamos a las siguientes conclusiones:

Primera: El tipo previsto en el artículo 113, en la fracción III, CFF, es un *tipo mixto acumulativo*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Segunda: Respecto del tipo previsto en la fracción VI del artículo 109 CFF, no se puede aplicar pena alguna.

Tercera: No era necesario regular los tipos previstos en las fracciones VII y VIII del artículo 109 CFF, ya que están previstos en la defraudación fiscal, así como en su caso no aportan nada nuevo en relación con el ya previsto en el artículo 108 CFF.

CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL

José Daniel HIDALGO MURILLO

1. Antecedente.

La reforma Constitucional del 18 de junio del 2009 abrió dos grandes puertas que, desde la Constitución –aclaro– permitirán repensar en México, el derecho procesal penal, el derecho penal y el debido proceso penal, procurando superar algunas “copias” que, desde antaño, nos han introducido en un “túnel” de criterios criminológicos –a mi criterio equívocos– y procedimentales, que han obligado “discutir” la “justicia” penal, desde una órbita distinta –falsos paradigmas de política criminal– al acometido de la justicia legal.

No ignoro que copiar es, muchas veces, un acto de prudencia. De esta realidad surge la *iuris prudentia* que nos enfrenta a precedentes y antecedentes de valoración de las normas al caso concreto. Lo bueno –como ha ocurrido con lo clásico– crea adhesiones. El derecho inglés se ha fortalecido como ciencia del derecho por los precedentes jurisprudenciales; el derecho alemán es teoría del derecho, por ese constante acudir a las fuentes jurídicas legales, jurisprudenciales y doctrinales.

Es lo que debió ocurrir a la “jurisprudencia obligatoria” a que se refiere el artículo 94 párrafo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunque hemos de admitir el error de convertir en obligatoria la jurisprudencia que no trata la materia del caso concreto sino, la que se pronuncia, como lo exigen los artículos 192 al 197 de la Ley de Amparo, sobre la violación o no de garantías del gobernado en protección de los derechos fundamentales. Lo que es materia de estudio desde la jurisprudencia en México son situaciones “enquistadas” en las situaciones jurídicas en estudio. Lo que se resuelve sobre esa materia en las decisiones jurisdiccionales de jueces y magistrados locales no ha sido tema de, por ejemplo, las cátedras universitarias. Consecuentemente, los temas jurisprudenciales son siempre limitados.

Pues bien, la reforma constitucional incoa varios principios y/o instituciones que, desde su conceptualización *ius filosófica* –para no hablar de doctrina en forma general– significan lo que deben significar y, por ende, comprometen al Estado en lo que deben comprometer, de modo que no sean un proyecto falaz de administración de justicia. Me refiero, por ejemplo, a los principios de reinserción social; discrecionalidad; solución del conflicto; inocencia; proporcionalidad; sistema

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

acusatorio; principios de contradicción e intermediación; publicidad; oralidad y, lo que nos entretiene: los criterios de oportunidad.

El proceso penal es, desde su objeto, un “juego” de estrategias que obedece –o debe obedecer– una clara política criminal que, igualmente, debe mantenerse en constante revisión de sus efectos y resultados. Se encuentra en juego el orden, la paz, la seguridad y la tranquilidad pública.

Ha sido “común” que esa política criminal se “mida” desde el órgano de poder que, hasta la fecha, ha sido el más incapaz de proyectar la legislación hacia una política criminal: el poder legislativo. En efecto, el Poder Legislativo ha fracasado en el método, en los fines y en los medios para lograr la seguridad ciudadana. En el método, pues la “burocracia” parlamentaria” y los distintos “juegos de poder” han impedido al Poder legislativo ofrecer una respuesta legislativa rápida –según las necesidades del momento–. Es común escuchar políticas de agravación de las penas, introducción de la pena de muerte o las penas perpetuas, la proliferación de delitos graves que evitan la excarcelación de las personas sometidas a proceso, etc. Pero, es igualmente equívoca su política desde los fines, cuando el “imputado” es el gran ignorante de la política criminal misma que, de hecho, ha hecho burla de una frase propia de la doctrina, anquilosada en los libros, la prevención general y particular –positiva y/o negativa, porque, entre otras razones, los medios –la ley, en definitiva– sólo ha servido para causar antinomias, lagunas y modos de interpretación desfavorables a esa política criminal.

2. Eficacia para la solución del conflicto.

Hay dos modos procesales de aplicar, como estrategia, una política criminal. La primera, tal como se dijo, acudiendo al Poder legislativo para que, agravando penas o procedimientos, convirtiendo acciones en hechos delictivos, o, creando penas y multas, favorezca situaciones de prevención. Muchas de estas “políticas” han causado el efecto contrario.

Por un lado, los “formalismos” procedimentales han causado modos de “corrupción” de los funcionarios llamados a administrar justicia. Claro ejemplo de esto es el “recurso de amparo” tramitado para “suspender” la privación temporal de libertad como acto reclamado, convertido en “negocio” de abogados, ministerios públicos y jueces federales, ante la detención en flagrancia de algunos ciudadanos. No olvidemos que –igualmente como ejemplo– el “parte policial de tránsito” ante las infracciones de esa legislación es más eficaz, que la “detención” del vehículo, porque, en este segundo caso, cualquier ciudadano prefiere pagar al oficial de policía, el mismo monto de la multa, que tener que “soportar” el decomiso de su vehículo y el trámite administrativo, a lo que se suma el atraso en sus obligaciones laborales. Tal parece que la legislación se crea para corromper el trámite.

Es un dato de experiencia –también como ejemplo– que la privación de libertad por faltas, contravenciones y hechos delictivos deviene en el modo fácil de causar, por parte de las autoridades, modos de extorsión, porque se encuentra en juego la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

libertad de las personas. El derecho comparado nos ha permitido comprobar que, ante el parte policial que impone multas automáticas sin privación “extorsiva” de libertad, el ciudadano responde con mayor eficacia, que los modos que se ha inventado el legislador Mexicano.

Por el contrario, una segunda estrategia de política criminal ha sido ofrecer al Ministerio Público la decisión de sancionar o prescindir de la sanción de las conductas ilícitas, bajo criterios de oportunidad previamente establecidos. En estos casos, los hechos siguen siendo delictivos dentro de un gran catálogo de tipos penales y las multas o penas siguen estando vigentes. Pero son las circunstancias de tiempo, modo, época, lugar, personas y efectos del hecho las que permiten –*ad casum*– su aplicación o no. Entonces, la legislación ofrece los mismos objetivos, aunque en un programa de puertas que, a criterio del órgano al que corresponde la seguridad del Estado, se abren o se cierran a conveniencia. De ese modo, “hoy” es posible y conveniente perseguir una serie de hechos delictivos que “mañana” conviene dejar en el archivo. De ese modo, el legislador crea la cantidad de hechos delictivos que convenga manteniendo, a la vez, las sanciones que sean proporcionales al hecho. Sin embargo, ofrece al Ministerio Público criterios de actuación que, repito, *ad casum*, le permite a la Procuraduría, perseguir o dejar de perseguir, agravar o alivianar, la aplicación de algunas sanciones, según corresponda a la tranquilidad pública.

Esos criterios de oportunidad, conjuntamente, con procedimientos de conciliación, mediación, negociación, acuerdos reparatorios, perdón de la víctima, suspensión condicional del proceso y procedimiento abreviado devienen en mayormente eficaces para la solución del conflicto, visto este desde el bien común, sin dejar de considerar, igualmente *ad casum*, el bien particular. Sin embargo, su eficacia estriba, en primer lugar, en la protección del principio *pro libertate* que crea confianza, para los ciudadanos, en las Instituciones de Administración de Justicia y, en segundo lugar, en la facilidad de cumplir los acuerdos, en razón de los modos estratégicos de los acuerdos mismos.

Para entender este último planteamiento, quizá es conveniente estudiar antropología. Sin embargo, como no es el momento para hacerlo, tal vez deviene en importante aclarar el comportamiento del hombre individual en sociedad. Para ello basta recordar que el hombre justo ama la virtud y, ésta, como hábito, se adquiere por la repetición constante de actos propios de la virtud que se persigue. Una persona a la que se atribuye un delito no cuenta, por lo general, con las virtudes individuales y sociales necesarias para cumplir con un compromiso o acuerdo reparatorio. Es una realidad de la que no puede prescindirse. Sin embargo, en los Estados de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas y Estado de México, se viene sujetando a los imputados a acuerdos y compromisos que están encaminados a ser incumplidos, porque, repito, se exige compromiso a quien no está capacitado –por falta de virtud– para cumplir los acuerdos. Es común, además de la virtud, que el acuerdo reparatorio lo asuma quien carece de trabajo fijo, de ingresos constantes, de modos de vida lícita. No deja de ser común que, igualmente, estas personas carecen

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de arte u oficio que les permitan un trabajo estable con el cual, además de saciar sus propias necesidades, les permita responder ante las necesidades ajenas. Aun así se firma un “acuerdo reparatorio” que ha nacido frustrado, pues obliga, entre las distintas partes “contratantes”, a quien no tiene “capacidad” de obligarse.

Esta misma situación viene ocurriendo con, por ejemplo, los acuerdos de reparación y los planes por cumplir en la aplicación del procedimiento de suspensión condicional del proceso; la reparación integral del daño como causa de extinción de la acción penal; la ayuda a la comunidad, al Estado, o a entidades de beneficencia; y, algunos otros compromisos que los imputados han asumido sin que, luego, el Ministerio Público pueda controlar su cumplimiento. Entonces, el proceso deviene en mofa y el objetivo truncado. De aquí la importancia de tratar, con el mismo procedimiento, los mecanismos alternativos de solución de conflicto, el procedimiento abreviado, la conciliación y la mediación, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba. Quizá un ejemplo basta: del mismo modo como el procedimiento se suspende cuando el Ministerio Público negocia con el imputado un acuerdo para ayudar en la investigación, hasta que esa ayuda sea eficaz, así debe ocurrir con los demás mecanismos. Cuántos acuerdos se negocian sobre situaciones o bienes que no se pueden cumplir, cuando contamos con miles de situaciones y bienes sobre los que sí se pueden cumplir y conviene que se realicen, y pueden ser parte de esos compromisos. Todo depende que el Ministerio Público tenga conocimiento de esas situaciones y de esos bienes, para convertirlos en verdaderos compromisos.

Corresponde, sin embargo, analizar el modo como cada una de las entidades federativas ha asumido los efectos de la justicia restaurativa. Esto porque Chihuahua la asumirá desde la reparación del daño, mientras que Oaxaca, con el mismo efecto la asume desde la conciliación. Zacatecas la ubicará como justicia restaurativa, mientras que Chihuahua y Oaxaca, como mecanismos alternativos de solución de conflictos. Bajo tantas diferencias, dentro de la igualdad, Oaxaca será el único Estado que considerará los criterios de oportunidad, como mecanismos alternativos de solución de controversias, es decir, como formas de justicia restaurativa, cuando los demás Estados y el mismo Código Modelo los considerará como una limitación, en razón de la política criminal del Ministerio Público, de la persecución penal, más propiamente, desde la acción penal pública.

El criterio legislativo del Estado de Oaxaca parece acertado cuando, en razón de “pena natural”, “reparación integral del daño” y “negociación criminal” los criterios de oportunidad, en mucho, resuelven conflictos, particularmente, cuando el imputado mismo procura coadyuvar con la administración de justicia en la aplicación de esos criterios.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Nótese, por ejemplo, que el Estado de México ha introducido trece criterios de oportunidad¹. En estos trece criterios se incluye los criterios que han asumido las demás entidades federativas, aún cuando Oaxaca y Zacatecas no hayan admitido, por lo menos en su primera legislación, criterios de oportunidad para la “negociación criminal”, es decir, para que el imputado pueda cooperar con el Ministerio Público en la averiguación de la verdad en relación con los mismos hechos u otras causas pendientes a nivel Estatal, en la Federación, o, en otros Estados. En casi todas las legislaciones se consigna que “el ministerio público deberá aplicar los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando cada caso en lo individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable”², con lo cual, con los criterios se busca, igualmente, la solución, por lo menos reparadora, del conflicto. Pero, los criterios de oportunidad, con un objetivo de estrategia en la política criminal del Ministerio Público (Cfr: art 21 CPEUM) procuran “encausar” la investigación por delito hacia objetivos más puntuales, de especial interés para la seguridad, la tranquilidad y la paz social y, la propia solución del conflicto o, por lo menos, la posibilidad de que el Ministerio Público pueda dedicar tiempo a hechos delictivos de mayor interés, para lo cual debe discriminar entre aquellos de menor repercusión social. Bajo esos supuestos es claro que la legislación considera de “bagatela” y, por ende, permite el archivo del sumario, “cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público”³, salvo que haya sido cometido por un servidor público estatal o municipal en ejercicio de sus funciones. La misma “negociación criminal” procura, en la aplicación de criterios de oportunidad, la solución del mismo u otro conflicto relacionado. Procede en el Estado de México “cuando el imputado haya realizado una conducta cuando estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho delictuoso o haya contribuido decisivamente al

¹ Cfr: Artículo 110 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. Publicado en el Periódico Oficial el 9 de febrero del 2009.

² Cfr: Artículo 110 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

³ Cfr: Artículo 110, fracción I., del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. En el mismo sentido la fracción I, de los artículos 83 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; artículo 196 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; artículo 90 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas; artículo 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California; artículo 94 del Código de Procedimientos del Estado de Durango y artículo 98 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho en otro más grave”⁴.

La aplicación de criterios de oportunidad por “pena natural” igualmente resulta un mecanismo alternativo de solución de conflicto. En el Estado de México se entiende “cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando tratándose de un delito culposos haya sufrido un daño de carácter moral de difícil superación”⁵, lo que igualmente ocurre con los criterios en que prevalece el principio de “exceso de pena” que, en el Estado de México se entiende en dos fracciones del artículo 110 de comentario, es decir, “cuando la pena que corresponda por el delito de cuya persecución se prescindiera, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero” o, “cuando el inculcado sea entregado en extradición por la misma conducta o por diversa, en el caso de que la sanción impuesta por el requirente reste trascendencia a la que se le pudiese imponer”⁶.

El Estado de México, sin embargo, agrega y repite algunos otros criterios de oportunidad. De conformidad con el artículo 110 procede “cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenazas graves a la seguridad exterior del Estado”; “cuando exista colaboración del inculcado para evitar la consumación de delitos graves o lograr la desarticulación de organizaciones criminales”; “cuando el inculcado haya sufrido, por su conducta culposa, daño grave que haga

⁴ Cfr: Artículo 110, fracción II., del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. En el mismo sentido la fracción II, de los artículos 83 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; artículo 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California y artículo 98 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación. Los Códigos de Oaxaca, Zacatecas y Durango no admiten la negociación con el imputado en este sentido.

⁵ Cfr: Artículo 110, fracción III., del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. En el mismo sentido la fracción III, de los artículos 83 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; artículo 196 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; artículo 90 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas; artículo 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California; artículo 94 del Código de Procedimientos del Estado de Durango y artículo 98 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

⁶ Cfr: Artículo 110, fracción IV y V, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México. En el mismo sentido el artículos 83 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; artículo 196 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca; artículo 88 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos; artículo 90 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas; artículo 79 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California; artículo 94 del Código de Procedimientos del Estado de Durango y artículo 98 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

desproporcionada o inhumana la aplicación de la sanción”; “cuando el delito no siendo grave, afecte un bien jurídico individual y se haya reparado el daño causado, determinándose objetivamente la ausencia de interés público en la persecución”; “cuando el reproche de culpabilidad hacia la conducta sea de tan secundaria consideración que haga a la sanción penal una respuesta desproporcionada”; “cuando la persecución penal de un delito que comprende problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa, adecuada a los intereses de las víctimas y la sociedad”; “cuando se emplee cualquier mecanismo alternativo para la solución del conflicto, previsto en el presente ordenamiento” y, finalmente, “cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial, o tenga más de 70 años y no exista mayor daño al interés social”.

No podemos sostener con esto que haya un único mandato constitucional al determinar, por un lado, “mecanismos alternativos” (Cfr: art. 17) y, por otro, “criterios de oportunidad” (Cfr: art. 21). Procesalmente hablando se trata de objetivos procesales distintos. Por ende, ha sido el Estado de Oaxaca el que exige repensar los criterios de oportunidad como especies de esos mecanismos. Sin embargo, si el archivo de algunas causas penales –por aplicación de criterios de oportunidad– permite dedicar tiempo a otras, de mayor gravedad o importancia social, es claro que, por un lado, la aplicación de esos criterios resultan ya una decisión de “política criminal” y, por otro, un modo de “resolver” o “coadyuvar” a resolver esos y otros conflictos, con lo cual se logra el mismo objetivo al que se enfrenta el proceso desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y desde los Códigos acusatorios vigentes que hemos venido estudiando.

3. De los criterios de oportunidad.

Del estudio de la legislación nacional y latinoamericana es posible distinguir al menos veinticuatro criterios de oportunidad que, a la vez se pueden clasificar en cinco apartados: bagatela, pena natural, negociación criminal, reparación del daño y exceso de pena.

a. Criterios de oportunidad por bagatela.

Es posible sostener que en razón de bagatela no hay razón de “bien jurídico” protegible y, por ende, coherente con el criterio de derecho penal mínimo de Luigi Ferrajoli, esos hechos no debieron ser tipificados como delito. Sin embargo, la bagatela no surge del bien jurídico legislativamente protegido sino del bien jurídico persecutoriamente protegido; es decir, la diferencia entre la protección general y abstracta de protección de la ley penal y, la protección particular y concreta de la decisión jurisdiccional. En todo caso, es posible dilucidar los siguientes criterios por bagatela:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad, cuando, por las circunstancias del caso se trate de un hecho insignificante.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- b. Aplicación de criterios de oportunidad, cuando, por las circunstancias del caso se trate de un hecho de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste.
- c. Aplicación de criterios de oportunidad cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
- d. Aplicación de criterios de oportunidad cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
- e. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
- f. Aplicación de criterios de oportunidad cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
- g. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.
- h. Aplicación de criterios de oportunidad cuando los condicionamientos fácticos o psíquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativa de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.
- i. Aplicación de criterios de oportunidad cuando, en tráfico de drogas, la cantidad decomisada al imputado permita presumir la tenencia para el consumo, sin que exista prueba de su distribución.

La experiencia ha permitido ver en la bagatela, más que una política criminal que, necesariamente comporta una estrategia en la “persecución” de los delitos de “mayor” importancia, una política “administrativa” de reducción del trabajo de los fiscales del Ministerio Público y, consecuentemente, una desnaturalización de la figura jurídica. En otros ámbitos más reducidos, la bagatela se utiliza como una figura que facilita “cobrar” por el servicio y que, desgraciadamente, reduce la acción del Ministerio Público a la corrupción de sus funcionarios. Igualmente ocurre que, por deficiencia de las autoridades, muchas causas importantes devienen en “bagatela” por la ausencia de “acción–reacción” ante la delincuencia: un hecho de importancia pierde significado en su persecución por el paso del tiempo.

b. Criterios de oportunidad por reparación integral el daño.

Es común encontrar, en México, que los acuerdos reparatorios sean objetivo de los mecanismos alternativos de solución de controversias, parte del plan de reparación del procedimiento de suspensión condicional del proceso y, del propio procedimiento abreviado. Esto nos ha permitido sostener que el proceso penal que se concibe desde el artículo 20, apartado C, fracción IV nos enfrenta a un Sistema Procesal Penal Reparatorio. Pues bien, la reparación del daño es igualmente un objetivo en la aplicación de criterios de oportunidad. Bajo esta tesis es común encontrar, por reparación, los siguientes criterios:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad cuando el imputado haya producido la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos.
- b. Aplicación de criterios de oportunidad cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
- c. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

En Costa Rica, en el capítulo referente a la extinción de la acción penal se incluyó, como causal de extinción de la acción penal pública, la reparación integral del daño. Esta reparación integral del daño será concebida en México, a partir del código de Chihuahua, como “acuerdos reparatorios” que, como hemos estudiado, no han sido considerados dentro de los modos de justicia restaurativa o, por lo menos, como sinónimo de conciliación, mediación y negociación, aunque esos tres institutos procuren el acuerdo reparatorio.

En efecto, el artículo 30 del Código Procesal Penal de Costa Rica dispone, como causa de extinción de la acción penal “j) por la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso”.

En algún momento el equipo técnico de trabajo redactor del Código Modelo se propuso esta norma como causal de extinción asumiendo la legislación de Costa Rica. Sin embargo, a pesar de la norma, la experiencia ofrecía otros resultados. Con fundamento en esa experiencia luego se analizó las consecuencias, entre ellas, el problema que suscita –también en la opinión pública– el “delinquir con la finalidad de ‘pagar’ si me atrapan”. De hecho, Costa Rica sufrió, posteriormente una reforma al artículo 30 citado disponiéndose que “esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida o de la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

suspensión del proceso a prueba. El plazo señalado se computará a partir de la firmeza de la resolución que declara la extinción de la acción penal. Para tales efectos el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiados”.

La experiencia costarricense sirvió para introducir la misma figura, por su conveniencia procesal en cuanto forma de solución del conflicto, pero, no como causal de extinción de la acción sino, como criterio de oportunidad. De ese modo, en el artículo 98 del Código Modelo se dispuso que el ministerio público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, limitarla a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: “b) el imputado haya producido la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos”. La idea que prevaleció en los redactores del proyecto era evitar la crítica sufrida en Costa Rica y, consecuentemente, ante la reparación integral del daño como criterio de oportunidad, el ministerio público tuviera la libertad de continuar o no con la persecución penal a pesar de que el imputado haya resarcido a la víctima y ofendido.

c. Criterios de oportunidad por pena natural.

Aunque en el derecho penal ha prevalecido, en la mayoría de los supuestos, la “doble sanción” o, la “supremacía de la sanción penal” sin detrimento de las demás sanciones judiciales o administrativas, el criterio de oportunidad por “pena natural” tiene como objetivo poder archivar una causa penal cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho daño físico o psíquico. Se trata de un supuesto amplio e igualmente abstracto de “daño” que podría incluir, posteriormente, otros supuestos. Por ejemplo, se estudia el daño que causa –como sanción– la publicación de la fotografía del autor de un hecho punible y la influencia de esa publicación en el trabajo, créditos bancarios, acogida social, etc., cuando los medios difunden la noticia del hecho punible que se le atribuye. ¿No habrá existido ya una pena cuyas consecuencias son difíciles de medir, pero han afectado la situación social, familiar, laboral y económica del imputado?

Con el primer supuesto el Sistema Acusatorio ha introducido, como criterio de oportunidad, el de pena natural. En nuestro medio se comprende, en esa clasificación, los siguientes:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psíquico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena.
- b. Aplicación de criterios de oportunidad cuando el imputado, en ocasión de una infracción culposa, haya sufrido un daño moral de difícil superación.

d. Criterios de oportunidad por exceso de pena.

El Sistema Acusatorio no ignora la doctrina relacionada con los principios de prevención y, consecuentemente, el “valor” que se otorga a la pena en relación con la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

prevención particular negativa. Sin embargo, no ignora, igualmente, que el exceso de pena cuando, por ejemplo, se ha sobrepasado el máximo de pena previsto en la legislación que no cuenta con penas perpetuas o, por la edad del imputado, resulta un absurdo procesal. Se trata, en definitiva, de un problema de acumulación de causas que, si bien beneficia al imputado, otras muchas lo perjudica, entre ellas, el atraso del trámite por la distinta rapidez en su distinto diligenciamiento. Esto ha significado, dentro de las técnicas procesales, las políticas de acumulación y des acumulación.

Sin embargo, desde los criterios de oportunidad por exceso de pena se busca, más particularmente, no perder el tiempo en causas iniciadas –de menos importancia, por complicación de trámite o, por su insignificancia– cuando existen ya causas penales pendientes de juicio o, cuando ya existe condena en el país, en otra entidad federativa o, en otro país. Dentro de esta lógica se concibe:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta.
- b. Aplicación de criterios de oportunidad por la pena que se debe esperar por los restantes hechos o delitos a la misma persona
- c. Aplicación de criterios de oportunidad por la pena que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en la jurisdicción local o en el extranjero.
- d. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
- e. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible.
- f. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en México carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
- g. Aplicación de criterios de oportunidad cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

Como puede notarse, el Sistema de Justicia Penal se centra en una pena que respeta los principios de proporcionalidad y coherencia, renunciando a la sanción, por la sanción y, consecuentemente, la reinserción social. El derecho penal no busca acumular sanciones sino, aplicar criterios de reinserción, rehabilitación,

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

reeducación, resocialización que se consigue, aparentemente, con una sola pena, sin descuidar, para ello, la reparación del daño respecto a cada una de las víctimas.

Los argumentos pueden ser muchos. Si a un imputado se le siguen varias causas penales y una de ellas tiene, como pena de prisión, la pena máxima admitida por el Estado, ¿no será suficiente la condena por ella, sin tener que tramitar las otras? ¿No será más prudente tramitar aquellas de fácil tramitación o, que reúnen más medios de prueba, que ocupar un tiempo y recurso humano para aquellas de tramitación compleja, de mayor costo para el Estado o, que carecen de medios probatorios? Si un Estado lo persigue, ¿no será más conveniente esperar la condena de ese Estado, que esperar para aplicar la sanción en los demás Estados pendientes? Si está siendo procesado en otro país o, en la justicia internacional, ¿no será más apropiado esperar esa condena y, consecuentemente, por la misma pena impuesta, archivar las causas pendientes de trámite?

Pensar en contrario nos permite pensar, de manera crítica, que la pena tiene como objetivo “encerrar” a una persona y, para ello, la necesidad de acumular sanciones para que ese “encerramiento” sea de por vida, por ende, renunciar al carácter reinsertor de la pena o medida de seguridad. De hecho, en Estados que cuentan con un monto de pena máxima la acumulación de sanciones deviene en contradictorio a esas disposiciones. Esta es la razón por la cual el “exceso de pena” como criterio de oportunidad encuentra su acogida en la doctrina.

e. Criterios de oportunidad por negociación criminal.

La posibilidad procesal de que el imputado coopere con la investigación criminal ha permitido el desarrollo de criterios de oportunidad. Con ese objetivo, la legislación comparada nos permite analizar las siguientes posibilidades procesales:

- a. Aplicación de criterios de oportunidad cuando se trate de asuntos de delitos graves, tramitación compleja o delincuencia organizada y el imputado colabore eficazmente con la investigación.
- b. Aplicación de criterios de oportunidad cuando se trate de asuntos de delitos graves, tramitación compleja o delincuencia organizada y el imputado brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos.
- c. Aplicación de criterios de oportunidad cuando se trate de asuntos de delitos graves, tramitación compleja o delincuencia organizada y el imputado proporcione información útil para probar la participación de otros imputados.

En este tipo de criterios se exige que la participación o colaboración del imputado en la investigación se realice siempre que la acción penal de la cual se prescinde total o parcialmente resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. Este criterio ha creado algunas nuevas figuras procesales. La más importante y exigente es la del testigo protegido. Sin

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

embargo, dentro del mismo supuesto se concibe la cooperación de ese imputado como agente encubierto y, consecuentemente, las entregas vigiladas que únicamente exigen evitar el agente provocador.

El criterio permite, igualmente, que la negociación pueda desarrollarse en distintos ámbitos competenciales. Es común que el imputado ayude en la investigación del hecho en que ha participado con otros. Sin embargo, cada vez es más necesitado para ayudar en la investigación de otros delitos de mayor gravedad o repercusión social. En los Estados federales, se crean criterios para cooperar en la investigación de un Estado vecino o, con otro país, tratándose o no del mismo delito.

4. Los criterios de oportunidad como mecanismos alternativos de solución de controversias.

Es cierto que la política criminal de una Nación se determina a través de los estudios que se discuten al interno del Poder Legislativo, es decir, a través de la legislación. Sin embargo, el legislador puede asumir el “monopolio” de esa política criminal o, como ocurre, facilitar, a través del principio de discrecionalidad, normas flexibles que permitan al Ministerio Público –desde su particular ámbito de actuación– y, a los órganos jurisdiccionales, a la hora de resolver, encarrilar el proceso respetando criterios genéricos de política criminal.

El Sistema Acusatorio ha creado, para ello, criterios de oportunidad reglados y el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha permitido a la legislación secundaria la determinación de dichos criterios, sin exigir, en estos casos –lo que no obvia que lo defina la legislación secundaria– la necesaria reparación del daño. La legislación plasma, entonces, una política general y los criterios de oportunidad facilitan el principio de discrecionalidad, a través de una política criminal particular, que se concreta, en razón de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, al caso concreto.

Se sostuvo arriba que en la legislación Mexicana solo el Estado de Oaxaca ha considerado los criterios de oportunidad como mecanismos alternativos de solución de controversias, aunque el mismo Estado de Oaxaca y los mismos Estados de Chihuahua, Zacatecas, Morelos, Baja California, Estado de México, Durango y Nuevo León no han exigido que, como requisito para su aplicación, se repare el daño.

La reparación del daño no significa, únicamente, pagar a la víctima o al ofendido el daño causado por el delito, sino que incluye, igualmente, que al Estado y a la sociedad, como igualmente víctimas, se repare en el orden, la tranquilidad, la seguridad y la paz social, lo que en parte se logra cuando se aplican algunos de los distintos criterios de oportunidad. La cooperación del imputado en la propia causa o causas conexas o paralelas, que, a la vez, permiten su comprobación como “testigo” protegido o “agente” encubierto produce, entre otras, la consecución de la verdad en esas otras causas, lo que deviene en beneficio para la misma sociedad o el Estado. Si el archivo de causas penales por bagatela permiten al Ministerio Público encaminar

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

sus esfuerzos a la investigación de causas penales importantes y, a la postre, se logra su objetivo, es claro, entonces, que el criterio de oportunidad obtuvo su finalidad y, consecuentemente, logró la solución de otros conflictos. Lo mismo puede decirse de la pena natural y el exceso de pena. No es por tanto incoherente lo que propone el Estado de Oaxaca.

Sin embargo, la aplicación de criterios de oportunidad debe encaminarse, si en serio se aplican como modos de ser de una política criminal del Ministerio Público, hacia mecanismos de solución de controversias, bajo los siguientes supuestos:

- a. Solución de controversias en cuanto exijan, –de previo o a posteriori–, la reparación del daño a las víctimas u ofendidos por el delito.
- b. Solución de controversias en cuanto se apliquen para ofrecer, a la sociedad, orden, paz y tranquilidad social y seguridad pública.
- c. Solución de controversias en cuanto se procure, con su aplicación, y aunque renuncien, aparentemente, a la protección del bien particular, al fortalecimiento del bien común.

Consecuentemente, no solo la reparación integral del daño, como criterio de oportunidad, deviene en mecanismo alternativo de solución de controversias, pues la misma aplicación de criterios –dentro de una clara política criminal– está resolviendo o permitiendo resolver otros y el mismo conflicto. Pero, en algunos casos, “reducir” la aplicación del criterio, a la exigencia de reparar el daño, quita importancia a la misma naturaleza del criterio cuando, por ejemplo, su aplicación interesa, prioritariamente al derecho de la víctima u ofendido directo, en razón de otras víctimas u ofendidos indirectos, como ocurre en los casos de cooperación criminal.

5. Conclusión.

Si se conciben dentro de la política criminal de la Procuraduría o del Ministerio Público, los criterios de oportunidad devienen en mecanismos alternativos de solución de conflictos dentro de la concepción del Sistema Acusatorio Procesal Penal Mexicano. Esta realidad es la que debe prevalecer en el órgano acusador cuando decida su aplicación dentro de las distintas etapas del proceso.

Un defecto, en la aplicación de estos criterios, ha sido su “utilización” como forma de desahogo de causas en los Despachos del Ministerio Público y, una aberración, su uso como modos de “negociar” las causas penales con algunos imputados. El sistema de justicia no soporta que los criterios de oportunidad signifiquen una “oportunidad” para que las policías o los ministerios públicos se corrompan, aún cuando puedan significar un cauce para ello.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha abierto una puerta importante para la eficacia del Ministerio Público. Esa puerta no encuentra candado alguno que permita al legislador secundario repensar qué criterios deben admitirse en las distintas entidades federativas o en la propia federación. El Estado de México

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

ha admitido trece criterios de oportunidad. Chihuahua, Morelos y Baja California ha admitido los cinco criterios a que nos hemos referido en este artículo. Zacatecas, Oaxaca y Durango han renunciado al criterio que permite la negociación criminal. ¿Qué es lo que más conviene al país? Es esta la gran pregunta si los criterios se aplican soportando una clara política criminal de las Procuradurías Locales o la General de la Federación.

Espero con estas líneas abrir una puerta a la discusión de una de las instituciones más importantes dentro del Sistema Acusatorio.

TESTIGO ¿PROTEGIDO?

Diego Efraín LARA RIVERA

En el combate al crimen organizado a nivel mundial la figura del testigo protegido ha sido de enorme utilidad, siendo además aceptada y recomendada por la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada. Incluso, aproximadamente en un 80 % de los casos existe algún testimonio de testigo protegido que ha sido clave en los procesos en diferentes países.

La diferencia y eficacia de este programa reside en el nivel de profesionalización de las fiscalías, agentes ministeriales y de todo el esquema de justicia penal de cada nación.

En Estados Unidos, quienes se suman al sistema de testigos protegidos deben entregar toda la información posible, la más importante debe ser corroborada o sostenida por pruebas duras, tienen que dar testimonio en los procesos penales en forma personal, y son protegidos con un cambio de identidad, de lugar de residencia y un programa muy estricto y compartimentado para su protección. Si la información que revela resulta falsa o se retracta en el proceso penal, puede tener una pena aun mayor de la que le correspondía originalmente.

En México la figura de testigo protegido /colaborador data de 1996 y se encuentra dentro de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, capítulos sexto y séptimo.

El capítulo sexto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece que será la "Procuraduría General de la República la que prestará apoyo y protección a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas cuando así se requiera".

En el artículo 35 de la Ley se lee que 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;
- II. Cuando exista una Averiguación Previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

- III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y
- IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

Sin embargo, en términos reales esta figura es, sin lugar a dudas, un esquema directamente proporcional con el sistema de justicia prevaleciente, es decir, con muchas interrogantes, lagunas, que es manejado al antojo de quien lo llega a utilizar y, sobre todo, sin resultados contundentes.

Habrá que analizar el costo-beneficio de este programa a fin de medir los resultados obtenidos en función de personas en prisión y sentenciadas, en virtud de que por la misma definición de la figura jurídica no es posible tener un careo con el acusado, por tanto "no se sabe si dicen la verdad o no".

Uno de los principios básicos del programa de testigos protegidos es que la persona que se adhiera debe ser delincuente, o en algunos casos estar en el medio delincencial directa ó indirectamente (parejas sentimentales) ó estar cerca del lugar de comisión de un crimen (testigo o vecino de casa de seguridad).

En México, en la mayoría de los casos se registra el primer supuesto y ante detenciones circunstanciales derivadas de eventuales confrontaciones más que de trabajo de inteligencia.

Han sido detenidas muchas personas profundamente involucradas en la actividad delincencial que, sin embargo, en su detención y hasta antes de su puesta a disposición son severamente torturados para la obtención de información, de ahí que lo obtenido pudiera resultar algo no válido e inclusive falso, o bien, se extingue su deseo de proporcionar datos sustanciales.

Adicionalmente, es requisito que la información que proporcione la persona debe estar ligada a la obtención de un resultado cierto y que lleve a la detención, enjuiciamiento ó fortalecimiento de una sentencia. En principio, la persona tendrá que comprobar que efectivamente esta diciendo la verdad.

Otra característica es que, de ser cierta y sustancial la información proporcionada, el "único" beneficio que debe tener el "testigo protegido" es una reducción de pena sobre su sentencia, ya que su colaboración no le quita el título de delincuente.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Sin embargo, en México ser testigo protegido es un sinónimo de “salvación y obtención de privilegios” para los criminales. Son delincuentes con beneficios que gozan de impunidad pero, aparentemente, no aportan demasiado y que ante la posibilidad de ver reducida o anulada una pena que puede ser de muchos años de prisión, están dispuestos a decir lo que sea, verdad o mentira.

En México, la instancia encargada de la investigación de los delitos son las Procuradurías Generales de Justicia de cada entidad y la Procuraduría General de la República (PGR) tratándose de delitos del fuero federal; no obstante no existe un sistema de investigación capaz de reaccionar oportunamente para el esclarecimiento de un delito.

Tan sólo un ejemplo del enorme rezago que existe en nuestro país en materia de investigación y procuración de justicia es que en Ciudad Juárez, Chihuahua, existen expedientes de homicidios registrados meses atrás conformados por una sola hoja y que además corresponde al acta de levantamiento de cadáver.

En este sentido, es inaceptable pensar que esquemas alternos no regulados debidamente como es el “testigo protegido” se puedan sumar a una ineficaz capacidad de investigación y falta de actitud de las autoridades ministeriales.

Los eventos ocurridos recientemente, el suicidio de Jesús Zambada Reyes en la casa de seguridad que habitaba y la ejecución de Edgar Enrique Bayardo del Villar en una cafetería de la Colonia del Valle, ambos testigos protegidos, exponen claramente la necesidad de replantear dicho programa, sobre todo al considerar que ambos acontecimientos se desarrollaron sin ningún problema, especialmente el de Bayardo.

Edgar Enrique Bayardo del Villar, autodenominado “El fiscal de hierro” fue comandante de la Policía Judicial Federal, tiempo después subprocurador de Justicia, subprocurador de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada del estado de Tlaxcala y Director de Investigaciones Especializadas de Delincuencia Organizada en Puebla; para después ser informante del narcotraficante Ismael “El Mayo” Zambada, líder del Cártel del Pacífico, de acuerdo con la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO). De hecho, el mismo Bayardo manifestó que por 20 años colaboró con organizaciones de narcotraficantes.

Pese a ello, y aún con los antecedentes referidos por la SIEDO, las autoridades no comprobaron la responsabilidad de Bayardo, por lo que pudo ser admitido en el programa de testigo protegido. No conforme con lo anterior, consiguió que se detuvieran las acusaciones en su contra, la devolución de sus bienes y, además, una compensación de 50 mil pesos mensuales.

No conforme con eso, ahora también sabemos que Bayardo no vivía en ninguna casa de seguridad sino en un lujoso departamento de Polanco que sin duda pudo comprar con los bienes por un valor de 28 millones de pesos que le había regresado la Procuraduría al convertirse en testigo protegido.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Una vez registrado el homicidio, inició el espectáculo mediático característico de las autoridades mexicanas; el Procurador General de la República, Arturo Chávez Chávez, señaló que se iniciaría una investigación de la figura del testigo colaborador, así como también a todo el personal que pertenece al esquema, con el objetivo de conocer las condiciones en que opera el programa.

El contenido de la declaración ¿evidenció el desconocimiento absoluto del programa por parte del personal encargado de la Procuración de Justicia en nuestro país? ¿O es que acaso no existe un estricto control de una alternativa de obtención de información que suple las deficiencias en materia de investigación?

La detección de irregularidades continuaron luego de que el vocero de la PGR señalara en un afán de justificar los hechos que “las personas que ingresan al Programa de Testigos Colaboradores no están detenidos ni sujetos a proceso penal o alguna investigación específica, por consecuencia, su situación no es precisamente la de una persona que se encuentre recluida en algún lugar”.

Entonces habrá que cuestionar como una persona que la incorporan a un programa por pertenecer y haber servido a Ismael “El Mayo” Zambada cobrando 25 mil dólares mensuales y sobornando a mandos de la Policía Federal para poder ascender, no cuente con antecedentes penales. Entonces ¿porque lo detuvieron? ¿Le borraron los delitos cometidos?

En este sentido surge la pregunta: ¿cómo es que los detienen y luego no tienen elementos para procesarlos?; ¿si no existen elementos para procesarlos, cómo tiene conocimiento de las actividades y hechos?; y ¿si tenía conocimiento de ello, trabajaron u ocultaron la información a su conveniencia, es decir, existe el encubrimiento?

Un principio de la colaboración de los testigos es proporcionar información verídica y útil a cambio de una reducción de sentencia, más no la eliminación del historial delictivo. Y si no es un delincuente, porque fue detenido por la PGR?

El vocero agregó que la “seguridad de estos informantes depende de que cumplan las normas de la casa a la que están asignados”; sin embargo reconoció “que tampoco existe una normatividad que los obligue a salir custodiados”. ¿Qué tan protegido está un testigo protegido?

Tanto la seguridad de los testigos como la normatividad del programa son altamente cuestionables, ya que es inconcebible que un “testigo protegido” no cuente con protección o que la misma dependa de la persona en cuestión. En el caso de Edgar Bayardo, se tiene conocimiento que el día de su ejecución éste abandonó la casa de seguridad que habitaba sin informárselo al personal de custodia y sin ningún problema.

Es reprobable que un evento de este tipo suceda; sin embargo es un escenario que tristemente se repite, así lo demuestra el suicidio de Jesús Zambada Reyes, sobrino de Ismael “El Mayo” Zambada y miembro del programa de testigos de la PGR, quien

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

había manifestado, presuntamente, su deseo de suicidarse. Ante tal manifestación se debió haber reforzado su vigilancia.

Otro caso que se suma es el ocurrido el 21 de agosto de 2008, cuando el también testigo protegido de nombre “Noé”, quien delató la relación de La Familia con el ex delegado de la PGR en el estado de México, José Manzur Ocaña, fue ejecutado en La Marquesa junto con dos agentes que lo escoltaban.

En este sentido, información periodística refiriere que autoridades federales investigan una posible delación desde la Suprocuraduría Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO) que hubiera permitido a los homicidas ubicar y ejecutar a Bayardo¹.

Sin embargo, no es necesaria la ejecución de un testigo para perderlo, ya que el 7 de febrero de 2009 la PGR no presentó ante el juzgado 18 de distrito de procesos penales federales, con sede en el Reclusorio Norte, a una testigo colaboradora de la procuraduría, quien debía carearse mediante una videoconferencia con César Arellano Coronilla, El César, presunto sicario de Los Zetas, debido a que “por el momento no era posible localizarlo, ya que por su propia decisión y por sus propios medios abandonó el servicio de escolta”².

Todos los personajes antes mencionados gozaban de una libertad impresionante, digna de ser cuestionada, y que refleja la desorganización del programa al que estaban acogidos.

De acuerdo con información periodística de 1997 a 2007 la PGR invirtió 86 millones de pesos en seguridad y manutención de 426 testigos colaboradores o protegidos. Estos recursos no sólo se gastaron en informantes, una parte se destinó a los Agentes Federales que brindan protección a los testigos, además de la renta de inmuebles.

Nuevamente surge aquí el cuestionamiento: ¿cuántas personas más estarán gozando de una serie de privilegios bajo el programa de testigo colaborador? y, en este sentido, cuán relevante ha sido su participación en el combate contra la delincuencia organizada. ¿Está realmente sustentado el gasto que representa este programa?

La muerte en dos semanas de dos testigos protegidos ha puesto en entredicho la confiabilidad del programa, así como el actuar de las autoridades, lo que ha abierto la puerta a toda una serie de cuestionamientos relacionados con la normatividad del sistema, la infiltración del crimen organizado en éste y la coordinación entre las autoridades encargadas.

Las consecuencias de todo lo que se ha manejado en el texto pueden ser muy graves tanto para la imagen de la PGR y las instituciones de seguridad a nivel nacional como internacional.

¹ Ignacio Alzaga, “Indagan Filtración desde la SIEDO”, Milenio Diario, 2 de diciembre de 2009, Nacional, p. 31.

² Alfredo Méndez y Víctor Ballinas, “Apremia el Ombudsman Raúl Plascencia a revisar el programa de testigos protegidos”, La Jornada, 3 de diciembre de 2009, Política, p.9.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Aunado a lo anterior, cada día se suman más voces que invitan a reflexionar qué tan benéfico ha sido la creación de un programa de testigos protegidos y cuáles han sido los resultados que ha arrojado el mismo, es decir, ¿realmente el testigo protegido ha traído cambios significativos en la lucha contra la delincuencia organizada en nuestro país?

Ante este escenario las instituciones implicadas en los acontecimientos tienen la imperiosa tarea de analizar y reglamentar el sistema de testigo protegido vigente, es obvia la necesidad urgente de reglamentar los vacíos que se han hecho presentes.

De igual manera quedaron bajo la lupa los métodos que utilizan las autoridades para el combate al crimen organizado, valiéndose de técnicas añejas para obtener información y dejando de lado las nuevas tecnologías; aun cuando se cuentan con recursos suficientes para implementar su uso.

Es importante mencionar que no se está cuestionando la importancia del testigo protegido, ya que por su estructura, la delincuencia organizada necesita ser penetrada para tener información real sobre sus manejos y operaciones. Lo que se necesita es cambiar la imagen que se tiene de que los testigos protegidos son delincuentes con privilegios, ya que refuerza la mala imagen que la población nacional tiene respecto a las autoridades y su actuación.

Indiscutiblemente es necesaria una reforma al programa mexicano de testigos colaboradores que implique su normatividad, la implementación de nuevas tecnologías y, al mismo tiempo, transparentar a la sociedad su accionar y los logros obtenidos para que este programa deje de ser visto como una recompensa para el criminal y un retroceso en la lucha contra la delincuencia organizada.

Al menos el 80% de los "testigos protegidos" que la Fiscalía de México tenía bajo custodia en el 2002 "desaparecieron", la mayoría fueron asesinados, documentó una magistrada federal entrevistada por el diario La Jornada.

La figura de testigo protegido aún no encuentra cabida en el sistema de justicia penal porque carece de reglamentación, señaló al diario la magistrada Lilia Mónica Benítez López, quien por años realizó una investigación sobre el tema.

Testigos protegidos han sido asesinados incluso cuando están dentro de instalaciones de la Procuraduría General de la República (PGR), resaltó Benítez.

La ministra de la Suprema Corte, Olga Sánchez Cordero, citada también por el rotativo, atribuyó las fallas en la protección de delincuentes que colaboran con el gobierno a filtraciones de información que permiten conocer la identidad de los mismos.

No sabemos qué tan valioso podía ser Bayardo como testigo protegido. Lo cierto es que la PGR le dio ese trato de excepción porque lo consideraba un informante crucial en varios procesos (opinión que no compartían otras áreas de seguridad) y sabemos también que cumplía esas mismas funciones para la DEA. Lo que nadie

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

sabe es qué iba a hacer en una cafetería de la colonia Del Valle, lejos de donde vivía, sin haber informado de su salida y sin que lo acompañaran sus custodios.

Casi nada de eso se cumple en nuestro caso. Si bien existen leyes que regulan la figura del testigo protegido, lo que sigue privando es la discrecionalidad y sistemas, como se demostró en el caso Bayardo, demasiado laxos, que pervierten su utilidad.

Ha habido, en la década y media de utilización de testigos protegidos en México, todo tipo de experiencias, pero lo que más daño ha causado ha sido la utilización de los mismos basados sólo en sus dichos y sin poder confirmar con pruebas documentales, en muchas ocasiones, lo declarado. El tema hay que revisarlo con toda profundidad, no puede seguir operando como hasta ahora.

El extinto testigo protegido de la Procuraduría General de la República (PGR), Edgar Enrique Bayardo del Villar, “Tigre”, sólo se quería ganar “una lanita extra” como policía corrupto, pero obtuvo más que eso.

Ganaba un sueldo de 25 mil dólares mensuales que le pagaban los narcos, un auto Mercedes Benz y hasta una camioneta blindada para su seguridad. Irónicamente fue más útil para combatir al narcotráfico como empleado del cártel de Sinaloa que como testigo protegido de la Procuraduría General de la República (PGR), pues gracias a sus nexos con Jesús Zambada, “El Rey Zambada”, obtuvo de éste la información para capturar al capo colombiano, Eder Villafañe, y realizar el operativo en la narco mansión del Desierto de los Leones.

Después de descubrirse sus nexos con los jefes del cártel de Sinaloa y ser absuelto de toda responsabilidad por acogerse al programa de testigos protegidos de la PGR, Bayardo se sentía tan seguro que se movía con toda libertad por la ciudad de México, sin escolta alguno.

Tal seguridad tenía que ver con el blindaje nivel cinco de la camioneta que en 2008 le obsequió “El Rey Zambada”, como protección ante cualquier ataque, tras el fallido operativo para capturar a Arturo Beltrán Leyva en la carretera que conduce a Acapulco.

En sus propias palabras, Edgar reveló a fiscales de la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada (SIEDO) que desde 1997 tuvo vínculos el cártel de Sinaloa. Dio por menores de reuniones, entregas de dinero, equipo de espionaje e información que le entregaban los miembros del narcotráfico, a cambio de protección.

Bayardo relató que en agosto de 2007 lo contactó el comandante Pedro Magaña, quien le dijo que a “El Rey Zambada” le urgía hablar con él por el cargo policiaco en el que se encontraba.

“Hablé con Jorge Cruz Méndez y Fidel Hernández García y les dije lo que estaba pasando. Les propuse que aprovecháramos para hacer un plan de trabajo para que Jorge Cruz llegara a jefe de División y si metíamos trabajos importantes lo podíamos lograr.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

“La única manera, dijo, de meter trabajo importante es a través de estas personas (El Rey Zambada). Debemos aprovechar la información que nos puede dar para la captura de sus enemigos y capturarlo a él al final de todo esto”, les propuso Bayardo a sus subalternos.

“Vamos a llevarnos una lanita sin problemas”, les aseguró al tiempo que pactaron acudir a una cita con “El Rey Zambada” a una iglesia, en Bosques de las Lomas, cerca de Plaza Duraznos.

Sobre la cita que él y sus cómplices tuvieron con Jesús Zambada dijo que les “pidió apoyo para informarle cuando se hiciera un operativo en su contra; también nos ofreció ayuda para capturar a otros jefes del narcotráfico.

“Nos entregó sobres que contenían 25 mil dólares a cada uno de nosotros y nos anunció que esa cantidad iba a ser mensual”, reveló.

El tiempo siguió su curso, los pagos se fueron sucediendo y las entrevistas entre narcotraficantes y jefes policíacos se hicieron cada vez más estrechas.

“Como nos daba buena información, nunca molestamos al ‘Rey Zambada’ y tampoco le pedimos incrementar la paga. Los planes iban conforme a nuestros deseos de capturar primero a sus enemigos y después a el mismo”, dijo.

Sin embargo, el destino y la investigación policial torcieron la estrategia que seguía Bayardo del Villar. Se conoció de sus vínculos con el narcotráfico y se le detuvo, aunque su arresto fue momentáneo porque pidió ser testigo protegido y ello lo salvó de cualquier investigación en su contra por actos de corrupción.

EL GARANTISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REFORMA PENAL CONSTITUCIONAL

Rogelio LÓPEZ SÁNCHEZ

Sumario: Introducción; 1. Caracteres fundamentales del garantismo penal; 2. La reforma penal mexicana: pinceladas de garantismo y retrocesos específicos; Conclusiones; Bibliografía.

Introducción

Actualmente, el sistema penal mexicano se encuentra en franco agotamiento del cual es necesario y urgente que se renueve. El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, las reformas constitucionales en materia penal. Al parecer, había un consenso entre los legisladores, el paradigma de la procuración y administración de justicia en nuestro país está en crisis y las soluciones (bien debatidas dentro de las Cámaras del Congreso de la Unión) lograron plasmar puntos de acuerdo comunes que se vieron reflejados en la última redacción del Decreto publicado: la consagración de un sistema penal acusatorio, aunque con ciertos claroscuros (que detallaremos en el apartado respectivo).

Desde la academia, creemos que este resulta ser buen momento para aportar nuestra visión y perspectiva sobre uno de los sistemas que en México y en muchos países en vías de desarrollo, cuentan con el menor grado de legitimidad respecto de sus fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos, como bien lo sostendría Luigi Ferrajoli en relación con la experiencia italiana. Nos encontramos en una época de incertidumbre, de desasosiego por la crisis alarmante de inseguridad pública que se ha desatado a raíz del combate al crimen organizado y la lucha de las fuerzas públicas en contra del narcotráfico. La militarización de la seguridad pública para el combate hacia estos grupos, se ha convertido en uno de los puntos sensibles y finos de esta “guerra” emprendida hace años por el gobierno federal. La gran paradoja acude a la mente de cada uno de nosotros: seguridad o libertad. Resulta complicado resolver, a modo de metáfora de pacto social hobbesiano, cuál será la mejor solución, sin duda alguna, lo que pretendemos en este artículo, es precisamente explicar como en un Estado Constitucional es necesario conservar el equilibrio entre la seguridad

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

nacional y el respeto a los derechos fundamentales como presupuesto básico de la democracia.

El propósito inicial de nuestra breve contribución es, en primer lugar, elaborar un estudio sobre el modelo garantista del derecho penal, a partir de las contribuciones y la lectura que ha hecho el jurista florentino sobre el modelo liberal ilustrado del derecho penal, destacando sus caracteres principales desde una perspectiva iusfilosófica. De igual manera, haremos hincapié en los principios fundamentales o esenciales que deben existir en todo modelo acusatorio en contraposición a los modelos autoritarios, así como la defensa de un derecho penal mínimo, en contraste con el modelo máximo de tipificación de conductas. En la segunda parte, realizaremos un breve recuento de las necesidades y realidades sociales que propiciaron la reforma penal. De igual manera, haremos referencia a los caracteres de la justicia penal, que por mucho tiempo sostuvo el modelo mexicano, en relación con el sistema inquisitivo, autoritario, propio de un régimen político que no admitía contrapesos y una interpretación judicial en contra del respeto a los derechos y garantías fundamentales del debido proceso. Nos concentraremos en defender los atributos positivos de la reforma constitucional penal en nuestro país; de igual manera, realizaremos un análisis crítico de algunos puntos en específico, que sin duda alguna, representan retrocesos, en contraste con el sistema acusatorio en el que se inspira la misma reforma. Haremos patente las circunstancias y necesidades inmediatas que estamos viviendo, como la crisis de inseguridad pública y la innumerable cantidad de víctimas ante la necesidad del Estado de garantizar los derechos fundamentales tanto de los acusados y de las víctimas del delito.

1. Caracteres fundamentales del garantismo penal

La filosofía de la ilustración trajo consigo aportes fundamentales para la actual concepción del Estado de Derecho y el moderno Estado Constitucional. Esta idea tuvo una enorme influencia de las distintas corrientes iusnaturalistas del siglo XVII en Inglaterra¹ y el aporte de las distintas versiones de la filosofía contractualista². De

¹ El iusnaturalismo racionalista o moderno replanteó un conjunto de aspectos que tienen que ver con las relaciones entre los particulares y el mismo Estado. Entre los rasgos que caracterizaron a este periodo destacan: el proceso de secularización y racionalización del derecho, la idea de la autonomía de la voluntad y de derecho subjetivo, el surgimiento de la burguesía como clase dominante, la codificación del derecho privado, el proceso de positivación y coactividad del derecho, la tolerancia, y la distinción del derecho y la moral. *Cf.* PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, “Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales: El Derecho como Ley y el derecho subjetivo”, Cap. I, vol. I, T. I, en *Historia de los derechos fundamentales*, VV. AA. PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, *et. al.* (coords.), Madrid, Dykinson, 2001, pp. 225 y ss. Para algunos autores, la corriente del siglo XVIII de la ilustración jurídica de la Europa continental, presenta características muy similares a la ilustración jurídica que se presenta en Bretaña durante el siglo XVII y posteriores. “La idea de que la tarea de los jueces consiste en interpretar la ley mediante su aplicación, reservando la tarea de su creación en otras instituciones, y la defensa del valor de certidumbre del Derecho ya se estaban configurando en el siglo XVII”. DE PÁRAMO ARGUELLES, Juan

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

esta forma, los ciudadanos reconocían al Estado como el protector de esos valores y principios fundamentales para la necesaria y pacífica convivencia en sociedad. Con el paso del tiempo, esos valores se convirtieron en los derechos a tutelar por antonomasia en las Cartas Fundamentales, y que incluso, siguen existiendo hasta la actualidad, tales como la vida, la dignidad humana, el libre desarrollo a la personalidad, la igualdad, la libertad y la propiedad.

Desde esta perspectiva, la ilustración tuvo también una enorme repercusión en el derecho penal, ya que se abordan temas esenciales relacionados con los límites impositivos y permisibles a los derechos fundamentales a través del poder punitivo o ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Uno de los principales representantes de la ilustración italiana, Cesare Beccaria, defendía la propuesta de la intervención del Estado a través de su facultad coactiva para la represión de conductas tendientes a dañar los bienes jurídicamente tutelados, en este punto es donde sustentaría su idea de un derecho penal mínimo. La tesis sostenida por los partidarios de la ilustración fueron básicamente los siguientes:³

Plena secularización del derecho y de las instituciones políticas, no sólo en el sentido de una emancipación de la teología y, por tanto, de un abandono de la tradicional ecuación entre delito y pecado, entre pena y penitencia, sino también en el sentido de concebir a esas instituciones como un puro artificio humano, como una construcción deliberada de los individuos y no como la manifestación de la voluntad divina o de algún misterioso designio histórico.

De igual manera, destaca como un logro primordial, el establecimiento y consagración del principio de legalidad como límite al propio legislador, a través de la precisión, claridad y taxatividad de los tipos penales. La consagración del moderno Estado de Derecho retomó cada uno de estos principios, lo cual logró ser

Ramón, “La Ilustración británica”, en *El contexto social y cultural de los derechos. Rasgos generales de evolución*, Cap. III, vol. I, tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 297

² La teoría del contrato social nace a partir de las ideas del filósofo inglés Thomas Hobbes, quien partía de la idea de una visión negativa de la naturaleza humana, explicando que el fin del Estado se reducía a brindar seguridad a cambio de que los individuos cedieran cada uno de sus derechos y libertades a un órgano artificialmente creado al que denominó Leviathan. Para algunos teóricos, la teoría del contrato social podemos sistematizarla en tres procesos, los cuales son los siguientes: la *teoría del contrato social absolutista, la liberal y la democrática*. Del lado de la versión absolutista se hallan pensadores como: H. Grocio, S. Pufendorf, T. Hobbes, y B. Spinoza, por otra parte, John Locke representa la teoría del contrato social liberal, concluyendo con Immanuel Kant y Rosseau, dentro de la teoría del contrato social democrático. FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, “La aportación de las teorías contractualistas”, en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo VI, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 21.

³ GREPPI, Andrea, “La ilustración italiana”, Cap. IV, vol. I, tomo II, Siglo XVII, en *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 349.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

plasmado en los principales textos fundamentales de los tres principales modelos o paradigmas de derechos humanos: el inglés, el americano y el francés.

Durante el siglo XX, el excesivo culto al positivismo jurídico convertido a formalismo jurídico, condujo a la experiencia de los regímenes totalitarios, como el nacionalsocialismo y el fascismo, ocasionando sin duda alguna, una de las crisis del Estado de derecho más severas de la historia, pues ya no era suficiente cumplir con la legislación positiva, sino que era necesaria la satisfacción del principio de justicia material, así como la concepción de derechos fundamentales a partir de un orden objetivo de valores⁴.

Debido a lo anterior, fue necesario el replanteamiento del modelo de garantías y derechos existentes. Fue a partir de la segunda posguerra cuando comienzan a surgir las ideas que forjarán y darán nacimiento al moderno Estado Constitucional. Entre los caracteres elementales de este nuevo modelo destacarán: el reconocimiento de la dignidad humana como presupuesto básico fundante del Estado, la libertad, la igualdad, los principios relativos a la estructura y los fines del Estado Democrático y Social de Derecho⁵. De igual forma, para su debida aplicación, surgirá un nuevo modelo constitucional caracterizado por los elementos siguientes: la concepción de derechos fundamentales a partir de principios consagrados en los textos fundamentales, el empleo de instrumentos como el principio de proporcionalidad y juicio de ponderación en la restricción o colisión de derechos fundamentales, la omnipresencia de la Constitución en la mayor parte de las áreas jurídicas, el carácter extensivo de la actuación judicial y la existencia de un conjunto de valores en las Constituciones de los Estados.⁶

Actualmente, el garantismo penal es heredero de la tradición ilustrada a la que hemos hecho referencia líneas arriba. La idea básica que dilucidaremos en el presente apartado, son los límites constitucionales que pueden ser impuestos al legislador o a los operadores jurídicos, al momento de aplicar la legislación vigente. Tal supuesto lo representaría por ejemplo, el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación en la imposición de límites a los derechos y libertades

⁴ HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006, pp. 83 y ss. *Vid.* ALEXY, Robert, “Justicia como corrección” en SEOANE, José Antonio (ed.), *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005, pp. 55-67.

⁵ *Cf.* ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en VV. AA. CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, p. 31.

⁶ *Vid.* ALEXY, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica” en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 159 -177; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Doxa*, 1988, pp. 139-151; M. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

fundamentales, a partir de la tipificación de conductas a través del aparato coercitivo del Estado o el establecimiento de tipos penales por el legislador. De esta manera, la idea de reforma constitucional en materia penal entonces, involucrará el cumplimiento de los requisitos antes apuntados.

Uno de los principales expositores del modelo del garantismo penal, el italiano Luigi Ferrajoli, ha interpretado este modelo a partir de la concepción de un derecho penal mínimo, donde se establezcan las garantías necesarias para mantener el equilibrio entre seguridad y el respeto a los derechos fundamentales en el proceso penal. De tal forma, el modelo garantista presenta diez condiciones, límites o prohibiciones como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal, ante el modelo autoritario de derecho penal:

No admitir la imposición de alguna pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión de la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos⁷.

Este modelo pretende establecer límites desde dos planos: uno procesal y el otro sustancial. El derecho penal mínimo seguirá entonces los parámetros de la racionalidad y certeza, teniendo como función primordial que las intervenciones a la vida de los gobernados puedan ser en cierto modo previsibles y estén motivadas conforme a derecho. Entonces, el derecho penal mínimo se explica a partir del principio de lesividad, el cual señala que “la conducta objeto de reproche genere efectivamente un daño tangible para el bien tutelado, que implique una lesión para terceros”⁸. La intervención del derecho penal estaría justificada entonces, cuando supere los siguientes pasos argumentales:

Existencia de un bien digno de protección e idoneidad de la reacción penal, necesidad de dicha reacción como opción menos gravosa para alcanzar con eficacia la tutela que se procura y, por último, balance razonable entre los inevitables costes de toda pena y los beneficios que pretenden alcanzarse con ella o, como suele decirse, principio de proporcionalidad en sentido estricto.⁹

El garantismo entonces, debe procurar la satisfacción de ciertas garantías y derechos básicos durante el proceso penal. Ejemplo de ello lo constituye el respeto al debido proceso y todo lo que este implica, como el derecho a ser oído ante un juez imparcial, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a aportar pruebas para defender

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón (Teoría del Garantismo Penal)*, Trotta, Madrid, pp. 104-105.

⁸ SANCHÍS, Luis Prieto, “La limitación constitucional al legislador penal”, en PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 271.

⁹ *Ibid.*, p. 272.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

la inocencia, el principio de presunción de inocencia, derecho al juzgamiento en un plazo razonable, el derecho a que la sentencia en la que se establezca la pena se encuentre debidamente motivada (principio de razonabilidad) así como la ejecución de la misma, derecho a recurrir la sentencia, entre otros más¹⁰.

Por otra parte, la ejecución del proceso penal debe seguirse conforme a ciertos principios técnicos, propios de un sistema acusatorio, tales como la oportunidad, la publicidad, la oficialidad, la inmediación, la inmediatez, la oralidad, la contradicción y defensa, de libre valoración de la prueba y la contradicción¹¹.

Ahora bien, líneas atrás abordamos el punto de la intervención mínima del Estado a través del derecho penal. Sin embargo, debemos realizar ciertas precisiones relacionadas con la protección de los bienes tutelados y la necesidad de encontrar criterios efectivos que nos permitan determinar el balance razonable entre pena y lesión a los bienes jurídicos tutelados. Durante la última parte del siglo pasado se ha discutido si el empleo de los principios de proporcionalidad y ponderación por el legislador y los operadores jurídicos, como instrumentos para establecer los límites permisibles de restricción a los derechos fundamentales a través de la creación legislativa o el dictado de sentencias son legítimos y racionales. Hasta ahora, países como Alemania, España, Colombia, Perú y otros más, emplean estos instrumentos para el control constitucional de los tipos penales y la imposición de sanciones.

Dada la naturaleza de los derechos fundamentales que se encuentran en conflicto ante la situación descrita en el párrafo anterior, se vuelve necesario el empleo del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación como técnicas para establecer de manera objetiva cuando una tipo o sanción es ilegítima. Lo anterior funciona de manera muy sencilla. Tal y como lo advierte Alexy, un derecho fundamental será concebido como un principio, y a su vez, éste como un mandato de optimización que requerirá que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas¹².

De igual manera, los derechos fundamentales representan por antonomasia, lo constitucionalmente posible, mientras que lo constitucionalmente imposible es aquello que se deriva de la faceta negativa de los derechos fundamentales, y consistirá en prohibición de que la ley penal intervenga en exceso en el derecho al libre desarrollo a la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos del individuo. Entonces, concluye, BERNAL PULIDO, que lo constitucionalmente

¹⁰ ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2004.

¹¹ *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004; HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa del derecho procesal penal*, Porrúa, México, 2004.

¹² ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (Presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 93; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008 (1ª reimp. de la 2ª ed.)

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

posible, es “aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, es decir, aquello que no está decidido ni prefigurado por la Constitución, el espacio que se abre a la política criminal y punitiva de la democracia”¹³.

Es decir, en la solución de conflictos dependerá directamente del grado de complejidad en cada contexto y situación particular. La posibilidad jurídica significa el grado de maniobra que permite el derecho en cuestión acorde al principio *pro homine* de derechos fundamentales, tratando de satisfacer, en la medida de lo posible, las necesidades reales e inmediatas existentes en el conflicto constitucional por resolver.

El principio de proporcionalidad se descompone en otros subprincipios a saber: la *idoneidad*, la *necesidad* y la *proporcionalidad en el sentido estricto*. Así las cosas, cuando se pretenda resolver algún caso sobre la restricción o limitación de derechos fundamentales, se deberá realizar un test de proporcionalidad y razonabilidad a cada situación específica, respetando siempre el contenido esencial de los derechos fundamentales en cuestión. Para lo anterior, es necesario seguir el siguiente procedimiento:

Cualquier medida que pretenda restringir o limitar un derecho fundamental debe cumplir con los siguientes requisitos: a) debe perseguir un *fin constitucionalmente legítimo*; b) debe ser *adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin* perseguido; c) debe ser *necesaria*, es decir, suficiente para *lograr dicha finalidad*, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) debe *estar justificada en razones constitucionales*¹⁴. Por otra parte, el test de razonabilidad se refiere a que los actos del poder público que restrinjan o limiten un derecho fundamental, deberán sujetarse a los cánones del sentido común generalmente admitidos, es decir, que tal limitación no sea absurda o como bien lo establece el principio, irracional¹⁵.

Los anteriores criterios tienen íntima relación con el núcleo o cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales. Esta cláusula se refiere directamente a la

¹³ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad en la legislación penal”, en BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 129.

¹⁴ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador)*, (Prólogo de José Luis Cascajo), CEPC, Madrid, 2007; “Estructura y límites de la ponderación” en *Doxa*, no. 26, 2003, pp. 225-238. Algunos afirman que los orígenes de este principio se remontan al derecho anglosajón con el principio de razonabilidad. Vid. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998; MARTÍNEZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

¹⁵ Cfr. DIEZ PICASO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005, p. 115. (2ª ed.).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

esencia por medio de la cual un derecho adquiere sentido. Fue plasmada por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19.2¹⁶, seguida por la Constitución Española de 1978, en su artículo 53.1¹⁷. Conforme a criterios doctrinales, se ha definido como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto de los poderes legislativo y ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas.¹⁸

En resumen, el contenido esencial del derecho fundamental es respetado cuando la limitación se encuentra justificada, el límite es constitucionalmente correcto cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos. De esta forma, el legislador únicamente puede establecer restricciones en la parte accesorio del derecho fundamental.¹⁹ Existen dos teorías que explican el contenido esencial de los derechos fundamentales, una relativa y otra absoluta. La teoría relativa explica que el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación, por lo que esta garantía se reduce al principio de proporcionalidad y la teoría absoluta señala que existe un núcleo de cada derecho fundamental, que en ningún caso puede ser afectado²⁰.

Asimismo, también existe el principio de protección deficiente (*Untermassigverbot*) consiste, o se desarrolla a partir del supuesto en que las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección,

¹⁶ Sobre la **restricción de los derechos fundamentales**: (2) *En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.*

¹⁷ Artículo 53.1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a),*

¹⁸ Cfr. DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 103-107.

¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

²⁰ Vid. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003. Desde una óptica jurisprudencial, la Corte Constitucional Colombiana ha definido el contenido esencial de un derecho subjetivo como *aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, el cual puede determinarse complementariamente a partir de lo que se denomina intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticables lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.* Sentencia No. T-426/92, párr. 25. Consultar también del mismo Tribunal: T-047/95, Sentencia No. T-426/92, T-044/95. Ver también: Sentencia No. T-426/92, párr. 23 y ss.; No. SU-250/98, párr. 1.2. Sentencia No. T-426/92, párr. 23 y ss.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

constituyen violaciones a estos derechos. De tal forma, una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental, “vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad”.²¹

Ahora bien, es sabido que nuestra Constitución Política tiene una extensión bastante considerable en lo que se refiere al vasto contenido de reglas y principios contenidos en ella, dado que no expresa contenidos mínimos, sino que en ocasiones pretende regular al máximo incluso conductas. He ahí el principal problema de la reforma constitucional en materia penal, que desde nuestra perspectiva, dificulta el empleo de criterios objetivos y razonables para establecer cuando una norma satisface los criterios de proporcionalidad y razonabilidad antes descritos, ya que esto implicaría declarar inconstitucional un mismo precepto constitucional. Uno de los ejemplos que habremos de abordar en líneas subsecuentes es el arraigo, que puede prolongarse por incluso 80 días. Tomando en cuenta que es la Constitución la que limita el derecho fundamental y el marco de un sistema “garantista” de corte acusatorio y que pretende la oralidad; y más aún, que se trata de una medida cautelar, en la que ni siquiera se ha determinado la presunta culpabilidad del indiciado, esto contraría de manera abierta los principios de presunción de inocencia en el marco del debido proceso, pero que sin embargo, esa reglamentación la establece la misma Constitución. Por otra parte, el problema de la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el texto fundamental podemos hallarlo en lecturas como la de Otto Bachof, quien planteaba que existen principios fundamentales que incluso el constituyente permanente tiene la obligación de respetar, entre los que se encuentran los bienes y valores jurídicos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la igualdad y la libertad.²²

2. La reforma penal mexicana: pinceladas de garantismo y retrocesos específicos

Iniciamos el presente apartado con una interrogante: ¿Qué es lo que motivó a los legisladores llevar a cabo la reforma constitucional en materia penal? Existen muchas respuestas, todas ellas podemos decir que son válidas, pues existió un amplio consenso y ánimo en los legisladores al momento de aprobarla. La mayor parte de los grupos parlamentarios de la Cámara de Origen participaron en las primeras iniciativas sobre la reforma penal.²³ A pesar de la variada participación y

²¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad en la legislación penal”, *op. cit.*, p. 142.

²² Cfr. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.

²³ La historia de la reforma constitucional en materia penal es bien sabida, aunque valdría la pena recordar algunos antecedentes importantes ocurridos durante el proceso legislativo. Las propuestas comenzaron con el proyecto de reforma de 29 de septiembre de 2006, en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, con el Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, al artículo 20 constitucional. Posterior a ello, el 19 de

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

diversidad de propuestas, creemos que en el fondo todas perseguían una finalidad común: una respuesta a la crisis de seguridad pública que afecta gravemente a nuestro país.

Para muestra, basta una de las muchas estadísticas negativas al respecto.

- De cada 100 delitos que se cometen en México, sólo se denuncian 25.
- De los 25 ilícitos que sí se reportan, sólo se concluye la investigación en 4.55, poniéndose a disposición de los jueces sólo a 1.6.
- De ese 1.6 del fenómeno delictivo que llega ante un juez, 1.2 llega a sentencia, condenándose a 1.06.
- De ese 1.06 condenado, .66 reciben menos de tres años de prisión (que en algunos casos puede conmutarse con pena no privativa de libertad) y .4 recibe más de dos años de prisión²⁴.

Sin que suene a eufemismo, el corazón de la impunidad radica en las actuaciones que a diario lleva a cabo el ministerio público en su fase investigadora. Y es que resulta complicado entender la necesidad y exigencia de la sociedad civil que a diario clama por un derecho a una tutela de justicia efectiva, mientras que las personas indiciadas también hacen lo mismo, exigiendo el respeto del derecho al debido proceso. Ambas partes, y aunque parezca kafkiano, tienen razón. Definitivamente, el problema parece bastante complejo, ya que ambas partes en el proceso se encuentran en franca desventaja frente a la autoridad investigadora y judicial.

Respecto a la autoridad investigadora, podemos referirnos por ejemplo a las actuaciones llevadas a cabo por la autoridad ministerial en ejercicio de su función investigadora y que son de buena fe, ya que detentan la representación de la

diciembre de 2006, se presentó la iniciativa de reforma a los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21, de los Grupos Parlamentarios de los Partidos Revolucionario Institucional, Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Verde Ecologista de México. De inmediato, la Mesa Directiva en esa misma fecha, mediante oficio número D.G.P.L. 60-II-3-260, acordó que se turnara a la Comisión de Puntos Constitucionales, con opinión de la Comisión de Justicia. El 6 de marzo de 2007, se presentó por el Revolucionario Institucional una iniciativa de reforma a los artículos 14, 16, 19 y 20, y el día 29 siguiente al precepto 22 de la ley fundamental. El 25 de abril de 2007, la bancada de los Partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Convergencia presentó una iniciativa de reforma a los preceptos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Carta Magna. Finalmente, el 4 de octubre de ese mismo año, el partido de la Revolución Democrática presentó diversas iniciativas a los artículos constitucionales 18, 21 y 104; de adición al 17 y reforma a varios preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. *Cfr. Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008)*, Secretaría de Servicios Parlamentarios Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, México, 2008, p. 135.

²⁴ *Cfr. ZEPEDA LECUONA, Guillermo, Crimen sin castigo (Procuración de justicia penal y ministerio público en México)*, FCE, México, 2004, p. 20.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

sociedad, pero que además de eso, al ser valoradas en la parte del juicio, tienen valor probatorio pleno por la circunstancia antes aludida (buena fe).²⁵ Es decir, una investigación realizada sin la parte acusada, sin derecho a objetar ni presentar pruebas, sin haber sido escuchada debidamente, es privada de su libertad. Lo que convierte entonces al siguiente proceso ante el juez en una simple farsa que reduce las posibilidades de satisfacer los mínimos grados de exigencia del debido proceso.

Lo anterior ocasiona un círculo vicioso, donde las partes son las que más resultan afectadas, ya que en el momento en que dicha investigación es llevada ante el juez, en razón de la innumerable carga de trabajo, se vuelve casi imposible repetir cada una de las diligencias practicadas durante la averiguación previa, lo que ocasiona sin duda alguna, falta de equidad entre las partes en la fase de instrucción hasta la etapa de juicio.

Creemos que las necesidades y realidades sociales pudieron ser traducidas en buena parte por los congresistas, que después de largos y acalorados debates, lograron una reforma constitucional que a nuestro parecer, deberá mejorar notablemente la realidad del sistema de procuración y administración de justicia en México. Finalmente, podemos destacar que entre los *rasgos garantistas de la reforma*, se encuentran los siguientes:

- Papel rector del juez en el proceso (Art. 20, párr. 1 y ss.)

La función del juez se revalora íntimamente, conforme a la disposición constitucional que establece un sistema oral; aunado a que las diligencias llevadas a cabo por el ministerio público ya no tendrán valor probatorio pleno ante el juez; ya que éstas deberán reproducirse en el juicio mismo, respetando los principios del sistema acusatorio.

- Atribuciones del ministerio público como policía científica investigadora (Art. 21)

Se replantea la necesidad de que el Ministerio Público, como representante de los intereses de la sociedad recupere la credibilidad, a través del empleo de técnicas y procedimientos que permitan llevar a cabo una investigación científica, conforme a los valores de profesionalismo y el respeto a los derechos humanos de los indiciados. Además, las actuaciones que practique durante esta fase únicamente podrán servir para llevar ante el juez al inculpado. Asimismo se plantea una serie de soluciones alternas antes del juicio.

- Se revalora la importancia de los derechos de las víctimas (Art. 20, apartado c)

Una de las principales, fue aquella en la que se destaca la posibilidad de que en ciertos casos especificados por la ley reglamentaria, la víctima puedan ejercer la acción penal ante la autoridad judicial (Art. 21 párr. 2). Entre otros de los derechos de las víctimas, se incluyó el de impugnar la inactividad del ministerio público durante la fase de investigación.

²⁵ *Cfr.* HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El proceso penal mexicano*, Porrúa, México, 2002, pp. 156 y ss; *Vid.* CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, *La presunción de inocencia*, Porrúa, México, 2003.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- Mejoras al sistema procesal

Se incluye por ejemplo, la creación de una defensoría pública de calidad, con la finalidad de evitar la falta de equidad dentro del juicio, pues la mayor parte de las personas que sufren este tipo de desventajas son las que no tienen recursos económicos (Art. 17, párr. 6°).

De igual manera, se establece la vinculación y participación de la policía civil en las investigaciones criminales. Otro de los puntos clave de la reforma penal, que sin duda alguna está influido por el garantismo penal, fue el establecimiento de reglas procesales durante el juicio seguido ante los tribunales; de igual manera resulta ser la consagración de los principios de oportunidad, la publicidad, la oficialidad, la intermediación, la inmediatez, la oralidad, la contradicción y defensa, de libre valoración de la prueba y la contradicción.

Lo anterior, mejorará sin duda alguna, el debido proceso que la mayor parte de la doctrina en nuestro país, e incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado con las formalidades esenciales del procedimiento²⁶. Ahora toca explicar desde nuestra perspectiva, cuáles fueron los retrocesos específicos que pudo contener la reforma penal del año 2008.

En primer término, queremos destacar que la reforma constitucional en materia penal es bastante reglamentaria, por lo que trata de abarcar demasiado; esto, en la

²⁶ La Corte ha dicho por ejemplo, que este derecho implica los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. II, diciembre de 1995, tesis P.J.J. 47/95, p. 133. La enmienda quinta de la declaración de derechos americana señala lo siguiente: *Rights in criminal cases. No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, [...] nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.* Zamora Pierce por ejemplo explica que el Constituyente mexicano de 1917, incorporó a nuestro texto constitucional la V enmienda norteamericana en lo que respecta al debido proceso legal. Desde nuestra perspectiva esto parece cierto, no obstante el desarrollo jurisprudencial entre una familia jurídica y otro ha sido radicalmente distinto entre un país y otro, teniendo obviamente mayor desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica y conservando un retraso notable en nuestro país, basta ver la tesis jurisprudencial citada, la cual data apenas de 1995. ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 2003, p. 425. Por otra parte, aún existe una grave deficiencia estructural en nuestro juicio de amparo, ya que cualquier violación a las “formalidades esenciales del procedimiento”, entiéndase por esto, cualquier mal aplicación de la legislación ordinaria por más mínima que sea, viola indirectamente el principio de legalidad consagrado en la Constitución, y por consiguiente, provoca la inconstitucionalidad del mismo. Al respecto, puede consultarse: FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Justicia Constitucional y control de legalidad en México” en CARBONELL Miguel y VALADES, Diego, *El Estado Constitucional (Memorias del Congreso: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados)*, T. I, UNAM, IJ, México, 2006.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

retórica parlamentaria parece tener sentido, pero que en la práctica constitucional, conducirá á considerables problemas de interpretación y de justificación de decisiones judiciales.

Otro de los puntos que nos llama bastante la atención es aquel que aborda el tema de la prisión preventiva. Ya que sigue enumerando los casos en los cuales se permite la misma. Ocasionando por consiguiente, la difícil impugnación por parte de los indiciados de aquellos casos en los cuales las legislaciones reglamentarias establecen un catálogo abultado de delitos graves. Léase textualmente el artículo 19.

Artículo 19. [...]

*El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como **delitos graves que determine la ley en contra** de la seguridad de la nación, **el libre desarrollo de la personalidad** y de la salud.*

Desde nuestra perspectiva, si lo que quiso el legislador fue proteger al inculcado a través de la enumeración precisa de los calificativos de los delitos graves en los cuales se puede estar en prisión preventiva, resultó totalmente lo contrario, porque no conocemos algún delito (grave o no grave) que no restrinja o vulnere el libre desarrollo de la personalidad.²⁷ Por lo que concluimos, en lo que respecta a este

²⁷ Al respecto, el Tribunal Federal Constitucional Alemán ha dicho lo siguiente en lo concerniente al principio de libre desarrollo de la personalidad: *La Ley Fundamental quiso significar con el “libre desarrollo a la personalidad”, no sólo el desarrollo al interior de cada área de la personalidad, que distingue la naturaleza del ser humano como persona de costumbres espirituales, ya que no sería comprensible cómo el desarrollo al interior de ese ámbito pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del ordenamiento constitucional de una democracia libre. [...] b) con el libre desarrollo de la personalidad se garantiza la libertad general de actuar, que – en la medida que no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres [...] el ordenamiento legal general, que tiene que acatar las normas formales y materiales de la Constitución, y que por tanto también tendrá que ser un orden legal constitucional.* Por otra parte, en México la única sentencia que habla hasta ahora sobre este tema refiere que: *Es en la psique donde reside el libre desarrollo de la personalidad jurídica, por referirse a las decisiones que proyectan la autonomía y la dignidad de la persona. La libertad protegida por el orden jurídico para garantizar el desarrollo digno de la persona, se vulnera, cuando a ésta se le impide irrazonablemente alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida y escoger aquellas opciones que den sentido a su existencia. Del respeto al pluralismo, se desprende el libre desarrollo de la personalidad, reflejado en el marco de protección constitucional que permite la coexistencia de las formas más diversas de vida.* El amparo tiene los siguientes datos de identificación: Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-ps.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

punto, que el legislador decidió seguir conservando los rasgos del sistema autoritario.

Otro de los puntos en los cuales detectamos que el legislador ha decidido seguir conservando esta última tendencia es cuando aborda el tema de régimen de excepción cuando se trate de crimen organizado. Por ejemplo, en la fase de investigación ante el Ministerio Público, se permite el arraigo (privación de la libertad) por un periodo de hasta 80 días, con la finalidad de que el inculcado pueda ser investigado por la autoridad. En este aspecto, el legislador procuró además definir a la delincuencia organizada en el mismo precepto 16 constitucional, señalando que:

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Aunado a esto también se establece una restricción al derecho de defensa, ya que según el mismo artículo 20, apartado b, fracción V, establece lo siguiente:

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

Lo anterior pertenece sin duda alguna también al rasgo de modelo inquisitivo por el que pugnaba la reforma constitucional penal desde un inicio. Cabe advertir que en la mayor parte de las exposiciones de motivos de los grupos parlamentarios del congreso, y principalmente la iniciativa original del poder ejecutivo federal, contenían una exposición en donde se justifica el sacrificio de derechos y libertades fundamentales en nombre del combate al crimen organizado.

Entonces, cabe advertir que a pesar de que el legislador intentó de alguna forma, ingresar al sistema penal mexicano los caracteres de un sistema penal acusatorio, aún se siguen conservando muchos resquicios del sistema penal que se pretende abandonar, e incluso, se puede decir que las limitaciones y regresiones a los derechos fundamentales, que eran anteriormente de legislaciones ordinarias, se han venido a perfeccionar incluso constitucionalmente. Es decir, el constituyente permanente ha decidido sacrificar ciertos derechos fundamentales con la finalidad de proteger otros bienes mayores como la seguridad pública.

Uno de los temas fundamentales y torales que no se abordó en la reforma penal fue el régimen de juzgamiento en el ámbito castrense. Las resoluciones de la Corte en materia de combate al crimen organizado de parte del ejército y la policía civil en México, datan de 1996. En aquel entonces, se resolvió una acción de inconstitucionalidad en la cual se argumentaba la violación al artículo 129

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

constitucional²⁸, ya que se permitía la incursión de los militares en asuntos de seguridad pública. Al respecto, la Corte sostuvo que dicha actuación se encontraba plenamente legitimada, en razón de la subordinación que tenían estos a la policía civil, siempre y cuando además, se diera un equilibrio entre el respeto a los derechos humanos y la seguridad pública.

El resultado hasta ahora ha sido bastante desfavorable. En la actualidad, existen cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado Mexicano. El principal tema es el concerniente al fuero militar, por la comisión de delitos realizados por aquellos en ejercicio de su actividad.²⁹ Los principales reportes de Organismos Internacionales no Gubernamentales informan que en México esta existiendo una grave violación a los derechos humanos en el empleo de la fuerza pública por parte de militares. En estos distintos informes se denuncian las presuntas violaciones a toda clase a los derechos humanos como abusos sexuales a población civil, torturas, incomunicaciones, cateos ilegales, entre otros crímenes.³⁰

Conclusiones

Creemos que la reforma penal, como bien hemos hecho referencia, tiene ciertos claroscuros que deberán resolverse conforme se vaya implantando el nuevo modelo acusatorio en el proceso penal y en la interpretación que lleve a cabo la Corte sobre este respecto. Desde nuestra perspectiva, aún siguen existiendo graves deficiencias en el sistema penal en nuestro país. Aunado a que se dio un plazo de 8 años para la implementación gradual del sistema en los Estados y la Federación, aún pensamos

²⁸ Dicho precepto establece lo siguiente: *En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá Comandancias Militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.*

²⁹ El caso versa sobre la violación sexual a una mujer indígena en el Estado de Oaxaca por parte de varios miembros del ejército mexicano y la negligencia del Estado mexicano para investigar los hechos, a través del uso indebido de la institución del fuero militar para el entorpecimiento en las investigaciones. Caso de Inés Fernández Ortega contra el Estado Mexicano. La demanda fue presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de mayo de 2009. Sobre el tema del fuero militar pueden revisarse las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Durand y Ugarte", "Cesti Hurtado", "Cantoral Benavides", "Loyza Tamayo" y "Castillo Petruzzi y otros". *Vid.* Igualmente: DONAYRE MONTESINOS, Christian (coord.) *La justicia militar en el derecho comparado y en la jurisprudencia constitucional*, Palestra, Lima, 2009.

³⁰ *Cfr.* Human Right Watch, World Report 2009 (Events of 2008), New York, 2009, 191-195; Mexico's National Human Rights Commission a Critical Assessment, Vol. 20, no. 1, February 2008, especialmente pp. 62-65. Human Right Watch, *Impunidad Uniformada (Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública)*, (Abril de 2009), New York, 2009.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que la implementación de las reglas procesales representan sin duda alguna, no sólo un desafío técnico para los operadores jurídicos, sino todo un reto para la cultura jurídica de nuestro país.

Con la reforma se logra dar un gran paso en la acostumbrada práctica del sistema pena autoritario, dando paso a uno más garantista. De respeto y protección a los derechos fundamentales. Advertimos que los beneficios de esta reforma pueden ser bastante beneficiosos, si saben aprovecharse como es debido, tanto para la eficiencia en la persecución y castigo de los delitos, como en el equilibrio y respeto a los derechos fundamentales de la víctima y el acusado. No obstante, como bien hemos hecho alusión en la segunda parte de este ensayo, aún existen graves deficiencias que tienen que ser corregidas, ya que las viejas prácticas del sistema inquisitivo pueden acabar por devorar el gran trabajo de consenso parlamentario llevado a cabo meses atrás.

No creemos que el desequilibrio y el sacrificio de los derechos fundamentales ante el grave problema de la seguridad pública que se vive actualmente sea la más adecuada solución, ya que la más grave crisis institucional que puede tener un país residen principalmente en ese respeto y protección a los derechos fundamentales cualquiera que sea el titular de los mismos. Una de las principales finalidades de la normatividad nacional y local en materia de seguridad pública, es la preservación del orden interno y de la seguridad pública. En este sentido, la armonización de estos órdenes internos debe ser compatible no solamente con los principios constitucionales de orden interno, sino responder de igual forma, a las exigencias de orden internacional que abordan problemas similares al respecto.

Ahora bien, la adecuación de las medidas necesarias para la implementación de esos fines de seguridad tanto nacional como local, deben de tener por objeto la aplicación de medidas que restrinjan en menor grado, los derechos fundamentales que pretenden proteger, buscando siempre en la mayor medida de lo posible, la elección de los medios alternos que afecten en menor grado los derechos fundamentales de las personas. Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad implica la medición de las magnitudes de la intervención a los derechos fundamentales en conflicto o colisión. Es decir, implica que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Ejemplo claro de lo anterior, lo constituyen la persecución e investigación de los delitos, que deben en todo momento de medir la posible afectación a los derechos fundamentales que se pretenden restringir o limitar con la aplicación de determinada política pública criminal. Resulta de igual forma trascendental la elaboración de manuales y documentos técnicos para el uso legítimo de la fuerza pública, así como a los actores encargados de cumplir el orden, dado que sin ello, resultaría imposible medir las posibles afectaciones a los derechos humanos implicados en las políticas públicas de combate a la delincuencia.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Resulta urgente establecer criterios claros para el uso de la fuerza civil y militar. Particularmente pugnamos por la consagración, ya sea constitucional o federal, sobre su distinción, así como el establecimiento de condiciones particulares a partir de los cuales la autoridad militar puede intervenir en el restablecimiento del orden público. En el entendido de que la actuación de la autoridad militar se encuentra legitimada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta debe encontrarse entonces siempre apegada al marco coordinado de seguridad pública entre la federación y los estados.

Bibliografía.

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (comp.), *Nuevas perspectivas y panoramas de la democracia en el estado constitucional*, Porrúa, México, 2009.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), CEPC, Madrid, 2002, p. 533. (3ª reimp.).
- “Justicia como corrección” en SEOANE, José Antonio (ed.), *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005, pp. 55-67.
 - “Sistema jurídico y razón práctica” en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 159 -177.
 - *Tres escritos sobre la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (Presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 2004.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.
- BERNAL PULIDO, C, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008.
- (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, *La presunción de inocencia*, Porrúa, México, 2003.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998.
- DIEZ PICASO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005, (2ª ed.).
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón (Teoría del Garantismo Penal)*, Trotta, Madrid, 1998.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004;
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa del derecho procesal penal*, Porrúa, México, 2004.
- Human Right Watch, World Report 2009 (Events of 2008), Mexico's National Human Rights Commission a Critical Assessment, Vol. 20, no. 1, February 2008, New York, 2009.
- *Impunidad Uniformada (Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública)*, (Abril de 2009), New York, 2009.
- M. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.
- VV. AA. PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, *et. al.* (coords.), en *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001. T. II, V. I, II y III.
- VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo (Procuración de justicia penal y ministerio público en México)*, FCE, México, 2004.

JUSTICIA DE MENORES

Miguel Ángel MANCERA ESPINOSA

Los primeros Tribunales de Menores nacen en España, al igual que en la mayoría de los países europeos a principios de siglo, impulsados por la ideología positivista y reproduciendo el sistema implantado en los EE.UU. en 1889, en la ciudad de Chicago.

La Segunda Guerra Mundial y el nacimiento del Estado de Bienestar Social, supusieron un profundo cambio en la respuesta a los menores en muchos de los países de nuestra área cultural.¹ Los cambios en la familia y la aparición de la adolescencia como un nuevo status, potenciaron importantes reformas en la legislación de menores. Veamos pues a continuación alguna de las características de los diferentes modelos.

1. Evolución de la justicia de menores en Europa

Tres grandes modelos han presidido la Justicia de Menores desde su creación: el modelo de protección, el modelo educativo y el modelo de responsabilidad. En el primero, podría decirse que existe una estricta subordinación de lo educativo a lo judicial, en el segundo, un claro predominio de la acción educativa con la consiguiente reducción de la intervención judicial, y en el tercero la búsqueda de un equilibrio entre lo judicial y lo educativo.

1.1. El modelo de protección

El origen de las jurisdicciones especializadas para menores tiene una historia muy breve, puesto que nacen a finales del siglo pasado. En los comienzos del siglo XX, en toda Europa se pone en marcha un período tutelar o "Protector" que llega hasta nuestros días.

La delincuencia juvenil es vista como una consecuencia de la vida urbana, del nacimiento de la sociedad industrial, de la crisis de la institución familiar, de la pérdida de los valores morales, etc., aparece en las calles la miseria y la marginación y esto es molesto para todos, pero especialmente para las clases dirigentes.

Movimientos filantrópicos y humanitarios se lanzan a liberar a los niños del sistema penal con una profunda convicción en los éxitos del sistema reeducativo. Para ello,

¹ **Jünger-Tass, J.** "La Justicia de Menores: presenta i futura". Ponencia presentada en las Jornadas sobre Educación i Control, organizadas por el Centro de Estudios y Formación del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1989.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

se requiere limitar al máximo el poder de la autoridad paterna entre "los miserables", los marginados, buscando para ello un sistema de protección especial para los niños. No importa si son mendigos, pobres, o, delincuentes, todos necesitan un mismo sistema de "protección", o reeducación.

Las principales características de la ideología que fundamenta la creación de las jurisdicciones especializadas para menores, podrían quedar resumidas en los siguientes puntos:

- Niños y jóvenes deben estar absolutamente separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos.²
- Deben tener un Tribunal especial, del que no necesariamente debe formar parte un juez, ya que lo que importa no es garantizar el derecho y su correcta aplicación, sino conseguir la reeducación del niño. No importan los medios, sino sólo el fin.
- Un amplio control penal sobre los jóvenes delincuentes, extendiéndose su intervención a conductas no delictivas, con un gran acceso a toda la juventud predelincente. Como señala La Greca³ "...en realidad la creación de las jurisdicciones de menores respondieron a la búsqueda de un control más amplio de las capas de la población juvenil, asentadas en las capas urbanas industrializadas...". De hecho, hoy se constata que la legislación especial para niños no sólo no alivió las condiciones de los mismos, sino que por el contrario, contribuyó a consolidar la inferioridad social de sujetos pertenecientes a las clases subalternas.
- La consideración del carácter anormal o patológico de los niños delincuentes y su equiparación a un enfermo. En este sentido, es comprensible el importante papel que jugaron los médicos en la penología norteamericana, adquiriendo el sistema un claro carácter medicinal.
- El ideal rehabilitador y la profunda creencia de cambiar a los menores, y adaptarlos al sistema de las clases dominantes. Así la reeducación se basaba en la formación de hábitos y costumbres. El trabajo, la enseñanza y la religión constituyen la esencia del programa de reforma.
- Consecuentemente, los menores debían ser apartados de su medio, puesto que esto era lo auténticamente nocivo, e "internarlos por su bien" para la reeducación, de ahí que el reformatorio se convirtiera en pieza clave de todo el sistema reformador.
- Puesto que el menor era un enfermo y se le tenía que curar mediante la reeducación, no era necesario un proceso en regla, ni tan siquiera cumplir con los requisitos legales mínimos. Si de lo que se trataba pues, era de curar, todo estaba permitido y no había ninguna necesidad de respetar las garantías jurídicas, consideradas como superfluas, puesto que no se trataba de actuar represivamente.

² **Giménez-Salinas Colomer, E.** "Justicia de menores y ejecución penal": Revista Poder y Control, núm. O. Barcelona, 1986.

³ **La Greca, J.** "Hacia una nueva Justicia para menores". Revista del Poder Judicial, núm. 14. Madrid, 1985.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- En general, puede considerarse que la Justicia de menores asumió plenamente la herencia positivista, y que aún hoy, esta idea está presente en las políticas educativas en torno a los jóvenes delincuentes.

- La idea de que "el menor había salido del Derecho penal", se extendió por toda Europa. En realidad, hoy podemos afirmar que no es que el menor "saliera" del Derecho penal, puesto que se le seguían aplicando medidas sancionadoras, sino que lo que sucedió es que salió del sistema de garantías y de derechos individuales.

1.2.El modelo educativo

El modelo educativo lo preside la creación del Estado de "Welfare". El llamado Estado de Bienestar Social es un producto típicamente europeo, que arranca de finales de la Segunda Guerra Mundial hasta aproximadamente 1975, y puede considerarse el resultado de una colaboración entre los partidos Demócrata-Cristianos y Socialistas. Se basa en la concepción del Estado como guardián de la seguridad y como responsable de eliminar la pobreza, mejorar las condiciones de trabajo, sanidad, enseñanza, seguridad, etc. El Estado "Welfare" ofrecerá una seguridad a todas las categorías sociales, pero especialmente a las menos privilegiadas⁴.

Es evidente que el nacimiento del Estado de Bienestar Social se desarrolla en los períodos de expansión económica. La crisis de 1973 establece una frontera, no puede decirse que a partir de entonces se retrocediera, pero tampoco se avanzó. La política de Bienestar Social se basaba en el crecimiento económico y el pleno empleo, dos elementos que a partir de esta fecha no podrían mantenerse. Sin embargo, es importante el paso que se dio, ya que los principios conseguidos y consolidados durante esta época, van a ser respetados en toda Europa. En el ámbito concreto de la Justicia juvenil, el modelo de protección en Europa entra en crisis, evolucionando en mayor o menor medida en cada país, a partir de los años 60 hacia el modelo educativo.

El modelo educativo se basaba fundamentalmente en evitar que los jóvenes entraran en el sistema de Justicia penal. Policía, fiscales, trabajadores sociales, educadores, etc., tienden a no pasar los casos a la Justicia, incluso los más graves. Las cifras de los "clientes" descienden en Europa en un 50%, es por ello que a este modelo se le ha denominado también como modelo "permisivo".

El objetivo consiste precisamente en no intervenir en interés del menor, es decir, es justo la antítesis del modelo protector. Las cifras son claramente ilustrativas, en Holanda por ejemplo, los niños bajo control judicial pasan de 1967 a 1978 de 42.000 casos a 22.000, sin que la población juvenil haya variado. Se buscan soluciones extra-judiciales, que son las bases de lo que posteriormente se conocerá como "modelos de diversión, o, de mediación"

⁴ **Sánchez, S.** "¿Estado de Bienestar?" Revista de Treball Social, núm. 108. Barcelona, 1982.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Especialmente en Holanda, Bélgica y países nórdicos, se desarrollan alternativas fuera del sistema, a través de organizaciones privadas⁵. Pero los cambios, no sólo se producen a nivel del descenso de la intervención de la Justicia, sino que existe un importante abandono de los métodos represivos, y un claro predominio de la acción educativa. Desaparecen las grandes instituciones internados, como pilares básicos de la Justicia de menores. El menor ya no es el único objeto de atención, sino que se tiende a dejarlo en el seno familiar, ofreciéndole a él y a su familia la ayuda necesaria. Residencias pequeñas, familias acogedoras, familias sustitutas, pequeños hogares, medidas de medio abierto, etc., son las alternativas de los años sesenta. La evolución legislativa de los países viene también a confirmarlo. El internamiento aparece como el último recurso a utilizar y solamente en casos muy extremos.

Una gran variedad de organismos asistenciales se ponen en marcha, basándose en que es el joven quien pide la ayuda y por tanto, es necesario su consentimiento. El anonimato en estos casos está garantizado. Los problemas legales carecen de importancia. Los trabajadores sociales no se sienten identificados con la Justicia, ellos "no son" controladores sociales, su relación con la Justicia es accesoría.

Del sistema protector continúa la no distinción entre joven delincuente y joven en peligro, o, necesitado de ayuda. Bajo la idea de que su intervención es solamente educativa, los trabajadores sociales no aceptan las diferencias. Se sigue pues manteniendo que la Justicia interviene, no porque exista una violación de normas, sino para atender y cubrir una serie de necesidades. En definitiva, la Justicia es vista como el último eslabón del trabajo social. El juez de menores es así considerado como casi un "súper asistente social".

1.3.El modelo de responsabilidad

En toda Europa existe la impresión de que el modelo educativo ha ido demasiado lejos; padres, maestros, educadores y la propia Justicia se arrepienten de una excesiva libertad. Las condiciones de vida para los jóvenes son mucho más duras, la falta de expectativas de futuro, sobre todo de empleo, cambia las reglas del juego.

El adolescente de los años 80 está mucho más próximo al mundo de los adultos que al de la infancia.

La crisis del modelo de protección alcanza su punto culminante con el caso Gault de Estados Unidos en 1967, la ya famosa sentencia inicia una nueva época consagrada a rescatar los derechos individuales de los jóvenes.

Los aspectos más importantes de dicha sentencia, que obligaron a todos los Estados a cambiar las leyes juveniles, por considerar que eran anticonstitucionales, serán los siguientes:

⁵ Aún hoy sorprende cómo en Alemania, Holanda y Bélgica proliferan todavía las asociaciones privadas que se dedican al trabajo social con delincuentes, y especialmente con delincuentes juveniles. En Alemania, por ejemplo, las medidas informales, y en especial, la conciliación víctima-delincuente, es ejercida en casi su totalidad por organismos privados.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

"...Las garantías procesales deben ser también aplicadas a los menores. Ellas exigen: que se comuniquen al joven, a sus padres o guardadores, y con tiempo suficiente, los cargos que se le imputan, para que se pueda preparar la defensa; el derecho también para el menor, de aconsejarse y de ser defendido, por letrado; el privilegio de no acusarse a sí mismo y de que si el sujeto lo hace la confesión no valga, salvo que el hecho haya sido probado por otros medios.

El derecho de confrontar a los testigos, y de que éstos presten declaración bajo juramento. . .".

La preocupación por los derechos y garantías de los menores se extiende también a Europa, y los cambios legislativos se orientan en esta dirección. El menor no es ya sólo un objeto de protección, sino también un sujeto de derechos.

Las características de este nuevo modelo, que se denomina también modelo de Justicia, serían de una forma resumida las siguientes:

- Un mayor acercamiento a la Justicia penal adulta, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales.
- Refuerzo de la posición legal de los jóvenes.
- Una mayor responsabilidad de los mismos.
- Limitar al mínimo indispensable la intervención de la Justicia.
- Una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos.
- Reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad.
- Una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima, o, de la sociedad.
- Conservar para los jóvenes los principios educativos que en teoría han presidido las legislaciones juveniles (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del menor).

Pero quizás el tema más importante es ¿a qué sector juvenil está dirigida la Justicia de menores? Tanto el modelo protector, como el modelo educativo, no limitaban la intervención de la Justicia a una franja de edades, por el contrario, como los aspectos sancionadores y educativos estaban mezclados, se dirigían indistintamente a niños y jóvenes. El caso de España es muy ilustrativo, ya que la competencia de los Tribunales era de 0 a 16 años, sin establecer legalmente ningún tipo de diferencia según la edad. El modelo de responsabilidad introduce la necesidad de establecer una minoría y una mayoría de edad penal.

La minoría suele situarse entre los 10 y 14 años, y por debajo de esta edad no interviene la Justicia de menores, sino que lo hacen los organismos de Bienestar Social, y la mayoría de edad está situada en los 18 años. Por todo ello, nos parece interesante resumir muy brevemente algunas de las Recomendaciones del Consejo de Europa en torno a la Justicia de menores, recogidas en el documento sobre "La

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

reacción social a la delincuencia juvenil", elaborado por el comité restringido de expertos, en mayo de 1987.

1. La necesidad de acelerar los procesos. Precisamente, la Justicia de menores debe ser una Justicia ágil, que evite los alargamientos innecesarios y sobre todo, procurar que el tiempo entre la comisión de la infracción y la elección de la medida, sea lo más breve posible.
2. Evitar el reenvío a la Justicia de adultos, tal como hacen algunos países de Europa. Es decir, bajo ningún concepto, un joven debería ser juzgado por la Jurisdicción penal ordinaria.
3. Los jóvenes deben tener claramente reconocidos una serie de derechos dentro del proceso penal. Los jóvenes de hoy en día devienen cada día más independientes y autónomos. La Justicia de menores, aunque tenga unos objetivos claramente educativos, no puede eludir la responsabilidad que hoy tienen los menores. De ahí que sea importante reforzar la posición legal de los menores durante todo el curso del proceso penal, reconociendo entre otros, los siguientes derechos:
 - a) La presunción de inocencia, principio fundamental del derecho penal, según el cual, toda persona acusada de una infracción es presumiblemente inocente hasta el momento en que se pruebe su culpabilidad. Esto debe estar plenamente reconocido en la Justicia de menores, al igual que lo está en la Justicia de adultos.
 - b) El derecho a la asistencia de un abogado durante todo el proceso, que garantice el respeto a los derechos del menor, sus propios deseos, identidad, etc.
 - c) El derecho a la presencia de los padres. Los padres del menor deberán estar informados desde el momento de la detención y durante todo el proceso, así como estar presentes en las declaraciones. Esto no solamente desde el punto de vista de garantizar los derechos del menor, sino también por motivos educativos, ya que la presencia de los padres puede ayudar al menor y favorecer la cooperación de la familia en todas las intervenciones.
 - d) La posibilidad de que, al igual que los adultos, los menores tengan derecho a aportar sus propios testigos en el momento de la defensa; que se les interroge y que se confronten sus declaraciones.
 - e) El derecho a la palabra, es decir, derecho a que se escuchen sus propios mensajes y sus propias opiniones. Hay que partir de la base de que el consentimiento de los menores, en las medidas pronunciadas por los Tribunales es, con frecuencia, una garantía de la cooperación del menor en el tratamiento.
 - f) El derecho de apelar a las decisiones de los Tribunales.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- g) Revisión de las medidas. El menor debe poder pedir a la autoridad judicial que se revisen las medidas, especialmente aquellas que han perdido su utilidad y que pueden convertirse en perjudiciales.
 - h) El respeto a la vida privada. En todo momento del procedimiento, las circunstancias personales de los jóvenes y de sus familiares, no deben ser divulgadas en público.
4. La formación de las personas que intervienen en los procesos de menores. La Justicia de menores se distingue de la de los adultos, no solamente por su acento particular en el aspecto educativo de las medidas, sino también, por una serie de situaciones jurídicas y prácticas específicas. Por ello, es de especial importancia que todas las personas que intervienen en el proceso (policías, abogados, procuradores, jueces, trabajadores sociales, educadores, etc.), tengan una formación especializada que asegure sus conocimientos, tanto desde el punto de vista criminológico de la delincuencia juvenil, como desde el conocimiento de todas aquellas disposiciones específicas del derecho penal de menores.
 5. Por último, el mantener la recomendación de que no consten antecedentes penales en los menores. En todo caso, las inscripciones en determinados archivos sólo deben ser comunicadas a la autoridad judicial. Cualquier otra divulgación podría comprometer seriamente la reinserción social del menor.
 6. El término medida es en Europa el más utilizado en el derecho de menores para denominar las respuestas jurídicas. En general se recomienda que:
 - a) Las medidas sean aplicadas en su medio natural, y en lo posible sin interrumpir el proceso educativo. Respetar fundamentalmente su personalidad, el derecho a la educación, y sobre todo, no ensombrear o esconder la personalidad del joven, sino todo lo contrario, favorecer el desarrollo de sus cualidades y aptitudes de manera que pueda integrarse plenamente en la sociedad.
 - b) Todos los países miembros del Consejo de Europa reconocen que las medidas deben ser de duración determinada y que, en ningún caso, deberán pasar de dos años. En este sentido, aconsejan el total abandono de las medidas de duración indeterminada.
 - c) Cuando no sea posible dejar al menor en medio abierto, y no exista otra posibilidad que su internamiento en un establecimiento, los Estados miembros del Consejo de Europa recomiendan que existan diferentes tipos de establecimientos educativos, y que éstos tengan una concepción pequeña. Evitar que sean privativos de libertad, y sobre todo, que no rompan la relación con la familia, sino que sean un espacio intermedio donde se trabaje paralelamente, tanto con la familia como con el menor. Para ser eficaz, el ingreso en un centro no debe implicar una destrucción total de la libertad personal del menor.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

7. Búsqueda constante de medidas alternativas, que eviten la entrada del joven en prisión. En todos los países dichas medidas han conseguido una mayor autonomía. Por ejemplo, el trabajo comunitario, Probation, la reparación, la mediación, etc.
8. Se aconseja que todas las legislaciones tiendan a suprimir las penas privativas de libertad aplicadas a menores y jóvenes. Como sea que algunos países las mantienen para casos excepcionales, mientras se espera su total desaparición se aconseja que:
 - a) Su duración sea lo más corta posible, buscando la pronta aplicación de la libertad condicional, Probation, semilibertad u otras alternativas.
 - b) Asegurar un soporte educativo a la salida de la prisión.
 - c) Separar a los jóvenes de los adultos.
 - d) No privar nunca a los menores o jóvenes encarcelados del derecho a la educación, y asegurar que siempre puedan ejercerlo.
 - e) Exigir que el juez motive la aplicación de una pena tan dura y que fije su duración.

2. Los menores frente al sistema penal en México

En México, el Proyecto de Código Penal de 1871 nos remite al primer antecedente serio que pugnaba por la creación de tribunales para menores. Se proponía la creación del “juez paternal”. Los juzgados paternos nunca llegaron a crearse.

En 1922 se crea en San Luis Potosí el Primer Tribunal de Menores en México.

El 19 de agosto de 1926 se expide el Reglamento para la calificación de menores infractores en el Distrito Federal antecedente para la creación del Tribunal administrativo para Menores del 10 de diciembre de 1926.

El Código Penal de 1931 en su Cap. IV art. 399 indica que “si el menor de 18 años pero mayor de 12, estuviere moralmente abandonado, pervertido o en peligro de estarlo, el Tribunal tramitará su envío a una casa de corrección, en donde permanecerá el tiempo necesario para su educación”.

En los casos menos graves los menores eran enviados al Convento de San Pedro y San Pablo para su corrección; pero, para los casos más graves eran trasladados a la cárcel de Belén, en donde en un principio convivían con los adultos y posteriormente se les separó en una crujía y se les vistió de uniformes de color verde, por lo que al lugar se les llamo “crujía de los pericos”.

En 1906 se funda la Escuela Correccional para Mujeres (ubicada en Coyoacán y que funcionó para ese fin hasta el 5 de octubre de 2008), se expide un decreto que impide que los menores sean enviados a las Islas Marías.

En 1908 se inaugura la Escuela Correccional para hombres de Tlalpan.

2.1 El sistema de la situación irregular

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

El modelo tutelar se encuadra dentro de la escuela etiológica. Reproduce criterios criminológicos del positivismo según los cuales las condiciones personales del sujeto pueden habilitar al Estado a intervenir; así, no exclusivamente su conducta delictiva concreta es sujeta de la acción del Estado.

Por ejemplo: La Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales de 1974, disponía: Art. 2. El Consejo Tutelar intervendrá, en los términos de la presente Ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo.

Mediante el argumento de la protección o tutela de los niños con necesidades fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal:

1. El hecho de que todos los derechos fundamentales de que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños
2. El que las consecuencias reales de esa forma de concepción de la infancia sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado.

Esta concepción protectora se pudo observar ya desde el artículo 1o de la Ley de 1974:

“El Consejo tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social del los menores de dieciocho años en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante el estudio de la personalidad, la ampliación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento.”

El menor ingresa al Consejo Tutelar a partir de que algún funcionario considera discrecionalmente que se encuentra en una situación definida mediante categorías vagas o disposiciones sumamente laxas.

El modelo tutelar, así, no respetaba las garantías penales, procesales y de ejecución de las medidas

La concepción tutelar entró en crisis en la década de los 60 en los Estados Unidos y en los 80 a nivel de la comunidad internacional.

2.2 El modelo de protección integral

Con el término de doctrina de la protección integral se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos, de carácter internacional que expresan un salto cualitativo en la consideración social de la infancia:

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y sus dos protocolos facultativos:

--Protocolo facultativo de la CDN relativo a la participación de Niños en Conflictos Armados. (2000)

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

--Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000)

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. Reglas de Beijing. (1985)

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990)

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil.

Directrices de Riadh (1990)

A partir de todos estos instrumentos se reconoce al niño como sujeto pleno de derecho; se habla explícitamente de la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

El modelo de protección integral rompe con el modelo etiológico (paradigma criminológico), las características del sujeto dejan de ser relevantes para autorizar la intervención estatal, ahora sólo su conducta concreta es la que se considera al calificar el acto.

La promoción y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales ya no son más tarea de la justicia penal.

2.3 Características del destinatario

Según este modelo, ya no se percibe a los niños como “menores”, incapaces o personas en proceso de la adultez, sino de personas cuya particularidad es estar creciendo, por eso, se le reconocen todos y cada uno de los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia evolutiva.

El derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta es fundamental y estructurante de la lógica de la protección integral.

2.4 Supuestos que habilitan la intervención estatal

Según este enfoque son las leyes las que define los derechos de los niños y establecen que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre violentado o amenazado es deber de la familia, de la sociedad y del Estado restablecer el ejercicio del derecho a través de mecanismos y procedimientos administrativos o judiciales, según corresponda.

En la mayoría de las legislaciones de la región, a partir de esta concepción, quien se encontrara en “situación irregular” cuando el derecho de un niño es violado, será alguna persona o institución (familia, comunidad o Estado).

2.5 Característica del juez

Se jerarquiza la función del juez quien debe ocuparse estrictamente de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o de derecho privado (familiar).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Los jueces deben tener conocimientos específicos de temas vinculados con la infancia.

2.6 Característica de la intervención estatal en los casos de protección

La protección es ahora de los derechos del niño no se trata de proteger la persona del “menor”. Si no hay ningún derecho amenazado o violado no es posible intervenir. En este modelo la protección no puede traducirse en intervenciones estatales coactivas, salvo los supuestos excepcionales concretos en que exista peligro para la vida del niño.

2.7 Características de la intervención estatal en casos de imputación de una conducta antijurídica a una persona menor de edad

Un sistema de respuesta estatal acorde con la CDN establece que las personas menores de 18 años responden por su comportamiento en la medida que se les reconoce como sujetos de derecho con cierta capacidad para autodeterminarse, a partir de una edad establecida concretamente. Se trata entonces de un sistema de justicia especializado distinto del sistema penal para adultos.

Por lo tanto, se trata de juzgados y procedimientos especializados. La responsabilidad del adolescente debe expresarse en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes a las aplicables al sistema de adultos. En donde la privación de la libertad debe ser una medida excepcional y dictarse por el tiempo más breve posible. Los delitos graves deben ser taxativamente mencionados en la ley a fin de evitar interpretaciones de la palabra grave que afecten el principio de excepcionalidad.

2.8 Comparativa de los modelos

	Modelo tutelar o de la situación irregular	Modelo de la protección integral de derechos
Marco teórico	Escuela etiológica	Escuela de la reacción social
Características del destinatario de la norma	"menores", incapaces, objetos de protección, no importa la opinión del niño	Niñas, niños y adolescentes, personas en desarrollo, sujetos de derecho, es central la opinión del niño
Supuestos que habilitan la intervención estatal	Situación de riesgo, peligro moral o material, situación de desamparo, situaciones especialmente difíciles, menor en situación irregular	Derechos amenazados o violados. Adultos, instituciones y servicios en "situación irregular"
Características de la respuesta estatal	Lo asistencial confundido con lo penal	Lo asistencial separado de lo penal
Características y	Juez ejecutando política	Juez técnico con actividad

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

rol del juez	social y asistencial. El juez actuando con un "buen padre de familia", juez con facultades ampliamente discrecionales	jurisdiccional y limitado por garantías
Características frente a los casos de protección	Protección que viola o restringe derechos. Separación del niño de la familia e internación como principal intervención. Medidas coactivas por tiempo indeterminado.	Protección que reconoce y promueve todos los derechos que tienen los adultos más derechos específicos. No hay intervenciones estatales coactivas para garantizar derechos. Las medidas de protección de los derechos por tiempo necesario hasta restablecer el derecho vulnerado
Intervención frente a los casos de imputación de una conducta delictiva	"menor abandonado/menor delincuente", derecho penal de autor, procedimiento sin debido proceso, sistema inquisitivo, privación de libertad como regla, medidas por tiempo indeterminado.	Desaparece el determinismo, Derecho penal de acto, responsabilidad penal juvenil con consecuencias diferentes a las aplicables a los adultos, justicia especializada, procedimientos especiales, sistema acusatorio, privación de libertad como excepción, por tiempo determinado t el más breve posible sólo para ofensores graves, otras sanciones también por tiempo determinado.

VICTIMIOLOGÍA: LA TRATA DE BLANCAS Y LA GRAVE VULNERABILIDAD DE LAS VÍCTIMAS

Hilda MARCHIORI

Representa un alto honor participar en este libro en Homenaje a la Distinguida Maestra Dra. Emma Mendoza Bremauntz, académica, investigadora, discípula del entrañable Criminólogo Maestro Dr. Alfonso Quiróz Cuáron.

SUMARIO. 1. Trata de Personas 2. Antecedentes 3. La Víctima del delito Consecuencias de la Victimización 4. La Víctima en el Crimen Organizado de la Trata de Blanca 5. Temor a la denuncia 6. Asistencia a Víctimas de la Trata de Blancas.

El objetivo de este trabajo se refiere a uno de los temas más delicados y complejos, el referido a las víctimas de las organizaciones criminales, específicamente a las personas víctimas de la trata de blancas.

La Dra. Emma Mendoza Bremauntz, nos enseña en sus clases y libros la transformación de la delincuencia y los altos costos que genera para el desarrollo y cultura de un país la alta peligrosidad de estas organizaciones criminales.¹

La delincuencia organizada consiste principalmente en una serie de actividades delictivas complejas que llevan a cabo a gran escala organizaciones y grupos estructurados y que consisten en crear y mantener y explotar mercados de bienes y servicios ilegales con la principal finalidad de crear beneficios económicos y obtener poder.²

En su obra “Delincuencia global”³ la Profesora Mendoza Bremauntz explica que el delito golpea las economías y el crecimiento de los países, es decir el desarrollo económico propicia el crecimiento de las actividades delictivas y estas a su vez

¹ Ver Mendoza Bremauntz E. “Delincuencia global” Ed.lerner. Córdoba.Argentina.2005.

² Naciones Unidas. 2000.

³ Ver Mendoza Bremauntz, ob cit

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

perjudican las posibilidades de desarrollo. Advierte que se observa un crecimiento intenso de la delincuencia organizada con reestructuraciones constantes impulsadas por su tipo de actividades y necesidades de su mercado, perfeccionándose técnicas ilícitas cada vez mas afinadas que rebasan las capacidades de los Estados para enfrentarlas aisladamente, con lo que se propicia la constante aparición de nuevos grupos delictivos nacionales e internacionales de carácter permanente.

1.-TRATA DE PERSONAS

La Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas,⁴ especialmente mujeres y niños, señala: a) “ Por Trata de Personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a amenazas o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual.

a) Los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado. c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a del presente artículo. d) Por niño se entenderá a toda persona menor de 18 años.

La trata de persona significa el reclutamiento, transporte, compra, venta , transferencia, albergue o recibo de las personas a) bajo la amenaza o el uso de la violencia, rapto, fuerza, fraude, engaño o coerción o el cautiverio por deuda, para propósitos b) colocar o retener a dicha persona, en trabajos forzado o practicas como las de la esclavitud, en una comunidad diferente a aquella en la que dicha persona vivía.⁵

Existen tres etapas en esta cadena de la criminalidad cuyos objetivos consiste en llevar a una total vulnerabilidad a personas, generalmente mujeres y niños, provocándoles una gravísimas victimización. El proceso de criminalidad abarca entonces a:

- 1) Tareas de reclutamiento.
- 2) Traslado
- 3) Explotación.

⁴ Documento Naciones Unidas. 2000.

⁵ Organización Internacional para Migraciones. Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas.2003-

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

1.- *Tareas de reclutamiento.* Implica captar a las personas, generalmente a través de engaños, ardid, situaciones emocionales intencionalmente provocadas, situaciones económicas, coerción, amenazas.

En este proceso de criminalidad la figura perversa del reclutador que conduce a la víctima a una situación de credibilidad, es decir el reclutador lleva a la víctima a una actitud de confianza, el reclutador “le ofrece generosamente” una solución a la situación en la que se encuentra la víctima. Por ej. trabajo a una persona desocupada, documentos a una persona indocumentada, paso de fronteras, trabajo en otro país, préstamos de dinero, etc.

El reclutador puede ser dueño de la cadena de criminalidad, aunque frecuentemente trabajan y son parte de una organización criminal. En el primer caso, el reclutador explota a jóvenes a través de la prostitución; en el segundo caso el reclutador pertenece a un grupo- organización delictiva; realiza una tarea concreta encomendada, que es la captación y reclutamiento.

El reclutador es un delincuente hábil en el acercamiento a las víctimas y en el ofrecimiento del “paquete de oportunidades”; por ello ofrece y convence a las víctimas que posee contactos, apoyos económicos y una respuesta a la situación, individual, familiar y social de la víctima. El tipo de ofrecimiento dependerá de los fines del grupo criminal, si es explotación laboral, sexual; este ofrecimiento varía en relación a las diversas situaciones, tipos y características de las víctimas. (hombres, mujeres, familias, adultos, niños, adolescentes).

El reclutador puede operar a través de una agencia que le permita una mayor captación de las víctimas, a través del ofrecimiento de productos, promesas por ej. que la víctima tendrá una prueba de cine, televisión, modelaje, etc; que por ello deberá viajar al extranjero. En otros casos, promesas de tareas laborales a familias altamente carencias, promesas de estudios, etc. El reclutamiento a través de agencias y comercios “pantallas” avisos en periódicos, internet, permite a la organización criminal la selección de un mayor número de víctimas; estas agencias-comercios desaparecen luego de un corto tiempo y se trasladan con otros nombres comerciales a otra ciudad. Existe una alta impunidad en esta criminalidad.

2. *Traslado.* La víctima ha sido captada, reclutada, el segundo paso de esta cadena de criminalidad es el traslado al lugar pre-determinado de la organización criminal. La víctima es conducida a su lugar de explotación, por los más diversos medios de transporte, ómnibus, autos, barcos, aviones. En la mayoría de los casos la víctima durante esta etapa aún confía en la propuesta y promesa del reclutador.

El traslado puede realizarse a otra zona del mismo país o a un país extranjero. En ambas situaciones el fin es poder alejar a la víctima de su familia o del lugar de origen donde puede recibir o solicitar ayuda. El alejamiento- distancia- que provoca la organización constituye un elemento fundamental para acentuar la vulnerabilidad e indefensión de la víctima.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Es evidente que una víctima que es trasladada a otro país enfrenta otras problemáticas, idioma, costumbres, aislamiento de la familia, una geografía desconocida.

El *traslado internacional* conlleva a dos situaciones migratorias; el paso en: a) forma regular, es decir, con la propia documentación de la víctima, y b) el paso migratorio en forma irregular a través de cruces clandestinos, falsas documentaciones.⁶

El traslado de numerosas personas, en algunos casos el traslado diario, muestra claramente el poder de la organización criminal y los apoyos económicos y de grupos de delincuentes. Se trata de la invisibilidad-impunidad de los grupos delictivos. Aquí ya la víctima advierte la indefensión en la que se encuentra, el miedo y temor.

3. *Explotación*. La cadena criminal ha logrado captar, trasladar a las personas víctima, que son llevadas al lugar de su explotación, al lugar de su esclavitud laboral / sexual. Es un lugar de encierro en infraestructura y en los medios de violencia que ejercen los delincuentes hacia las víctimas.

Las víctimas comienzan a recibir todo tipo de violencia, desde amenazas,(que serán denunciadas, deportadas) golpes, violaciones, intentos de homicidio que van llevando a la víctima a un estado de sumisión y esclavitud.

La edad de la víctima y la extrema vulnerabilidad en la que se encuentra le impiden intentar un contacto –comunicación con su familia. De la misma manera con las instituciones gubernamentales policía, administración de justicia, instituciones de salud. El control de la organización delictiva hacia las víctimas es total.

La víctima en algunos casos es explotada en el mismo lugar de origen, o tiene un destino determinado –zona geográfica- o se encuentran en tránsito en los distintos lugares de la organización delictiva- los puntos de la geografía delictiva.

La movilidad y explotación de las víctimas es permanente, por ej. el lugar de origen de la víctima es el norte de África la trasladan a Europa, luego al lugar de destino Sudamérica; en otro caso, el lugar de origen es Paraguay, lugar de tránsito Argentina, destino España.

El grupo criminal- el crimen organizado- obtienen a través de Trata de Personas, la explotación de las víctimas, montos incalculables.⁷ La Organización Internacional del Trabajo,⁸ señala en un informe que la Trata de Personas ocupa el segundo lugar como actividad lucrativa ilegal, después del tráfico de drogas. Las cifras de las víctimas, según el OIT es de cerca de 12 millones de personas obligadas a trabajos forzados incluidos los sexuales; que 4 millones de personas son compradas, vendidas y transportadas y retenidas a la fuerza para desarrollar trabajos en condiciones de

⁶ Organización Internacional para las Migraciones. Instrumentos Internacionales para la lucha contra la Trata de personas. Buenos Aires 2006.

⁷ Ver Emma Mendoza Bramauntz, Delincuencia Global. Ed.Lerner, Córdoba. 2005; La globalización de la delincuencia. Academia Nacional de Seguridad. México. 2000.

⁸ Organización Internacional del Trabajo. Informe año 2005.

esclavitud en todo el mundo. Estas cifras son las estimadas pero es evidente que la cifra oscura de la criminalidad puede considerarse superiores.

2. ANTECEDENTES

La primera referencia a la Trata de blanca proviene de convenios entre las naciones. El término “Trata” se utilizó inicialmente para hacer referencia a lo que se conocía como “trata de blanca” es decir, el comercio de mujeres blancas provenientes de Europa.

Se considera que el término “Trata” es utilizado para describir actividades que van desde la migración voluntaria y facilitada pasando por la explotación o prostitución, hasta el desplazamiento de personas mediante amenazas o el uso de la fuerza, coerción, violencia con fines de explotación; también se señala que las caracterizaciones históricas de la trata no corresponden a las realidades actuales del desplazamiento y comercio de personas ni a la naturaleza y dimensión de los abusos.⁹

La lucha contra las organizaciones criminales ¹⁰ involucradas en el tráfico de prostitución comenzó en 1904 a través de un Acuerdo Internacional contra el tráfico o tráfico de blancas. El Acuerdo consistía en información sobre las mujeres extranjeras explotadas en la prostitución.

De 1910 a 1921 se realizó un Convenio entre las naciones para la represión de la trata de blancas. Sin embargo las casas de prostitución o burdeles necesitaban un permiso para operar y paradójicamente, en todos los países, se extendían las autorizaciones.

La Convención sobre la Esclavitud del año 1926 señalaba que el comercio de esclavos incluía todos los actos involucrados en la captura, adquisición o la disposición de una persona con el fin de reducirla a la esclavitud; la adquisición de un esclavo con miras a venderlo o intercambiarlo, disposición para la venta o intercambio de un esclavo adquirido con miras a venderlo o intercambiarlo; comercio y transporte de esclavos.

En 1927 se crea un Comité de expertos para estudiar las condiciones de la prostitución. Este Comité manifestó que el burdel, era el mayor incentivo, para el tráfico de la prostitución; las casas y burdeles pertenecían a organizaciones delictivas nacionales e internacionales.

En 1937 la Sociedad de Naciones- organizaciones previas a las Naciones Unidas- había preparado un Convenio para suprimir las casas de tolerancia pero la Segunda Guerra Mundial impidió su tratamiento y consideración.

⁹ Organización Internacional de Migraciones. ob cit

¹⁰ Ver H. Marchiori, *Criminología. Teorías y Pensamientos*. Ed. Porrúa. México. 2004.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En 1940 la Oficina Internacional para la supresión de tráfico de personas preparó la publicación de dos informes “Abolición de la prostitución” (1943) y “Tráfico de mujeres y niños (1949).

Después de la guerra comienza a organizarse las Naciones Unidas, realizan un primer informe sobre Prevención del crimen y tratamiento del delincuente. Allí se especifica que era evidente, en los informes de las distintas regiones, el aumento de la delincuencia en todos los países, entre ellos el tráfico de blancas.¹¹

La Convención para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución del año 1949 considera a la prostitución como perversa e incompatible con la dignidad y el valor de la persona; la Convención se propone abolir la prostitución.

La Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, Comercio de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas del año 1956 recomienda la abolición de prácticas similares a la esclavitud, incluso el cautiverio por endeudamiento y la servidumbre, el matrimonio obligado y la venta o transferencia de niños para su explotación laboral; los actos o intentos de cometer actos para esclavizar o para inducir a otra persona a la esclavitud o a prácticas similares a la esclavitud, constituyen una ofensa criminal.

Es importante también destacar otros Documentos de Derechos Humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de los Derechos del Niño; La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

En el año 1990 La Convención sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias prohíbe la tortura o el trato o castigo cruel, inhumano o degradante; la esclavitud, la servidumbre y el trabajo obligado o forzado. El derecho de la persona a la libertad y a la seguridad.

En 1994 se realiza, en Nápoles la Conferencia sobre Delitos Transnacionales donde se adopta la Declaración Política y el Plan de Acción Global contra el Crimen Organizado Transnacional que posteriormente fue aprobado por las Naciones Unidas.

Emma Mendoza Bremauntz¹² explica que el Documento expresa:

- Las Organizaciones criminales son un conjunto de personas que se asocian para dedicarse a las actividades delictivas de manera más o menos constante.

¹¹ Ver Manuel López Rey y Arrojo, Las Dimensiones de la Criminalidad. Ed.Lerner.Córdoba.1987

¹² Ver Emma Mendoza Bremauntz, ob cit.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- Desarrollan sus actividades con actitudes semejantes a una empresa normal, con personal en tareas concretas, pero dispuestos a la violencia y corrupción.
- La corrupción es quizás la actividad que más produce daño y peligrosidad para las sociedades y las instituciones ya que el enorme poder del crimen organizado puede llegar a los más altos niveles de la jerarquía social y estatal para asegurarse la impunidad e inclusive, infiltrarse en las esferas de gobierno.
- Existe grandes diferencias entre los diversos grupos delictivos organizados, algunas altamente especializadas.
- Las dimensiones regionales y mundiales que ha alcanzado el problema de la delincuencia organizado y su peligrosidad que avanza de manera paralela con la globalización del circuito económico e informático legal.

Es evidente que los recursos económicos de las organizaciones criminales provocan una desigualdad con los presupuestos dedicados a la prevención de la criminalidad, en especial al crimen organizado, que tienen los países lo que conduce invariablemente a una mayor impunidad.

En el año 2000 El Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños constituye un paso importante, complementando la Convención, de Naciones Unidas, en contra de la Delincuencia Organizada Transnacional.

Se considera que los Derechos de las personas víctimas de la Trata son vulnerados en tres formas¹³:

- a) Por los gobiernos que permiten o fomentan prácticas discriminatorias contra las mujeres e impiden que las personas puedan desarrollar la totalidad de su potencial humano.
- b) Por los tratantes- el crimen organizado- que despojan a las víctimas de todos sus Derechos Humanos fundamentales.
- c) Por la omisión de los gobiernos en juzgar y procesar a los tratantes y la falta de reconocimiento y protección de los derechos de las personas víctimas de la Trata durante el período posterior a cuando se llevó a cabo dicha Trata.

El Protocolo contra la Trata de Personas es un importante instrumento internacional que centra especialmente la problemática en la Trata; es uno de los dos Protocolos anexos, como señalamos, a la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. El Documento define el concepto de Trata de Blanca; recomienda las medidas básicas para la asistencia y protección para las personas víctimas; abarca el

¹³ Organización Internacional de Migraciones. Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas. 2003.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

tema migratorio; señala las medidas para prevenir y combatir la Trata de Personas y proteger a las personas víctimas de la Trata, de situaciones de revictimización.

3. LA VÍCTIMA DEL DELITO. CONSECUENCIAS DE LA VICTIMIZACIÓN

Desde una perspectiva Criminológica y Victimológica el delito quiebra, fractura la vida de una persona que padece la violencia. Se produce un *cambio existencial* en la vida de la víctima relacionada a sus costumbres, a sus hábitos, a su mirada hacia las demás personas, afecta sus relaciones, su confianza, su seguridad familiar, social y cultural.¹⁴

El delito es una situación de alto stress que conmueve profundamente a la persona que sufre la conducta violenta, cualquiera sea el tipo y las circunstancias delictivas. Estas situaciones se agravan en los casos de vulnerabilidad de la víctima, por el grado de conocimiento autor-víctima y en las circunstancias de impunidad del delincuente.

Naciones Unidas¹⁵ manifiesta que se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros incluida el abuso de poder.

En la Asistencia Victimológica se debe comprender, prioritariamente, que la Víctima *sufre* a causa de la acción delictiva; el delito implica *daño* en su persona o en sus pertenencias; el delincuente provoca con su violencia humillación social; la víctima vivencia *temor por su vida* y la de su familia; la víctima se siente *vulnerable* y esto provoca sentimientos de angustia, desconfianza, inseguridad individual y social.

Las consecuencias pueden aparecer inmediatamente al hecho delictivo, caso de las lesiones físicas, teniendo las consecuencias emocionales- psicológicas y sociales una resonancia muy posterior a la fecha del delito. Son las secuelas, generalmente, extremadamente graves, que deja el delito y que para la víctima implican perturbaciones en su desarrollo emocional y social.

Las consecuencias del delito en la víctima generalmente son:

- Pérdida-daño, de objetos de su pertenencia.
- Lesiones físicas- (de diversos grados leves, graves, gravísimas).
- - Daño Emocional
- Muerte de la víctima.

Las consecuencias varían según la gravedad del delito y la personalidad de la víctima, pero se han podido determinar: a) Consecuencias inmediatas-traumáticas; b) Consecuencias emocionales; c) Consecuencias familiares-sociales-culturales.

¹⁴ H.Marchiori, Criminología, La víctima del delito. Ed. Porrúa. México. 2000.

¹⁵ Ver Declaración de Principios de Justicia para las Víctimas de Delito y abuso del poder.1985.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Los costos sociales, culturales y económicos *de la victimización*, su amplitud, aún están muy lejos de ser estimados por las investigaciones criminológicas.

Los estudios señalan dos niveles, ambos importantes:

- a) el daño producido por el delito;
- b) el daño producido por la incomprensión y desconocimiento de los efectos y consecuencias delictivas.

Un índice muy importante de la criminalidad actual comprende a *Víctimas Vulnerables*, es decir personas, como las víctimas de las organizaciones criminales, que no pueden percibir el peligro, no pueden defenderse ni solicitar ayuda. Las consecuencias son graves (víctimas sobrevivientes) y requieren de una asistencia Victimológica especializada.

4. LA VÍCTIMA EN EL CRIMEN ORGANIZADO DE LA TRATA DE BLANCA

La Trata de Blanca involucra, como se ha descrito, tres aspectos básicos:

- a) Se realiza la captación con engaño, coerción / violencia.
- b) Es el traslado de las personas a otras zonas geográficas que le provocan una mayor vulnerabilidad.
- c) Se conduce a la víctima a una situación de trabajos forzados, servidumbre o prácticas esclavistas.

Otras consecuencias que sufre la víctima de las organizaciones criminales:

- Apoderamiento de los documentos. Una de las primeras acciones violentas de la organizaciones apoderarse de los documentos de la víctima
- Aislamiento. Traslado a otra región.
- Sometimiento.
- Trabajo forzado/ servicio sexual forzado.
- Temor permanente, a diferencia de otras víctimas de delitos, aquí la victimización es permanente.
- Violencia, física, emocional y social.
- Temor a su integridad personal.
- Esclavitud. Sumisión. La víctima es forzada a realizar comportamientos sexuales.
- No puede circular, trasladarse.
- Dependiente de los delincuentes. Como parte de las acciones de tortura que la somete el grupo delictivo por el sufrimiento físico y emocional que la conducen a un permanente sometimiento y dependencia.
- La víctima es tratada como objeto de venta, la condición de la persona es vista y considerada por el grupo delictivo como objeto de la organización, la reduce a una situación de total esclavitud.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El proceso de victimización que sufre la mujer es realizado por todos los integrantes de la cadena criminal: desde el comienzo de la cadena, los delincuentes que captan y venden a la víctima de la trata hasta aquellos delincuentes que al final de la cadena, reciben a la persona víctima, la mantienen a la víctima de la Trata en trabajos forzado y se lucran de dicho trabajo.

La documentación de investigación, señala Naciones Unidas, muestran que la Trata de Personas ocurre con una cantidad innumerable de propósitos que no han contado con el consentimiento de las víctimas de dicha Trata, incluyendo el trabajo forzado y/o sometimiento así como incluyendo también el comercio sexual, matrimonios forzados y otras prácticas afines a la esclavitud.

5. TEMOR A LA DENUNCIA

La Criminología ha señalado que existen dos tipos de criminalidad:

- a) La criminalidad conocida, es decir los datos que se registran sobre hechos violentos que ingresan al sistema penal, generalmente por la denuncia de la víctima.
- b) La cifra negra oculta, desconocida de hechos delictivos que se producen y que no son conocidos institucionalmente, debido a que la víctima teme realizar la denuncia del delito.

Entre los motivos por los cuales las víctimas no hacen la denuncia al sistema penal, se encuentran:

- Por el temor causado por la victimización, no credibilidad en el sistema de Justicia. Temor a la policía, temor, miedo a sufrir nuevos hechos delictivos; Víctimas de abuso de poder; amenazas de los delincuentes hacia la víctima o la familia; por el tipo específico de delito;

Se considera, entonces, que una de las *mayores consecuencias* que provoca el delito en la víctima es el *temor* a realizar la denuncia de la violencia sufrida.

Actualmente comprendemos que el Relato de la vivencia del delito es un acto traumatizante, constituye una estructura compleja que comprende aspectos individuales, familiares, sociales y culturales.

La dimensión del relato de la víctima, las dificultades en verbalizar un hecho traumatizante significa en sí mismo comprender la situación de sufrimiento. El relato delictivo implica la angustia de recordar la situación traumática y el alto riesgo de pérdida de la vida.¹⁶

El relato es *recordar la vivencia de la victimización*, los rostros y actitudes agresivas, tomar conciencia del riesgo pasado, la vulnerabilidad e indefensión frente al agresor y los sufrimientos padecidos *durante el delito*, las situaciones pre-delictivas y post-delictivas.

Para la víctima el *relato de la victimización* comprende:

¹⁶ H, Marchiori, Consideraciones sobre el proceso de victimización. Publicación Victimología. 1995.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- a) la consciencia del riesgo de muerte;
- b) la incomprensión de la violencia sufrida; de su intencionalidad.
- c) el esfuerzo psíquico de romper el silencio;
- d) la crisis emocional- afectiva de verbalizar la situación traumática;
- e) la persistencia de la angustia, miedo y depresión;
- f) sentimientos de pérdida personal, de humillación social, de humillación a su dignidad personal;
- g) el relato es el intento de una *reconstrucción* post- delictiva de la vida de la víctima.

6. ASISTENCIA A VÍCTIMAS DE LA TRATA DE BLANCAS.

Con excesiva frecuencia, señala Naciones Unidas,¹⁷ en lugar de responder con rapidez y eficacia a las necesidades de las víctimas e impedir una victimización mayor, la sociedad estigmatiza a las víctimas del delito.

La asistencia victimológica tiene por objetivo principal *atenuar las graves consecuencias* que deja el delito en la víctima, en su familia. En un concepto amplio se entiende por asistencia victimológica la aplicación de todas las medidas tendientes al conocimiento, comprensión y ayuda para la recuperación de la víctima.

La asistencia Victimológica requiere en sus pautas básicas la comprensión, la consideración prioritariamente de la vivencia de temor-pánico que sufre la víctima, el miedo a la repetición del delito -hecho traumatizante- la sensación y vivencia de encontrarse aún inmerso en la situación agresiva, lo que provoca una desorganización, despersonalización y desrealización; pánico, por la persistencia de estar reviviendo una situación de peligro, por el desamparo individual y familiar y una percepción de inseguridad y desprotección, de sentirse vulnerable y expuesta ante el delincuente y el grupo criminal. La Asistencia implica respeto, credibilidad, ayuda, protección a la víctima, respeto a sus derechos, derecho a la salud, a la recibir un trato digno, a recibir justicia, a recibir reparación material y moral por el daño causado por el delito.

El Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños complementando la Convención de Naciones Unidas en contra de la Delincuencia Organizada Transnacional recomienda:

- Asistencia y Protección para las personas víctimas de la Trata de blanca.
- Proteger la privacidad de las personas víctimas de la Trata incluyendo el mantenimiento del carácter confidencial de los procedimientos legales.
- Información sobre procedimientos judiciales y administrativos relevantes. Facilitarle a las personas víctimas de la Trata la exposición de sus puntos de vista e intereses de manera no perjudicial en el procedimiento jurídico.

¹⁷ Naciones Unidas, Documento citado.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- Medidas para la recuperación física, psicológica y social, incluyendo vivienda adecuada, información en el idioma nativo, asistencia médica, psicológica y económica y oportunidades de empleo, educación e instrucción.
- Atención a las necesidades especiales de las víctimas menores de edad en relación con vivienda, educación y cuidados.
- Seguridad física de las víctimas.
- Posibilidades de obtener reparación.
- Medidas para prevenir la revictimización

Con base a las necesidades de las Víctimas, al diagnóstico Victimológico, a la individualización de la situación de la víctima, se realizan los siguientes aspectos relacionados a la Asistencia:

- a) Acciones concretas; Asistencia médica, protección a la integridad física de las víctimas.
- b) Alojamiento adecuado.
- c) Acompañamiento para evitar nuevas victimizaciones.
- d) Documentación.
- e) Respuesta y reacción institucional acorde a las urgencias de las necesidades de la víctima, en especial en el tiempo de la respuesta.
- f) Especificando las entidades, instituciones y áreas institucionales encargadas de la asistencia en Alta Crisis de las víctimas de la Trata de blanca. Por ej. Servicio Social, Direcciones de Migraciones.
- g) Otros Recursos que pueden proporcionar las instituciones para responder a las necesidades de las víctimas.
- h) Medidas urgentes y a mediano plazo para la Recuperación Integral de las víctimas.

En la consideración sobre los *Avances en Asistencia a Víctima*¹⁸s hemos considerado cinco aspectos, a nuestro criterio esenciales, que permiten visualizar la situación de las víctima. Estos aspectos son:

- I. Mayor Conocimiento y Comprensión de las Consecuencias de la victimización y sobre las características de las víctimas.
- II. Comprensión de los procesos del Silencio del relato de victimización.
- III. Intervención de las instituciones.(Gubernamentales como No-Gubernamentales).-
- IV. Nuevas Alternativas en los Programas de Asistencia a Víctimas.
- V. Importancia de los Documentos referentes a los Derechos de las Víctimas.

¹⁸ H. Marchiori Avances en la Asistencia a Víctimas. Congreso Internacional de Derecho Penal. México. 2006.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Los Documentos de Naciones Unidas, Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder¹⁹ y Manual de Justicia sobre Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso del Poder, han permitido importantes modificaciones en los Códigos de Proceso Penal y Código Penal. En México la inclusión de la víctima en la Constitución Nacional que marca una consideración y modelo a seguir por los países Latinoamericanos.

Las Naciones Unidas expresa en Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito, la necesidad de: el reconocimiento y el respeto universal y efectivo de los Derechos de las víctimas.

Basados en las Documentos Fundamentales de Derechos Humanos, el documento reitera en el acceso a la justicia de las víctima, el trato justo y el respeto por su dignidad. “tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”.- Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas a través de:

a) Información a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves; b) permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones; c) prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas. El Documento recomienda no sólo el Resarcimiento a las víctimas por los daños o pérdidas sufridas sino también la Indemnización a las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves. Asimismo a la familia, en particular a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitada como consecuencia de la victimización.

El Documento señala, claramente, la vinculación acceso a la justicia y asistencia social, al referirse a que las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria.

El Manual de Justicia sobre Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder, de Naciones Unidas completa las Recomendaciones referente a los Programas de Asistencia a Víctimas del delito, que constituyen una guía valiosa para los profesionales y marca una nueva y trascendente etapa en la consideración y respeto a las víctimas.

¹⁹ Ver Naciones Unidas. 1985

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Los Derechos Humanos para el Tratamiento de personas víctimas del Crimen organizado implica que los gobiernos deben implementar acciones y programas en beneficio de las víctimas de las organizaciones criminales. Erradicar la violencia, la tortura, el tratamiento cruel y degradante; y luchar por el derecho de los ciudadanos a ser libre de la violencia física, violación, ataque sexual, prostitución, trata de personas, esclavitud. El derecho a la autonomía personal, el derecho al trabajo, el derecho a gozar de salud, física, emocional y social, derecho a la educación, al respeto a su dignidad y valor como persona.

Bibliografía

- Barberá de Riso Cristina, La víctima en la ley penal. Ed. Lerner.Córdoba. 1992.
- Bowlby John, La pérdida afectiva. Editorial Paidós. Buenos Aires. 1983.
- Carranza Elías,La víctima del delito en el contexto de justicia penal de Naciones Unidas. Pub. Victimología 9. Córdoba. 1994.
- Cirillo Stefano y Di Blasio Paola, Niños maltratados. Ed. Paidos. Buenos Aires. 1991.
- Danieli Yael, Enfrentando lo inimaginable. Reacciones de los psicoterapeutas hacia las víctimas del holocausto nazi.Rev. Victimología. Córdoba. 1990.
- David Pedro, Globalización, Prevención del delito y Justicia Penal. Ed.Zavalía.Buenos Aires.1999.
- Dussich John, Recuperación de las víctimas. Ed. Lerner.Córdoba.2000.
- Dussich John, Abuso de poder: Victimización organizada.Rev. Victimología. Córdoba. 1999.
- Escaff Silva Elías, El rol de la policía ante las víctimas del delito. Cuadernos de Criminología. Santiago de Chile. 1993.
- Fellini Zulita, Delito de tráfico de niños. Ed.Hammurabi. Buenos Aires.2000.
- Freedman Michael,Psicoterapia de niños testigos de violencia familiar. Pub. Victimología n 12. Córdoba. 1996.
- García Pablos de Molina, Criminología.Editorial Espasa Calpe. Universidad. Madrid. 1988.
- García Ramírez Sergio, Proceso Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa. México. 1993.
- García Ramírez Sergio, Delincuencia Organizada. Ed.Porrúa. México.2005.
- Giberti Eva, Alerta y cuidado de la salud de los operadores ante los efectos traumáticos de atención a las víctimas.Burnout. Rev.Pensamiento Penal y Criminológico. Córdoba. 2001.
- Gonzalez Vidosa Fely, Que es la ayuda a la víctima Ed.Atelier.Barcelona.2000**
- Goppinger Hans, Criminología. Editorial Reus. Madrid. 1975.**
- Kaiser Gunther,Criminología, Editorial Espasa Calpe. Madrid, 1978.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- Kempe Ruth y Kempe Henry, Niños Maltratados. Ed. Morata. Madrid.1996.
- Kosovski Esther, Nuevas formas de protección a la víctima.Temas de Victimología. Lumen. Rio de Janeiro.2000.
- Lima Maria de la Luz, Modelo de Atención a víctimas en México. México. 1997.
- Lima Maria de la Luz, Derecho Victimal. Pub. Victimología. Córdoba. 1994.
- Mcintosh M. El crimen organizado, Ed.Siglo XXI. México. 1987
- Marchiori Hilda, Criminología La Víctima del delito. Editorial Porrúa- México. 2000.
- Marchiori H., Vulnerabilidad de la víctima. Pub. Victimología. Córdoba. 1995.
- Marchiori H. Criminología. Teorías y Pensamientos.Ed.Porrúa México. 2005.
- Middendorff W. Sociología del delito. Ed. Occidente.Madrid. 1961.
- Mendoza Bremauntz Emma, La globalización de la delincuencia. Academia Nacional de Seguridad Pública. México.2000.
- Mendoza Bremauntz Emma, La delincuencia global. Ed.Lerner. Córdoba.2005.
- Naciones Unidas Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. 1949.
- Naciones Unidas. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. 1956.
- Naciones Unidas, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. 1979
- Naciones Unidas. Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. 1984.
- Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño.1989.
- Naciones Unidas. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía infantil. 2000.
- Naciones Unidas. Convención contra la delincuencia organizada internacional. 2000.
- Naciones Unidas. Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la delincuencia Transnacional Organizada. 1994.
- Naciones Unidas. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención contra la delincuencia organizada internacional.2000.
- Naciones Unidas. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención contra la delincuencia organizada internacional. 2000.
- Naciones Unidas. Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso del Poder. Resolución 40/34. 1985.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Naciones Unidas. Manual de Justicia sobre Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder.1998.

Neuman Elías, Victimología y control social. Ed. Universidad. Buenos Aires 1994.

Organización Internacional para las Migraciones. Instrumentos Internacionales para la lucha contra la Trata de Personas. Buenos Aires.2006.

Quiróz Cuarón Alfonso, Medicina Forense. Ed. Porrúa. México.1977

Rodríguez Manzanera Luis, Criminología. Editorial Porrúa. México. 1979..

Rodríguez Manzanera Luis, Victimología. Editorial Porrúa. México. 1988

Sanchez Galindo Antonio, Prevención social y realidad. Ed.Lerner.1989.

Viano Emilio, Violencia, victimización y cambio social. Ed. Lerner. Córdoba. 1987.

DERECHO PENAL Y GLOBALIZACIÓN

Rafael MARQUÉZ PIÑERO

A mí distinguidísima amiga Emma Mendoza Bremauntz

La globalización, produce un impacto en el sistema económico mundial. Wallerstein sostiene que la universalización y concentración de la lógica capitalista provoca contradicciones en el nivel mundial, y a tal cosa conviene añadir (según el mismo autor) las reacciones antioccidentales, antimodernas y fundamentalistas, así como el movimiento ecologista o las distintas corrientes neonacionalistas. La lógica interna del sistema mundial capitalista produce además dos cosas opuestas: integración y desmoronamiento universal.

En cuanto a la pregunta del poeta Erich Kastner <<¿Dónde está lo positivo?>> <<¿No encuentra en Wallerstein ninguna respuesta?>>. El cree que –finalmente– nos espera, (nos amenaza) el colapso del sistema mundial. Este razonamiento (que aquí solo podemos reproducir de manera muy simplificada) se caracteriza por dos rasgos principales: **es de índole monocausal y económica (¿Economista?)**. La globalización se determina simple y exclusivamente en cuanto a la institucionalización del mercado mundial.

A dicha teoría se le pueden determinar–tres observaciones críticas–. **En primer lugar**, ponen de manifiesto las dificultades de interpretar y revisar esta teoría de manera histórica –empírica–

En segundo lugar, si la globalización comienza en este marco referencial con el descubrimiento de Colón y el sometimiento del Nuevo Mundo, todo lo demás constituye también una especie de medicamentos específicos en la finalización del siglo XX. Lo que implica que el marco conceptual, que propone Wallerstein no permite determinarlo históricamente de lo transnacional.

En tercer lugar percibimos que aquí se razona a pesar de toda la dialéctica de manera lineal y que realmente no se trae a colación, ni se desarrolla la cuestión de si

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

el mercado mundial entraña conflictos e identidades **cosmopolitas** imprevistas y no deseadas que Marx y Engels ya advirtieron en el **Manifiesto Comunista**.¹

El establishment de la política exterior considera otras dimensiones distintas a las exclusivas del poder militar y económico, o de los proyectiles y los dólares. Ahora se han añadido los problemas globales, así como los derechos humanos a nivel mundial. Los programas para los refugiados y la necesidad de poner dique a los numerosos casos de corrupción y las catástrofes medioambientales. Esta globalidad transforma nuestra manera de pensar. Y a la pregunta de qué papel jugaba los ciudadanos y las iniciativas ciudadanas en su visión de la globalización, proporcionó las siguientes respuestas: << **El creciente influjo de las iniciativas de base es, además de la internacionalización, el segundo desafío que tiene ante sí, respecto del concepto de política que se ha mantenido hasta esta época.** >>.

Existe una enorme presión para que se produzca la descentralización de la política, presión que surge sólo a través de nuevas posibilidades de comunicación. En esta tesitura, el fax e Internet se encuentran cada vez más integrados en la autocomprensión cotidiana. Cualquiera puede hablar con otra persona, en cualquier punto del planeta, a la velocidad de un rayo, sin tener que depender de los canales gubernamentales ni diplomáticos.

El tránsito de la era nacional a la post-nacional lo relaciona asimismo Rosenau **en primer lugar** con las circunstancias del sistema político internacional y, **en segundo lugar**, con el hecho de que la estructura monocéntrica de poder de los Estados nacionales rivales ha sido sustituida por un reparto de poder policéntrico, que produce que una gran pluralidad de actores transnacionales y nacionales-estatales compitan, o en su caso, cooperen entre sí.

Existen también dos ámbitos de sociedad global: **la sociedad de los Estados** donde las reglas de la diplomacia y del poder nacional siguen constituyendo unas variables clave; y **el mundo de la subpolítica transnacional**, lugar donde se dan cita actores tan distintos como las empresas multinacionales, Greenpeace, Amnistía Internacional, el Banco Mundial, la OTAN, la Unión Europea, y un amplio etcétera.

Conviene considerar la Política mundial policéntrica, que produce una situación interesante: La oposición entre sociedad mundial **duplicada** y teoría del sistema mundial es manifiesta: Rosenau pone en lugar de un único sistema de mercado mundial económicamente <<**controlado**>>, **una política mundial policéntrica**, en la cual ni el capital ni los gobiernos nacionales-estatales tiene la última palabra (ni tampoco las Naciones Unidas, el Banco Mundial, Greenpeace, etc.) sino que **todos**,

¹ Volver Bornschier viene elaborando empíricamente desde hace tiempo la teoría mundial; véase, últimamente, últimamente, V. Bornschier y B. Trezzini, <<Jenseits von Dependenz –versus Modernisierungstheorie: Differenzierungsprozesse in der Weltgesellschaft und ihre Erklärung>>, H. P. Müller (comp.), *Weltsystem und kulturelles Erbe*, Berlín, 1996, págs. 53-79.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

con oportunidades de poner bastante diferentes, disputan entre sí la consecución de sus respectivos objetivos.

El paso de la política regida <<**nacional-estatalmente**>> a la política policéntrica conduce a Rosenau (también contrariamente a Wallerstein) a pretender una dimensión tecnológica de la globalización con dinámica propia. En sus estudios sobre la ciencia política, resulta claro como el peso e importancia de las dependencias internacionales han cobrado una nueva cualidad. Esto lo explica mediante el enorme y perdurable auge de las tecnologías de la información y de la comunicación. Terminamos, pues, con la situación descrita y pasamos a ocuparnos de otras consideraciones.

El núcleo ideológico del globalismo reside en que da al traste con una distinción fundamental de la primera modernidad, a saber, la existente entre política y economía. La tarea principal de la política, delimitar bien los marcos jurídicos, sociales y ecológicos dentro de los cuales el quehacer económico es posible y legítimo socialmente, se sustrae así a la vista o se enajena. El globalismo pretende que un edificio tan complejo como Alemania -es decir- el Estado, la sociedad, la cultura y la política exterior debe ser tratado como una *empresa*.

En este sentido se trata de un imperialismo económico, bajo el cual las empresas exigen las condiciones básicas con las que poder optimizar sus objetivos. Resulta cuando menos singular el hecho de qué –y la manera de cuándo– el globalismo arrastra a su bando a sus mismos oponentes. Existe un globalismo **afirmador**, pero también, otro **negador**, el cual persuadido del predominio ineluctable del mercado global se acoge a varias formas de proteccionismo.

Los *proteccionistas negros* lamentan el hundimiento de los valores y la pérdida de la importancia de lo nacional, pero – al propio tiempo– y de manera un tanto contradictoria llevan a cabo la destrucción neoliberal del Estado neonacional.

Los **proteccionistas verdes** descubren el Estado nacional como un biotopo político amenazado de extinción, que protege los valores medioambientales contra las presiones del mercado internacional y, en tal sentido, merece ser protegido al igual que la misma naturaleza.

Los **proteccionistas rojos** siguen aireando en todas las cuestiones el lema de la lucha de clases; para ellos la globalización es un sinónimo más de <<**ya lo aviamos advertido**>>. Están celebrando la fiesta de una resurrección marxista. En cualquier caso, se trata de una cegada porfía de la utopía.

De todas estas trampas del globalismo hay que distinguir eso que – en la estela del debate anglosajón – he dado yo en llamar globalidad y globalización. **La globalidad** viene a significar lo siguiente **hace ya bastante tiempo que vivimos en una sociedad mundial**, de manera que la tesis de los espacios cerrados es ficticia no hay ningún país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Es decir, por las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de entre mezclarse y que las evidencias del modelo occidental se deben justificar de nuevo.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

De esta manera la sociedad mundial significa la totalidad de las relaciones sociales que no están integradas en la política del Estado nacional, ni están determinadas (ni son determinables) a través de ésta. Aquí la autopercepción juega un papel clave en cuanto que la sociedad mundial en sentido estricto –para proponer un criterio operativo (y políticamente relevante) – significa una sociedad mundial **percibida y reflexiva**. La pregunta de hasta qué será dicha sociedad se puede convertir empíricamente, según esto (de acuerdo con el Teorema de Thomas, según el cual lo que los hombres consideran real, se convierte en real), en la pregunta de cómo y hasta qué punto los hombres y **las culturas del mundo se perciben en sus referencias respectivas** y hasta qué punto esta auto percepción desde el punto de vista de la sociedad mundial se convierte relevante desde la perspectiva de la conducta.²

La base fundamental respecto de la aclaración de la relación del Derecho y de la Globalización, y más específicamente entre el Derecho Penal y el fenómeno Globalizador nos permite señalar tres etapas en su desarrollo:

- a) El fenómeno de la economización del derecho, lo que implica una estimación de la influencia determinante que la economía ejerce sobre la parcela jurídica en nuestra época.
- b) El debate sobre las consecuencias que la globalización ejerce sobre ese instrumento de control social que es el Derecho, en general y muy claramente sobre la función de la regulación social del Derecho Penal.
- c) Concreción de la relación y la interconexión inseparables entre el Derecho Penal de nuestra época y la Globalización. Ubicándose, específicamente, en el ámbito del impacto que la sociedad resultante de la actividad globalizadora produce sobre el Derecho Penal de forma intensa y concluyente.

En cuanto a la globalización del crimen, que pretende aunar esfuerzos de distintas bandas mafiosas y explotar la superioridad de redes transnacionales, de gran flexibilidad para sacar partido de su agilidad frente a la rigidez de burocracias estatales, muy reacias a salir de sus lugares comunes y que ponen en gran cuestionamiento la capacidad del Estado para mantener y hacer respetar los ordenamientos jurídicos y legales. Tal situación permitiría hablar (en sentido figurado) de unos embriones de cuasi Estados criminales con gran capacidad operativa.

En esta tesitura, los Estados nación han reaccionado de dos formas: **Primero**, aliándose entre ellos y **Segundo**, contestando a las amenazas mediante la descentralización autonómica y municipal.

Resumiendo: podemos afirmar que no nos encontramos ante el fin del Estado, ni siquiera del Estado nación, sino entre el surgimiento de una forma superior y más

² Beck, Ulrich. **¿QUÉ ES LA GLOBALIZACIÓN?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**, Paidós mexicana, 2008, pp. 27,28 y ss.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

flexible de Estado comprensiva de las anteriores, y cuyo propósito consiste en agilizar su componente y hacer los operativos en el nuevo contexto mundial. En efecto, el Estado no será superado por la economía, lo que sí sucederá es que nos encontraremos en el inicio de un Estado, que profundiza sus raíces en la sociedad. Y, precisamente, **“como la sociedad internacional es variopinta, el Estado red es multiforme. En lugar de mandar habrá que navegar”**.

Con Herman Heller, un clásico en la materia, cabe preguntarse ¿Cuál es la naturaleza de la soberanía? Obviamente nos referimos a su naturaleza jurídica, aunque también puede contemplarse desde una perspectiva sociológico-política. Y el Ilustre Maestro se responde diciendo: **La soberanía es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva**. Lo anteriormente dicho, contemplado desde el punto de vista positivo supone **“que la unidad de voluntad, a la que corresponde la soberanía es la unidad decisoria universal suprema dentro del orden de poder de que se trate”**. En este sentido, el Jurista atribuye al Estado la calidad de persona, y efectivamente puede considerarse que el Estado es la persona moral por excelencia. Podría decirse que se trata de una concepción derivada de un trabajo de elaboración jurídica.³

Pero si la construcción jurídica (de que venimos hablando) es entendida como una simple ficción, es decir, si anida exclusivamente en la imaginación de los juristas, en un sentido auténtico no es factible hablar de la soberanía del Estado-persona. Cualquier concepto jurídico verdadero es la imagen de un proceso social real. Sin la referencia constante a la empiricidad de los hechos, la ciencia del derecho se diluye en un ámbito infinito. Claro está que esta referenciación a los hechos que, puede igualmente situarse desde un punto de vista sociológico, no debe apartarnos del camino, que sencillamente es la transformación del material precientífico en conceptos jurídicos concretos y aprovechables.

Cuando se actúa de esta manera, las realidades sociales dejan de ser meras ficciones o productos del método jurídico. El jurista, en su relación y en su actividad con la materia con la que va a operar, no está colocado frente una tabula rasa jurídica sino que, por el contrario, se encuentra frente a una realidad cultural, resultado de una lenta y rica elaboración. Su función consiste (ante esta realidad cultural) esencialmente en seguir el proceso de formación de los conceptos jurídicos, que le son proporcionados en forma precientífica, en ofrecer a la vida jurídica nuevas instituciones, en deslindar lo específicamente jurídico de todas aquellas manifestaciones vitales con la cual aparece confundido, elevándolo –finalmente– a la categoría de un sistema.

El aislamiento, la elaboración y la sistematización de la tarea jurídica tienen (primordialmente) idéntico sentido que corresponde a la actividad legislativa, o sea, la preparación de un orden justo y seguro que sea expresión de los dos valores jurídicos fundamentales: **la justicia y la seguridad para la vida social**.

³ Heller, Herman. La soberanía, 2ed. Ed. Fondo de Cultura Económica/UNAM, 1995, passim

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El trabajo del jurista, por consiguiente, más o menos noble según intente la creación de un orden jurídico más o menos justo y seguro. Si los principios del Derecho positivo son pensamientos directores y causas justificadoras de una regulación, tiene que subyacer bajo ellos, un pensamiento más justo y tienen que servir por lo menos de indicadores de los principios del Derecho justo. El Doctor Mario de la Cueva, distinguidísimo Jurista mexicano, en su excelente *Estudio preliminar sobre la problemática de la soberanía* señala la lucha entre las dos corrientes fundamentales referentes a la soberanía, es decir, las concepciones **dualista** y **monista**.

La primera de ellas, muy difundida en el ambiente italiano, señala que el Derecho Internacional y el Derecho Nacional constituye dos órdenes jurídicos completamente separados, tanto por sus fundamentos de validez, como por los sujetos a los que se dirige. Lo anterior, es plenamente razonable, pues mientras el Derecho Internacional se origina en las relaciones entre los Estado y obliga exclusivamente a sujetos soberanos; el Derecho Nacional tiene su fuente en las constituciones estatales única forma de la que pueden nacer derechos y obligaciones para los individuos.

En contraposición a lo anterior, la concepción monista, que se mantiene en la creencia en la unidad de los órdenes jurídicos, se bifurca en dos grandes direcciones opuestas: **la primera** es la llamada doctrina de **la primacía del Derecho Nacional**, que señala que “**El Estado es la personificación del orden jurídico contenido en la Constitución, toda vez que es ella la que engloba todos los órdenes jurídicos parciales y la que determina cuáles acciones deben referirse a la Nación**”. En otras palabras tiene como finalidad considerar el Derecho Internacional como parte y subordinado al Derecho Nacional.

La segunda posición, dentro de esta dirección es la que **defiende la preeminencia del Derecho Internacional**, y ésta, a su vez, se subdivide en **el monismo internacionalista radical y el monismo internacional moderado**. Verdross (en uno de sus libros más clásicos) expone una escueta y magistral caracterización de las dos últimas tendencias.⁴

El **monismo internacionalista radical** declara el rechazo de un Derecho Nacional opuesto al Derecho Internacional, ya que las normas del primero serían indefectiblemente nulas. Sin embargo, **el monismo internacionalista moderado**, que todavía tiene una gran cantidad de partidarios acepta el punto de vista de la **concepción dualista**, que rechaza que el Derecho Nacional contrario al Derecho Internacional sea automáticamente nulo, ya que es obligatorio para las autoridades estatales.

Pero se aparta de la concepción dualista, en cuanto esta llega a la conclusión de que los dos órdenes jurídicos no tienen relación alguna, mientras que el **monismo**

4 Verdross, Alfred. Derecho Internacional (International Law), Logmas, Ed. Lauterpacht, Inglaterra, 1964, passim.

moderado mantiene que la expedición de una norma nacional contraria al **Derecho Internacional** no rompe la unidad del sistema porque dicha norma puede ser combatida conforme a los procedimientos del Derecho Internacional.

En resumen, el Profesor Verdross se inclina por la **primacía del Derecho Internacional**, en su versión del monismo moderado, pero advierte que esa posición no constituye una teoría internacionalmente aceptada. Y que los diversos autores tienen estimaciones distintas en relación de la problemática que nos ocupa. Adentrándose en la consideración de la soberanía, el Profesor Verdross señala que el dilema **primado del derecho Nacional o del Derecho internacional** carece de sentido.

Al razonar tal rechazó al enfrentamiento señalado, destaca que (en vez de plantear la subordinación absoluta de uno a otro) debe considerarse más bien su coordinación en beneficio de los hombres, pueblo y de la humanidad. Llegados a este punto esencial del razonamiento, Hermann Heller, que sin duda ha sido un gran conceder del tema de la soberanía y un asiduo defensor del principio de la autodeterminación de los pueblos, la parte final de la edición señalada *up supra* (Vid nota 4) ponen de manifiesto su inclinación hacia un claro concepto clásico del Derecho Internacional.

La postura de Heller de inclinarse hacia el **primado del Derecho Internacional**, en su consideración de monismo moderado, en alguna manera es compartida por el **Jefe de la Escuela Vienesa, es decir por Hans Kelsen**, quién después de inclinarse por esta tendencia del **monismo moderado** rechaza la dicotomía de la supremacía del **Derecho Nacional o supremacía del Derecho Internacional**.

Precisamente Hermann Heller señala en el texto ya reseñado referente a la soberanía su concepto de Derecho: **“Entendemos por derecho un orden social establecido por la autoridad de la comunidad, a fin de limitar normativamente la conducta externa, quiere decirse, la conducta social de los entes dotados de voluntad”**.

En la estimación del Profesor Mario de la Cueva nos encontramos, según sus propias palabras, que si tuviéramos que determinar el lugar que ocupa en la clasificación de Verdross y Oppenheim tendríamos, que señalar que Heller defiende una concepción dualista, pero hay que aclarar que la diferencia entre el orden jurídico nacional e internacional dimana más que de los fundamentos y de las materias que de uno y otro se ocupan de la manera como brotan de las relaciones humanas.

La falta de una distinción clara entre los dos sistemas es la fuente de las incomprensiones y de las dudas que existen acerca de las relaciones entre los conceptos de soberanía, **Derecho Nacional y Derecho Internacional**. Como se ve el Doctor Mario de la Cueva a parte de ser un conocedor exhaustivo del pensamiento de Heller plantea una cuestión de plena vigencia en la actualidad.⁵

5 Para Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, trad. Vernengo, México, Instituto de Investigaciones Jurídica/UNAM, 1985, pp. 330, 331 y ss. Concretamente plantea el dilema de las construcciones monistas en las páginas 241 y ss., y señala: literalmente:

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

“Que con relación al tema que nos ocupa la formulación de la relación entre el Derecho Internacional y Derecho Nacional varia, pues según el sistema adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles pues no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.”

En este sentido el gran Kelsen considera que para que pueda construirse esta disciplina resulta preciso suponer la validez de uno de los dos términos del dilema, ya que los dos no pueden ser válidos al mismo tiempo, pero ocurre que no existe ningún criterio jurídico que nos permita decidirnos por el uno o por el otro (el Maestro escribe en función de la Teoría Pura del Derecho)”.

DELITOS FISCALES Y EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Víctor Manuel MARTÍNEZ CONTRERAS

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. Características generales de la reforma penal. III. Delitos fiscales en el sistema de justicia penal mixto. IV. El reto de la prisión preventiva en el nuevo sistema de justicia penal. V. Bibliografía.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El sistema penal mexicano de tradición **inquisitiva-acusatoria**, léase **mixto**, a partir del año 2008 cambió por disposición Constitucional. Ahora el sistema penal mexicano deberá basarse en un novedoso sistema; el **oral-acusatorio**.

La Constitución estableció un término de 8 años para que el Estado mexicano generara las condiciones para implantar operativamente dicho sistema. Para ello, el Estado, deberá adecuar, especialmente las legislaciones locales y federales en materia de derecho penal sustantivo y objetivo, así como de otras Leyes que contemplen el combate a la delincuencia común y delincuencia organizada.

Actualmente; el Estado mexicano cuenta con menos de 6 años para que opere el nuevo sistema penal. En este momento los tres poderes federales trabajan en el diseño jurídico de los códigos penales y de procedimientos penales; así como de otras Leyes vinculadas al tema.

Hoy no hay propuesta por parte de los tres niveles de gobierno para adecuar o reformar el Código Fiscal Federal en el apartado de delitos fiscales.

La falta de un proyecto de reforma al Código Fiscal, obedece quizá, a que antes de iniciar un proceso de reforma penal-fiscal, deberán existir proyectos claros de los códigos penales procesal y penal federal.

La SHCP como actor de la política criminal en materia fiscal, antes del vencimiento del plazo, tiene la oportunidad y la obligación de coadyuvar en un proyecto que permita la necesaria sincronía entre el Código Fiscal y los códigos penales federales, es decir que exista un “sistema” penal viable y congruente con la reforma constitucional. Especialmente en dos temas centrales: la prisión preventiva, tópico que reflexionaremos en este ensayo, y mecanismos alternos de solución.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA REFORMA PENAL.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Para los efectos de este apartado se mencionan los tópicos de mayor relevancia o impacto en la política criminal fiscal o penal fiscal.

- Se opta por el sistema **Acusatorio** en substitución del sistema **Inquisitivo**¹ o **Mixto**.
- En marzo de 2008 se reforman los artículos 16 al 22 de la Carta Magna.
- Se establecen los principios rectores del nuevo procedimiento penal acusatorio-oral: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.
- La reforma descansa en 2 pilares: A) Sistema penal acusatorio-oral para la **Delincuencia Común o no Peligrosa** y; B) Sistema penal acusatorio-oral **especial** (derecho penal del enemigo) para la **Delincuencia Organizada**.
- La prisión preventiva es la última razón para la delincuencia común o no peligrosa. Desaparece la figura del ²**delito grave** para este tipo de criminal.
- Se mantienen los efectos de la prisión preventiva para el delincuente organizado así como para los delitos; homicidio, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos y ³**delitos graves que determine la Ley de seguridad de la nación**.
- Para el delincuente común o no peligroso se privilegian los mecanismos alternos de solución y la reparación del daño. Evidentemente quedan excluidos los criminales que se encuentran en el sistema penal especial.
- Se delimitan y aclaran las garantías de ofendido y la víctima así como del imputado.

¹ El proceso inquisitorio se establecía como **escrito, sigiloso e indiciario, el cual se basa en la sospecha**. Característico de los sistemas de derecho penal máximo a los que se refiere Luigi Ferrajoli, esto es, **totalitario y antidemocrático**.

² En el sistema penal vigente, el delito grave a nivel Federal, es una medida cautelar prevista en el Código Federal de Procedimientos Penales que tiene como efecto la “prisión preventiva”. El artículo 194 del dicho código, a través de un catalogo de delitos, determina cuales son las conductas que por su relevancia lesionan gravemente los derechos de la sociedad. La critica a esta medida que tiene como efecto el someter al indiciado a proceso en prisión preventiva, radica en que; a través de una Ley procesal se aplica una pena o medida de seguridad, violando así el principio de inocencia y generando una figura igualmente anti garantista como la “responsabilidad de autor” y no así de acto. Ahora bien, el artículo 19 de la Constitución vigente, refiere la figura del **delito grave, el cual se determinará en la Ley en contra de la seguridad de la Nación**; entonces tenemos que al enemigo de la “seguridad nacional o del Estado mexicano” no es precisamente un delincuente común. Cabe precisar que la propia Constitución continúa estableciendo conductas que pueden ser consumadas tanto por el delincuente común como por el organizado, a saber: homicidio doloso y secuestro, así como la violación.

³ La figura de delitos graves sólo permanece para el enemigo del Estado; es decir para aquel que atenta contra la seguridad de la nación.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- En síntesis, la reforma da un tinte de derecho penal garantista o derecho penal mínimo para el delincuente común o no peligroso y; por otro lado legitima a nivel constitucional el combate al delincuente organizado o enemigo del Estado

Ahora bien, resulta pertinente enunciar los principios más significativos del sistema penal acusatorio de la reforma penal. Sin duda, son los siguientes:

- **Se rompe con el paradigma** del sistema mixto.
- Se pondera la **cultura de la verdad para las partes en el procedimiento**. Deberán anteponerse **valores y principios los Jueces**, Ministerios públicos, defensa, testigos etc., **sin duda**, el órgano jurisdiccional deberá emitir sus resoluciones de manera **Libre** y lógica.
- El sujeto imputado se **presume inocente**. Principio que quizá resulte contradictorio a la luz del sistema a acusatorio ⁴**especial** (derecho penal del enemigo) para la **Delincuencia Organizada**.
- Se da congruencia al dogma garantista en el procedimiento penal para la delincuencia común o no peligrosa. Se impone a la ⁵**parte acusadora la carga de la prueba** y con ello la **culpabilidad** del acusado.
- La parte toral de la transformación **descansa en el sistema probatorio** (sistema de **valoración libre de la prueba**, no tasado o legal).
- **Se debe aplicar irrestrictamente el principio de ⁶Debido proceso penal**.

III. DELITOS FISCALES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MIXTO

El Código Fiscal de la Federación no solo contiene un apartado de delitos, sino también un apartado de “teoría general del delito en injustos fiscales” o bien reglas generales de estos delitos.

Desde el artículo 92 al artículo 101, podemos encontrar reglas tales como:

1. **Requisito de procedibilidad:** querrela, declaratoria de perjuicio, declaratoria de contrabando y, denuncia de hechos.
2. **Sobreseimiento.**

⁴ V. supra. I. p. 2.

⁵ Habrá que revisar los tipos penales y presunciones de delitos, que hoy revierten este principio.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, comenta que el garantismo contempla cinco modelos que permiten su existencia: la estricta legalidad; la materialidad y lesibilidad de los delitos; la responsabilidad penal; **el juicio contradictorio entre partes; y la presunción de inocencia, estos dos últimos principios de vital importancia para el debido proceso penal**. La estricta legalidad se basa en el Cognositivismo y Convencionalismo, el primero habla sobre lo que la ley señala como pena (punibilidad, punición y pena), sólo lo que está previsto por la ley y contemplado por ella se puede sancionar a través de un juicio de reproche, *Nulla poena sine crimine et sine lege* (no hay pena sin delito y sin ley), el segundo habla sobre el principio de refutabilidad o de la prueba; *nulla culpa sine audicio, nulla aciusatione sine approbatione y nullla approbatione sine defensiones* (no hay culpabilidad sin juicio, no hay acusación sin prueba, no hay prueba sin defensa).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

3. **Libertad provisional.**
4. Reducción de la caución.
5. Concepto de mercancía.
6. Mínimos y máximos de la pena de prisión.
7. Obligación de denunciar delitos de oficio
8. **Autoría y participación.**
9. Encubrimiento.
10. Agravantes a servidores públicos.
11. **Tentativa.**
12. Delito continuado.
13. **Prescripción.**
14. **Sustitución y conmutación de penas.**

Cabe aclarar que el Código Penal Federal contempla las demás reglas que no se prevén en este apartado. En este sentido, el reto consistirá en alinear la reforma penal fiscal a la reforma penal.

III.1 Delitos fiscales.

El Código Fiscal de la Federación en su capítulo II de delitos, al igual Código Penal Federal tiene dos grandes apartados, el ya mencionado de reglas generales y, un segundo libro o apartado, que en el caso que nos ocupa es el de los delitos o conductas típicas de carácter fiscal.

Ahora bien el CFF, podríamos decir que en esencia,⁷ comprende 2 grupos de delitos fiscales: los delitos en los que el bien jurídico protegido es “**El peculio del fisco federal**”, es decir un contenido patrimonial y; los delitos que tutelan **el sistema tributario**, esto es, el entramado o retículo que permite el funcionamiento de la actividad del fisco federal, que no propiamente son de contenido patrimonial, aunque afecte indirectamente a ello.

En el primer apartado o grupo, tenemos que la **defraudación fiscal** (108 CFF) y la **defraudación fiscal equiparada** (109 CFF); al igual que el **contrabando** (102 y ⁸103 CFF) y la **equiparación al contrabando** (105 CFF), son las ⁹conductas delictivas o criminales que **por excelencia lesionan el patrimonio del fisco federal.**

En el segundo apartado o grupo, tenemos conductas, las menos, que no tienen una consecuencia directa en un daño o perjuicio patrimonial, mejor conocidas como **delitos fiscales diversos**, estas conductas se encuentran a partir del artículo 110 al 115 bis.

⁷ El autor advierte esta distinción: sobre la base de los bienes jurídicos que tutelan los diversos delitos fiscales.

⁸ Presunción de contrabando.

⁹ Resulta necesario aclarar, que no todas las conductas son de carácter patrimonial.

Podemos apreciar que en este contexto, el derecho penal fiscal y la política criminal fiscal, responden al sistema penal actualmente vigente, el mixto. El reto de la SHCP, deberá consistir en encaminar la política criminal del nuevo sistema penal a un contexto de congruente equilibrio entre: el necesario reproche penal que recae al imputado de un delito fiscal y; las medidas garantes a que nos hemos referido para la “delincuencia común o no peligrosa” en la cual podrían encontrarse un número importante de los delitos fiscales. Ahora bien, quizá queden exceptuados de este apartado algunos delitos que hoy son calificados y agravados, esto es, algunas modalidades de la evasión fiscal y, sin duda el contrabando, este último, por su naturaleza no solo genera un grave perjuicio al omitir contribuciones, sino también pone en peligro o lesiona el bien jurídico protegido en la propiedad industrial, conductas que ponen en evidencia un frontal daño a la economía del país y consecuentemente a la seguridad nacional.

IV. EL RETO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

El equilibrio y permanencia del Estado mexicanos es un tema de “seguridad nacional”. En algunas de sus modalidades el contrabando y la evasión fiscal, sin duda pueden lesionar o poner en peligro el equilibrio de cualquier Estado-nación. En México el combate a los delitos fiscales a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación es considerada una instancia de “seguridad nacional”.

En términos generales la política penal en México procurará encontrar el equilibrio entre las conductas delictivas que ponen en peligro la permanencia y el equilibrio del Estado-nación (delitos graves que determine la Ley en contra de la seguridad de la Nación) y las que no. En este orden d ideas, la política criminal fiscal también enfrenta ese reto.

1. Prisión preventiva y medidas cautelares en delitos fiscales.

Al día de hoy la ¹⁰prisión preventiva se encuentra contemplada para algunas modalidades de la defraudación fiscal; defraudación fiscal equiparable; contrabando y, contrabando equiparable. Los criterios para determinar dicha gravedad se derivan de las ¹¹calificativas y los montos defraudados.

Ahora bien, el artículo 19 de la Constitución vigente en lo relevante señala:

“... El Juez ordenara la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, **así como delitos graves que determine la Ley en contra de la seguridad de la Nación**, el libre desarrollo de la personalidad y la salud...”

¹⁰ Artículo 194 Fracción VI del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹¹ Artículos 108, 109, 102, 104, 105 y 107 del Código Fiscal de la Federación, respectivamente.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Consideramos que la intención de la reforma Constitucional es: la de trasladar los efectos de la prisión preventiva (delitos graves) a una “ley en contra de la seguridad nacional”. Entonces ya no será una Ley adjetiva (CFPP) la que imponga o determine medidas que repercuten directamente en la punibilidad, punición, y pena, respectivamente. El reto del Estado mexicano radicará en distinguir cuáles de las conductas que hoy son calificadas y graves (prisión preventiva) deben permanecer o no con los efectos de los delitos que atentan contra el equilibrio del Estado.

Ahora bien, el espíritu de la reforma para los delitos que no atentan en contra de la seguridad nacional es ¹²la prisión preventiva como excepción. Así mismo que antes de la prisión preventiva se tienen que aplicar “¹³medidas cautelares alternativas” sobre la base de “¹⁴excepcionalidad” y “¹⁵proporcionalidad”.

La prisión preventiva será una medida **para verificar el juicio y sus consecuencias** (la pena). ¹⁶Buscando asegurar:

- A) La presencia del imputado en el proceso,
- B) El desarrollo de la investigación,
- C) Protección de la víctima,
- D) Protección de testigos,
- E) Protección de la comunidad o;
- F) Que el procesado haya sido sentenciado previamente por delito doloso (reincidencia específica).

En este sentido, se insiste que la política criminal fiscal deberá valorar que conductas pueden o no ser consideradas de seguridad nacional, asimismo, preparar la reforma en torno a una prisión preventiva como última razón para aquellos delitos que no atentan contra dicha seguridad. Ahora bien, el ¹⁷**contrabando** no solo deberá

¹² RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio, en su obra: Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina, Edit. CEJA-JSCA, en la página 33, establecen sobre las características de los sistemas inquisitivos y los acusatorios, lo siguiente: “...Se estableció un cambio de principios del sistema, dejando claramente establecido que la prisión preventiva en los procesos acusatorios sería la excepción. Vale decir, no tiene aplicación automática y corresponde al Ministerio Público o cualquier otra autoridad y justificar su necesidad...”.

¹³ Ver artículos: 176 en sus fracciones de la I a la XI; 177; 178 y; **179 inciso A) fracciones I a VI e inciso B) fracciones I y II** del Código Penal del Estado de Morelos.

¹⁴ La prisión preventiva es la excepción o última medida cautelar. Ver de las páginas 13 a 68 de la obra de RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio, Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina.

¹⁵ El artículo 177 F. II del Código Penal del Estado de Morelos, como principio de proporcionalidad establece: “**Que exista una presunción razonable**, por apreciaciones de las circunstancias del caso particular, **de que el imputado presente un riesgo** para la **Sociedad**, la **Victima** o el **Ofendido**”.

¹⁶ Artículo 19 Constitucional segundo párrafo.

¹⁷ De manera sintética existen dos grandes grupos o tipos de contrabando: el abierto y el técnico. Derivado de la facultad de persecución e investigación de dichos delitos, la Dirección General de Delitos Fiscales de la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

ser valorado como una conducta que atenta contra la seguridad de la nación, sino incluso como un presupuesto típico del delito de Delincuencia Organizada.

En este orden de ideas, una opción para los delitos fiscales que no sean considerados de seguridad nacional o previstos en la Ley contra la delincuencia organizada son: “las ¹⁸medidas cautelares alternativas”, las cuales tiene como objetivo fundamental evitar que se ponga en peligro la comparecencia del imputado, la investigación o

Subprocuraduría Fiscal de la Federación, ha formulado desde el año 2007 a diciembre de 2010, 140 denuncias, querellas y/o declaratorias de perjuicio, respectivamente, que en su conjunto implican un monto o perjuicio fiscal por de \$7'755,451,916.13 (omisión en el pago de contribuciones y/o cuotas compensatorias afectas a dicha mercancía). Esta conducta impacta o genera competencia desleal, afecta la inversión, el empleo y los ingresos fiscales, de la siguiente manera: A) contrabando abierto: Número de asuntos: 27; Monto: \$111,529,731.07; B) contrabando técnico: Número de asuntos: 113; Monto: \$7'643,922,185.06. Nota: cifra exclusiva de acusaciones de la PFF. Como podemos ver estas acciones repercuten en el ámbito económico de una nación. Ahora bien, nos menos importante resulta la introducción de mercancía prohibida: armas, precursores químicos, etc.

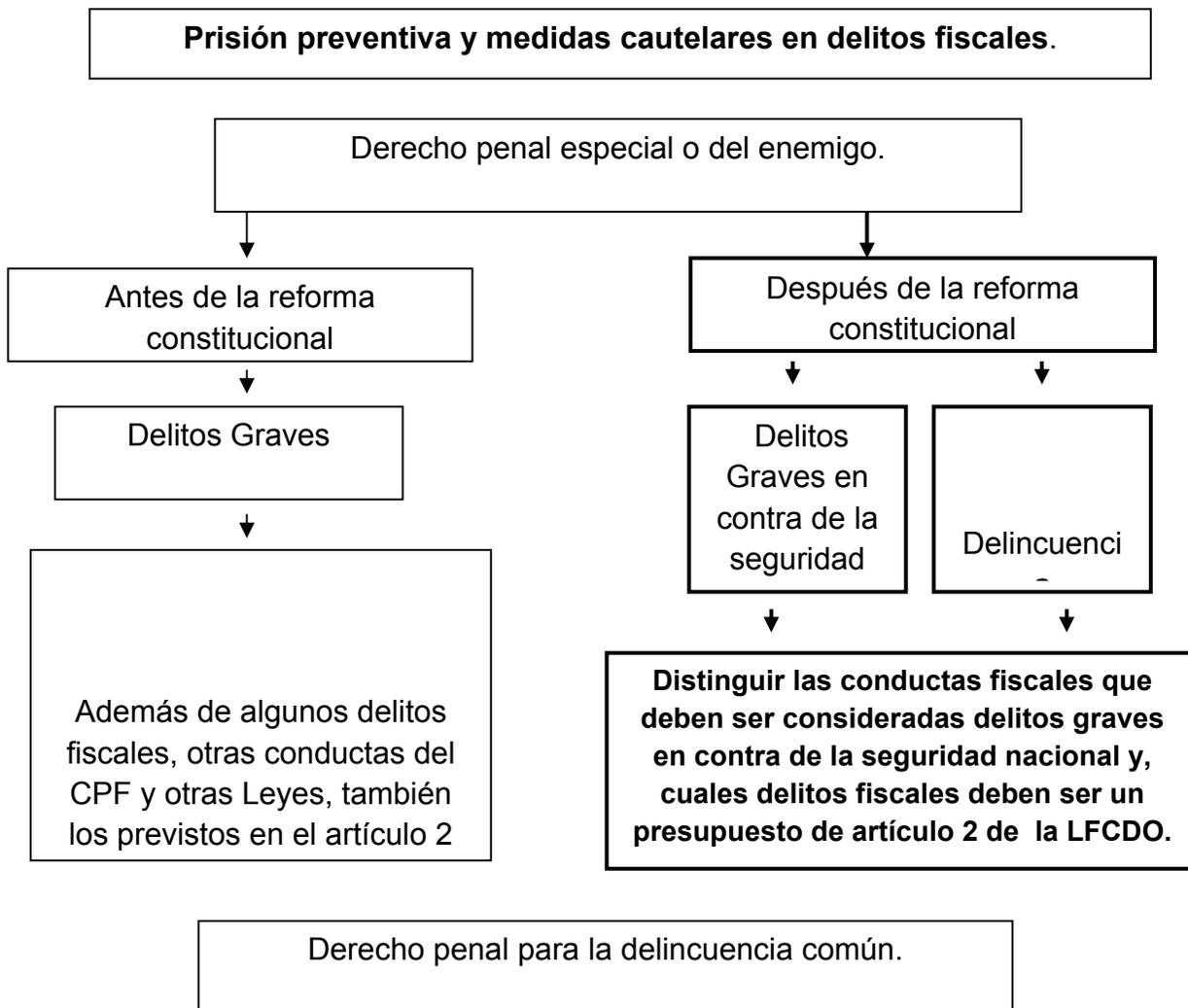
¹⁸ El Los códigos penales de algunas entidades federativas en las cuales ya se aplica el nuevos sistema de justicia penal has recogido esencialmente lo siguiente: A solicitud del Ministerio Público, una vez que el imputado ha rendido su declaración preparatoria o ha manifestado su deseo de no declarar, bajo las condiciones y en la forma que fija este código, el Juez o el Tribunal pueden imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas cautelares:

- La presentación de una garantía económica suficiente;
- **La prohibición de salir del país**, de la **localidad** en la cual reside o **del ámbito territorial** que fije el Juez;
- La **obligación de someterse al cuidado o vigilancia** de una persona o institución determinada que informe regularmente al Juez;
- **La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez** o ante la autoridad que el designe;
- **La colocación de localizadores electrónicos**, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad del imputado;
- El arraigo, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el Juez disponga;
- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- La separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima conviva con el imputado;
- Internamiento en centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del imputado así lo amerite; y
- **La prisión preventiva.**

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cualquiera de las hipótesis previstas en el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución, se insiste en aclarar que se solicitaría como última razón la prisión preventiva.

Sobre lo antes mencionado, se presenta el siguiente cuadro explicativo:



*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

V BIBLIOGRAFIA

- ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho, Teoría de la Argumentación Jurídica*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1992.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Edit. CED, México, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho, Editorial Trotta. Consejería de Educación y Cultura de Madrid, 2001.
- GARCÍA GARCÍA, Guadalupe Leticia, *Aplicación de las Penas en México*, México, Porrúa, Serie Breviarios Jurídicos, Breviario No.35, 2005.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis Lógico Jurídico de los Delitos Contra la Vida*, editorial trillas, 1998.
- JAKOBS, Gunther y CANCINO, Meliá Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Thomson-Civitas, Universidad Externado Bogotá, Colombia, 2005.
- NAFARRATE TORRES, Javier, *Luhmann: La Política como Sistema*, Editorial F.C.E. México, 2004.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Adolfo, *El Poder y el Delito Político, Política Criminal y Sociología Jurídica*, UNAM, campus Acatlán. Coordinadores, Augusto Sánchez Sandoval y Venus Armenta Fraga.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada un Nuevo Fuero Penal Posmoderno*, México, 1998.

LA EDUCACIÓN EN LA RECLUSIÓN

José Luis MUSI NAHMÍAS

Si escogí este tema para homenajear a nuestra querida doctora Emma Mendoza Bremauntz es por muchos motivos inherentes a su esencia humana plétórica de cualidades que la hacen única, pero una de ellas es la de ser una excelente maestra que ha dedicado su vida a la enseñanza.

Emma es una gran maestra, que no solamente imparte una impecable academia, sino ha sabido transmitir a muchas generaciones los grandes valores que rigen a la humanidad, entre ellos el principal amor por la vida y por quienes en ella todavía transcurrimos.

Los preceptos legales hacen hincapié en la necesidad de que el interno sea evaluado en sus estudios y trabajo, además de las actividades culturales, deportivas, recreativas y en su evolución conductual para tener derecho a los beneficios de reducción parcial de la pena, siempre y cuando demuestre una disposición fehaciente a la readaptación y denote cambios evidentes en su superación personal y en los sanos cambios en su personalidad.

Diversas interpretaciones se han dado sobre esta readaptación, que en esencia implica la capacidad y la posibilidad del sujeto para comprender, acatar, compartir y transmitir las normas sociales, vivenciar los valores que las rigen y de esta manera discurrir por la sociedad en armonía con sus semejantes.

Se trata pues, de corregir criterios equivocados, errores de conducta pretéritos, visión estrecha y unilateral de las cosas e ideas, a fin de que el sujeto ajuste su ritmo vital personal, único, según sus circunstancias ambientales en que se ha desenvuelto para acomodarse a los sistemas objetivos que lo rodean. Esto significa que el hombre debe conocerse y entenderse a sí mismo y ubicarse en el contorno social sin pugnas ni procedimientos ilegales.

La educación ocupa, en este contexto, un sitio preminente ya que es el vehículo por el cual el individuo recibe el acervo cultural de su sociedad, lo aprende, y acto seguido inicia su proceso dialéctico de integración al grupo que se le muestra a través de los libros de texto y de otros medios de obtención de cultura.

Entendemos por educación dos integrantes que la componen y definen:

- Instrucción, y
- Formación.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

No basta que alguien sepa matemáticas, gramática, ciencias, etc. Si no entiende para qué son útiles en su vida diaria por distantes y ajenas que le parezcan y si no colaboran para la estructuración de una sana personalidad y un respeto por sus semejantes.

La repetición hueca, exacta pero muerta de palabras y datos que en un primer plano cubren el requisito básico de la instrucción constatada en respuestas compactas vertidas al papel, sirven para que los profesores cuenten con elementos para calificar, es cierto, y para asentar que el alumno ha pasado el curso, pero se ignora si tal alumno ha incorporado a su conducta los valores enseñados; si ha extraído de ellos sustento para fortalecer su existencia social. En pocas palabras, si se ha formado dinámicamente.

Estas consideraciones de validez general en todos los niveles de enseñanza deben adecuarse a los núcleos especiales del alumnado, sobre todo en los casos de adultos cuya instrucción y formación defectuosas los han colocado en posiciones sancionadas por la sociedad y por la ley.

El interno tiene para estos efectos diversos rasgos de carácter que se deben tener presentes para evaluar los sistemas educativos puestos en práctica. En términos generales, se trata de un sujeto emocionalmente inestable e inmaduro, con escasa información y escolaridad, quien ha optado en sus relaciones sociales por realizar actos de beneficio personal pasando por sobre los derechos de los demás. Ignoramos si este proceder se debe a criterios revanchistas, al desconocimiento de sus propios valores personales, a un estado de abandono desde la infancia, a compañías que lo desorientaron, o a enfermedades que abarcan daño orgánico del sistema nervioso central o daño emocional o a otras causas.

De todas suertes, no estamos frente a una población normal ni ante infantes que tienen la mente disponible para recibir la enseñanza antes de haber creado mecanismos de conducta antisociales.

Nos encontramos pues con adultos que emocionalmente operan en ocasiones como niños anhelantes de orientación y regaño como manifestaciones de necesidad de diálogo y acercamiento. Adultos que lo son cronológicamente, pero cuya inmadurez les impide analizar objetivamente su contorno humano e institucional.

El grupo que los rodea en dormitorios, centros de reunión, etc. Es propicio para incrementar derrotismos, rebeldías, soledad, violencia, corrupción y desconcierto.

En tales circunstancias, el interno no encuentra sana compañía y seguridad entre quienes carecen de una escala de valores aceptables para la sociedad libre.

Los motivos de orgullo no son aquí la calidad de producción en el trabajo, sino la magnitud del delito imputado. No son la capacidad de entendimiento con los demás sino la habilidad de manipular, de sobrevivir en agresiones, y en última instancia, de la dureza interior capaz de rechazar todo llamado a la concordia. Opera entonces la voz colectiva de la pandilla, de los líderes, de los manipuladores mayores que

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

rehúyen vínculos con la institución cualquiera que esta sea con la familia, con el acatamiento al deber.

Este cúmulo de presiones se reflejan en la enseñanza, en la educación de manera negativa.

Considerado el interno desde su grupo al que pertenece, encontramos en él un deseo de identificación con sus vecinos y amigos. Pero al tratarlo de manera separada, confidencial, descubrimos en él sus carencias y anhelos, sus arrebatos y desesperanzas que nos permiten obtener un cuadro distinto: quiere ser comprendido y comunicarse. Quiere ser aceptado y aceptarse a sí mismo. Se siente solo y eso lo angustia. Pero el conjunto de elementos negativos que operan en él le dificultan obtener esos anhelos y satisfacer esas necesidades. Entonces reacciona con mayor presión, soltando su debilidad convertida en fanfarronerías y retos, violaciones e indisciplina. Acude al castigo como expiación subconsciente, pero lo toma como revancha a la autoridad opresora a la que debe responder con la misma agresión que percibe de ella.

Pero una vez que se ha desahogado y tiene que quedarse consigo mismo, renacen sus necesidades de afecto y atención. Entonces se manifiesta como niño perdido en busca de un padre, nosotros que deberíamos, según él, estar atentos a sus llamados y ruegos. Tal inestabilidad dificulta la enseñanza desde el punto de vista académico, pero la enriquece desde el ángulo humanista social.

El sistema de enseñanza que se aplica en los planteles para los internos tiene la cualidad de ser resultado de investigaciones académicas que están consientes de la problemática que representa instruir, aleccionar a una población adulta, cuya estancia en el reclusorio preventivo es pasajera e incalculable, toda vez que se supedita a los procesos jurídicos de cada quien y es más durable en las penitenciarías al cumplir con la pena de prisión impuesta. El plan de estudios debe ser elaborado por técnicos de la secretaría de educación pública que pugnen por derrumbar viejos sistemas rigoristas, y así han creado la escuela abierta como medio para que el alumno se exprese con libertad y asuma su propia responsabilidad en su avance personal, aunque pensamos que la educación formal, tradicional, de asistencia diaria al aula proporciona mejores hábitos, mayor disciplina, un mejor marco de referencia, un sitio de respeto y un lugar más propicio para la enseñanza de valores y un mejor control y seguimiento del alumno por parte del maestro.

Estamos a favor de toda innovación positiva, estamos de parte de quienes aportan elementos de vanguardia para ajustar sistemas a la realidad actual.

Pero sobre todo, estamos del lado de los que señalan rutas sólidas, razonadas que representen un efectivo avance humano en el conocimiento y la formación de la personalidad. No nos deslumbra un cohete hacia el futuro, nos apasiona el futuro mismo. No nos conmueve un gesto que habla de progreso, nos preocupa un progreso escalonado, sistemático, técnico, duradero, dúctil y abierto para cambios y ajustes, como debe ser el trato y tratamiento en sí mismos; progresivo y con bases técnicas,

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

tanto en reclusión preventiva como en penitenciarias o centros de readaptación social.

Pero antes de señalar objetivos, debemos mencionar ciertas características del alumnado tanto en prisión preventiva y/o en un centro de cumplimiento de sentencias.

- Población transitoria.
- Durabilidad incierta.
- Desconocimiento de aspectos elementales de enseñanza (analfabetismo inclusive y primaria incompleta).
- Atavismos ya impregnados de muchos años atrás.
- Proclividad al escapismo mental y al ausentismo.
- Falta de costumbre por espacio muy prolongado al estudio.
- Amplitud de gama de edades, costumbres, características socioeconómicas, etc.
- Heterogeneidad intelectual.

Respecto a rasgos de conducta:

- Manipuladores
- Irresponsables
- Explotadores
- Tendencia al ocio
- Baja autoestima
- Vergüenza por asistir a clases

Esta lista breve, enunciativa, nos revela que la educación no debe circunscribirse a la edad cronológica del alumno y a su nivel de instrucción.

Tal criterio nos sacaría de la realidad intelectual de la población. Por ello, todo sistema que no tome en cuenta las características mencionadas corre el riesgo de no ser funcional u operativo.

El centro escolar canaliza sus recursos por medio de “asesores”, tal es la denominación que asigna a los profesores. Sabemos que esto se debe a que no se llevan los cursos a la manera ortodoxa de explicaciones a los grupos, sino que el maestro revisa el trabajo de cada alumno durante cinco minutos en promedio o menos en privado mientras el resto de los alumnos de la clase realizan sus trabajos en espera de que el profesor concluya su recorrido.

Otra explicación para este procedimiento radica en que las capacidades de entendimiento y aprovechamiento difieren entre los individuos y que esta mecánica permite al inteligente avanzar sin tropiezos.

Me surgen preguntas que desearía aclaramos aquí: ¿hasta qué grado se toman en cuenta los rasgos enunciados en exposición? ¿cómo hablar de “asesores” en un medio como el que existe en el reclusorio?

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Hemos señalado que el interno requiere de apoyo en su formación. Que no es suficiente que sepa una lección, la memorice y alcance una buena calificación. Que la comunidad de condiscípulos le sirve para contrarrestar la influencia que recibe en dormitorios, etc.

¿Cómo podemos hablar de asesoría cuando se trata de analfabetas o de escasa instrucción?

Lo que se precisa es una guía que excede al asesoramiento. El sujeto inmaduro, desorientado, que se siente rechazado por la sociedad no requiere de “asesores” sino de técnicos que, a través de una asignatura trabajen en su adaptación personal y social.

Dijimos antes que estábamos a favor de tesis progresistas pero no podemos ni debemos soslayar el hecho fundamental de que no estamos frente a alumnos normales, sino ante hombres desorientados. En este sentido todo avance pedagógico debe supeditarse a la estructura de personalidad de la población, y así como a los niños se les atrae y motiva en juegos, distracciones, etc. Que ayudan al aprendizaje, también los adultos inmaduros emocionalmente claman por un trato más vivo, más cercano, terapéutico, humanista, y antes que nada, fortalecedor.

Comprendo que una labor como la que estamos apuntando resulta más difícil que la asesoría que analiza resultados gráficos sobre un papel.

Pero, ¿se estaría cumpliendo con una auténtica tarea educativa y formativa con el simple pasar de hojas y dibujos?

Si existen grupos según los niveles, ¿porqué destruir esa fuerza de comunicación, de diálogo colectivo, de compañerismo para convertir la clase en células individuales?

No perdamos la brújula, el interno necesita cursos intensivos pero no únicamente de instrucción típicamente escolar, o sea, de aprendizaje, sino también de formación.

Se precisa entonces una relación de tutelaje, de cuidado, de órdenes que deben acatarse a efecto de ir formando en el alumno una personalidad encausada al deber y a la superación humana, no solo académica, sino ética y moral.

Y uno de los vehículos es la solidaridad, la conciencia de grupo, de compañerismo que se sustenta en el progreso escolar, en el avance educativo. Los internos en gran proporción vienen de haber sufrido soledad o compañías negativas y desorientadoras. Si acuden a la escuela es para aprender pero también para superar su pasado solitario y sus relaciones erráticas. Si podemos ofrecerles una solución a ambos problemas, ¿porqué mutilar esta labor con racionalizaciones estrictamente funcionales, operativas, de un sistema que se concreta y reduce al mero expediente burocrático?

No estoy proponiendo ideales inalcanzables. Trato de ver la problemática del interno y de encontrar cauces en todas las áreas y disciplinas. Sé que el centro escolar o su equivalente en la prisión representa múltiples panoramas y perspectivas alentadoras dentro de la reforma penitenciaria que urge realizar y pienso también que el

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

profesorado que lo conduce y alienta tiene la mente abierta a la incorporación de procedimientos humanistas cuya aplicación es cada vez más necesaria.

Hasta ahora hemos hablado del alumno, del interno, de sus necesidades y requerimientos. Es oportuno describir ya el rol del maestro, su postura y preparación.

Para alcanzar el objetivo primordial que persigue la ley de normas mínimas o las de ejecución de sentencias, o sea, la readaptación del interno mediante escuela y trabajo, deporte, actividades culturales y otros tipos de tratamientos que buscan ser integrales. Estos aspectos se convierten en columnas del planteamiento básico: la readaptación. Caer en el extremo opuesto, es decir, la escuela por la escuela misma o el trabajo por el trabajo mismo es un error que debemos evitar porque significa no comprender el espíritu de la ley.

Por ello, es preciso que el maestro se vincule al alumno. En este sentido creo en la conveniencia, en la necesidad de restaurar la figura del encargado del grupo, el guía que imparte las asignaturas de un curso, lo que le permite conocer y ser conocido por sus alumnos a quienes imparte los diversos temas que comprenden el nivel, curso o año escolar. Se apoya en maestros auxiliares excepcionalmente, pero con la responsabilidad del grupo escolar. Todo ello puede ahora ser subrogado a la iniciativa privada, exigiéndole y vigilando cuidadosamente el contenido de los cursos.

En un reclusorio el maestro debe ejercer un tutelaje, una vigilancia continua para erradicar el ausentismo y motivar al interno, presionándolo si es necesario, a fin de que supere sus atavismos culturales y sociales. En este rol el profesor se convierte en guía con una figura paternal que educa y forma. Para ello debe acercarse a sus alumnos y proponerles soluciones o caminos a sus problemas urgentes. Esta comunicación humana que tuvimos en los primeros años de la primaria, cuando éramos niños se repetiría en el reclusorio para adultos con problemas de personalidad.

Dentro de este plan educativo, el regaño, la reprimenda, tienen un valor terapéutico que puede manejarse con eficacia. El niño y el interno requieren de palabras y actitudes firmes que por debajo de la voz fuerte, amenazante o represora esconden un lenguaje de auténtica comunicación y cuidado. El calor del enojo se concibe así como una atención personal a la que el alumno se acerca para cobijarse de la angustia de su soledad y abandono, pero el riesgo es la manipulación del alumno, de ello hay que estar consientes permanentemente.

Lo que falta al interno de madurez interior emocionalmente le sobra en recursos manipuladores. Aparentará fatiga, enfermedad, lentitud en el aprendizaje, circunstancias legales y familiares que le alejan conjunta o separadamente de sus clases o presiones y burlas de los compañeros de prisión.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

El tutelaje debe entonces mantenerse objetivo y alerta para no caer en el juego del interno y así como el niño desconfía y posteriormente rechaza al padre débil, también domina al maestro manipulable e inexperto en relaciones humanas.

Por tanto, el profesor que imparte sus clases en el reclusorio debe tener a su vez conocimientos en la manifestación de la conducta, formación de carácter y estructura de personalidad para entender los mecanismos del interno, sus rasgos de carácter y de esta suerte, salir triunfante de esa relación estrecha y en ocasiones conflictiva, que es la vinculación profesional con el alumno-interno.

Con estas bases y estos planteamientos que consideramos indispensables para que sea funcional la educación en un reclusorio, se ve lejana la imagen del “asesor” que opera en este momento. Nuestro planteamiento implica una superación del maestro, una mayor amplitud de conocimientos y una disposición a la verdadera enseñanza. Sobra personal dispuesto a la instauración inmediata de recursos de psicología para los maestros que les serán herramientas valiosas.

No nos satisfacen soluciones aparentes. Si estamos obsesionados con la necesidad de una reforma penitenciaria, es nuestro deber aplicarla en todos sus campos y dimensiones posibles. Si estamos a favor del método de vanguardia como dijimos al principio, estamos en contra de adelantos aparentes y superficiales que no han traído los resultados esperados.

La clave no está en crear métodos que faciliten el aprendizaje, sino en el uso pleno del tiempo del interno en lucha contra el ocio y el decaimiento si hay sujetos lentos, entonces, instituyamos cursos de más horas adicionales al regular en donde incluyamos a los que necesitan de más explicaciones para ponerse al corriente con el resto del grupo.

Pero por encima de todo, no perdamos la idea del grupo por móvil y cambiante que parezca. Recordemos que se trata de enseñarlo precisamente a vivir en grupo y respetar a los integrantes del mismo.

EL ESTADO AUSENTE EN PRISIONES DE MÉXICO

Elías NEUMAN

SUMARIO. 1. Situación carcelaria 2. Gobierno o cogobierno en las prisiones 3. Aportes para el estudio de la cultura carcelaria mexicana 4. Reclusos “ilustres”. Restaurantes carcelarios 5. La palma: un establecimiento penal tétrico. Prisión y tormento. 6. Resultados de un espionaje 7. La ausencia del estado y la abrumadora impunidad 8. Apuntes sobre el control interno en las prisiones 9. La tortura intracarcelaria

1. Situación Carcelaria

A principios del año 2005 México poseía 452 prisiones casi todas de máxima seguridad con capacidad para albergar 141.000 presos pero, en los hechos, alojaba casi 196.000, de modo que existía una superpoblación de aproximadamente el 40 %. El 65% no tiene condena pues se hallan sujetos a proceso y el resto cumple penas que cuando culminan nadie parece advertirlo, en especial con respecto a reclusos semianalfabetos o de estratos sociales humildes, que no saben a quien o dónde recurrir y sólo escriben o hacen escribir cartas a las autoridades del penal o las entregan a los eventuales visitantes para que se ocupen de la situación. De tal modo, resultan habituales las privaciones ilegítimas de la libertad. Y así seguirán escribiendo cartas y más cartas a las autoridades explicando que la pena que se les impuso ya ha sido cumplida... con la esperanza de recuperar la anhelada libertad definitiva o condicional.

Hay en el país 6 CEFERESOS (Centro Federal de Readaptación Social) casi todos de superseguridad: el 1º, La Palma, con capacidad hipotética para 750 presos pero que solo acoge 450, en especial los llamados narcotraficantes. También hay homicidas, secuestradores extorsivos y ex funcionarios corruptos. Está situado en la localidad de Almoloya de Juárez, vecina a Toluca. El 2º de Puente Grande, en Guadalajara (Jalisco) es una réplica del anterior, el 3º de Tamaulipas (Matamoros), de régimen celular, con aceptable separación de procesados y condenados y con un pabellón de mujeres debidamente aislado del resto. El 4º, de mediana seguridad, en Tepic (Nayarit) y; existe, asimismo un 5º penal para inimputables por enfermedad

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

mental. Por último, el 6° en las celebérrimas Islas Mariás (existen otras 77 cárceles municipales).

En prisiones de los 32 Estados se alberga todo tipo de delincuencia sea de fuero común o federal. El 90 % de los detenidos son hombres entre los 18 y 35 años de edad y el 10% mujeres que suelen ser ubicadas en pabellones no siempre bien separados, empero Existen instituciones autónomas llamadas femeniles.

Alimentación deficiente, inexistencia de trabajo útil y productivo, salvo algunas excepciones, ineducación, mal estado de las instalaciones, suciedad, celdas de castigo infrazoológicas, indefensión del recluso, aún torturas y malos tratos. En gran parte de estas cárceles siempre se está a un paso de una revuelta o de un motín. Las huelgas de hambre y judiciales (no comparecer a los Tribunales ni recibir a personal judicial) resultan moneda corriente.

Salvo honrosas excepciones, la superpoblación trae aparejado el hacinamiento que se traduce en una suerte de colmena abigarrada de personas. En los penales se está siempre construyendo y sacrificando sitios que originalmente estaban destinados al trabajo, al estudio, al esparcimiento, a fin de incrementar la capacidad de albergue y la seguridad. Como no puede ser de otro modo, en esas circunstancias, se registran diariamente hechos escabrosos, muertes por las más diversas razones y peleas y violencia sexual. En el Reclusorio Norte del Distrito Federal, hay presos que deben esperar turno para dormir como sea y donde se pueda. Las camas van rotando en cuanto a sus ocupantes.... Hay quienes deben permanecer de pie para que otros puedan dormir y hay varios presos que mediante ganchos aferrados firmemente en las paredes han creado una nueva forma de dormir.

2. Gobierno o cogobierno en las prisiones

La inacción del Estado y, en oportunidades, la imposibilidad de acción, se localiza en cierto tipo de cárceles donde la corrupción de funcionarios y custodios está fuertemente ligada a cierto tipo de delincuencia que alojan, vinculada a las drogas ilícitas, con extraordinario poder económico. Traficantes que parecieran tener a la mano, pese a la privación de libertad, todo aquello que deseen. Acostumbrados a comprar la conciencia de funcionarios en libertad continúan con igual éxito en sitios donde están detenidos preventivamente o cumplen condenas.

Hay prisiones como alguno de los CEFERESOS en que dominan pabellones y han llegado en el caso del principal, la Palma, según se verá más adelante, a dominar todo el penal Se ha perdido el control y el monopolio de ese control. En México los medios de comunicación lo reflejan y denominan “colombianización” aludiendo a las tierras de ese país que desde hace casi cincuenta años dominan las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC) y donde el Estado no puede penetrar y no ejerce función alguna en su propio territorio. Lo mismo ocurre en la región del Chiapare en Bolivia, el Alto Hualaga, Perú, la favela Rozinha en Río de Janeiro y en ciertos espacios de San Pablo donde habitan narcotraficantes. En todos esos sitios “el Estado no llega”...

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

La pérdida ocurrió poco a poco y en proporción geométrica. Y, por analogía, “colombianización” resulta el vocablo para definir ámbitos de gran importancia en que el Estado ha perdido el control, se ha convertido en mero espectador de la tragedia. Es una forma concreta y material de ausencia del Estado.

En el orden carcelario esos hechos se ligan a una estable y ferocísima corrupción. Los controles del poder punitivo de buena parte de los Estados mexicanos y las instituciones vinculadas a la seguridad pública, aparecen arrasados por la corrupción. No se hace o se hace mal y el Estado, de tal modo, se declara en fuga. Entretanto cabría aquello de: ¿quién vigila al vigilador?

En territorio mexicano existe una suerte de asombrosa y esquinada tradición que se traduce en que el gobierno o cogobierno del penal, o buena parte de sus pabellones, es ejercido por reclusos con nombradía o que detentan bienes materiales y organizan interiormente una cohorte de detenidos, cual sicarios o servidores absolutos, para cualquier servicio que pudieran ordenarles y obviamente para dominar el penal. Esa obediencia por precio es ciega. Traficantes de drogas que coludidos con funcionarios y o custodios llegan a conseguir armas de fuego y, lo que ya no resulta asombroso, continúan con el control de su organización delictiva desde el mismísimo CEFERESO y dan órdenes mediante teléfonos celulares y computadoras que han “conseguido” del exterior....

A veces se trata de un cogobierno o gobierno conjunto de presos y autoridades del penal. Siempre se recuerda al “Consejo Directivo” formado con reclusos y funcionarios que manejaba la prisión de Oaxaca. De modo más o menos similar se manejó en Brasil la clausurada y derrumbada prisión de Carandirú, en San Pablo, en 2002.

Con esa estructura, de gobierno o cogobierno del penal, el orden y la disciplina lo manejan los propios reclusos que pasan a ser los dueños de la violencia racionalizada intra-muros y, en múltiples casos, de la que se verifica en horribles crímenes en el seno de la propia sociedad. En otras palabras, se trata de muertes ordenadas desde la prisión... Como si la revuelta carcelaria se trasladase al entramado social.

¿Cómo se llegó a esta situación en las cárceles mexicanas y, en especial, CEFERESOS? Es preciso partir de la base de que la ausencia del Estado en estos casos apareja la relajación de todo principio de gobierno y, da lugar a ciertas situaciones, por lo general violentas, que surgen o emergen de esa ausencia. De ahí que el 2 de febrero de 2005, David Garay, ex director de Reclusorios capitalinos entre los años 1991/3 explica, frente a un grave disturbio, que “...también hubo, como hoy, situaciones de autogobierno entre los internos, escasa presencia de la autoridad y formación de grupos de poder”¹

¹En “tienen penales problemas añejos” en <http://buquedas.com/utilerias/imdservicios3W.DLL>, grupo REFORMA

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

3. Aportes para el estudio de la cultura carcelaria mexicana

Toda vez que he arribado a México -tantas que he perdido la cuenta- al abrir los periódicos o sin necesidad de ello, pues la noticia resalta y aparece consignada en la portada, se habla del último motín, la última revuelta, las últimas muertes acontecidas en las cárceles. En oportunidades funcionarios -desde directores a celadores- se hallan implicados, a la luz del día, en toda clase en negocios y delitos corruptivos.

Resulta importante transcribir las palabras de Sánchez Galindo por su notable experiencia penitenciaria y conocimiento doctrinal: "Todos los que nos hemos acercado, no importa la forma -directa, indirecta o tangencial- a la prisión, hemos sufrido el embate de la corrupción; su imposición insolente. A veces, soportamos su dominio totalitario. Y no porque lo toleremos, sino porque es más fuerte que nosotros y tenemos que pedir tregua, mientras establecemos estrategias que, con frecuencia, son neutralizadas. El maestro Alfonso Quiroz Cuarón, constantemente advertía: "hay que tener cuidado de que esa realidad no se nos imponga". Y luchábamos contra viento, marea y reloj. Sólo pudimos controlarla en algunos momentos en el Centro Penitenciario del Estado de México, la Residencia Juvenil de Acapulco y el Contexto Penitenciario de Jalisco. El Distrito Federal, en mayor o menor grado, siempre se nos escapó: no pudimos hacerlo en la breve estancia en el Reclusorio Norte, en cuyo lugar ya se empezaba a plantear; tampoco pudimos desterrarla en la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal. En nuestras etapas previas, sólo la vimos rondar por las ventanas de la Delegación de Prevención Social de la Penitenciaría del Distrito Federal y el límbico lapso de nuestro paso por la Dirección de la Escuela de Orientación de Varones. Cabe también un ámbito posterior: el Patronato para Liberados. Ya es algo; si no hubo corrupción en algún momento -o se pudo controlar en diferentes espacios y tiempos-, hay fincada esperanza de destruirla, a pesar de vivir otro momento histórico. Si se pudo una vez, se podrá intentar una o varias más, pero si varias veces se pudo -o no se plantea- nuestras posibilidades de aniquilarla, crecen hasta el infinito."²

Todo es comprable y vendible en estos establecimientos. Regentean el expendio de drogas, alcohol, armas, comida, electrodomésticos, celdas, visitas sexuales, familiares, de amigos, colchones, cambios de pabellón, salidas transitorias en libertad, y en ciertas cárceles, la prostitución de reclusas por precio. Reclusas que habitan en un pabellón separado del penal que son llevadas a celdas y pabellones de presos en el mismo por pasadizos. Todo ello resulta desembozado y conocido por los presos y la autoridades. Las mujeres reciben una ínfima cantidad de dinero pues hay reclusos que, junto a funcionarios, manejan el sucio negocio.

² () Antonio Sánchez Galindo, *Penitenciarismo (la prisión y su manejo)*, México, Ed. INACIPE, 1991, p g. 224.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Solo al recordar las 452 prisiones que posee México, muchas de ellas de régimen cloacal, permitiría hablar de una "cultura carcelaria", que involucra a presos, familiares, custodios, funcionarios, los negocios de las inmediaciones de las cárceles y, en la actualidad, policía militar y al propio ejército. Esa cultura abarca también hechos abrumadores de manifiesta inhumanidad que descubren una sórdida formulación de vida cuya cotidianeidad ha sido internalizada y, a la vez, aceptada por funcionarios y la comunidad.

Esas cárceles se ligan casi siempre a la corrupción. Y así se ha ido desandando un áspero camino hasta hoy. Ya nada causa asombro. Es así.

El propio Sánchez Galindo recuerda la existencia de lo que denomina "intereses creados". "Son de dos clases: los de las autoridades que se corrompen y los de los internos que desean la corrupción. Las autoridades que se corrompen no quieren ejercitar su mando, porque en el momento de aceptar el pago que tipifica la corrupción, ceden su capacidad de ordenar, a los internos. Estos, siempre luchan por imponer su estructura negativa en el interior de la prisión. Si la autoridad es débil o corrupta, el mando siempre se encontrará en manos de los internos. Cabe también, que sea tonta. La historia de las prisiones es la de la fluctuación entre el mando de la autoridad y el de los reclusos. Cuando existe corrupción y la capacidad de ordenar se encuentra en los internos, no puede haber readaptación social. Si, acaso, afirmación en el delito. Por esta situación, una autoridad que se corrompe defrauda a sus superiores y al país. Es decir, se convierte en un traidor en tiempo de paz, lo que es doblemente negativo. Los intereses creados de la corrupción tienen que ser superados, a la brevedad posible, porque si no es así, las prisiones continuarán siendo cloacas -no toneles Donaides en las que no sólo se estará desperdiciando el dinero del erario público, sino que se estará contribuyendo al delito"³

Hay una suerte de tradición en cárceles de México con hechos que marcan hitos únicos en el mundo prisional. Precisamente, en la década de los años 90 del pasado siglo, efectué continuas visitas a diversas prisiones, casi siempre con mis alumnos del INACIPE y pude constatar situaciones de una singularidad excepcional aunque seguramente, detrás de ellas, anidaba la corrupción o algún "negocio" apetecible para la dirección de esos penales. En el Reclusorio Norte, que vino a reemplazar al sórdido Lecumberri y que, en su momento, tantas ilusiones hizo albergar a los ejecutores de la ley penal, existían en el año 1993 y nada hace pensar que aún hoy no existan, dos restaurantes, de diversa categorías en cuanto a la calidad de comidas-regenteados por reclusos. Allí almorcé con las máximas autoridades del penal.

Una y otra vez habrá que referir la acción desplegada hoy por penados que manejaban carteles de la droga que, dada su situación, temen ser reemplazados en sus carteles o el ascenso en el negocio de otros grupos dedicados a la espuria tarea. La detención prisional de esos personajes acostumbrados a la compra de la ilegalidad, es decir, de la conciencia de funcionarios de toda laya, se proyecta en los

³ Sánchez Galindo, op. cit., Pág. 227.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Ceferesos con el poder que otorga el dinero. Dinero que ofrecen para lograr privilegios producto y que corrompen a funcionarios lo que conlleva al fracaso de cualquier intento de establecer un régimen penal serio. Esos traficantes tienen capacidad para producir actos delictivos de suma gravedad dentro y fuera del penal, es decir, allí donde se recepan sus órdenes.

Cuando se los incluye en un Cefereso pensado como sitio de albergue común, tarde o temprano habrá disturbios violentos, muertes y cobro de cuentas pendientes. Y se ingenian, dinero de por medio, de captar el gobierno de la prisión o de espacios importantes de ella. Se sitúan por encima de los reglamentos y controles carcelarios sobornando a diestra y siniestra a funcionarios y propiciando golpizas y acaso la muerte a quien o quienes pretendan obstruirlos.

Toda la acción gubernamental es de repliegue. Parecería descansar en la resignación frente a ese autogobierno o al cogobierno como una forma de mantenimiento de la cárcel en paz y, además, por el lucro que importa a esos funcionarios infieles, conocido en las prisiones no existe la privacidad- por otros funcionarios honestos. Los reglamentos y las normas intramuros parecieran inexistentes, derogados por los hechos.

Se llega a situaciones inconcebibles y peligrosas contra la seguridad en el penal cuando los funcionarios proveen a esos reclusos de armas de fuego y comunicación digital, olvidando que ello acrecienta el poder de mando en el interior y el exterior del establecimiento. Y una y otra vez es preciso volver a la *vexata quaestio* de los funcionarios que detentan cargos importantes en el entramado carcelario que resultan corrompidos –hay una notable labilidad para ello- por el poder económico de estos presos que requieren y logran enormes privilegios: no sólo armas, teléfono celular y computación, sino electrodomésticos como heladera o microondas, y la recepción de mujeres para mantener relaciones sexuales mientras una cohorte de presos sin recursos, laboran para ellos, otros funcionarios se corrompen participando de los múltiples “negocios” que pueden efectuar con reclusos y aún con familiares de ellos.

El negocio de las drogas *intramuros* ha provocado reiteradas preocupaciones a punto tal que la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal se ha avocado en varias oportunidades a determinar cómo ingresa a los penales y la corrupción de funcionarios que, por precio, lo permiten. A fines de 2004 el procurador Batiz llegó a la conclusión que cabría entregar drogas a reclusos mediante tratamiento médico...

4. Reclusos “ilustres”. restaurantes carcelarios

Un claro antecedente lo proporciona el Reclusorio Norte cuando en el año 1991, la suntuosa *suite* el mundo entero, construida sobre varias celdas interconectadas que ocupaba el traficante Caro Quintero, recorrió el mundo entero, a través de los medios informativos, televisión y fotografías en periódicos y revistas, como una muestra insólita con su trasfondo corruptivo. Tuve interés entonces de conocer esa *suite* y a su habitante y observar personalmente sus computadoras, fax, teléfono y

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

objetos electrónicos que le habían hecho llegar... No era simple curiosidad sino el deseo de estudiar el caso que resulta un claro precedente de lo que ocurrirá quince años después en los CENARESOS. El director del penal, un militar retirado, me lo impidió pese a que el propio Caro Quintero, enterado de mi propósito me hizo saber, por medio de otro recluso, que deseaba hablar conmigo.

Fue entonces, en esa visita que, con azoro, descubrí que dentro del penal existían es posible que así ocurra hasta hoy dos restaurantes regentados por presos... Y, en el principal almorcé con el citado director y otros funcionarios. Tuve oportunidad de platicar con un preso llamado George Moume, oriundo de La Martinica, que se desempeñaba como encargado y *maitre*, me recomendó la comida más apetecible e hizo servir, por medio de otro recluso, una “sangrita” con suficiente tequila como aperitivo. La comida resultó espectacular aunque no tan grande como mi estupor.

Mouse estaba acusado de venta de drogas y había formulado un pedido para ser reenviado a su país de origen. Me explicó muy sonriente y cordial que su especialidad era la comida japonesa y que allí venían los presos con mayor poder adquisitivo y sus familiares que los visitaban por lo que, en oportunidades, había que “reservar la mesa”. Que había presos cuya “reserva” era diaria y se extendía por el tiempo que estarían en prisión... También comían funcionarios y visitantes como era mi caso. El lugar se fue llenando como cualquier casa de comidas de extra muros. Cuando le pregunté cuánto le pagaba por su trabajo, rió estrepitosamente y me señalaba con el dedo índice que nada, absolutamente nada. Cuando pudo seguir platicando a solas, le pregunte quien era el dueño del restaurante y me explicó que era una sociedad entre determinados presos y funcionarios... Y, en materia de bebidas alcohólicas, me dijo, sin dejar de reír: “aquí cada cual trae la bebida que quiere, incluido el mescal de Oaxaca, pero nosotros tenemos también buenos vinos...”

Por cierto no era (o es) el único restaurante que tiene este penal del Distrito Federal mexicano. Hay otros de menores recursos pero igualmente digno y regentado por reclusos. Ambos tienen provisión diaria de alimentos frescos desde el exterior.

Otro conocido traficante internacional de drogas, Félix Gallardo, estaba alojado en esos momentos en el Reclusorio Sur del Distrito Federal en calidad de procesado. Recibía, según era público por la difusión periodística, partidas de cocaína para su propio consumo y, de paso, comandaba su venta, a menor precio, en el penal (se calculaba, por entonces, que entre el 30 y 40 por ciento de los reclusos consumían drogas y alcohol).

En los hecho, Gallardo, se había erigido en el “director” del penal. Era sumamente respetado por el funcionario designado para el cargo con quien comía y bebía diariamente. Estaba alojado en un sitio preferencial junto a su perro y con un sobrino, que no tenía problemas judiciales, y otras de sus actividades consistía en regentear dentro del reclusorio, iriñas de gallos!

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Los denodados esfuerzos, debidos en gran parte a Sergio García Ramírez, para borrar baldones de la civilidad mexicana, como fueran las tenebrosas prisiones de Lecumberri y luego Oblatos en Guadalajara, se vuelven, como una desgracia inescrutable. Una y otra, en nuevas prisiones. Ceferesos, cerezos y establecimientos municipales recogen del ayer viejos vicios corruptivos e iniquidades carcelarias. con reclusos violentos con enorme poder adquisitivo y por eso privilegiados. Con su dinero borran su peligrosidad social ¿o la incrementan...?

5. La Palma: un establecimiento penal tétrico. prisión y tormento

A fines de 1992 visité junto a algunos alumnos del INACIPE, el CEFERESO N° 1 de Almoloya de Juárez, ahora llamado La Palma. Es un edificio imponente y, en apariencia, inexpugnable que, por entonces, había sido previsto para traficantes de drogas y su cohorte y de “delincuentes peligrosos” (son palabras, epígonas del positivismo, que aún subsisten en México).

Su director fundador y apasionado mentor del sistema, era mi antiguo condiscípulo en España, Juan Pablo de Tavira y Noriega. Explicó, de inmediato, con entusiasmo abierto, que si bien el diseño del penal era francés hubo intervención en el proyecto y los planos de especialistas estadounidenses y que él había aportado ideas en materia de seguridad interna la que se llevaba a cabo, y así hasta hoy, mediante computación con varios programas prefijados de seguimientos. Poco después pudimos observar en un recinto especial más de 20 computadoras en acción: algunas llegaban a introducirse en la celda de los reclusos y descubrían y describían sus actos más privados; otras seguían los pasos de guardia-cárceles o custodios... Caminamos por el establecimiento y pudimos conversar con notorios narcotraficantes allí alojados. Todo parecía pensado y diseñado para la seguridad más absoluta.

A los psicólogos se les había asignado computadoras individuales donde tenían programadas la vida (y obra) de los reclusos, con sus característicos diagnósticos sobre su “peligrosidad” y, analizaban en otros caos, las posibilidades de readaptación social que demanda el art.18 de la Constitución Federal. En lo que no parecía repararse es en que La Palma, hito carcelario en América Latina, mostraba desde su construcción que estaba pensada para la invalidez social de los alojados en ella. Solo advertir sus patios cubiertos, los largos corredores, los colores grises de sus paredes, las celdas y su sistema tecnocrónico de apertura, aún para realizar las más mínimas necesidades, para interiorizarnos de la merma en los límites de la perspectiva visual de los presos, lo que implica la continua visión, calcada diariamente, de lo mismo que importa un implacable, envolvente y continuado tormento.

El preso debe deambular siempre en los mismos espacios y prestar una sumisión corporal por la carencia de estímulos sensoriales. La Palma automatiza al individuo que. con los años de encierro, pierde tonicidad y capacidad de respuesta y queda expuesto a la llamada psicosis de situación.

El personal cuatuplicaba -y así hasta hoy- la cantidad de reclusos alojados. Y si bien el hecho de ser nuevo y limpio no permitía registrar los olores típicos de grasa y

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

orines de otras mazmorras, destaca en su construcción la rigidez brutal y la metodología para amaestrar seres humanos entre los que cabría incluir a los custodios.

Los visitantes son sometidos a revisiones minuciosas de todo tipo, incluso “ginecológicas” (a la que fue sometida Oña Oñate, una alumna becaria de origen cubano) que resultan degradantes. La Palma es un sitio para hacer sufrir deliberadamente en que solo interesaba (e interesa) el orden más allá de todo. Una concepción penal nacida para escarnecer y victimizar, como si la detención preventiva o la sanción privativa de libertad tuvieran un sentido de sufrimiento diario.

Tavira tenía un optimismo exultante, incontenible. A su criterio era imposible que se generara el más mínimo disturbio en el penal. Con antigua amistad me permití disentir y le recordé los disturbios y alguna fuga de prisiones como Sing-Sing que también parecía imposibles de vulnerar pero desde donde se pergeniaron asombrosas fugas y algunos homicidios. Tavira seguía subrayando la idea de que el penal era representativo de la perfección pues todo había sido pensado y constituía un punto nodal en la tradición penitenciaria del país. Que había una historia penitenciaria anterior y otra posterior marcada por este Cefereso*. Es posible que así sea, pero por motivos muy diversos.

El tiempo y la corrupción que se fue imponiendo en el penal, vinieron a mostrar un asombroso resquebrajamiento de la disciplina y un cabal retroceso en la concepción inicial. En definitiva, la afligida y temerosa población de Almoloya de Juárez y de Toluca y con ellas todo México, advirtieron que en La Palma se producían gravísimos disturbios, muertes y fugas y que, por muy distintos motivos que expone la canción de Jiménez, allí “la vida no vale nada”. Y así ocurre en otros CEFERESOS.

Pese a que el monitoreo de los reclusos se ejerce mediante complejos sistemas de video en La Palma, Puente Grande y Matamoros, se producen fuga. La de Joaquín Guzmán Lorea, (a) “El Chapo” del CEFERESO n° 2 de Puente Grande en enero de 2001. “El Chapo” había residido poco antes en La Palma donde su propio hermano Arturo conocido como “El Pollo”, resultó asesinado el último día de diciembre de 2004 mediante un arma de fuego de 9 milímetros. Luego se sucedieron otras muertes violentas como la de de Alberto Soberanes, ocurrida el 3 de mayo de 2004, estrangulado en un sanitario luego de recibir fuertes golpes. Entretanto, las armas de fuego, trasponían los portones del penal e iban a dar a manos de temibles reclusos. Miguel Ángel Beltrán Lugo, (a) “el Ceja Güera”, fue ultimado el 9 de octubre de 2004 en el comedor del penal. Su victimario fue Juan Govea Lucio que le desarrajó

* Tavira era un hombre de méritos reconocidos. Fue designado en 1994 director de la Policía Judicial Federal. El 24 de diciembre de ese año resultó objeto de un horrible atentado contra su vida, mediante un gas que lo fue envenenando y produjo finalmente su deceso, en noviembre del año 2000. El victimario nunca fue hallado.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cinco balazos, dos en el tórax y tres en la cabeza... La seguridad de la Palma había sido vulnerada con la interesada anuencia corruptiva de personal de seguridad. La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y algunos custodios venían advirtiendo sobre ese tipo de situaciones que podían dar lugar a un ataque de sicarios de las drogas o una fuga masiva.

Como respuesta a la muerte de Beltrán Lugo se decidió en el mismo mes de octubre un traslado de 50 presos considerados “peligrosos” al CEFERESO de “Puente Grande”, circunstancia que robusteció la violencia entre los reclusos y sus cómplices de extra muros que no deseaban separarse de sus jefes y también de las familias de éstos afincadas en la zona del penal.*

La lucha entre los denominados narcotraficantes continuó. Y todos los medios de difusión eléctrico y escrito, señalaron ante tanta muerte, de modo unánime, que se trataba de “ajustes de cuentas” personales o de grupos de traficantes. Entretanto cabe preguntar nuevamente ¿dónde estaba el Estado y el control de su poder punitivo? Acaso ¿también fuga de la cárcel...? ¿O es que se pretende solucionar finalmente el problema con traslados que generan aún mayores violencias intra y extra carcelarios?

Esta sorprendente y ya antigua ausencia del Estado en las cárceles mexicanas se extiende en el tiempo a prisiones ya desaparecidas como Lecumberri u Oblatos donde el gobierno interior quedaba a manos de los “presidentes de crujiás” y los custodios y los funcionarios, no podían llegar a ciertos lugares de pleno dominio recluso de esos pabellones conflictivos. La autoridad pareciera resignada...aunque no es ese el vocablo que mejor define la situación... El denominador común de aquellos delincuentes y los actuales es, además de su incapacidad de humanidad y desenfreno, la posibilidad que les da el Estado con su ausencia y las complicidades delictivas de funcionarios.

Siempre se advierten espacios propios de los detenidos donde la autoridad y con ella la seguridad del penal, “no entra”. La extensión del dominio puede llegar tan solo a los baños, un gimnasio, uno o dos pabellones o ser abarcativa de todo el establecimiento. Durante las revueltas y motines, no trepidan en tomar como rehenes a custodios y funcionarios y, si fuera necesario para el logro de fines, a sus propios familiares durante las visitas y extender por medio de la comunicación celular las sublevaciones a otras cárceles.

Rebasados los débiles controles e impuesto el motín, el Estado regresa mediante la policía militar que irrumpe para encabezar la restitución del orden y del poder. Las muertes violentas de reclusos y algún custodio se suceden, la alarma de los ciudadanos solo se aquieta cuando se restablece la paz. Después, como muestra de

Algunas fugas se sucedieron en los Ceferesos incluyendo la ocurrida en Islas Marías del 15 de enero de 2005 de tres reclusos condenados por delitos de drogas ilegales *

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

diligencia política, se suele trasladar a los más rebeldes o de mayor “prestigio” delictivo o carcelario a otro penal.

Habría que tener cuidado en el futuro y advertir lo ocurrido en San Pablo, en mayo de 2006, en que como derivación de los desórdenes carcelarios simultáneos en varios establecimientos penales, la sociedad fue receptora de violencias y muertes. Lo ocurrido en el CEFERESO de Matamoros con la muerte de seis empleados del penal fuera de la prisión es otro ejemplo. Fueron emboscados y muertos en una camioneta a casi 2 kms. del lugar, como respuesta a los traslados de los CEFERESOS de ciertos reclusos. Políticos y periodistas señalaron, en cambio, que fue una respuesta que obedecía a órdenes de Osiel Cárdenas, preso en La Palma, por la pérdida de privilegios de éste. Lo cierto es que el día del homicidio múltiple era ejecutado en el Estado de México uno de los abogados de Osiel Cárdenas y varios de sus lugartenientes.*

Los propios CEFERESOS grafican la violación sistemática de normas por personas que detentaban cargos expectables, incluso en la seguridad, en la administración de la Nación y sus Estados. Allí están alojados con serias condenas militares del más alto grado, ex funcionarios gubernamentales, asesinos políticos, y los llamados narcotraficantes capaces de oradar y comprar conciencias mediante la corrupción que ejercen como ejercicio sistemático de su poder. Pero la ausencia del Estado se verifica de muchos modos en la administración de justicia y su aplicación, a partir del altísimo grado de impunidad reinante.

En tiempos de López Portillo, el Negro Durazo, tan cercano al presidente, inauguró (o reinauguró, según se vea) graves atrocidades corruptivas. Como una estela que las envuelve, aún no se han ido o regresan en formas más refinadas pero la corrupción continúa en su maridaje con un Estado ausente.

6. RESULTADOS DE UN ESPIONAJE

A la prisión de La Palma se la conoce hoy como el edificio más vigilado de México, su interior y lo que allí ocurre es observado desde un equipo tecnocrónico de última generación, equiparable al del ejército y la embajada de los Estados Unidos. No obstante ni las cámaras, ni los sensores de voz humana ni detector alguno fue capaz de señalar la presencia de armas de fuego, teléfonos celulares y alertar sobre reuniones de los llamados narcotraficantes, o de alguno de ellos, con su séquito de sicarios.

La seguridad carcelaria hace dar pasos increíbles para comenzar a entender la propia ausencia del Estado en su función específica. Se producen hechos dignos de una versión para la televisión adscripta al *reality show*. Uno de ellos, lo narra la conocida revista Milenio, (año 7 n° 383, 24/1/05) y los resultados obtenidos resultan

* En Tamaulipas, además de la muerte de los seis empleados, se han verificados catorce homicidios y algunos desaparecidos incluido un ex alcalde del municipio Díaz Ordaz.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

elocuentes para advertir la urdimbre de ciertos sucesos de intramuros y hasta dónde puede conducir la mencionada ausencia o las ideas de atenuarla.

Se trata de una investigación, que tardó más de 8 meses y que fue realizada durante 2004 dentro del interior de La Palma a fin de conocer las alianzas y rechazos que existen entre los traficantes. La Procuraduría General de la República (PGR) infiltró para ello a ocho agentes federales de investigación. Se trataba esencialmente de constatar cómo se impartían órdenes a los sicarios para matar a un rival dentro o fuera del penal. Los investigadores fingieron trabajar como custodios y de personal administrativo y lograron ganar la confianza de los reclusos investigados.

Un hecho que llamó la atención, y que fuera fehacientemente corroborado por la pesquisa, consistió en que el jefe del cartel del Golfo, Osiel Cárdenas Guillén, en un año y medio, logró “comprar”, a fin de manejar el penal según sus conveniencias, a 37 reclusos a quienes cubría mensualmente sus gastos personales y los de su familia, a cambio de la participación directa en acciones que permitían desestabilizar La Palma y otros ceferesos. Corrupción de funcionarios mediante, logró generar una notable fuerza de choque y es entonces que comienza a agredir a otros traficantes. Se cree que Osiel Cárdenas mandó a asesinar a “el Ceja Güera” y que su primera vinculación la realizó reclutando a secuestradores extorsivos alojados en La Palma, conocidos como “los frutitos”.

Los investigadores señalan que la organización delictiva que montó para el control de la prisión era similar a la red que manejaba en libertad. Se descubrió que 40 custodios trabajaban con diversos traficantes a quienes servían como correo entre sus abogados. Introducían además los teléfonos celulares, televisores, *lantrops*, drogas, comida. Con esos medios Osiel Cárdenas se comunicaba con el exterior e incluso emitió, de viva voz, sus comentarios en un noticiero matutino de Televisa. Tal como lo había hecho Caro Quintero años antes, logró publicar en varios medios impresos, sus críticas a las condiciones del penal y a la actuación de la PGR en su contra, presentándose como defensor de los derechos humanos.

Resulta inusual que el Estado se lance a efectuar una investigación como la comentada. Desnuda, al menos, su ausencia en la realización de programas serios que alienten a respetar las leyes. Da la impresión que México en su política de seguridad se encuentra hoy, alejado de la doctrina social y política de los derechos humanos que suele reclamar internacionalmente. Por lo demás, con este tipo de investigaciones se efectúan constataciones pero no se están modificando hechos para el futuro.

7. LA AUSENCIA DEL ESTADO Y LA ABRUMADORA IMPUNIDAD

Esa ausencia del Estado que se revela y adjetiva por lo que ocurre en los CEFERESOS que traslada la violencia fuera de ellos, no hacen más que ahondar el descontrol de la criminalidad y, en consecuencia, subrayar la inseguridad pública que es un paradigma del sistema neoliberal que se nos impone.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Esa ausencia se hace visible cuando se advierte que las Procuradurías en diversos Estados, pero especialmente en el Distrito Federal, no posee medios ni personal en la cantidad e idoneidad requerida para investigar. La cifra negra asume ribetes de catástrofe. Más del 90 % de los delitos quedan impunes. Es una cuestión ya antigua pero no por ello menos preocupante.

No es posible adoptar la pasividad de la costumbre cual si fuera una vieja cantilena aceptada y por ello menos peligrosa. La violencia social, la inseguridad consecuente se liga a la indefensión del habitante cuando El Estado, por su ausencia, deja de brindar la seguridad que las leyes adjetivan.

Ruiz Harrell, explícita con autoridad, algunos de estos supuestos y al referirse a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, toma el ejemplo de lo ocurrido en 1997 y advierte que ese ejemplo se profundiza en nuestros días sin que se sepa que alguien lo denuncie judicialmente. Señala que en ese año el organismo consiguió identificar, detener y llevar a los estrados judiciales a 15.488 presuntos responsables de delitos de los cuales sólo 871 fueron liberados por no existir elementos de convicción en su contra. “No es tarea fácil resolver 15.488 casos criminales en un año, y menos con personal tan limitado, pero aun así la cifra resulta ínfima si se considera, por otra parte, que ese mismo año llegaron a conocimiento de la Procuraduría capitalina 255.532 crímenes. Los presuntos responsables detenidos apenas representaron el 6.1 por ciento del total, pero más grave todavía fue que el 93.9 por ciento del total de los casos conocidos, no recibió atención. Doscientos cuarenta mil personas demandaron justicia en vano. Doscientos cuarenta mil delincuentes o más, quedaron impunes”⁴.

Frente a estas consideraciones cabe inferir una clara denegación de justicia cuando sólo se resuelven menos de 10 casos sobre 100. ¿Y el resto dónde irá a parar? ¿Qué pensarán o dirán las víctimas? ¿Han sido, al menos, leídas las denuncias...? Es posible que algunas de esas denuncias se diluyeran por la influencia de sugerencias políticas o de ciertos políticos, o autoridades de organismos punitivos del Estado y, por ello, quedaran sin investigar, pero, aún así, de lo que objetivamente podría hablarse es de la ausencia del Estado tantas veces ligada a hechos de corrupción y de la impunidad que implica que el ejercicio de la acción en impresionante cantidad de delitos, termina prescripta por la acción del tiempo o prescripto el máximo de la pena y el delito en sí. Esta forma de impunidad legal es, según lo señalara en el párrafo 69, otra violación de la propia ley y general el desdoro y la desconfianza pública en las instituciones del Estado. Y ya se sabe que la impunidad alimenta a la delincuencia pues “no pasa nada...”

Cabe destacar, aunque resulta obvio, que en México existe una profunda vocación hacia las disciplinas penales por parte de sus licenciados y abogados y hay sobrada

⁴ Rafael Ruiz Harrell, “Justicia y seguridad pública en el Distrito Federal (diagnóstico, factores, sugerencias)” en Revista “Gaceta”, Publicación Mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, año 8, agosto de 2001, p.77.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

capacidad humana para la investigación de crímenes. El Estado es también responsable de la malversación de esas aptitudes vocacionales.

8. APUNTES SOBRE EL CONTROL INTERNO EN LAS PRISIONES

Se ha estudiado o más arriba como el gobierno o el cogobierno de las prisiones ha desandado en México una curiosa historia plena de anécdotas asombrosas. Casi siempre, a los ojos del visitante, los reclusos detentaban, de manera ostensible, el control que ejercían. Incluso cuando llegan los supervisores de la Comisión Nacional de Derechos Humanos no tienen problema alguno en explicar esa situación.

En el establecimiento de Celaya (Guanajuato), por ejemplo, uno de estos reclusos tiene a su cargo el ingreso a uno de los dormitorios que se conoce como "patio chico". Asigna las celdas, previo pago de una suma substancial de dinero, a los nuevos reclusos que recién ingresan o bien, a otros que desean cambiar de sitio. Explica que las sumas recibidas se destinan al equipamiento de elementos para la limpieza lo que constituye un ahorro para el Estado. El caso es que también es responsable de la aplicación de penas a sus codetenidos que cometan faltas al Reglamento que, obviamente, ellos han implantado. (En Recomendación num. 61/92, en la Gaceta num. 22 de la Gaceta, órgano de la Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH.)

En la ciudad de Nuevo Laredo (Tamaulipas) ocurre otro tanto. Tres o cuatro reclusos, con la anuencia del sub director del establecimiento, mantienen bajo su control a la población interna por medio de capataces y delegados que rondan por todo el penal, distribuyéndose los "trabajos" respectivos. El control se impone bajo amenazas, golpes causando heridas. La población sobrevive la situación como un tormento del que es difícil escapar (Recomendación num.88/92, en la Gaceta, num.23 de la CNDH.).

En general las prisiones mexicanas son edificios antiguos, algunos dos veces centenarios, otras de más de un siglo, pero en general, por más nuevas que sean en el tiempo, la desaprensión sumada a la excesiva cantidad de alojados y los espacios que hubo que ganar para alojar más, dan al lugar un aspecto laberíntico y de inocultable suciedad. Así ocurre, por ejemplo con el penal de Texcoco, cercano al Distrito Federal, al que, por desgracia de modo inconsulto, se le adjudicó el nombre del notable criminólogo Dr. Alfonso Quiroz Cuarón. Fue inaugurado en 1984 pero aparenta un siglo de existencia.

El día que lo visitamos, en marzo de 1993, con un grupo de licenciados y licenciadas, que efectuaban su diplomado, nos pareció observando sus estancias y dormitorios comunes, uno de esas alucinantes prisiones de los países árabes o arrancada de los dibujos de Pieranesi.

El penal se encontraba en una situación que metía miedo. Había varios presos que se cortaron las venas, incluso en nuestra presencia, para llamar la atención e intentar hacer más atendible su protesta contra funcionarios y contra otros reclusos que manejaban los pabellones discrecionalmente. Muchos estaban castigados y, en

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

determinado momento, fui rodeado por sesenta o más, que pensaban que era funcionario internacional de derechos humanos, con los que departí en medio de una abrumadora tensión. Así pude advertir que esa revuelta estaba dirigida a llamar la atención contra el tratamiento a que los sometían otros reclusos que manejaban el tránsito y los “negocios” del penal y asignaban por precio, el lugar donde habitar y la recepción de visitas. Me mostraban las consecuencias de golpes recibidos de parte de custodios y ciertos reclusos mancomunados señalándolos y me entregaron papeles donde estaban escritos sus nombres y las fechas recientes en que habían ocurrido deleznable sucesos que incluían torturas; otros escribían que ya hacia meses habían cumplido su pena.

El establecimiento semejaba un polvorín que un día u otro iría a estallar con consecuencias imprevisibles. Los reclusos tenían, empero, muy buen concepto del director por su humildad pero, decían, que se lo veía desbordado por la situación, pues: “aquí mandan algunos internos que hacen negocios protegidos por otros funcionarios”

Un caso excepcional en América Latina, fue narrado por Luís de la Barrera Solórzano en un suelto aparecido en el diario "La Jornada" del 4 de julio de 1992 y que tituló sugestivamente: "La Mesa: una prisión insólita". El establecimiento estaba (o aún está) situado en Baja California y tiene capacidad para 8.000 reclusos en un área de 10 mil metros cuadrados. Albergaba entonces 2.000 muchos de los cuales convivían con sus parejas en forma permanente y con otros familiares (madres e hijos) que podían entrar, transitar y salir a su gusto. Sumaban en total, unas 300 personas.

Al penal, desde afuera, se lo ve como un pueblecillo, pero en su interior se recoge la ocurrencia de sucesos de difícil adjetivación, un verdadero laberinto del infierno para ciertos detenidos que allí habitan. Ese vergel edénico lo es para los reclusos con poder adquisitivo que ocupan un área ferreamente delimitada. Pero existen también, en otro ámbito, diez dormitorios, denominados “tanques” con capacidad para una persona acostada donde habitaban hacinados la gran mayoría de la población estable.

Las obras sanitarias resultan obsoletas y sobresaturadas. Los excrementos emergen cuando se rebasan. Hay una horrible suciedad por doquier y las instalaciones más elementales deterioradas. En contrapartida estaban las carracas. Un barrio de casas situadas en el centro del penal en las que habitaban con extrema holgura reclusos con sus mujeres y demás familiares. Poseían recámaras, sala, comedor, baños, todos los servicios y, en varias de ellas se habían instalado tinas para hidromasaje. Poseían elementos electrónicos de todo tipo, heladeras con alimentos, microondas, víveres y botellas con bebidas alcohólicas.

La carraca costaba al recluso entre 10.000 y 50.000 dólares y solían ser puestas en venta por reclusos cuyo egreso era inminente. Algunos presos eran propietarios de varias que rentaban a no menos de 900 dólares mensuales. A los adquirentes se les

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

otorgaba un certificado de posesión que suscribía un "coordinador general de internos" que otorgaba el derecho de vivir en las carracas mientras durase la estadía en el penal y en ella se imponían de las normas a las que debían ajustarse y las causas por las que podían perder el derecho.

A la manera de los *country*s o barrios privados, se describen zonas de seguridad, enrejadas y custodiadas donde existían habitaciones muy bien equipadas. En ellas vivían los reclusos que se sentían amenazados. Todo estaba tarifado y era materia de un ingente negocio con activa participación de reclusos y funcionarios asociados.

Expresa Barreda Solórzano, describiendo la otra parte: "Los servicios de salud son insuficientes e inadecuados. Enfermos tuberculosos conviven con el resto de la población. Sólo el 17% de los internos trabaja. Hay un taller de costura, uno de carpintería y otro donde se manufacturan cadenas de oro y plata. En carritos de madera algunos reclusos pasean niños en el patio por 300 pesos (de entonces). Sólo el 6 por ciento realiza actividades educativas. Alrededor del 50% es analfabeta.

"Hay grupos de poder, venta de privilegios y tráfico de armas, alcohol y drogas. Al menos el 80 por ciento de los internos y el 20 por ciento del personal de custodia son toxicómanos. Las riñas con pistolas o "puntas" han ocasionado varias muertes. Algunos custodios maltratan a los internos y les exigen cuotas..."

9. LA TORTURA INTRACARCELARIA

Cuando se tortura en las cárceles, el recluso víctima pasa a ser esclavo de un sistema de poder que lo rebasa y le hace perder cualquier vestigio de dignidad. Y aunque no llegara a materializarse, su apariencia, su simulacro, resulta igualmente degradante y cruel. En México se explicita la ausencia del Estado cuando, como resulta habitual en algunas prisiones, se verifica la tortura. Entonces las leyes y, en especial, los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y la ratificación de Tratados Internacionales se torna ilusoria, metafísica. El Estado no puede convalidar la tortura y, mucho menos, mandar a torturar.

No es con días de oprobio y martirio como debe pagarse la culpa penal, aunque sea aparentemente difícil hacerlo entender a la opinión pública -o a la opinión publicada- por la necesidad de vindicta no bien elaborada que aparece enclavada en su conciencia social. Y más aún a esos políticos que quieren sumar votos adscriptos a la proyección de sus carreras políticas, incapaces de jugar en extremo una actitud humanitaria que no conculque la dignidad del hombre preso y ponerse en contra de la cierta corriente pública que la reivindica.

Cuando en esos recintos de violencia opresiva, de depósito infernal, de dolor y maltrato, se aplica deliberadamente la tortura mediante el castigo físico o psíquico, más allá de los abiertos calabozos y celdas de bochornosa promiscuidad y saturación, se hermanan a los pasajes inquisitoriales más sórdidos.

En la tortura carcelaria hay una suerte de venganza corporativa frente a una actitud que se aprecia como ofensiva a la investidura (o mentalidad) de algún funcionario y / o empleados, por parte del recluso. Se trata de un castigo por el sádico gusto del

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

castigo en sí. O bien para lograr que el preso amolde su conducta a un comportamiento con la velocidad del acto reflejo.

Puede también deberse a la sospecha de que quien deviene víctima haya cometido una ilicitud penal o administrativa que, por ese medio, se trata de "investigar". Otras veces asume la finalidad de intimidar, coaccionar o escarmentar a la víctima frente a otros presos para que sepa que allí, en la cárcel, existe una dureza transferible a quien quiera desertar de los reglamentos o pretenda menoscabar a funcionarios.

Alguna vez un licenciado perteneciente a la Procuraduría General sugirió, en el aula, que la tortura debería aplicarse para el logro de la readaptación social del delincuente renuente o encallecido en el delito. Lo expresaba con total convicción cual si fuese un nuevo tratamiento... Se hizo difícil explicarle conceptos sobre la dignidad humana y no ya el tratamiento sino el trato. Felizmente la enorme mayoría de sus colegas no acompasaron esos nefastos pensamientos. Al contrario, pero vale la pena mencionar siempre estos ejemplos para el asombro. El criterio dejaba a un lado al art. 22 de la Constitución Federativa de México y al art. 5 del Pacto de San José de Costa Rica.

En el CERESO de Durango, tal cual ocurre en otros penales de México incluido el de Texcoco mencionado más arriba, se maltrata y golpea por parte de los custodios con la anuencia o el silencio de los funcionarios que conocen de esta lacra. Se constató que: "En cada rincón de un cuarto se coloca un custodio con una manguera de hule y al entrar el interno es golpeado simultáneamente por los cuatro custodios" (Recomendación n.º.18.92, en la Gaceta n.º 20 de la CNDH). Se advirtieron manchas de sangre en el piso y paredes del recinto investigado.

También se recogió por los supervisores de la CNDH una camiseta con múltiples manchas de sangre. Algunos internos informaron que pertenecía a un preso apodado "El Tochin". Al revisárselo se verificó que presentaba numerosos golpes en todo su cuerpo, en especial en la cara y la espalda y el hombre confesó que le fueron propinados por el personal de custodia por órdenes del coordinador de seguridad interna.

Sucedió entonces la desmentida acostumbrada frente a tan seria imputación: el director del penal se defendió declarando al diario "Excélsior" (ed. del 19/ 2/ 1992), que: "...los dos verificadores enviados por la CNDH engañaron al doctor Carpizo, sus señalamientos son falsos; pues no es posible que durante una sola visita relámpago hayan visto y comprobado todo lo asentado en su informe". Y, asegura, de modo enfático, que en el penal no se practica la tortura.

La réplica y el esclarecimiento público no se hizo esperar, señalando el Director General del Programa Penitenciario que la CNDH que, como todo *ombudsman*, basa la eficacia de sus recomendaciones en la objetividad y la imparcialidad y en la calidad moral que públicamente inviste y, por ello, sostiene que fueron 3 las visitas realizadas por varias horas, y que se hicieron constataciones que sirvieron de base a la Recomendación cuestionada.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En el establecimiento “Pacho Viejo” de Xalapa, tras la visita de supervisión se constató la existencia de torturas como una suerte de práctica habitual. Los presos castigados eran desnudados, esposados y colgados de los brazos de la reja del habitáculo que ocupaban. Se constató la existencia de dos que presentaban lesiones recientes en el rostro, cráneo, muñecas y tobillos.

También en este caso el director del CERESO ejerció una suerte de defensa pública y negó la existencia de las constataciones reseñadas en la Recomendación. Explicó que la visita fue sumamente breve y que no se escuchó a funcionarios y custodios, sino tan solo a presos. La respuesta por demás explícita fue la siguiente: "El Centro...fue visitado exhaustivamente durante cuatro días y en la supervisión participaron tres de nuestros supervisores. Se entrevistó al personal del Centro - incluyendo directivos- y a internos. Es absolutamente falso que de éstos últimos sólo hayan sido entrevistados dos o tres: se conversó aproximadamente con 200 reclusos, de los que, la gran mayoría aludió a la tortura consistente en que se los colgaba de la reja de su estancia, desnudos y esposados. Además, se tuvo a la vista a internos que presentaban notorias huellas de lesiones..."

En el CERESO de San Luís Potosí, en julio de 1992, dos reclusos intentaron fugarse escondidos en sendos compartimientos destinados a contener marcos de madera que son llevados para su venta extra muros por otros dos internos debidamente autorizados. Tras ser descubiertos fueron alojados en celda de castigo. La Recomendación de la CNDH consigna que los alojaron desnudos, sin recibir alimentos y que fueron golpeados por las más altas autoridades del penal. No recibieron asistencia médica.

La sordidez de las cárceles ha aumentado en tiempos del neoliberalismo. Definitivamente el delincuente preso ha dejado de interesar como persona y la ausencia del Estado ha robustecido a la tortura. Nada se hacía hace 15 años, nada induce a pensar que los métodos han cambiado.

· A fin de terminar con el tráfico de estupefacientes y las riñas y muertes que por él se originan como también tratar por medios médicos al adicto en las cárceles, el procurador del Distrito Federal de México, Bernardo Bátiz, llegó a una audaz conclusión cuando aseguró que una vía podría ser la entrega bajo supervisión médica, de pequeñas dosis de drogas a los presos (en “Diario Monitor”, 26/1/05).

DE LA VÍCTIMA Y DEL OFENDIDO

Jorge OJEDA VELÁZQUEZ

Al estado actual, el apartado B, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, eleva al plano de garantía constitucional, los derechos de la víctima y del ofendido por el delito, a fin que se ejerzan durante los procedimientos penales, como se desprende de su lectura:

Art. 20.- En todo proceso de orden penal,... la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

...

B. De la Víctima o del Ofendido:

- I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;
- II. Coadyuvar con el ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Quando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.

- III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;
- IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

- V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado, cuando se trate de los delitos de violación o secuestro, en estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y
- VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, en su artículo 141, reitera dichas garantías y agrega una obligación procesal, al señalar:

Art. 141.- En todo procedimiento penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a:

- I.- Recibir asesoría jurídica y ser informado, cuando lo solicite, del desarrollo de la averiguación previa o del proceso;
- II.- Coadyuvar con el Ministerio Público;
- III.- Estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales, en los que el inculpado tenga este derecho;
- IV. Recibir la asistencia médica de urgencia o psicológica cuando lo requiera; y
- V. Las demás que señalen las leyes.

En virtud de lo anterior, podrán proporcionar al Ministerio Público o al juzgador, directamente o por medio de aquél todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, que conduzcan a acreditar los elementos del tipo penal y a establecer la probable o plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y la procedencia o monto de la reparación del daño.

En todo caso, el juez, de oficio, mandará citar a la víctima o el ofendido por el delito para que comparezca por sí o por su representante designado en el proceso a manifestar en éste lo que a su derecho convenga respecto a lo previsto en este artículo.

El Título Segundo, Capítulo Segundo, artículos 5 al 13 de la Iniciativa de Ley del Nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, enviada por el Presidente Fox al Congreso de la Unión en marzo del año 2004, puntualiza, desarrolla y establecen deberes al personal de la Policía Federal, el Ministerio Público y sus Auxiliares, así como para el Juez y su personal, respecto del trato, protección, ejercicio, forma de reclamación de los derechos y pago de la reparación del daño a la víctima o al ofendido; categorías jurídicas que, al igual que la Doctrina¹ coinciden en diferenciar técnicamente: por víctima deberá entenderse a la persona titular del bien jurídico lesionado o dañado; mientras que, por ofendido se entenderá la persona que resienta la conducta que afecte o ponga en peligro su esfera jurídica.

Artículo 6.- Inmediatamente que la víctima o el ofendido por el delito se presente o comparezca ante el Fiscal, la Policía Federal o sus auxiliares deberán practicar las diligencias siguientes:

¹ Rodríguez Manzanera, L, *Victimología*, 8ª ed, México, Editorial Porrúa, 2003, pp 65-69.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

I.- Tomar el nombre, domicilio, teléfono, fax, dirección de correo electrónico, lugar y fecha de nacimiento, así como los demás datos generales de la víctima u ofendido, cuidando en todo caso su seguridad.

Cuando se trate de víctimas u ofendido menores de edad se deberán tomar las medidas necesarias para proteger debidamente su intimidad e identidad; y

II.- Informar a la víctima y ofendido los derechos que le otorgan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Penal Federal, el presente ordenamiento y las demás disposiciones aplicables, el contenido y alcance de tales derechos, así como explicar las etapas y desarrollo del procedimiento penal, y

III.- Informarle de las formas en que podrá ser citado o notificado.

Artículo 7.- El personal de la Policía Federal, el Ministerio Público y sus auxiliares, así como, el Juez y su personal, en todo momento deberán:

I.- Proporcionar a la víctima u ofendido un trato digno y respetuoso considerando, en su caso, la situación de vulnerabilidad física y emocional en que se encuentre.

II.- Darle todas las facilidades para identificar al imputado. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual o secuestro, así como en los que sean menores de edad se dictarán todas las medidas necesarias para evitar que se ponga en peligro la integridad física y psicológica de la víctima u ofendido.

III.- Cuando se encuentren involucradas personas discapacitadas como víctimas u ofendidos del delito, se deberán prever las medidas conducentes para la práctica de las declaraciones y de las diligencias que sean procedentes, tomando en consideración la naturaleza de su discapacidad de conformidad con lo que establece el presente ordenamiento;

IV.- Cuando la víctima u ofendido pertenezca a algún pueblo indígena y no hable o entienda suficientemente el español, se le nombrará un perito intérprete de conformidad con el presente ordenamiento;

V.- Tratándose de víctimas u ofendidos de nacionalidad extranjera, se les darán todas las facilidades para comunicarse a la Embajada o Consulado de su país y, en su caso, para contar con un intérprete.

VI.- Proporcionar en forma gratuita copia simple de la denuncia o querrela ratificada, que formule la víctima u ofendido;

VII.- En los delitos en que proceda, informarle su derecho a conciliar con el imputado, y en caso de que la víctima u ofendido desee otorgar el perdón, informarle claramente de su significado y trascendencia jurídica de dicho acto, y;

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

VIII.- En los casos procedentes, practicar las diligencias periciales y de inspección sobre bienes de la víctima u ofendido con la mayor celeridad, a fin de restituírle dichos bienes lo antes posible.

Artículo 8.- El Fiscal deberá informar a la víctima u ofendido sobre el estado de la averiguación previa y, en su caso, del proceso.

El Fiscal deberá recibir todos los elementos de prueba que la víctima u ofendido le aporte, en ejercicio de su derecho de coadyuvancia, para acreditar el cu4rpo del delito y la probable participación del indiciado, así como para la comprobación de los elementos del delito y la plena responsabilidad del inculpado, así como para determinar, en su caso, la procedencia y monto de la reparación del daño.

Artículo 9.- Cuando el Fiscal acuerde la práctica de diligencias en las que el indiciado tenga derecho a estar presente, deberá notificar también a la víctima u ofendido para que, en su caso, asista igualmente a su desahogo.

Artículo 10.- Los Fiscales serán responsables de dictar todas las medidas necesarias y que estén a su alcance, para que la víctima u ofendido reciba atención médica y psicológica de urgencia.

Cuando el Fiscal lo estime conveniente, tomará las medidas necesarias para que la atención médica y psicológica a que se refiere el párrafo que antecede se haga extensiva a los familiares de la víctima u ofendido.

Artículo 11.- El Fiscal durante la averiguación previa, deberá practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes para la acreditación del monto de la reparación del daño.

Para efectos de la reparación del daño, el Fiscal, en los casos en que sea procedente, deberá;

I.- Durante la Averiguación previa, asegurar o restituir a la víctima u ofendido en sus derechos, en términos de lo dispuesto por el artículo 115 de este Código;

II.- En la consignación, señalar los elementos que obren en la averiguación previa tendientes a acreditar la procedencia y el monto de la reparación del daño, y

III.- Al formular conclusiones de acusación, solicitar la reparación del daño y justificar su cuantía.

Artículo 12.- Cuando se dicte sentencia en la que se condene a la reparación del daño y el sentenciado se niegue a cubrir el pago respectivo, el Fiscal deberá solicitar a la autoridad judicial que remita copia certificada de la resolución a la autoridad Fiscal competente, para que dicha sanción se haga efectiva mediante el procedimiento económico coactivo, de conformidad con el artículo 37 del Código Penal Federal. La autoridad competente encargada

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de la ejecución de sentencias, dará seguimiento e impulsará el fin del citado procedimiento.

En caso de que el sentenciado resulte insolvente el Fideicomiso para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito deberá cubrir el monto de la reparación del daño subsidiariamente.

Artículo 13.- En caso de que el inculpado por los delitos de violación o secuestro solicite ser careado con la víctima u ofendido y éste sea menor de edad, el Fiscal deberá:

- I. Informar a la víctima u ofendido del delito o a su representante legal de la garantía que le otorga el artículo 20, Apartado B, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de no estar obligado a someterse al careo;
- II.- Formular ante la autoridad judicial la oposición correspondiente con relación al desahogo del careo, en caso de que la víctima u ofendido del delito o su representante legal se acojan al beneficio constitucional a que se refiere la fracción anterior, y
- III.- En el supuesto a que se refiere la fracción anterior, solicitar a la autoridad judicial que se lleven a cabo los careos supletorios de conformidad con el artículo 446 del presente ordenamiento.

Como es de observarse, en los ordenamientos jurídicos arriba transcritos no se prevé ninguna legitimación procesal a la víctima ni al ofendido por el delito que incida sobre el ejercicio de la acción penal, tales como la acción popular para iniciarla o alguna acción privada subsidiaria para proseguirla, como sucede en otros países.

Antes y después de la entrada en vigor de los Códigos Adjetivos, en cita, la víctima ha participado en los procedimientos penales como coacusador, esto es, como coadyuvante del ministerio público, quien sigue conservando el monopolio de la acción penal.

En los casos en los cuales haya sido cometido un delito perseguible de oficio o por iniciativa de parte ofendida, el ciudadano o gobernado tiene sólo la facultad de presentar denuncia o querrela, proporcionar información y algún otro medio de prueba útiles al órgano de acusación (artículo 116 y 118 del C.F.P.P.). Tales actos no dan derecho a los particulares a participar directamente en la investigación preliminar ni vinculan al Procurador General a tomar una decisión en el sentido que aquellos desean; por lo que bien puede el Fiscal archivar la acción penal iniciada aún en presencia de estos requisitos de procedibilidad. La víctima u ofendido que considere ilegal un procedimiento de archivo puede impugnar tal decisión administrativa, a través del recurso interno de inconformidad, por vía jerárquica; y luego, agotado este medio de impugnación, y dictada la última resolución de no ejercicio de la acción, el de amparo indirecto.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La víctima en el ordenamiento positivo mexicano es un minusválido del derecho; a pesar de ello, no viene tratado con misericordia sino rudamente. En efecto, durante la averiguación previa si se inconforma contra el no ejercicio de la acción penal, los agravios que expresen en el recurso de inconformidad o los conceptos de violación que expongan en el amparo indirecto, son estrictamente analizados. ¡Guai al que se equivoque!! Si no veamos lo que establece la contradicción de tesis 57/2002-PS del 14 de mayo de 2003:

OFENDIDO EN MATERIA PENAL. ES IMPROCEDENTE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA A SU FAVOR CON FUNDAMENTO EN LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 76 BIS DE LA LEY DE AMPARO, CUANDO COMPAREZCA COMO QUEJOSO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS. Al establecer el citado artículo que las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos establecidos en esa ley, en “otras materias”, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa, se refiere a las materias civil y administrativa, de conformidad con el criterio sustentado por el Tribunal Pleno en la tesis LIV/89, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo IV, Primera Parte, julio a diciembre de 1989, página 122, toda vez que en el resto de las fracciones que conforman dicho numeral quedan comprendidas de manera especial las materias penal, agraria y laboral. Ahora bien, si se toma en consideración que la fracción II del referido dispositivo delimita en términos claros y específicos los casos en que procede dicha suplencia en materia penal, pues de la exposición de motivos mediante la cual se adicionó el indicado numeral, se advierte que aquella figura opera sólo cuando los conceptos de violación o agravios deficientes sean expresados en el juicio de amparo por el reo en el proceso penal, con el objeto de otorgarle la seguridad de que la resolución que se emita es legal, ya sea que le resulta adversa o favorable, es indudable que la fracción VI no puede servir de fundamento legal para suplir a favor del ofendido o de la víctima del delito, la deficiencia de la queja, cuando comparezca con el carácter de quejoso dentro del juicio de garantías, ya que ese no fue el alcance que el legislador le dio, pues si hubiese querido que dicha fracción pudiera ser aplicada en materia penal, laboral o agraria, en lugar de señalar “en otras materias”, hubiere establecido tal imperativo para todas las materias, ya que de esa manera, cualquiera que ella fuera, de advertir el juzgador de amparo la existencia de una violación manifiesta de la ley que deje sin defensa al quejoso, tendría la obligación de suplir la deficiencia en su favor.

En la instrucción de la causa, aún cuando existe disposición legal para ser llamado oficiosamente a defender sus derechos, sólo interviene como coadyuvante

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

del ministerio público, previo reconocimiento del juez quien debe decidir sobre su legitimación, después de haber escuchado al ministerio público. Las pruebas que desee ofrecer, lo hará con el visto bueno del titular de la acción penal.

No puede impugnar mediante el amparo indirecto la negativa de la orden de aprehensión dictada por el juez ni el auto de libertad emitido a favor del inculpado, porque según se dice, en estas resoluciones interlocutorias no se analiza la reparación del daño, único capítulo en el que puede alegar agravios.

ORDEN DE APREHENSIÓN. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL QUE NIEGA SU LIBRAMIENTO. Si bien es cierto que con la reforma al antepenúltimo párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que entró en vigor el 1º. De enero de mil novecientos noventa y cinco, se reconoció el derecho del querellante o denunciante, de la víctima del delito, de los familiares de ésta, o de los interesados legalmente, de impugnar jurisdiccionalmente las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, y que en concordancia con tal reforma se incluyó dentro del artículo 10 de la Ley de Amparo la procedencia del juicio constitucional contra dichas determinaciones, también lo es que de ello no puede colegirse que la resolución jurisdiccional que niegue libramiento de la orden de aprehensión pueda ser materia del juicio de garantías. Lo anterior es así, porque al ser ésta un acto de autoridad jurisdiccional, no responde a los motivos que dieron origen a la citada reforma, consistentes en erradicar el monopolio del ejercicio de la acción penal a cargo del referido representante social, sujetando su actuar a la revisión de una autoridad jurisdiccional, a fin de otorgar mayor certeza jurídica al gobernado dentro de un proceso penal, evitando la impunidad. Además, pretender lo contrario, no sólo implicaría atentar contra lo dispuesto en el mencionado artículo 10 y contradecir el criterio ya definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que otorga la posibilidad al ofendido o a las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, de promover juicio de amparo únicamente contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil y contra actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes afectos a la reparación o a la responsabilidad civil, sino también autorizar al ofendido o a los sujetos legitimados por extensión para hacer uso de una instancia vedada para ellos.

Contradicción de Tesis 7/2000-PS. 13 de junio de 2001.

De acuerdo con el artículo 365 del Código Federal de Procedimientos Penales, tienen derecho a apelar la sentencia de primer grado el ofendido o sus legítimos representantes cuando hayan sido reconocidos por el Juez de Primera

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Instancia como coadyuvante del Ministerio Público; en cuyo caso la apelación se contraerá a lo relativo a la reparación de daños y perjuicios y a las medidas precautorias conducente a asegurarla.

En el amparo directo puede interpelar a la justicia federal en términos del artículo 10 de la Ley de Amparo, en contra de la sentencia emitida en segunda instancia, sólo en la parte relativa a la reparación del daño, siempre y cuando tenga reconocida su personalidad como coadyuvante del ministerio público:

OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II DE LA LEY DE AMPARO, A FAVOR DE AQUÉL CUANDO COMPAREZCA COMO QUEJOSO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS.- El supuesto establecido en la fracción II del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, no se actualiza a favor del ofendido o de la víctima del delito, cuando comparezca con el carácter de quejoso dentro del juicio de garantías en materia penal, toda vez que la exposición de motivo de la reforma que dio origen a esa fracción, evidencia claramente que la suplencia de la queja en la materia mencionada, opera solo cuando los conceptos de violación o agravios deficientes sean expresados en el juicio de amparo por el reo en el proceso penal, con el objeto de otorgarle la seguridad de que la resolución que en éste se emita es legal, ya sea que le resulte adversa o favorable. Además, no resulta acertado equiparar al ofendido con el reo en el proceso penal, ya que no se ubican en la misma hipótesis legal, pues aquél, al ser quien reciente los efectos del hecho delictivo, representa la figura antagónica de la persona a que se refiere la citada fracción; esto es del sujeto a quien se le imputa la comisión del delito. No es obstáculo a lo anterior, la circunstancia de que por la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2000, se haya adicionado un apartado B, a su artículo 20, para reconocer los derechos de la víctima u ofendido en el proceso penal como garantías individuales, ya que no se instituyó favor de aquellos dicha suplencia en el juicio de amparo, que se rige por una ley distinta de la que regula el proceso penal, como lo es la Ley de Amparo, la cual no ha sido modificada en la fracción II del referido artículo 76 bis, con posterioridad a la citada reforma Constitucional.

Tesis de Jurisprudencia 26/2003. Primera Sala, Sesión de 14 de mayo de 2003.

Para evitar este tratamiento diferenciado, nosotros hemos propuesto, desde “*endenantes*” que el ejercicio de la acción penal siga siendo pública, pero su prosecución durante los procedimientos de primera y segunda instancia, incluyendo el amparo directo, se le dé intervención a la víctima y al ofendido por el delito de manera independiente, a fin que tengan iniciativa y actividad propia, autónoma del

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

ministerio público; que se constituya en parte privada y como el actor en el proceso civil, haga valer con plenitud sus derechos, y no sea tratado como un menor de edad quien necesita ser representado en causa; consecuentemente, la persona lesionada por delito que prosiga la acción penal delante los tribunales debe, sin tener poder coercitivo sobre la policía, ser escuchado personalmente por los juzgadores, debe intervenir de manera independiente en el ofrecimiento y desahogo de pruebas, recibir información penal de manera activa y pasiva, e interponer cualquier medio de impugnación, porque nadie más que él reciente el agravio ocasionado por el delincuente; sin excluir desde luego, la intervención del ministerio público, en aquella parte del proceso, que lesione intereses colectivos.

En ese sentido, el Apartado B del artículo 20 Constitucional, le ha otorgado diversas garantías que del punto de vista académico podemos dividir de la siguiente manera:

Garantías Jurídicas:

1.- Información penal pasiva:

- a). Recibir asesoría jurídica;
- b). Ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución;
- c). Ser informado del desarrollo del procedimiento penal.

2.- Información penal activa:

- a). Coadyuvar con el ministerio público;
- b). Ofrecer medios de prueba y exigir que éstas se desahoguen en las diligencias correspondientes, en las que, desde luego, debe estar presente;
- c). No ser obligado a carearse con el inculpado, en tratándose de los delitos de violación o secuestro, cuando sea menor de edad.

3.- Defensa adecuada:

- a). Que se le repare el daño material y moral y se le paguen los perjuicios;
- b). Derecho a impugnar las actuaciones del Ministerio Público cuando éste considere que no es necesario el desahogo de ciertos medios de prueba;

Derechos:

- 1.- Recibir, desde la comisión del delito y el período de ejecución de penas, atención médica y psicológica de urgencia, así como los tratamientos correspondientes.
- 2.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

En relación a las garantías previstas en la fracción I, los programas de asistencia a la víctima recomendados por el Manual de Justicia para Víctimas, Organización de las Naciones Unidas, (Instituto Nacional de Ciencias Penales,

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Colección Victimológica 6, México 2004, pp.38-43), dentro del aspecto de asesoría legal, recomienda:

Asistencia directa: los servicios generales de asesoría para tramitar las solicitudes para la compensación o seguro privado de la víctima; intervención para asegurar la continuidad del crédito de la víctima, albergue o empleo para la víctima; protección policiaca, reubicación o salvaguarda de las víctimas cuando sea necesario para asegurar el acceso al sistema de justicia penal u otros tribunales.

1.- Apoyo durante la investigación del delito:

- a).- Información sobre los progresos de la investigación;
- b).- Sobre los derechos de la víctima en la escena del crimen.

2.- Apoyo en el proceso penal:

- a).- Información sobre la detención del imputado, fianza y depósito otorgado para que aquél goce de su libertad provisional;
- b).- Medios de prueba para asegurar la reparación del daño;
- c).- Protección de la evidencia para examen forense;
- d).- Sobre la asistencia médica en el peritaje forense, e,
- e).- Información sobre la prevención del aumento de la victimización;
- f).- Sobre sus presentaciones a las audiencias, entrevistas y en el juicio con el fin de minimizar el número de presentaciones al juzgado, proporcionar o rembolsar los gastos de transportación cuando este sea aplicable, gastos para el estacionamiento, prever lugares seguros para las víctimas que deben estar separados de los imputados y de los testigos de la defensa, cuando las víctimas asistan a audiencias o entrevistas;
- g).- Información personal sobre los derechos de las víctimas por el juez;
- h).- Información de las responsabilidades del personal de justicia penal y sobre las sanciones relevantes si estas responsabilidades no son tomadas en cuenta;
- i).- Información sobre el progreso del proceso y del juicio que incluya cualquier propuesta de alegatos, programas alternativos de condena, o de procesos restaurativos de justicia en la comunidad;
- j).- Información sobre lo que se espera de las víctimas en el proceso de justicia penal en cada etapa de los procedimientos de la misma;
- k).- Retribución del tiempo sin trabajar, cuando la víctima sea llamada a testificar;
- l).- Información sobre arreglos para el cuidado de los niños en las instituciones de justicia o fuera de los tribunales que asegure la restitución del gasto;

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

m).- Información sobre el derecho de la víctima para conocer la publicación de la sentencia.

En relación a la garantía de ser informado sobre los derechos que en su favor establece la Constitución, debemos recomendar al personal del juzgado que al menos a la víctima se le haga saber el contenido del apartado B del artículo 20 Constitucional y aquellos derechos ampliados en su favor en los Códigos de Procedimientos Penales y por las leyes estatales de protección a las víctimas del delito, sobre todo en aquel aspecto de la obligación que tiene el juez de hacerlos comparecer en juicio, por sí o por su representante designado en el proceso, para que defienda sus derechos.

Como ya habíamos apuntado, en el ordenamiento positivo mexicano la víctima o el ofendido por el delito, no puede concurrir de manera autónoma durante la instrucción ni en el desarrollo del juicio de primera o de segunda instancia; siempre tiene que estar acompañado jurídica y físicamente por el Ministerio Público; por ello se le reconoce como una parte procesal secundaria, adherente a esta institución y coadyuvante del titular de la acción penal. Para poder acceder al Tribunal debe solicitar al juez su participación a través de un libelo cuyo contenido cuente con el visto bueno del Ministerio Público. Una vez que el juez le reconoce la personalidad de coadyuvante, puede ejercer la garantía de información penal activa ofreciendo los medios de pruebas previstos en la Ley Procesal, a fin de que éstas se desahoguen en las diligencias correspondientes, y en base a tal personalidad pueda estar presente en dichas diligencias.

Esta inferioridad procesal le impide, en caso de que el Ministerio Público decida no impugnar determinadas decisiones que le causen agravio, acceder al Tribunal de Apelación a defender personalmente sus derechos. Por estas razones, creemos que la fracción II del Apartado B del artículo 20 constitucional necesita otras reformas que permitan a la víctima o al ofendido por el delito acceder a los procedimientos penales, con independencia procesal, a proseguir la acción penal.

La fracción V del artículo 20 Constitucional establece otra garantía a la víctima del delito a fin que pueda oponerse a carearse con el inculpado. En efecto, cuando se trate únicamente de los delitos de violación o secuestro y el ofendido sea menor de edad, los careos deben celebrarse en ausencia, esto es como si fuesen supletorios en cuyo desarrollo se lee al menor presentado la declaración del otro, presuntamente ausente, haciéndose notar las contradicciones que hubieran entre ambas.

Entendemos que esta garantía, si bien trata de proteger el desarrollo psíquico del menor, a fin de no enfrenarlo con una persona mayor que le puede intimidar y además causar una impresión emocional con trascendencia hacia su forma de comportamiento futuro; empero, esto disminuye las defensas del inculpado quien ante la única imputación existente en su contra, tendrá todas las desventajas de no poder desvirtuar la imputación en los careos que debían celebrarse.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La fracción III del apartado B del artículo 20 Constitucional, otorga a las víctimas del delito el derecho a recibir atención médica y psicológica de urgencia. El aludido Manual de Justicia para Víctimas, y el modelo de atención a víctimas en México², establece que los programas de apoyo deben buscar proporcionar al menos los siguientes servicios:

1.- Inmediatamente después de la comisión del delito:

a). Apoyo emocional: consejos, apoyo terapéutico e intervención en salud mental en respuesta al trauma; asesoramiento en situaciones de crisis; por ejemplo en la notificación de muerte o para identificación del cuerpo, en la notificación del delito a la familia inmediata u otros;

b). Asistencia directa: en situaciones de emergencia con cuidado médico; con protección policiaca; comida; cuidado de los dependientes, reparación de la propiedad; ayuda para el reemplazo de los documentos robados, dañados o de algún modo extraviados; acompañamientos en las ocasiones que tengan que identificar al acusado y en otras entrevistas de la justicia penal; acompañamiento para el examen de evidencias; identificación de cuerpos en la escena del crimen y otras evidencias.

2.- Apoyo durante la investigación del delito:

a). Acompañamiento en las ocasiones que tenga que identificar al acusado y en otras entrevistas con el Ministerio Público; al lugar de los hechos; a la morgue, para la identificación de cuerpos; a la escena del crimen y otras evidencias.

3.- Apoyo durante el proceso y el juicio:

a). Apoyo personal a lo largo de las audiencias, entrevistas, testificaciones en el juicio.

4.- Apoyo después de la resolución del caso:

a). Apoyo emocional: consejo y apoyo terapéutico durante cualquier proceso de apelación;

b). Asistencia directa para buscar el cumplimiento de las órdenes de restitución y asistencia con participación en los procedimientos o audiencias para la revocación de la libertad condicional, bajo palabra, procedimientos de clemencia o de perdón, amnistía, indulto, o donde sea aplicable cualquier otro procedimiento de gracia;

c). Información sobre los derechos de la víctima en cuanto a las consecuencias de la sentencia, luego de que esta cause ejecutoria; sobre el estado o liberación del autor del delito.

Precisado lo anterior, vamos ahora a encontrar la fuente jurídica secundaria y los límites de esta garantía. Para ello hay necesidad de transcribir en lo conducente y analizar los artículos 29 al 39 del Código Penal Federal en vigor, mismos que se

² Lima Malvido, María de la Luz. *Modelo de Atención a Víctimas en México*, México, edición personal, 1995, pp 1-261.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

encuentran dentro del capítulo V del título segundo, denominado “*Sanción pecuniaria*”:

Artículo 29. La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica.

...

Tratándose de los delitos contemplados en el título décimo de este código (delitos cometidos por servidores públicos), cuando como consecuencia del acto u omisión se obtenga un lucro o se causen daños y perjuicios se aplicará la sanción económica que consistirá en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados.

Para los efectos de este código se entiende por salario mínimo el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Artículo 30. La reparación del daño comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

Artículo 30 bis. Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden:

a) La víctima o el ofendido; y

b) En caso de fallecimiento de la víctima, las personas que dependiesen económicamente de él al momento del fallecimiento, o sus derechohabientes.

Artículo 31. La reparación será fijada por los Jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso.

Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos culposos, el Ejecutivo Local reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación.

Artículo 31 bis. En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el Juez a resolver lo conducente.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa de treinta a cincuenta días multa.

Artículo 32. Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio;

V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y

VI. El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.

Artículo 33. La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales.

Artículo 34. La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. La víctima, el ofendido, sus dependientes económicos o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al Juez, en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

En toda sentencia condenatoria el Juez deberá resolver sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el Juez Penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Artículo 35. El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá: entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria, se cubrirá de preferencia la reparación del daño, y en su caso, a prorrata entre los ofendidos.

Si la parte ofendida renunciare a la reparación, el importe de ésta se aplicará al Estado.

Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño cuando el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Al mandarse hacer efectivos tales depósitos, se prevendrá a la autoridad ejecutora que conserve su importe a disposición del tribunal, para que se haga su aplicación conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores de este artículo."

Artículo 36. Cuando varias personas cometan el delito, el Juez fijará la multa para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considerará como mancomunada y solidaria."

Artículo 37. La reparación del daño se mandará hacer efectiva, en la misma forma que la multa. Una vez que la sentencia que imponga tal reparación cause ejecutoria, el tribunal que la haya pronunciado remitirá de inmediato copia certificada de ella a la autoridad fiscal competente y ésta, dentro de los tres días siguientes a la recepción de dicha copia, iniciará el procedimiento económico-coactivo, notificando de ello a la persona en cuyo favor se haya decretado, o a su representante legal.

Artículo 38. Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Artículo 39. El juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquél, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.

La autoridad a quien corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de ésta, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

De la lectura de los preceptos transcritos, se infieren las siguientes notas distintivas de la reparación del daño:

a) La reparación del daño consiste en: (i) La devolución de la cosa obtenida con la comisión del delito, y si ello no es posible, el pago de su precio; (ii) La indemnización del daño material y moral causado; y, (iii) El resarcimiento de los perjuicios derivados de la comisión del ilícito.

b) La reparación del daño será fijada por los Jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso.

c) Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de la aplicación de las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

d) En caso de fallecimiento de la víctima, tienen derecho a la reparación del daño las personas que dependiesen económicamente de ella al momento del fallecimiento o sus derechohabientes.

e) Dicha sanción pecuniaria adquiere el carácter de pena pública cuando se le impone al sentenciado y el de sanción civil cuando se trata de un tercero que conforme a la legislación penal también pudiera estar obligado a cubrirla.

f) La reparación del daño debe exigirla de oficio el Ministerio Público, en el entendido de que los dependientes económicos o derechohabientes podrán aportar a dicha representación social o al mismo Juez, en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en términos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

g) En toda sentencia condenatoria el Juez deberá resolver sobre la reparación del daño, absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa.

Aplicando los principios anteriores al delito de homicidio, se aprecia lo siguiente:

1. En el delito de homicidio, la reparación del daño no puede consistir en el restablecimiento de las cosas al estado en el que se encontraban antes de su comisión, es decir, en la devolución de la cosa obtenida o, si ello no es posible, en el pago de su precio, en virtud de que, por un lado, es imposible restituir la vida de la víctima y, por otro, ésta no es valorable económicamente por encontrarse fuera del comercio.

2. En cambio, sí resulta más factible condenar al acusado al pago de una indemnización por el daño material y moral causado a los dependientes económicos

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

o a sus derechohabientes. Así lo reconoce el último párrafo del artículo 30 y el inciso b) del artículo 30 bis del Código Penal local antes transcritos, al establecer que tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, es decir, no podrá ser inferior a la cuantía de las indemnizaciones a que se refiere dicho ordenamiento laboral.

Al respecto, resulta aplicable la siguiente tesis aislada:

Quinta Época

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXVII

Página: 516

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.- Ciertamente es admisible que la muerte de una persona causa a sus familiares no sólo un daño económico constituido por lo que dejan de recibir de él materialmente, sino también un daño moral constituido por la pena que les produce su ausencia definitiva; pero también es cierto que un daño de esta última especie no es reparable a modo de que las cosas queden en el estado que tenían antes, sino que su reparación solamente se puede hacer por vía de equivalencia, dando a los familiares una indemnización, pero de esto a que una vida sea estimable en dinero, hay una diferencia insalvable.

Amparo civil directo 6884/40. Agencia Eusebio Gayosso, S.A. 31 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan José González Bustamante. La publicación no menciona el nombre del ponente.

3. En cuanto al resarcimiento de los perjuicios derivados de la comisión del delito (lucro cesante), el artículo 2109 del Código Civil para el Distrito Federal define qué debe entenderse por perjuicio:

Artículo 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

El bien jurídico tutelado en el delito de homicidio es la vida humana y si ésta no tiene valor pecuniario por no encontrarse en el comercio, no resulta viable que con su privación se actualice alguna falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial para los beneficiarios o derechohabientes, razón por la cual en el delito de homicidio la reparación del daño se circunscribe al pago de una indemnización por el daño material o moral causado.

4. El daño material lo define el artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal en los siguientes términos:

Artículo 2108. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Por su parte, el daño moral lo define el primer párrafo del artículo 1916 del mismo Código Civil local de la siguiente manera:

Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

En principio, podría pensarse que tanto el daño material como el daño moral ocasionados con motivo del delito de homicidio deben ser materia de prueba. En este aspecto, existe una regla general, prevista en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, la cual establece que la reparación del daño será fijada por los Jueces, atendiendo:

* Al daño que sea preciso reparar (en el delito de homicidio, del daño material o moral en estricto sentido); y,

* Que dicho daño no sea presumible, sino que se encuentre plenamente acreditado con las pruebas obtenidas durante el proceso.

En el caso del delito de homicidio ¿cuál es el daño que debe repararse? Como se mencionó anteriormente, consistirá en la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio como consecuencia de la muerte de una persona, o bien, la afectación en los sentimientos, afectos, vida privada u otros elementos que integren el aspecto moral de los dependientes económicos o derechohabientes de la víctima.

Ahora bien, es preciso establecer que hay daños que indiscutiblemente pueden ser materia de prueba y ser valorados económicamente; en cambio, hay otros que por su propia y especial naturaleza resultan de difícil, si no es que de imposible prueba y valuación.

En efecto, cuando el daño es material, éste puede ser determinable en cuanto a su existencia, extensión y relación inmediata y directa con el ilícito penal, así como cuantificable a través de los medios de prueba que prevé la ley procesal de la materia, sin que se aprecie ninguna imposibilidad física o jurídica para ello. En el caso del delito de homicidio, los daños materiales pueden consistir, por ejemplo, en los gastos funerarios efectuados por los ofendidos con motivo del delito, las erogaciones que la víctima o los familiares realizaron para intentar restablecer su salud y otros más que sólo las circunstancias del caso pueden determinar y que son consecuencia directa e inmediata de la comisión del ilícito.

Como se aprecia, en este aspecto cobra vigencia total lo preceptuado en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal Federal, en el sentido de que la condena a la reparación del daño será fijada por los Jueces, según el daño que sea preciso reparar de acuerdo con las pruebas ofrecidas por la representación social o las personas legitimadas para exigirlo.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Sin embargo, este mismo criterio no ha sido reconocido para efectos de probar y valorar el daño moral al cual se refiere la fracción II del artículo 30 del Código Penal en cita. En efecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio general de que el daño moral no es susceptible de probarse como ordinariamente sucede con el daño material, pues el primero depende de consideraciones subjetivas que en el delito de homicidio pueden traducirse en el sentimiento de pérdida o ausencia del ser querido, o en estados de ánimo como el dolor, la angustia, el desamparo, la depresión y otros similares que pueden originarse con la muerte de una persona. Así, ante la dificultad de la prueba o demostración del daño moral causado, la misma Sala ha sostenido que por regla general debe quedar al prudente arbitrio del juzgador determinar el monto de la indemnización, con la salvedad de que ningún resarcimiento material puede subsanar sentimientos o estados de ánimo.

A manera de ilustración, conviene citar los siguientes precedentes:

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen: LXXIV, Segunda Parte

Página: 22

DAÑO MORAL. LA FALTA DE PRUEBAS SOBRE EL DAÑO MATERIAL, NO IMPIDE AL JUZGADOR FIJAR UNA INDEMNIZACIÓN EN FAVOR DE LA VÍCTIMA.- La falta de pruebas sobre el daño material, no impide al juzgador fijar una indemnización por el daño moral en favor de la víctima. En efecto, el daño moral no puede valorizarse exactamente. Su reparación económica no es posible medirla con precisión, y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una venganza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los Jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización mediante un juicio prudente, tomando en cuenta la capacidad económica del obligado, la naturaleza del daño y las constancias relativas que obren en el proceso.

Amparo directo 8491/62. Eleuzinque Flores Hernández. 19 de agosto de 1963. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva."

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen: 115-120, Segunda Parte

Página: 95

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL A LA MADRE DE LA VÍCTIMA.- Si está acreditado el parentesco de la madre de la víctima, a través del acta de nacimiento de ésta, debe atenderse el criterio de esta H. Sala, contenido en su jurisprudencia 270, visible a fojas 589, del Apéndice 1917- 1975, Segunda Parte, que bajo el rubro: 'REPARACIÓN DEL DAÑO, PROCEDENCIA DE LA.', establece: 'Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido.'. En consecuencia es procedente cubrir el daño moral causado a la madre de la víctima, partiendo de la idea de que dicho daño lo constituye el sufrimiento y el dolor de perder a su hijo, que debe ser reparado en la medida que lo estime el juzgador de instancia, tomando en cuenta lo que sobre el particular disponen los artículos 29, 31 y relativos del Código Penal y 1916 y 3o. del Código Civil, ambos del Distrito Federal.

Amparo directo 5126/76. Hernán del Valle Escamilla y Rosa Mancillas. 8 de noviembre de 1978. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Secretario: Edmundo Alfaro M. Disidente: Manuel Rivera Silva.

En general, todas las afectaciones morales antes señaladas difícilmente pueden constar en los autos del proceso. De ahí que nuestra legislación, particularmente la civil y la laboral, hayan adoptado diversos criterios en cuanto a la manera de acreditar el daño moral y determinar su cuantificación.

En efecto, el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal establece en su cuarto párrafo lo siguiente:

Artículo 1916. ...

El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Por su parte, los artículos 500 y 502 de la Ley Federal del Trabajo disponen simplemente que:

Artículo 500. Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá:

- I. Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y
- II. El pago de la cantidad que fija el artículo 502.

Artículo 502. En caso de muerte del trabajador, la indemnización que corresponda a las personas a que se refiere el artículo anterior será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo en que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Ahora bien, según se expresó en líneas anteriores, el artículo 31, primer párrafo, del Código Penal Federal, constituye una regla general en cuanto a la prueba y determinación de la reparación del daño. Sin embargo, esta regla general debe interpretarse de manera conjunta con el último párrafo del artículo 30, que establece lo siguiente:

Artículo 30. ...

Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.

Ya se había establecido en líneas anteriores la factibilidad jurídica de probar los daños materiales, mas no así de los morales. Y con la remisión expresa a la Ley Federal del Trabajo, el legislador penal ya está reconociendo la dificultad advertida tiempo atrás por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia y establece solamente una base para calcular la indemnización que debe pagarse a los beneficiarios o derechohabientes de la víctima, sin menoscabo de que el juzgador pueda apreciar si dicho resarcimiento legal es suficiente o no para cubrir los daños realmente sufridos, con base en las pruebas que pudieran constar en autos.

En efecto, según se aprecia de la fracción I del artículo 500 de la Ley Federal del Trabajo, el legislador prevé el monto que considera como mínimo para resarcir un daño material que resulta elemental: los gastos funerarios, los cuales ya representan una pérdida o menoscabo en el patrimonio de los beneficiarios del occiso.

En cambio, el artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo prevé una indemnización genérica por setecientos treinta días de salario, con la cual se pretende compensar, de alguna manera, el daño moral que pudieren resentir los beneficiarios ante la privación de la vida de la víctima.

Asimismo, se aprecia que cuando el propio artículo 30, último párrafo, del Código Penal Federal, establece de manera especial que tratándose de delitos que afecten la vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicarse las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, está disponiendo de manera imperativa que el juzgador en este tipo de delitos debe condenar a la reparación del daño simplemente con tener por acreditada la comisión del homicidio.

Sirve de apoyo a lo anterior, el siguiente precedente:

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Volumen: 217-228, Cuarta Parte

Página: 98

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO.- Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.

Amparo directo 8339/86. G.A. y otra. 6 de abril de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González.

Sin que en principio sea necesario que el Ministerio Público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo en el caso de que consideren que los daños son superiores a los previstos en la legislación laboral y, en este último supuesto, encontraría plena aplicación el principio general previsto en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal Federal, anteriormente citado, en relación con el primer párrafo del artículo 34 del mismo ordenamiento legal:

Artículo 34. La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. La víctima, el ofendido, sus dependientes económicos o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al Juez, en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

Pues como se mencionó anteriormente, el último párrafo del artículo 30 sólo establece una base o monto mínimo al cual en todo caso deberá sujetarse el juzgador para calcular el monto de la indemnización.

Por último y sólo para reforzar el criterio que se sustenta en la presente resolución, resulta ilustrativo señalar que la parte final del primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor dispone lo siguiente:

Artículo 1916. ... Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Lo anterior quiere decir que el mismo legislador, pero en el ámbito civil, ya está reconociendo que en los ilícitos en los que se vulnere la integridad física de una persona -a través de la causación de la muerte, por ejemplo-, siempre se presumirá que existe un daño que reparar, en este caso, el moral.

Todo ello se tomó en cuenta por la Primera Sala al emitir jurisprudencia y resolver la contradicción de tesis 102/2000-PS el 13 de junio de 2001, bajo el siguiente rubro y texto:

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. PARA QUE SE CONDENE A ELLA BASTA QUE EL JUZGADOR TENGA POR ACREDITADA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).- Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño será fijada por los Jueces, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, también lo es que tratándose del delito de homicidio, al resultar claro que tal reparación no puede consistir en la devolución de la cosa obtenida con motivo del delito o en el pago de su precio, ni tampoco en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su comisión, toda vez que, por una parte, es imposible restituir la vida de una persona y, por otra, ésta tampoco puede ser valuada económicamente por no encontrarse en el comercio, lo que, a su vez, trae como consecuencia que no sea viable que los beneficiarios o derechohabientes puedan exigir el lucro cesante por una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial derivada de la muerte de la víctima, la aludida reparación debe circunscribirse al pago de una indemnización por los daños materiales o morales causados a que se refiere la fracción II del artículo 30 del propio código, siendo que es de reconocido derecho que los primeros sí pueden ser objeto de prueba, al revestir un contenido económico patrimonial y, por tanto, objetivo, mientras que los segundos, al no compartir esa misma naturaleza, deben sujetarse a reglas especiales de valoración. Ahora bien, si en este aspecto, el artículo 30, último párrafo, del mencionado código punitivo establece, de manera especial, que tratándose de delitos que afecten la vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicarse las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, cuyos artículos 500 y 502 prevén una indemnización equivalente a dos meses de salario mínimo por gastos funerarios (daño material) y una cantidad adicional, equivalente a setecientos treinta días de salario mínimo, con la cual se pretende compensar el daño moral, es inconcuso que de manera imperativa obliga al juzgador en este tipo de delitos, a condenar a la reparación del daño, simplemente con tener por acreditada la comisión del delito de homicidio, por lo que, en principio, no es necesario que el Ministerio Público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo en el caso de que consideren que los daños son superiores a los previstos en la legislación laboral, pues en este supuesto encontraría plena aplicación el principio general contenido en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación con el primer párrafo del artículo 34 del propio ordenamiento legal, en virtud de que el aludido artículo 30, último párrafo, sólo establece una base mínima a la cual deberá sujetarse el juzgador para calcular el monto de la indemnización.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La reparación del daño a cargo de un tercero no puede ser etiquetada como pena pública, ya que se convertiría en una pena trascendental, prohibida por el artículo 22 Constitucional; por ello, de acuerdo con el párrafo tercero, del artículo 34 del Código Penal Federal, la reparación del daño exigible a persona (s) distintas del inculpado, tiene el carácter de responsabilidad civil y se reclama mediante procedimiento incidental, ante la jurisdicción penal, aplicando las leyes sustantiva y adjetiva civiles. Así está regulada por los Códigos de Procedimientos: el Federal, en los artículos 489 al 493; y, en el Distrito Federal, en los artículos 532-540, de cuya lectura podemos obtener las siguientes reglas:

Primera.- Contrariamente a lo sostenido por Carnelutti,³ es conveniente, en base a la garantía de justicia pronta y expedita prevista por el artículo 17 Constitucional, que si bien el proceso penal y el proceso civil están dirigidos, respectivamente, al castigo del delincuente y a la composición de la litis para la restitución o el resarcimiento del daño proveniente del delito, estos no deben seguir cada uno su propio camino, sino que debe concentrarse en un solo juicio; esto es en el penal.

Segunda.- Excepción hecha de los casos en que haya recaído sentencia irrevocable en el proceso penal, sin haberse intentado dicha acción por el tercero; o bien, cuando el procedimiento concluya con una resolución que declare que no ha lugar a proceder por falta de acusación del ministerio público o se pronuncia absolucón por cualquier causa, en cuyo caso debe promoverse la reparación del daño ante los tribunales civiles.

Tercera.- En el caso de condena del inculpado, la acción civil, ya ejercida en el procedimiento penal, no puede ser propuesta en la vía civil, ni aún cuando se limite a la liquidación de los daños, a no ser que éstos se sigan causando sucesivamente después del dictado de la sentencia condenatoria.

Cuarta.- La acción civil de reparación del daño, propuesta ante el juez civil con anterioridad o en el curso del procedimiento penal, puede ser transferida a éste último procedimiento, hasta que en sede civil no haya sido pronunciada sentencia definitiva.

Si la acción civil ha sido ejercida en sede penal, el juicio civil debe ser suspendido hasta que se pronuncie la sentencia respectiva.

Quinta.- La sentencia penal irrevocable de condena o absolucón, tiene autoridad de cosa juzgada en el juicio civil, cuando en este se controvierte un derecho cuyo reconocimiento depende de la declaratoria de hechos materiales que fueron objeto del juicio penal, en honor al principio de la unidad de la función

³ Carnelutti, Francesco, Principios del Proceso Penal, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp.51-52.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

jurisdiccional, salvo que la ley civil ponga limitaciones a la prueba del derecho controvertido.

Tendrá sí, en definitiva, la autoridad de cosa juzgada en relación a la declaratoria de subsistencia del hecho como penalmente relevante, en cuanto a la responsabilidad penal del condenado, o respecto de los casos en que viene reconocido, en sede penal, el perdón judicial.

Sexta.- Cuando el responsable civil no ha participado en el juicio penal, permanece inquebrantable, como cosa no juzgada, la cuestión si él debe responder del daño ocasionado por el delincuente.

Por otro lado, insistimos nuevamente, en la intervención autónoma, e independiente del ministerio público, de la víctima o del ofendido por el delito en los procedimientos penales.

Hacemos votos porque nuestras propuestas aterricen suavemente en las legislaciones adjetivas secundarias, porque ello acarrearía a los juicios penales, una buena salud procesal.

Helas aquí:

Primera.- La víctima o el ofendido por el delito, puede constituirse durante los procedimientos penales como Parte Privada en los mismos.

Las personas incapaces procesalmente, o aquellas que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, no puede constituirse en Parte Privada, sino son representadas, autorizadas o asistidas en las formas prescritas para el ejercicio de la acción civil.

Segunda.- La constitución de Parte Privada en los procedimientos penales, una vez reconocida produce sus efectos en cualquier estado o grado del procedimiento, de tal manera que:

a).- Si ésta se constituye como parte durante la averiguación previa, puede aportar al ministerio público evidencias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como también medios de prueba para determinar la reparación preliminar de los daños ocasionados;

b).- Durante la preinstrucción, puede comparecer ante el juez e impugnar la negativa del juzgador para obsequiar una orden de aprehensión, ya que las categorías procesales que en dicha orden se analizan, son presupuestos jurídicos para obtener la reparación de los daños ocasionados;

c).- Durante la instrucción del juicio, puede de manera independiente del Ministerio Público, ofrecer pruebas tanto para acreditar el cuerpo del delito, responsabilidad penal, como para determinar la reparación de los daños; impugnar cualquier resolución que no admita dichas pruebas; estar presente en sus desahogos e impugnar la sentencia de primera instancia que no sea favorable a sus intereses;

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

d).- Durante el procedimiento de segundo grado, puede ofrecer pruebas supervivientes e incluso estar presente en la audiencia de vista para alegar lo que a su derecho convenga;

e).- En el juicio de amparo directo, debe ser notificado de la interposición del mismo por la autoridad responsable, tener personalidad y contestar los conceptos de violación.

Tercera.- El auto que declare la constitución y reconocimiento de Parte Privada, debe ser notificado al ministerio público y al inculpado, y en su caso, al sentenciado o quejoso.

Cuarta.- La parte privada tiene derecho a nombrar defensor, inclusive al oficial invocando sus razones para acudir al patrocinio gratuito.

Quinta.- Contra el reconocimiento de parte privada en los procedimientos de preinstrucción, instrucción, juicios de primera y segunda instancia, pueden formularse un incidente de oposición a dicho reconocimiento.

El juez, escuchando las partes, debe proveer, sin retardo, mediante resolución, la cual debe pronunciar antes de agotar el procedimiento penal en que se interpuso.

Sexta.- La constitución de Parte Privada, puede ser declarada inadmisibles por el juez aún oficiosamente en cualquier estado de los procedimientos.

El decreto que rechaza la constitución de Parte Privada, no prejuzga el sucesivo ejercicio y el derecho a la reparación del daño.

Séptima.- La declaración de parte privada, puede ser revocada en cualquier estado y grado de los procedimientos, conservando dicha parte su derecho a proponer su acción en la vía civil.

Octava.-Dado que la cantidad en dinero que como daño moral y material se obliga ahora a pagar al activo del delito a favor de la víctima es ridícula, en tratándose de bienes preciosos como son la vida e integridad corporal, proponemos que para no recurrir a las legislación laboral o civil, sea el propio legislador que en los tipos penales señale una punibilidad específica para esta sanción pecuniaria, digamos de 5000 a 25 000 salarios mínimos como reparación del daño.

Las reformas de 18 de junio del 2008 reenvían al apartado C, los derechos de las víctimas y del ofendido, cuya fracción IV, dispone lo siguiente:

IV.- Que se le repare el daño.

En los casos en que sea procedente el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;...

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

De su lectura se advierten algunos requisitos de procedibilidad para la reparación del daño:

“En los casos en que sea procedente”, señala en principio el precepto constitucional. La reparación del daño es procedente en la hipótesis en que siendo el delito de resultado material produzca una alteración en el mundo exterior y como consecuencia afecte también la psique del ofendido o de la víctima, porque cuando el delito es de mera conducta no hay más que un resultado formal. Con estas reglas se establece el primer principio de procedencia: únicamente para los delitos de resultado material que producen una mutación en el mundo exterior es procedente la reparación del daño.

El segundo requisito de procedibilidad, a fin de que la reparación del daño sea procedente es que lo solicita el Ministerio Público en sus conclusiones, tomando en cuenta aquel principio que señala que el juez no puede rebasar la acusación del Ministerio Público, o lo que en derecho civil se expresa con la máxima: *non procedat officii iudex*, esto es, que no pueda proceder sin el impulso específico de las partes.

Por otro lado, el artículo 30 del Código Penal Federal señala que:

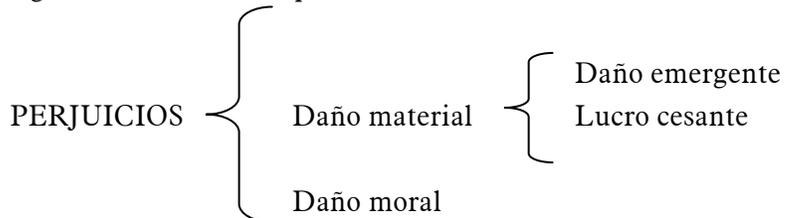
“La reparación del daño comprende:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma.

II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diferentes sentencias: Caso Aloeboetoe y otra contra Surinam, 10 de septiembre de 1993, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia del 21 de julio de 1989, y en el caso Neira Alegría y otros contra Perú, sentencia de 19 de septiembre de 1996, ha considerado que los daños material y moral forman parte de los perjuicios y además que el daño material está compuesto de un daño emergente y el lucro cesante, al tenor del siguiente cuadro conceptual:



*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En materia de reparaciones aplica el artículo 63.I de la Convención Americana que prescribe lo siguiente:

1.- Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegida en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Con respecto al daño emergente, se ha seguido el criterio de obligar al reembolso de los gastos en que pudieran haber incurrido los familiares de la víctima en sus gestiones ante los tribunales.

En cuanto al lucro cesante, consiste en el ingreso que los familiares dependientes podrían haber percibido, de parte de la víctima durante los años de la vida de éste.

Para el cálculo de esta indemnización, la Corte se limita a sumar el ingreso anual que pudiera haber recibido la víctima, tomando en cuenta la edad que tenía al momento de su muerte y los años que le faltaban para llegar a la edad en que se calcula la expectativa normal de vida. En México, por ejemplo, equivaldría a tomar en cuenta el promedio de vida del mexicano, en base a las estadísticas del INEGI y luego multiplicarlo por el último salario que ganaba la víctima o a falta de la información respectiva, en el salario mínimo mensual vigente en el País.

La Corte Interamericana sostiene también que son muchos los casos en que los tribunales internacionales han acordado que la sentencia de condena per se constituye una suficiente indemnización del daño moral, tal como se desprende, por ejemplo, de la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, y casos que cita; sin embargo, la Corte Interamericana considera que aun cuando una sentencia condenatoria puede constituir en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral, ésta no sería suficiente dada, en algunos casos, la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al sufrimiento moral causado a la víctima y sus familias, los cuales deben ser indemnizados conforme a la equidad:

Esta Corte ha establecido que: “(el) daño moral infringido a las víctimas... resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados, experimente un sufrimiento moral”. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión (Caso Aloeboetoe y otros y caso El Amparo), tal como lo estableció también nuestra Corte, en aquella Jurisprudencia citada supra, bajo el rubro: DAÑO MORAL, PRUEBA DEL MISMO. (pág. 30)

En México, el artículo 1916 del Código Civil Federal va en la misma dirección:

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

...Se presumirá que hubo daño moral cuando se violare o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material ...

De la lectura del último párrafo del artículo 1916 del Código Civil Federal, se infiere que contrariamente a como lo estiman los tribunales ordinarios penales, no hay necesidad de aportar pruebas por parte de la víctima, habida cuenta que el daño moral se presume en los casos en que ésta sufra violencia. De ahí que sean erróneas tales sentencias absolutorias, máxime que las mismas son incongruentes al condenar, por una parte, por el daño material y absolver por el moral “porque no existen medios de prueba en el proceso”; lo cual es incorrecto pues o condenan a la reparación total del daño o absuelven del mismo; de ahí la incongruencia de sus sentencias.

Al respecto, el suscrito Magistrado de Circuito ha formulado en tales aspectos, el siguiente voto concurrente:

El suscrito difiere del tratamiento que dio la mayoría de este órgano colegiado con relación al pago de la reparación del daño moral y perjuicios ocasionados, y para explicar las razones de mi voto concurrente, se debe precisar que no pasa inadvertido que la Sala responsable no atendió cabalmente a lo dispuesto por la fracción IV del artículo 20, Apartado B, de la Constitución, ya que no obstante que condenó al ahora quejoso por la comisión del delito de robo agravado, no podía absolverlo del pago del daño moral y los perjuicios ocasionados a los ofendidos, atento a lo establecido en dicha fracción que en lo conducente es del tenor siguiente:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: ...B. De la víctima o del ofendido:...
IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.- La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño...

En efecto, si el a quo al momento de dictar la sentencia condenatoria contra el aquí impetrante de garantías, consideró no condenar al quejoso por carecer de medios de prueba para cuantificar dichos aspectos, debió tomar en cuenta que aquéllos prescriben al año y dejar a salvo los derechos de la víctima u ofendido para que a través del incidente respectivo en ejecución de sentencia, en el cual el agente del Ministerio Público o su coadyuvante, pudiera aportar elementos de prueba que permitieran establecer bases o parámetros objetivos para que el juzgador se pronunciara, dando vista al sentenciado a fin de que manifieste lo que a su interés conviniera.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Al efecto, es aplicable la Jurisprudencial 1a./J. 145/2005, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 170 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, marzo del año 2006, Materia Penal, Novena Época, de rubro y texto siguientes:

REPARACIÓN DEL DAÑO. ES LEGAL LA SENTENCIA CONDENATORIA QUE LA IMPONE AUNQUE EL MONTO CORRESPONDIENTE PUEDA FIJARSE EN EJECUCIÓN DE ÉSTA. El artículo 20, Apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como garantía individual de las víctimas u ofendidos de un delito, la reparación del daño para asegurar de manera puntual y suficiente la protección a sus derechos fundamentales y responder al reclamo social frente a la impunidad y a los efectos del delito sobre aquéllos, garantizando que en todo proceso penal tengan derecho a una reparación pecuniaria por los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, para lograr así una clara y plena reivindicación de dichos efectos en el proceso penal; destacando la circunstancia de que el Constituyente reguló los fines preventivos con los indemnizatorios del procedimiento penal, al exigir para la libertad del inculpado una caución suficiente que garantice la reparación de los daños y perjuicios, lo cual confirma que en todo procedimiento penal debe tutelarse como derecho del sujeto pasivo del delito, la indemnización de los perjuicios ocasionados por su comisión, a fin de reconocerle la misma importancia a la protección de los derechos de la víctima que a los del inculpado, conciliando una manera ágil para reparar el daño causado por el delito. De lo anterior, se concluye que la reparación del daño tiene el carácter de pena pública y, por ende, al ser parte de la condena impuesta en el procedimiento penal, deberá acreditarse en éste y no en otro; sin embargo, su quantum no es parte de la sentencia condenatoria, sino que es una consecuencia lógica y jurídica de ésta, porque lo que se acredita en el procedimiento penal es el derecho del ofendido o la víctima para obtener la reparación del daño con motivo del ilícito perpetrado en su contra; de ahí que cuando el Juez no cuente con los elementos necesarios para fijar en el fallo el monto correspondiente, podrá hacerlo en ejecución de sentencia, por así permitirlo el citado precepto constitucional.

Asimismo, cabe hacer hincapié que contrario a lo resuelto por la mayoría de este órgano colegiado, en el sentido de que en el acto reclamado ni siquiera debía examinarse lo concerniente a la reparación del daño moral y perjuicios, dicha circunstancia no se ajusta cabalmente a lo dispuesto por los artículos 415 y 427 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de los cuales se advierte que el tribunal de alzada al conocer del medio de impugnación ordinario interpuesto por el sentenciado o su defensor, cuenta con las mismas facultades que el Juez natural, y por lo tanto, debe ocuparse de todos los aspectos materia de la sentencia de primera instancia, tanto más cuanto que en el caso, el único que apeló la totalidad de la sentencia impugnada, fue el aquí quejoso, a fin de atender a la suplencia de agravios que por disposición legal le es obligatoria a la autoridad responsable, y así dar certeza jurídica al gobernado; de lo que se sigue, que no le asista la razón jurídica a

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

la mayoría de este órgano colegiado, al estimar que el tribunal de alzada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 415 del citado código adjetivo de la materia y fuero, sólo tenía el deber de examinar los agravios aducidos, lo cual no implica realizar un estudio de los aspectos ya citados como si se tratara de un órgano jurisdiccional de primera instancia.

Al efecto, es aplicable por identidad jurídica de razón y en lo conducente la jurisprudencia número I.10º.P.74, emitida por este propio Décimo Tribunal Colegiado, visible en la página 1577, del Semanario Judicial del Federación y su Gaceta, Tomo XX, septiembre del año 2004, Materia Penal, Novena Época de rubro y texto siguientes:

APELACIÓN EN MATERIA PENAL. AL REASUMIR JURISDICCIÓN EL TRIBUNAL DE ALZADA DEBE ESTUDIAR TODOS LOS ASPECTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA, SI QUIEN APELA ES EL SENTENCIADO O EL DEFENSOR.- La disposición contenida en el artículo 366 del Código Federal de Procedimientos Penales, relativa al doble efecto, entre ellos, el devolutivo, en que debe admitirse la apelación de una sentencia definitiva en la cual se imponga alguna sanción, implica que el a quo devuelve la jurisdicción al juzgador de segundo grado, quien tiene la obligación de examinar, sin ninguna limitación, si el o los hechos que constituyen la causa son penalmente relevantes, no solamente a la luz de los agravios expresados, sino también para reexaminar si no se alteraron los hechos; si en la resolución recurrida no se aplicó la ley correspondiente o se aplicó ésta inexactamente; si se violaron los principios reguladores de la valoración de las pruebas; o no se fundó o motivó correctamente el acto apelado, por tratarse de la materia penal en que los apelantes son el defensor o el sentenciado, pues en estos casos, con o sin expresión de agravios deben analizarse estas hipótesis previstas en el numeral 363 del citado ordenamiento procesal federal, pues de lo contrario la alzada responsable incurre en una ausencia de fundamentación y motivación en la resolución reclamada. Situación distinta acontece cuando quien impugna la sentencia condenatoria es únicamente el Ministerio Público, pues en este caso el ad quem debe tomar en cuenta que la formación de la litis en segunda instancia se limita a confrontar la resolución apelada frente a los agravios emitidos por esta parte en favor de quien no existe suplencia alguna de queja.

Asimismo, es aplicable por identidad jurídica de razón y en lo conducente, la jurisprudencia por Contradicción 77/2008, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada en sesión de dos de julio del año dos mil ocho, de rubro y texto siguiente:

SUSTITUCIÓN DE MULTA POR JORNADAS DE TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD O POR CONFINAMIENTO. EL TRIBUNAL DE ALZADA DEBE PRONUNCIARSE AL RESPECTO SI EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA OMITIÓ HACERLO, AUNQUE NO EXISTA APELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO).- Aun cuando el procedimiento penal se tramite en dos

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

instancias y en la primera se omite establecer la sustitución total o parcial de la multa impuesta ante la insolvencia del sentenciado por prestación de trabajo no remunerado en favor de la comunidad o por confinamiento en caso de insolvencia e incapacidad física del sentenciado, subsiste la obligación del tribunal de alzada para resolver en torno a dichas substitutivas, aunque no exista apelación del Ministerio Público al respecto, sin que con ello se vulnere la esfera de derechos públicos subjetivos del sentenciado. Lo anterior es así, porque independientemente del carácter de pena de la imposición de tales jornadas o la obligación de residir en un determinado lugar y no salir de él, y al margen de que el representante social interponga o no un recurso a ese respecto, conforme al artículo 24 del Código Penal del Estado de México, ordenar las indicadas substitutivas no es facultativo sino un imperativo para el órgano jurisdiccional cuando se actualicen y subsistan las condiciones de insolvencia o, de insolvencia e incapacidad previstas en el citado precepto, pues en caso de que éstas desaparezcan, deberá pagarse la multa impuesta originalmente.

*En efecto, se dice que es incorrecta tal consideración, porque el citado artículo si bien repite la vieja regla procesal romana *tantum devolutum quantum appellatum*; empero, la devolución de la causa al juzgador de segundo grado, hace que se examine totalmente el o los hechos consignados, sin alguna limitación y no solamente a los hechos controvertidos de la decisión judicial a los cuales se refieren los agravios interpuestos, por tratarse de la materia penal en la que los apelantes son el defensor o el sentenciado; casos en los cuales con o sin expresión de agravios, deben de analizarse las hipótesis previstas en los mencionados artículos 415 y 427 del Código de Procedimientos Penales local, lo cual no sucede así cuando el apelante es únicamente el Ministerio Público, dado que la formación de la litis en segunda instancia, se limita a confrontar la resolución impugnada frente a los agravios emitidos por esta parte en favor de quien no existe suplencia alguna de queja, por ello el conocimiento de la causa se limita a los puntos controvertidos de la decisión a los cuales se refieren los agravios interpuestos, como así lo menciona la Jurisprudencia número 34 que la mayoría cita.*

Por lo que, si en el presente caso quien apeló la totalidad de la sentencia fue el quejoso y el defensor oficial del ahora amparista, el tribunal de apelación responsable debe haber reasumido su soberanía, jurisdicción devuelta por el a quo y examinar totalmente si el hecho es penalmente relevante, si quien lo cometió fue el ahora petionario de garantías, si estuvieran correctamente individualizadas las sanciones principales y debidamente fundadas y motivadas las demás penas secundarias y accesorias, así como los respectivos substitutivos y suspensión condicional de la misma, y la suspensión de los derechos políticos, lo hayan o no aducido como motivos de agravio, porque existe suplencia de la queja en materia penal.- Sin embargo, se hace hincapié que la Sala responsable no debió absolver del pago de la reparación de los perjuicios ocasionados por no existir bases para su cuantificación, sino que las consideraciones hechas en ese sentido quedaban subsistentes porque tal aspecto no fue impugnado por la representación social adscrita al juzgado de origen; por lo que, atendiendo a los fines del amparo, lo resuelto por el ad quem respecto a la absolución de la reparación al

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

resarcimiento de algún daño moral y perjuicios ocasionados por no existir medios de prueba para su cuantificación, quedarán subsistentes.- Estas son las razones que me impulsaron a formular mi voto concurrente.

BIBLIOGRAFÍA:

- Rodríguez Manzanera, L, *Victimología*, 8ª ed, México, Editorial Porrúa, 2003.
- Lima Malvido, María de la Luz. *Modelo de Atención a Víctimas en México*, México, edición personal, 1995.
- Carnelutti, Francesco, *Principios del Proceso Penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

TRATAMIENTO DE LAS AGRESIONES LEVES OCASIONALES EN EL CONTEXTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO

Miguel OLMEDO CARDENETE

SUMARIO: I. Cuestiones previas: la modificación del art. 153 CP por la LO 1/2004 y el bien jurídico protegido por dicho precepto, con especial referencia a la STC 14-5-2008. II. Los sujetos pasivos en el tipo básico y agravado de los apartados primero y segundo del art. 153 CP: 1. Los sujetos del tipo básico de la infracción. 2. La mujer como sujeto pasivo expresamente previsto por el tipo agravado de la infracción (art. 153.1 CP). 3. Personas especialmente vulnerables que convivan con el sujeto activo. III. Análisis de la conducta del tipo básico del delito de violencia ocasional: 1. La producción de un menoscabo psíquico. 2. El ocasionamiento de una lesión no definida como delito. 3. El simple golpe o maltrato como modalidad de conducta. IV. Examen de los subtipos agravados comunes a los apartados primero y segundo del art. 153 CP: 1. La comisión del hecho en presencia de menores. 2. Utilización de armas en la perpetración del delito. 3. Comisión de los hechos en el domicilio común o en el de la víctima. 4. Quebrantamiento de pena, medida cautelar o de seguridad. 5. La relación entre estos subtipos agravados y los del delito de violencia habitual. 6. Modalidad atenuada. V. Valoración político-criminal del art. 153 CP.

I. CUESTIONES PREVIAS: LA MODIFICACIÓN DEL ART. 153 CP POR LA LO 1/2004 Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR DICHO PRECEPTO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA STC 14-5-2008

Muchas y muy diversas son las cuestiones preliminares que entroncan con el análisis de las conductas actualmente tipificadas en el art. 153 CP y que, por la naturaleza de este trabajo, no pueden ser tratadas a la vista del detenimiento y extensión que requerirían. Aspectos críticos como el contexto general de la Política criminal contra la violencia doméstica y de género en la que se enmarca el precepto objeto de estudio

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

o el análisis del bien jurídico protegido contenido en el mismo, no pueden ser abordados con la profundidad requerida.

Respecto a las reflexiones generales que nos suscita la norma citada, cabe decir que la misma es expresión del endurecimiento punitivo que en los últimos años ha caracterizado a nuestro legislador en materia de violencia doméstica y de género. Y así, uno de los aspectos más novedosos y polémicos que caracterizaron a la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de violencia doméstica, es la elevación a la categoría de delito de comportamientos que, hasta la entrada en vigor de dicha Ley, constituían simples faltas. De este modo, la falta de lesiones (art. 617.1 CP), de maltrato (art. 617.2 CP) y de amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos (art. 620.1º CP), cuando se realizan sobre alguna de las personas mencionadas en el nuevo art. 173.2 CP, pasaron a integrar el delito tipificado en el art. 153 CP. Este último precepto dejó de ser la sede legal del delito de violencia habitual en el ámbito doméstico y la tipificación del mismo, con sustanciales modificaciones, se traslada al ámbito de los delitos contra la integridad moral (Título VII, apartados 2º y 3º del art. 173 CP).

La LO 11/2003 incorporó junto al menoscabo psíquico, la lesión leve y el golpe o maltrato, el comportamiento consistente en amenazar a otro de forma *leve* con armas u otros instrumentos peligrosos. Sin embargo, con la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, desaparece del art. 153 CP esta última modalidad de conducta típica cuya presencia en el Título III dedicado a las lesiones había sido ya criticada con acierto¹. Esto, naturalmente, no significa que tal conducta quede impune sino que deberá ser castigada, según los casos, conforme a los apartados 4º y 5º del art. 171 CP en la redacción operada por la LO 1/2004. En concreto, siendo la mujer la destinataria de la intimidación o tratándose de una víctima especialmente vulnerable, resultará de aplicación el delito del art. 171.4 CP. En cambio, para el resto de los sujetos mencionados en el art. 173.2, la conducta sólo será delictiva si la amenaza (**leve**) se lleva a cabo con armas o instrumentos peligrosos (art. 171.5 CP). Para el resto de los casos se aplicará la falta cualificada del último párrafo del art. 620 CP. En cambio, si la amenaza dirigida al sujeto pasivo puede ser calificada de **grave**, debe entrar en juego el delito del art. 169.2º CP con la concurrencia, según los casos, de la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP).

Desaparecida, pues, la conducta de la amenaza del art. 153 CP, cabe descartar –y con ello hacemos mención ya a la cuestión del bien jurídico protegido– que se trate de

¹ MORILLAS CUEVA: «El Derecho Penal y la Violencia Doméstica», en AA.VV., *Encuentros “Violencia Doméstica”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 273; GARCÍA ARÁN: *Comentarios*, cit., p. 120; SANZ MULAS: «Tutela penal», en *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, coordinados por SANZ MULAS, GONZÁLEZ BUSTOS y MARTÍNEZ GALLEGU, Madrid, 2005, p. 167.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

una norma de carácter pluriofensivo² que junto a la salud y el bienestar corporal de las personas protegiera también la libertad y seguridad de las mismas. Por este motivo, creemos que la ubicación de este delito en el Título III es adecuada, así que resulta rechazable la tesis que durante la tramitación parlamentaria de la LO 11/2003 sostuvo la necesidad de un cambio en la ubicación sistemática del precepto³, por considerar que el valor tutelado por el precepto mencionado era el «respeto» de la víctima. Este planteamiento, por cierto, entronca al menos parcialmente con aquella corriente doctrinal que situaba al **honor** como bien jurídico protegido en el simple maltrato ocasional o puntual. Y así, señala BERDUGO «que se trata de una figura que en nuestro ordenamiento tiene una naturaleza intermedia entre la injuria y la lesión. En gran medida refleja el contenido de la “inniuria” del derecho romano»⁴. Esta tesis ha llegado incluso a encontrar cierto apoyo legislativo en algún país de nuestro entorno europeo como es Austria, donde el vigente § 115.1º StGB sitúa al simple maltrato y a la amenaza del mismo dentro del concepto legal de injurias. A

² Bajo la redacción dada por la LO 11/2003, aunque ROMEO CASABONA afirmaba que «como interés destacado estaría la seguridad entre las personas que conviven unidas por el lazo familiar u otro semejante», señalaba también certeramente que «es un delito pluriofensivo, pues, indudablemente, se atenta al mismo tiempo contra el bien jurídico protegido en el delito de lesiones y en el de amenazas, y, también por ello, es un tipo autónomo o independiente de los demás», ROMEO CASABONA: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, 2004, pp. 230-231. También en este sentido, SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal, Parte Especial*, 9ª ed., Madrid, 2004, p. 123; GARCÍA ARÁN: *Comentarios*, cit., p. 120.

³ Nos referimos a la enmienda nº 25 sostenida por el Grupo Parlamentario Vasco (vid. BOCG Serie A núm. 136-8 de 13 de mayo de 2003, p. 33): «Apostamos –sostenía la enmienda– porque el artículo 153 constituya un título autónomo en el seno del Libro II del Código Penal que deberá hacer referencia al respeto personal como bien jurídico protegido en las relaciones de familia o asimiladas». Como tendremos ocasión de comprobar, este posicionamiento se aproxima a las tesis cercanas a considerar al honor como el valor preferentemente tutelado en los simples maltratos ocasionales. En nuestra opinión, y sin perjuicio de lo que después se dirá, el «respeto» no se presenta con autonomía suficiente como para configurar un bien jurídico autónomo, sino que más bien lo hace como una manifestación más del honor (probablemente, más cercano al aspecto interno, ideal e intangible, del honor, que a su dimensión externa materializada en la reputación o fama de la persona; vid. al respecto CARMONA SALGADO: *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid, 1991, pp. 98-99). El respeto al que se alude en esta propuesta no es sino el miramiento y la consideración básicas que se han de tener hacia toda persona por el mero hecho de serla. Y ello, desde luego, hace innecesaria y técnicamente poco adecuada la propuesta realizada.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982 (reproducción facsímil, León, 1997), p. 27. No obstante, este autor también matiza su postura cuando después afirma (p. 94) que en estas infracciones «se lesiona el bien jurídico bienestar corporal (y en determinados casos puede incidir también sobre el honor)». Incliniéndose también por el honor como bien jurídico protegido en el simple maltrato ocasional, POLAINO NAVARRETE: «Maltrato a cónyuge o hijos menores», en *Estudios Penales*, Córdoba, 1988, pp. 325 ss.; más recientemente, MARTÍNEZ RUIZ: *Los delitos de lesiones*, Barcelona, 2002, p. 14.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

tenor de dicho precepto, «el que públicamente o ante varias personas insulte, se burle, maltrate corporalmente o amenace con esto último a otro, será castigado con pena de prisión de hasta tres meses o con pena de multa de hasta ciento ochenta cuotas diarias, siempre que el hecho no aparezca más gravemente penado por otra disposición»⁵.

En nuestra opinión, sin embargo, es evidente que los bienes jurídicos protegidos actualmente por el art. 153 CP son simultáneamente la salud (a través de las lesiones físicas o psíquicas) y el bienestar corporal (por medio de la tipificación del maltrato). El comportamiento violento, aunque sea ocasional, afecta directamente a una esfera de la persona mucho más vinculada con su salud o bienestar físico que con otros bienes jurídicos espiritualizados como el honor.

Cabe, por último, preguntarse si en relación con el subtipo agravado del art. 153.1 CP se protege adicionalmente algún bien jurídico adicional que justifique el tratamiento diferenciado de las agresiones a la mujer en el marco de las relaciones de pareja⁶. La cuestión es especialmente relevante sobre todo a raíz del específico posicionamiento en este punto de la STC 14-5-2008 que viene a reconocer la existencia de un desvalor específico y diferenciado de la conducta del sujeto activo en estos casos⁷. Y así, sostiene el máximo intérprete de nuestra Constitución, que no «resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta -cultural la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un *efecto añadido* a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su **seguridad**, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su **libertad**, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación

⁵ Para más detalles sobre la regulación austríaca vid. OLMEDO CARDENETE: «La violencia en el entorno doméstico: un análisis de Derecho comparado en Europa», en MORILLAS CUEVA, *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 629 y ss.

⁶ Específicamente sobre este tema vid. ALONSO ÁLAMO: «¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico?», en CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005.

⁷ Desde luego que el análisis del juicio sobre la constitucionalidad del diferente tratamiento que la Ley Integral introdujo en algunos –no en todos- de los tipos penales vinculados al fenómeno de la violencia de género, requeriría ya de por sí un tratamiento monográfico que aquí tampoco puede ser abordado. Vid. algunos de los trabajos que sobre la materia ya existen como –entre otros- los de GONZÁLEZ RUS: «La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones», en CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005; ACALE SÁNCHEZ: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid, 2006.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima⁸; y además para su **dignidad**, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece» (FJº 10, A) *in fine*)⁹.

Con independencia de que una fundamentación de este tipo requeriría un análisis más extenso y detenido, no nos resistimos a realizar algunas apreciaciones al respecto. Ante todo, dicho posicionamiento constituye sin duda el núcleo central de la fundamentación de la sentencia favorable a la constitucionalidad de la diversidad del tratamiento punitivo por razón del sexo de los sujetos implicados en la conducta introducido por la Ley Integral. Pero, desde luego, supone a nuestro juicio un posicionamiento innecesario en el que el Tribunal no tenía por qué entrar y, sobre todo, equívoco en cuanto al contenido de injusto de una conducta tipificada en el marco del Título III relativo a las lesiones. La STC 14-5-2008 no duda en calificar el atentado a la seguridad, libertad y dignidad de la mujer como un «mayor desvalor de la conducta» (¿sólo desvalor de acción y no de resultado?) del sujeto activo, añadido – se supone – al atentado que el comportamiento tipificado en el art. 153.1 CP ya supone para la salud (en su modalidad lesiva) y bienestar corporal (en la alternativa típica del maltrato) del sujeto pasivo. Cabe preguntarse, pues, si en el contexto de una conducta puntual u ocasional como la tipificada en el precepto citado (algo diversa sería la cuestión si nos encontráramos en el ámbito de la violencia habitual del art. 173.2 CP) puede incluirse también un atentado a la seguridad y libertad de la mujer comprensivo del «temor a ser de nuevo agredida» y que añade «un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima». A nuestro juicio, desde luego, no, a la vista del comportamiento tipificado en el art. 153 CP y su contenido estructural (lesión leve o simple golpe o maltrato), alejado ya de las amenazas tras la redacción del precepto dada por la LO 1/2004. E igual consideración merece la introducción del atentado a la dignidad de la mujer como contenido axiológico de la norma. Ante todo, porque como en otro lugar hemos

⁸ Acerca de los efectos que sobre la víctima despliega la agresión del autor vid. detalladamente JIMÉNEZ DÍAZ: «Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable», en *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, coordinados por MORILLAS CUEVA, Madrid, 2002, pp. 287 y ss.

⁹ Sin negrita ni cursiva en el original.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

puesto de manifiesto¹⁰, un concepto así se muestra inidóneo para materializarse en un bien jurídico protegido, especialmente por la imprecisión e indeterminación que conlleva. Es evidente que *todo* comportamiento violento dirigido contra una persona lleva implícito un componente irracional que niega a su destinatario la condición de persona, pero no por ello se establecen subtipos agravados en los delitos de lesiones o en el homicidio o asesinato. La ejecución de cualquiera de estas conductas pone ya de por sí de manifiesto que el sujeto activo se comporta irracionalmente y que cosifica a su víctima tratándola como si de un simple objeto se tratara. Por lo tanto, ese atentado a la dignidad que todo comportamiento violento conlleva no es patrimonio exclusivo del fenómeno de la violencia de género, sino que puede predicarse de otros muchos comportamientos delictivos.

En nuestra opinión, la fundamentación suministrada por el TC tenía que haber caminado por otros derroteros. Es más, creemos que en la propia sentencia pueden encontrarse las bases para una legitimación constitucional algo diversa del precepto cuestionado. En el mismo fundamento jurídico la STC 14-5-2008 se alude a «la mayor necesidad objetiva de protección de *determinados bienes* de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas»¹¹. Y dicha necesidad es puesta de manifiesto precisamente recurriendo al «argumento estadístico» o criminológico: «las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia –añade– constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esa lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena». Y ello porque, evidentemente, añadimos nosotros, las mujeres son las principales destinatarias de la violencia doméstica seguidas muy de lejos por otras víctimas masculinas del entorno familiar o parafamiliar¹². Ante esta realidad criminológica el legislador puede reaccionar intensificando su intervención frente a los casos más frecuentes, y no sólo por razones de prevención general sino, también, por otras derivadas de la prevención especial si se piensa en la posibilidad de rehabilitar a los maltratadores. Se trata, sencillamente, de adecuar la respuesta punitiva a las especialidades del ámbito de la criminalidad que se pretende prevenir¹³.

¹⁰ Vid. OLMEDO CARDENETE: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001, p. 26.

¹¹ Sin cursiva en el original.

¹² Las estadísticas revelan que en un 89% de los casos la víctima es la mujer y en un 11% hombres. Además, en la mayoría de los supuestos se trata de relaciones conyugales o de hecho vigentes o ya extinguidas, vid., por todos, MORILLAS FERNÁNDEZ: *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 106.

¹³ Tal y como se ha indicado, «no parece que las medidas de acción positiva no encuentren fundamento en la mayor necesidad de tutela de las mujeres frente a los ataques de los hombres ni que, por consiguiente, estén

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Pues bien, queda claro que si en un contexto relacional concreto como son las relaciones de pareja, el análisis criminológico evidencia que la mujer necesita un mayor grado de protección de su vida, salud e integridad, es razonable pensar que el tipo agravado del art. 153.1 CP es precisamente expresión de la *mayor necesidad de proteger la salud y bienestar corporal de la mujer* en el marco de las crisis de las relaciones de pareja. No es necesario acudir, pues, para justificar la mayor intensidad de la intervención punitiva a otros referentes valorativos como son la libertad o seguridad de la persona que son patrimonio de otras infracciones penales como las amenazas y las coacciones. Razones de prevención lo avalan sobradamente y el legislador, haciendo uso de la discrecionalidad y oportunidad de que disfruta para diseñar las opciones de política criminal (véase el FJ 6º de la sentencia), puede entender legítimamente que ante un fenómeno delictivo y en un momento histórico concreto ciertos comportamientos deben ser tratados con una mayor severidad en orden a intentar profundizar en su prevención. Es más, introducir o deslizar como bien jurídico protegido la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, o mejor, hacerlo en este contexto legal ajeno a los delitos de discriminación, supone confundir el bien jurídico protegido con la finalidad o *ratio legis* que persigue el precepto reformulado desde una perspectiva de género. La mayor protección de la salud y bienestar corporal de la mujer forma parte del objetivo legal de prevenir la violencia machista en el ámbito de las relaciones de pareja formulado por el propio art. 1 de la Ley Integral, y lo pretende hacer en este marco profundizando en el tratamiento punitivo de las infracciones cuya frecuente comisión por los infractores revelan la situación de mayor riesgo en la que se encuentra la víctima.

Esto no significa, sin embargo, que personalmente estemos de acuerdo con un tratamiento punitivo diferenciador semejante ni que tampoco consideremos sea la línea político-criminal más adecuada a seguir por el legislador. Y es que si resulta innegable reconocer que en este tipo de situaciones de violencia la mujer se encuentra en una situación de mayor indefensión que el hombre, no es menos cierto que otras personas que resultan igualmente destinatarias de todo tipo de agresiones y vejaciones están en la misma o, si cabe, en una mayor situación de desvalimiento y vulnerabilidad frente al autor. Y ello es predicable no sólo respecto de los menores, incapaces o ancianos sino también, lógicamente, de varones¹⁴ que por padecer algún tipo de enfermedad o minusvalía no pueden dar una salida adecuada a este tipo de situaciones. Es cierto que estadísticamente resulta ser la mujer el principal objetivo de los delitos vinculados con la violencia doméstica, pero tampoco es descartable la hipótesis de que otras víctimas especialmente vulnerables poseen muchas menos posibilidades para denunciar los hechos de los que están siendo objeto. De ahí que a

plenamente justificadas. A nuestro entender no hay tacha de inconstitucionalidad alguna», CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/GUARDIOLA GARCÍA: *Derecho Penal*, cit., p. 155.

¹⁴ Destacando la irrelevancia del sexo de la víctima especialmente vulnerable, GONZÁLEZ RUS: *Addenda*, cit., p. 13.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

nuestro entender sea arriesgado fundamentar un tratamiento diverso sobre una base cuantitativa que puede verse relativizada por una cifra negra cuyo alcance puede que no resulte despreciable. En este sentido indica MORILLAS FERNÁNDEZ, «los números reflejados en ellas [scil. las estadísticas] no responden al fenómeno que verdaderamente se produce en la sociedad en tanto existe esa gran cifra negra, *mayor aún en el caso de niños maltratados*, que impide desvelar, por desconocimiento, las dimensiones de este problema»¹⁵. Y, en relación con las personas mayores, señala que «uno de los grandes problemas presentado por esta tipología de maltrato es la absoluta escasez de estadísticas existentes, lo que incrementa, aún más si cabe, el ya referido problema de la cifra negra de maltrato a ancianos, más intensa todavía que en las otras dos modalidades de víctimas especialmente vulnerables»¹⁶. En definitiva, como acertadamente ha señalado CASTELLÓ NICÁS, no convence «diferenciar entre víctimas, todas ellas igualmente vulnerables vistas desde una perspectiva general, puesto que si particularizamos, probablemente el anciano, o el niño de corta edad lo sean en mayor medida»¹⁷.

II. LOS SUJETOS PASIVOS EN EL TIPO BÁSICO Y AGRAVADO DE LOS APARTADOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL ART. 153 CP

1. Los sujetos del tipo básico de la infracción

El art. 153.2 CP se remite al delito de violencia habitual en el ámbito doméstico (art. 173.2 CP) para la determinación de los destinatarios de las modalidades de conducta tipificadas en el apartado primero del precepto, configurándose así como un **delito especial impropio** al poseer como presupuesto la existencia de infracciones penales comunes que se aplican a quienes cometen la misma conducta careciendo de las relaciones (presentes o pasadas) parentales o afectivas que la figura delictiva exige para ser sujeto activo de la misma. Y así, dispone la norma que si «la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años».

En consecuencia, el precepto abre su aplicación al conjunto de sujetos enumerados por la Ley en ese lugar, esto es, a «quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin

¹⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ: *Análisis...*, cit., pp. 170-171 (sin cursiva en el original).

¹⁶ *Ibidem*, p. 185.

¹⁷ CASTELLÓ NICÁS: «Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2», en *Libro-Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 226.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados».

No vamos a entrar en un análisis detenido de todos y cada uno de los sujetos que el artículo reproducido menciona¹⁸, pero sí haremos algunas apreciaciones en torno a algunos de ellos. En este sentido, en primer lugar, queremos hacer mención al hecho de que siguiendo la filosofía de la LO 11/2003, el precepto no sólo incluye a los cónyuges y parejas de hecho sino, también, a los excónyuges y exparejas. Tanto unos como otros, además, pueden ser del mismo o de distinto sexo siempre que, eso sí, el agresor no sea un hombre y la víctima una mujer puesto que entonces entraría en juego el tipo agravado del art. 153.1 CP. Resulta por otra parte censurable el mantenimiento de la expresión «análoga relación de afectividad» para aludir a las parejas de hecho. A la vista de que la jurisprudencia del TS, con un escrupuloso respeto al principio de legalidad, ha interpretado tradicionalmente que dicho concepto engloba sólo a las parejas heterosexuales, habría sido deseable el uso de la expresión «relación estable de pareja» aconsejada ya por algunos autores en el marco del anterior art. 153 CP¹⁹. No hay desde luego razón alguna que justifique una discriminación de este tipo con las parejas homosexuales de carácter estable. La cuestión, sin embargo, se resuelve satisfactoriamente con la modificación del Código Civil operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que amplía el concepto de matrimonio a las parejas homosexuales (véase el nuevo párrafo segundo del art. 44 del Código Civil). De esta forma, al poder ser interpretada también la relación conyugal con uniones formales del mismo o distinto sexo, la analogía a la que alude el art. 153 CP se construye sobre una identidad de razón en la que el carácter heterosexual de la unión marital ha dejado de ser un elemento esencial, por lo que desaparecerían las objeciones de legalidad que por ejemplo hasta ahora se aducían en el marco de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP²⁰. Es cierto que

¹⁸ Vid. el detenido estudio que en relación con este tema ya realizara con anterioridad a la LO 11/2003, FERNÁNDEZ PANTOJA: «Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico», en MORILLAS CUEVA (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 81 y ss.

¹⁹ Vid. CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC: en VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, PE*, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 141; MORILLAS CUEVA: «Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma», en *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Madrid, 2002, p. 676.

²⁰ Sobre nuestro planteamiento al respecto vid. OLMEDO CARDENETE, M., «Hacia un nuevo fundamento de la circunstancia mixta de parentesco tras la reforma del art. 23 del Código Penal operada por la LO

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

habría sido preferible, en éste y en los demás preceptos del Código en los que se utiliza, el empleo de la expresión «relación de pareja estable», pero dado que incluso la LO 1/2004 los mantiene en la nueva redacción de los arts. 148, 153, 171 y 171 CP, parece oportuno resaltar que la ampliación del concepto civil de matrimonio varía el objeto del juicio de analogía penal y, por tanto, determinará la posibilidad de aplicar la norma a parejas de hecho del mismo sexo.

En segundo lugar, debe resaltarse que las relaciones de parentesco o afinidad aludidas por el precepto («descendientes, ascendientes o hermanos») se limitan a los casos en los que esté vigente la relación conyugal o de hecho puesto que la Ley los vincula taxativamente al «cónyuge o conviviente». La norma incluye por tanto a los parientes por afinidad y a las relaciones asimiladas a ésta, pero siempre que el vínculo formal o material entre autor y víctima se mantenga en el momento de la agresión.

En tercer lugar, entendemos que la alusión por parte del art. 173.2 CP a las figuras de la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, nos remite necesariamente para su determinación a la normativa civil sobre la materia, por lo que no cabe atribuir a dichas instituciones un significado diverso o más amplio del que suministra el Derecho privado, so pena de incurrir en una analogía contra reo.

En penúltimo lugar, la introducción de la cláusula abierta consistente en integrar también como sujeto pasivo del delito a toda «persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar», convierte al art. 153.2 y al propio delito de violencia habitual en tipos penales que amparan cualquier tipo de relación parental o afectiva, con independencia de su cercanía, lejanía o naturaleza, con el único requisito de la convivencia con el autor. Presupuesto este último que, sin embargo, no resulta aplicable a las relaciones de noviazgo claramente amparadas por la redacción legal al referirse a la «análoga relación de afectividad aun sin convivencia».

Por último, la mención que el art. 173.2 CP hace a que el tipo también pueda ser aplicado cuando la violencia se practique «sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados», aleja sin duda alguna la figura del ámbito doméstico en sentido estricto y la acerca a la órbita de aplicación del delito de grave trato degradante tipificado en el primer apartado del artículo citado. Sin entrar en la posible delimitación de sus respectivos ámbitos aplicativos, queremos no obstante apuntar que en el contexto en el que se enmarca este trabajo (el análisis del art. 153 CP), las eventuales dificultades en su delimitación frente a los atentados contra la integridad moral desaparecen por el carácter leve y ocasional de la conducta tipificada por dicho precepto.

11/2003, de 29 de septiembre», en CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 657.

2. La mujer como sujeto pasivo expresamente previsto por el tipo agravado de la infracción (art. 153.1 CP)

Sin duda el aspecto más simbólico y, a la vez, más polémico de la LO 1/2004 fue la introducción de un tipo agravado para el caso en el que la víctima fuera o hubiera sido esposa o compañera sentimental del sujeto activo. Como cuestión preliminar queremos señalar que, en realidad, el tema tiene un alcance real muy inferior al suministrado por el debate suscitado puesto que la trascendencia punitiva efectiva de la supuesta discriminación punitiva se limita, por un lado, a incrementar en tres meses el límite mínimo de la pena de prisión a imponer (**seis meses** en lugar de los **tres** previstos por el art. 153.2 CP) y, por otro, a aumentar el límite máximo de la pena de inhabilitación para el ejercicio de de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta los **cinco años**, mientras que en el tipo básico la inhabilitación mencionada alcanza en el peor de los casos los **tres años**.

Pero, por otra parte, y en una dirección opuesta -aunque esa no fuera la intención originaria de la reforma proyectada-, sobresale también algún aspecto que alivia la especial severidad de la LO 11/2003, como es la creación de un subtipo privilegiado (el art. 153.4 CP) que atiende también -con absoluta indeterminación en su enunciado- a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en el hecho cometido, y en el que el Juez o Tribunal tiene la facultad de imponer la pena inferior en grado tanto respecto al tipo básico como a los tipos agravados (el art. 153.4 CP se refiere en plural a «los apartados anteriores»).

Entrando ya en el análisis técnico-jurídico de los sujetos en el tipo agravado, hay que destacar pues la previsión expresa en el art. 153.1 CP de la esposa, ex-esposa (por divorcio o por nulidad matrimonial), compañera y ex-compañera sentimental, novia (si es que puede emplearse esta expresión para delimitar a la pareja de hecho femenina con la que se ha mantenido una relación pero con la que no se ha convivido o, al menos, no de forma estable) y ex-novia. En los demás casos, aunque el sujeto pasivo sea mujer, y siempre que no constituya víctima especialmente vulnerable, se aplicará el tipo básico del art. 152.2 CP. Podría plantearse la duda en torno a qué precepto aplicar en los casos de matrimonios o parejas de hecho entre mujeres²¹ donde, lógicamente, la destinataria de la acción violenta es también una mujer. A nuestro juicio, aunque tampoco en el tenor literal del apartado 1º del art. 153 CP podrían encajarse estos supuestos²², la línea político-criminal que inspira a la Ley Integral impide una solución de este tipo. No se olvide que el art. 1.1 de dicho cuerpo legal señala que la «presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia

²¹ Recuérdese que, según hemos sostenido con anterioridad, el reconocimiento legal de los matrimonios homosexuales permite ya sostener un juicio de analogía («análoga relación de afectividad») respetuoso con el principio de legalidad en materia penal.

²² Es cierto que dicho precepto habla del sexo de la víctima -«la ofendida»- pero también del sexo masculino del autor al describir la relación de pareja: «esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad».

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder *de los hombres sobre las mujeres*, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia»²³. Sólo quedan incluidas, pues, las relaciones heterosexuales en las que el agresor sea un hombre y la víctima sea una mujer. Para las hipótesis en las que tanto el sujeto activo como el pasivo pertenezcan al sexo femenino resultará de aplicación el tipo básico del art. 153.2 CP.

Pero precisamente en relación con esta última cuestión –la situación de desigualdad de la mujer frente al hombre de la que parte la Ley Integral- debe dilucidarse si la ejecución de la acción descrita en el art. 153.1 CP debe ir presidida por algún elemento subjetivo del injusto o el aprovechamiento de una situación de superioridad en los casos en los que la lesión o el maltrato se dirigen contra la mujer (aunque técnicamente debería analizarse en el marco del aspecto subjetivo de la conducta típica). Esta cuestión debe ser resuelta a la vista de algún planteamiento como el de IÑIGO CORROZA quien sostiene que en las agravaciones fundamentadas en el sexo de la víctima, el autor «actúa por unos “*especiales motivos*”»; de este modo «lo que se está sancionando es al sujeto que ejerce violencia que incluye diversos *móviles o motivos* entrelazados o compatibles: aprovechamiento de la ocasión, vulnerabilidad, el obrar por venganza o represalia o por machismo en cuanto es expresión de desprecio hacia el otro (la mujer)»; en este sentido, además, «las razones de la agresión son normalmente las represalias por el abandono de la mujer, o simplemente la actitud machista del marido que no soporta que la mujer rehaga su vida o la lleve a cabo al margen de él»²⁴.

En nuestra opinión, un planteamiento así debe rechazarse. En primer lugar, el tipo penal no suministra indicio alguno del que pueda deducirse la exigencia de ningún elemento subjetivo del injusto cuya prueba, por cierto, haría casi imposible la viabilidad práctica del precepto. Pero, en segundo lugar, y aunque generalizarlo a todos los casos pueda ser erróneo, la Ley parte de que la violencia sexista es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» (art. 1.1. de la LO 1/2004), por lo que resulta clara la intención del legislador de promover la aplicación indiscriminada de los tipos agravados por razón de sexo a todos los casos en los que el sujeto pasivo sea mujer, con total independencia de los móviles concretos que impulsaron la acción

²³ Como acertadamente se ha indicado, «esta idea conforma la Ley y, en principio, debería ser un criterio de interpretación de los tipos penales», IÑIGO CORROZA: «Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, (coord. por MUERZA ESPARZA), Pamplona, 2005, p. 22, nota a pie nº 28. Excluyendo también la posibilidad de que el sujeto activo sea una mujer, GONZÁLEZ RUS: *Addenda. Derecho Penal Español. PE*, coordinado por COBO DEL ROSAL, Madrid, 2005, p. 12; SANZ MULAS: «Tutela penal», cit., p. 165.

²⁴ IÑIGO CORROZA: «Aspectos penales...», cit., p. 27 y nota a pie nº 47 (sin cursivas en el original).

lesiva o maltratadora. La norma, pues, parte de una situación de desigualdad estructural entre agresor (hombre) y víctima (mujer) que pretende ser combatida con una mayor exasperación punitiva para todos estos supuestos sin exclusión de ningún tipo. Otra cosa es la valoración político-criminal que un criterio punitivo de este tipo merezca y la evaluación de si con ello se contribuye de algún modo a la prevención de estas conductas.

3. Personas especialmente vulnerables que convivan con el sujeto activo

Otro de los problemas a dilucidar en el marco del art. 153.1 CP y, en general, también en los demás tipos penales afectados por la reforma de la LO 1/2004, es la determinación del concepto de «víctimas especialmente vulnerables». Al respecto se ha dicho que por tales debe entenderse aquel grupo de personas que «va a tener un índice de victimización mayor al resto de los demás individuos»; son grupos sociales que reúnen unos caracteres propios y comunes (endógenos o exógenos) «que los hacen fácilmente victimizables»²⁵. En conexión con esta idea creemos que puede ser de utilidad recordar que el § 225 StGB alemán sitúa dentro del círculo de sujetos pasivos a los menores de dieciocho años y a las personas indefensas por razón de su debilidad o enfermedad. Dentro de las circunstancias determinantes de la debilidad del sujeto la doctrina alemana cita, por ejemplo, el hecho de padecer algún impedimento en la capacidad de movimiento, ceguera, sordera o problemas propios de la avanzada edad de la víctima. La indefensión debe, además, derivarse de la enfermedad o debilidad del ofendido y no de circunstancias externas tales como haber encadenado o atado a la víctima²⁶. En resumen, menores de edad, incapaces (en el sentido del art. 25 CP), personas de avanzada edad y cualesquiera otras personas en las que el padecimiento de enfermedades o discapacidades físicas las sitúan en una posición de inferioridad frente al agresor, son quienes integran el concepto de víctimas especialmente vulnerables. Repárese, finalmente, que respecto a este círculo de sujetos pasivos la Ley exige expresamente, a diferencia de los anteriores casos, que la víctima especialmente vulnerable conviva con el autor.

III. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE VIOLENCIA OCASIONAL

En relación con las conductas actualmente recogidas en el tipo básico del art. 153 CP, se distinguen tres comportamientos alternativos: a) el ocasionamiento de un menoscabo psíquico; b) la producción de una lesión no definida como delito; y c) golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

1. La producción de un menoscabo psíquico

²⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ: *Análisis...*, cit., p. 102.

²⁶ Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS: *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, Granada, 2001, pp. 155-158; igualmente, OLMEDO CARDENETE: «La violencia...», cit., p. 618, notas a pie núms. 39 y 40, así como la bibliografía extranjera allí citada.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Comenzando con la primera de ellas, hay que decir que su introducción constituye uno de los aspectos técnicamente más discutibles del precepto y que genera mayores dificultades interpretativas. Tal y como ya se ha evidenciado por algunos autores²⁷, si el concepto de lesión (el tipo penal no se restringe a la lesión *física*, sino que habla de «lesión» a secas) comprende tanto la corporal como la psíquica, entonces carece de sentido añadir como conducta típica alternativa la causación de un «menoscabo psíquico». Atinadamente ha dicho LAURENZO COPELLO que la «referencia expresa al “menoscabo psíquico” resulta perturbadora e inadecuada a la vista de la clara definición legal de las lesiones, dentro de la cual se concede un espacio específico a las perturbaciones de la salud psíquica –“mental” dice el Código-. Seguramente, la pretensión del legislador ha sido llamar la atención de los jueces para que no dejen de aplicar el precepto cuando el resultado de la agresión no tenga manifestaciones físicas pero sí alguna perturbación –leve- de la normalidad psíquica. Pero ello no autoriza a incurrir en defectos técnicos tan llamativos como éste, donde un hecho claramente abarcado en el concepto de lesión pretende presentarse como resultado típico distinto y autónomo»²⁸.

Es cierto, pues, que la inclusión de esta modalidad típica es innecesaria a la vista de que el concepto de lesión abarca también la psíquica. Pero, además, ha de tenerse en cuenta qué tipo de alteraciones de esa naturaleza comprende este tipo penal. En este punto la aportación más sutil y lúcida la hace a nuestro parecer DEL MORAL GARCÍA. De acuerdo con la literalidad del precepto no cabe afirmar que el concepto de «menoscabo psíquico» se asimila al de lesión psíquica del art. 147 CP²⁹, sino que «ha de ser un menoscabo psíquico no definido como delito (así se deriva del plural que emplea el precepto: *definidos*). Por tanto cuando se trate de lesiones psíquicas susceptibles de integrar el delito del art. 147 habrá que calificar como tal con la correspondiente agravante de parentesco»³⁰.

Es decir, que si el quebranto de la salud psíquica requiere para su curación tratamiento médico deberá aplicarse, no el art. 153 CP, sino el delito de lesiones del

²⁷ Así, MORILLAS CUEVA: «El Derecho Penal...», cit., p. 273; ROMEO CASABONA: *Los delitos...*, cit., p. 233; TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 793; SANZ MULAS: «Tutela penal», cit., p. 166.

²⁸ LAURENZO COPELLO: «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», en *Artículo 14*, (nº 14, diciembre de 2003), Instituto Andaluz de la Mujer, p. 9. Mostrándose también críticos con el concepto de «menoscabo psíquico», CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/GUARDIOLA GARCÍA: *Derecho Penal*, cit., p. 154.

²⁹ Así parece hacerlo, sin embargo, TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 793.

³⁰ DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal», en AA.VV., *Encuentros “Violencia Doméstica”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 470. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS y otros: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, coordinado por COBO DEL ROSAL, Madrid, 2004, p. 155; BENÍTEZ JIMÉNEZ: *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar*, Madrid, 2004, p. 97; MONTALBÁN HUERTAS: *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 99.

art. 147 CP con la agravante genérica de parentesco si es que se trata de los sujetos que esta última contempla³¹. Por el contrario, si la alteración psíquica originada puede ser tratada mediante una primera asistencia facultativa (ej., mediante la simple prescripción de unos ansiolíticos), entonces nos encontraremos ante el supuesto contemplado en el art. 153 CP. Finalmente, si para su tratamiento no es ni tan siquiera necesaria tal asistencia facultativa estaremos frente a un simple maltrato emocional que, según los casos, podría derivarse a través de la simple vejación injusta o las injurias leves. Pero, ante esta delimitación, «la causación de un menoscabo psíquico del art. 153 se queda en un estrechísimo terreno intermedio muy difícil de detectar»³².

En cualquier caso, parece evidente concluir que la referencia al menoscabo psíquico era completamente innecesaria puesto que con la simple alusión del legislador a las lesiones no definidas como delito en el Código ya se darían por integradas tanto las corporales como las de naturaleza mental.

2. El ocasionamiento de una lesión no definida como delito

La segunda conducta alternativa recogida por el art. 153 CP es la producción de una lesión no definida como delito en el Código, esto es, en los arts. 147-150 CP. Se trata, según hemos visto, de aquellas lesiones que objetivamente sólo requieran para su sanidad una primera asistencia facultativa, así que para su delimitación nos remitimos a la distinción que en materia de lesiones se hace entre aquella y el tratamiento médico o quirúrgico³³. Si nos gustaría señalar, en cambio, que su determinación frente al simple golpe o maltrato carece en principio de trascendencia punitiva puesto que, a diferencia de lo que sucede con las faltas de lesiones y maltrato del art. 617 CP, en el art. 153 CP se da un tratamiento unitario (lo que también es criticable) sin hacer discriminación penológica de ningún tipo. Cualquier trato diferenciador en este punto debe quedar, por tanto, necesariamente limitado al juego que el marco abstracto punitivo del precepto concede.

3. El simple golpe o maltrato como modalidad de conducta

El tercero de los comportamientos integrados en el art. 153 CP es el ocasionamiento de un golpe o maltrato de obra que no determine lesión alguna. En este punto el legislador se ciñe a las violencias puramente físicas o corporales, puesto que habla de «golpear» o maltratar «de obra» a la víctima, por lo que no tienen cabida aquí los

³¹ Y es que la solución que en este punto señalan DEL MORAL GARCÍA, GONZÁLEZ RUS y MONTALBÁN HUERTAS debe ser matizada en función de los diferentes círculos de sujetos de la circunstancia mixta y el art. 173.2 CP.

³² DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., p. 471. Como ha indicado CARRETERO SÁNCHEZ: «La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación», en *La Ley* (2004), Diario nº 6023, p. 11 (impresión electrónica), «este tipo de maltrato es de muy difícil apreciación si no hay resultado lesivo y [...] resulta imposible su distinción con la falta de vejaciones injustas».

³³ Vid., por todos, MARTÍNEZ RUIZ: *Los delitos...*, cit., pp. 35 y ss.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

denominados «maltratos de palabra»³⁴. Esta circunstancia, unida a la delimitación del concepto de «menoscabo psíquico» que aquí se asume, conduce a que cualquier otra alteración psíquica de carácter leve sólo pueda ser reconducida, en su caso, a través de las faltas de vejación injusta o injuria leve del art. 620 *in fine* CP.

Las penas que se prevén para las conductas del tipo básico del art. 153 CP son «prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años». Varias son las apreciaciones que podemos realizar en torno a la penalidad prevista para estos comportamientos. La primera de ellas es que, comparada la respuesta punitiva que ahora se da con su anterior previsión como falta, no pasa desapercibido para nadie que el legislador ha endurecido una vez más las consecuencias que atribuye a la realización de conductas que, no lo olvidemos, son de carácter leve y ocasional (de lo contrario integrarían el delito de violencia habitual del art. 173.2 CP). Pero es que, además, tal y como en su momento puso de manifiesto DEL ROSAL BLASCO en relación con el Proyecto de Ley Integral, la pena de prisión prevista en este precepto es más grave que la recogida por el vigente tipo atenuado del delito de lesiones del art. 147.2 CP (prisión de tres a seis meses), con lo que «al agresor siempre le va a ser mucho más rentable punitivamente causarle a su víctima una lesión de las que requiera para su sanidad de tratamiento médico o quirúrgico, aunque, en razón del medio empleado o el resultado producido se pueda descender a la pena del tipo atenuado, que maltratarla de obra o causarle una lesión que sanó sola o que sólo requiera para su sanidad de una primera asistencia facultativa»³⁵. La segunda es que, también a diferencia de la normativa vigente hasta la reforma de 2003, es bienvenida la previsión como pena principal (y no como simple pena accesoria) tanto del derecho a la tenencia y porte de armas³⁶ como de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Especialmente importante es aquí, además, que la previsión de esta última pena sea de carácter facultativo en función del interés del menor a la vista del carácter puntual de los hechos y de su escasa gravedad. Como ha señalado GARCÍA ARÁN, la

³⁴ Vid., en cambio, la postura de SANZ MULAS: «Tutela penal», cit., p. 165, cuando afirma que «el problema reside en la pretensión del legislador de ampliar el concepto hasta el punto de dar cabida a cualquier maltrato ocasional de obra o de palabra entre personas ligadas por alguna relación de afectividad o parentesco» (sin cursiva en el original).

³⁵ DEL ROSAL BLASCO: «La regulación de la violencia habitual en el ámbito conyugal o en el de las relaciones de pareja en el Código Penal: Legislación vigente y propuesta de reforma», en *Congreso “Violencia Doméstica”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 344.

³⁶ Advirtiendo, sin embargo, que la imposición de esta pena puede ser excesiva, DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., p. 472.

«potestatividad de esta segunda pena accesoria resulta explicable habida cuenta la escasa entidad de los comportamientos aquí sancionados, puesto que en muchos casos la privación de la patria potestad, la guarda, etc., puede resultar mucho más perjudicial para el menor o incapaz que el mantenimiento de tales situaciones»³⁷. Por último, en relación con la imposición de la pena de prisión³⁸ y la posibilidad de aplicar como alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, queremos resaltar que su articulación concede cierto arbitrio al órgano judicial para atemperar la rigurosidad punitiva con la que son tratados estos comportamientos leves. Es más, algún autor como MORILLAS CUEVA³⁹ ha defendido que tal alternativa penológica hace innecesaria la articulación de una atenuación específica que corrigiera la desproporcionalidad de la respuesta punitiva en estos casos.

IV. EXAMEN DE LOS SUBTIPOS AGRAVADOS COMUNES A LOS APARTADOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL ART. 153 CP

El art. 153.3 CP recoge cuatro subtipos agravados para los que prevé la pena señalada en el básico y el agravado en su mitad superior. Estas agravaciones específicas son: a) perpetrar el delito en presencia de menores; b) utilizar armas; c) cometer el hecho en el domicilio común o en el de la víctima si es distinto; y d) realizar los hechos mediante quebrantamiento de alguna de las penas recogidas en el art. 48 CP o una medida de seguridad o cautelar de la misma naturaleza.

La incorporación de estos subtipos al art. 153 CP tuvo lugar a través de la enmienda de adición nº 129 (dirigida a modificar la redacción del art. 153) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados⁴⁰ a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LO 11/2003. El Proyecto de Ley, sin embargo, no las había previsto inicialmente.

1. La comisión del hecho en presencia de menores

La primera de las agravaciones específicas la dedica el legislador al supuesto en el que alguna de las conductas del tipo básico sea cometida «en presencia de menores». Bajo redacción del art. 153 CP anterior a la LO 11/2003, cuando acogía el delito de violencia habitual ahora regulado en el art. 173.2 CP, se discutía si el desarrollo de la violencia sistemática en presencia de los mismos daba o no lugar a la existencia de un concurso de delitos⁴¹. En nuestra opinión, tanto la incorporación de esta conducta

³⁷ GARCÍA ARÁN: *Comentarios*, cit., p. 121.

³⁸ Debe destacarse que el límite mínimo de la pena de prisión fijado desde la aprobación de la LO 11/2003 en tres meses, no se correspondió con el límite genérico del art. 36 CP hasta la entrada en vigor de la LO 15/2003 el 1 de octubre de 2004. Vid. también DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., p. 472.

³⁹ Vid. MORILLAS CUEVA: «El Derecho Penal...», cit., p. 274.

⁴⁰ Así, también, CRUZ BLANCA: «Los subtipos agravados del delito de violencia doméstica habitual», en *CPC* nº 82 (2004), p. 136.

⁴¹ Al respecto vid. GRACIA MARTÍN: en GRACIA MARTÍN, DÍEZ RIPOLLÉS (Coords.), LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. PE*, Tomo I, Valencia, 1997, p. 427; GÓMEZ RIVERO: «Algunos aspectos del delito de malos tratos», en *Revista Penal* nº 1, 2000, pp. 77-81; OLMEDO

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cualificada en el art. 153 CP como, sobre todo, en el delito de violencia habitual, confirma la tesis de que la presencia de estas víctimas especialmente vulnerables durante las escenas de violencia no da lugar a nuevos delitos y que, por tanto, no puede estimarse la solución concursal con sujetos pasivos indirectos de las actuaciones violentas. El legislador, no obstante, ha querido ser sensible tanto a la eventual reproducción futura de los patrones de violencia por parte de espectadores muy sensibles, como a las alteraciones emocionales que a éstos puede irrogar la desconsideración del sujeto activo hacia la presencia de los mismos durante la ejecución de los actos de agresión.

Sin embargo, aún siendo conscientes de la buena intención que perseguía el legislador con la incorporación de este concreto subtipo agravado, no podemos compartir su presencia en este contexto. Estamos convencidos de que las razones que sí pueden justificar la incorporación de esta agravación específica en el delito de violencia habitual no concurren en el contexto del art. 153 CP⁴². Aquí no presupone el legislador ningún ejercicio sistemático de agresiones determinantes de un clima continuado de violencia que pueda poner en peligro el adecuado desarrollo psicológico del menor y su estabilidad emocional. Y, además, no se olvide, las conductas que se tipifican en este precepto son de carácter leve y puramente ocasionales. ¿Cómo explicar que no se haya incorporado un subtipo de esta naturaleza en otros delitos mucho más graves y más idóneos para dañar el equilibrio psíquico de los menores cuando son ejecutados en el ámbito doméstico? ¿Es que la ejecución de un asesinato, de un homicidio o de unas lesiones de los arts. 148 ó 149 CP no pueden generar, con mucho, un mayor perjuicio en ese sentido al ser objetivamente más graves? Es evidente que el legislador partía inconscientemente de un presupuesto que no forma parte de este delito: el desarrollo habitual de conductas violentas en el ámbito doméstico que puede afectar al normal desarrollo de la personalidad del menor.

CARDENETE: *El delito...*, cit., pp. 57-59; FERNÁNDEZ PANTOJA: «Los sujetos...», cit., pp. 112 y ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO: «Cuestiones concursales en el delito del artículo 153 del Código Penal», en MORILLAS CUEVA (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, pp. 372 y ss.; sobre su consideración como «sujetos perjudicados» y no como sujetos pasivos vid. GARCÍA VITORIA: «Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico», en MORILLAS CUEVA, *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Madrid, 2002, pp. 554-555.

⁴² Las reflexiones que acertadamente hace CRUZ BLANCA en el marco del art. 173.2 CP, exigiendo la «presencia habitual» del menor en situaciones de violencia (vid. «Los subtipos...», cit., p. 145), corroboran la tesis aquí defendida. Se trata, pues, de exportar al contexto del art. 153 CP las razones de fondo que dicha autora esgrime para el delito de violencia habitual. Estimando, por el contrario, la pertinencia con carácter general de los subtipos agravados introducidos, MORILLAS CUEVA: «El Derecho Penal...», cit., p. 274; GONZÁLEZ RUS: *Derecho Penal...*, cit., p. 156.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Ya se ha señalado atinadamente⁴³ que el subtipo únicamente incluye a los menores y que deja fuera a los incapaces, en contra de lo que sucede en el mismo tipo básico del precepto a la hora de fijar el círculo de sujetos pasivos del delito por remisión al art. 173.2 CP. Aunque CRUZ BLANCA ha buscado como «única razón» factible de esta omisión la presunción «de que el incapaz ha culminado su “particular” desarrollo psicosocial y, en consecuencia, su evolución no puede verse afectada por la contemplación de episodios violentos», nosotros creemos que se trata sencillamente de un burdo olvido del legislador. En cualquier caso, y compartimos “lo discutible” de un razonamiento de esa índole, el equilibrio emocional y psíquico de los incapaces puede verse también alterado ante sucesos anormales que son personal y socialmente patológicos. Sería como si en los delitos sexuales el legislador no tutelara, cosa que no hace naturalmente, la indemnidad sexual de los incapaces por entender que éstos ya han alcanzado su “peculiar” proceso de maduración sexual. En la función tutelar que también desempeña el Derecho Penal los menores e incapaces son asimilados en muchas ocasiones, por lo que la omisión denunciada parece obedecer más a otra deficiencia de la técnica del legislador que a otro motivo más profundo.

Por otra parte, tal y como ha señalado la Circular 4/2003 de la FGE, el empleo por la Ley del término «menores» no impide la aplicación del subtipo agravado aunque sea sólo uno quien presencia los actos de *vis* física o moral. En cambio, si son varios los menores espectadores debe operar una sola vez la cualificación en cuestión. Asimismo, como el CP no especifica de qué minoría de edad se trata, habrá de entenderse que se aplica a menores de dieciocho años⁴⁴. Eso sí, como se ha apuntado acertadamente, «no bastará con la presencia de menores cuando sean de muy corta edad, sino que será necesario que éstos gocen de una mínima capacidad para entender el sentido violento del acto o actos presenciados»⁴⁵. Además, señala también la citada Circular que «aunque no lo diga el precepto, se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo, agresión entre cónyuges en la vía pública

⁴³ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 144.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en CALVO GARCÍA (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Madrid, 2004, p. 160. También ROMEO CASABONA considera excluidos estos supuestos del tipo agravado, aunque añade que «no está justificado que se les haya excluido de esta agravación cuando son ellos mismos las víctimas del delito, de modo semejante a como se ha procedido, por el contrario, en el art. 149.2», vid. ROMEO CASABONA: *Los delitos...*, cit., p. 233.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

presenciada por menores transeúntes)»⁴⁶. La razón de ello es perfectamente lógica. Si, en relación con el tipo básico, sólo pueden ser considerados sujetos pasivos del delito las personas relacionadas en el art. 173.2 CP, con mayor razón cabrá defender la identidad de sujetos en este caso tratándose de víctimas indirectas que sólo presencian el hecho. Carecería de sentido ampliar aquí el círculo de sujetos cuando ni siquiera se ejerce directamente la violencia sobre el menor.

En conexión con lo recién afirmado cabe, por último, preguntarse si la cualificación también despliega sus efectos allí donde la conducta del tipo básico se ejecuta precisamente contra un menor. Al respecto ya se ha dicho por CRUZ BLANCA que «habrá de ser aplicada no sólo en los casos en los que el menor sea testigo de la conducta, sino también, si cabe con mayor razón, en aquellos otros en los que se ejerza directamente la violencia sobre él, no sólo por perpetrarla de forma evidente en “su presencia”, sino porque interpretar lo contrario sería absurdo al castigarse más levemente conductas que tienen un mayor contenido de injusto». Y es que se «castigaría con mayor pena el caso de que el menor sólo presencie un acto de los que integren la violencia habitual ejercido sobre su madre, que el caso de que se inflija la violencia directamente sobre él»⁴⁷. Compartimos, no obstante, el criterio negativo que en este caso defiende escuetamente la FGE. En la Circular 4/2003 se sostiene que «no se da la agravación, sin embargo, por impedirlo la literalidad del precepto, cuando el sujeto pasivo del delito y, en tal caso, única víctima, sea un menor». Nuestra postura al respecto obedece a varias razones. La primera, desde luego, ya insinuada por la Circular, obedece a que el tenor literal del precepto no permite una interpretación semejante. El ejercicio directo de la violencia sobre el sujeto pasivo se contempla en el tipo básico y no en el agravado. La afirmación de que el delito «se perpetre *en presencia*» de menores apunta inequívocamente al supuesto en el que éstos no son destinatarios directos de la acción delictiva⁴⁸. No se olvide tampoco que estamos en el contexto de un subtipo agravado en el que la interpretación debe ser más rigurosa y taxativa al objeto de impedir la aplicación por analogía *in malam partem* de la norma. La segunda responde a la propia voluntad subjetiva del legislador cuando se introdujo la enmienda por la que se incorporaba el párrafo segundo al art. 153 en su redacción anterior. La justificación de la enmienda nº 129 afirmaba textualmente respecto a este supuesto que «se trataría aquí de proteger al menor que *contempla* los actos de violencia *contra su madre*, por ejemplo»⁴⁹. No se estaba pensando, por tanto, en el caso en el que el menor es objeto directo de la acción violenta. Y, en último lugar, no se da la incoherencia punitiva que sostenía la autora en cita. La comparación de los marcos punitivos en el supuesto en el que la

⁴⁶ En el mismo sentido, vid. TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 793.

⁴⁷ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 146 y nota a pie nº 37.

⁴⁸ En este sentido, también, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El nuevo tratamiento...», cit., p. 160.

⁴⁹ Vid. BOCG Serie A núm. 138-8 de 13 de mayo de 2003, pp. 66-67 (sin cursivas en el original).

conducta recae sobre el menor y aquel en el que es la madre la víctima y aquél únicamente contempla el hecho, olvida que el *plus* de exasperación viene justificado porque en el segundo caso, además, concurre la lesión del bien jurídico del que es titular la progenitora. No son, por tanto, supuestos de hecho que permitan ser comparados sin más.

2. Utilización de armas en la perpetración del delito

La siguiente agravación específica contenida en el art. 153.3 CP es la de perpetrar alguna de las conductas descritas en el tipo básico «utilizando armas». Tal y como ha sido ya dicho, la introducción de este subtipo valora «el peligro concreto de producción de lesiones o muerte a esas mismas personas derivado del uso de armas. Su fundamento agravatorio se asienta pues en un plus de antijuricidad en la medida en que el uso de armas conlleva un riesgo para la salud o vida de la víctima o víctimas sobre las que recae dicha violencia»⁵⁰.

Respecto a este subtipo resulta llamativo que el legislador se limite al medio comisivo de las «armas»⁵¹, dejando de lado como hace en otros preceptos (así, por ejemplo, en el propio tipo básico del art. 153.2 o en los arts. 148.1º, 180.1.5ª, 242.2 CP) la inclusión de otros *instrumentos o medios peligrosos*. Esta circunstancia hace que la aplicación de la agravación específica quede limitada al uso de armas blancas o de fuego por el necesario respeto al principio de legalidad. Así lo ha señalado, con acierto, la Circular 4/2003 de la FGE. No obstante, frente a la tesis que opta por el empleo efectivo del arma (disparando, cortando o pinchando) para la aplicación del subtipo⁵², creemos preferible la que extiende su apreciación incluso cuando el sujeto activo se limita a la exhibición de aquélla⁵³; aparte de que en este precepto, a diferencia de lo que sucede con el art. 148.1º, no se exige peligro concreto para la víctima⁵⁴, si lo que fundamenta el subtipo en esta modalidad es la existencia de un peligro para la vida o salud de aquélla, la comisión del hecho portando y exhibiendo un arma hace más que evidente la concurrencia de un riesgo adicional para el sujeto pasivo. Esta es, por lo demás, la solución que por ejemplo mantiene el TS respecto al robo con violencia o intimidación, cuando señala que «la exhibición de un arma en el momento de cometer la acción equivale a su directo y real empleo o uso, lo que da lugar a un mayor amedrentamiento o miedo de la víctima de la infracción delictiva, habiendo entendido este Tribunal de casación que como uso de armas u otros medios peligrosos debe entenderse no solo el empleo directo (disparo o pinchazo), sino asimismo la exhibición o utilización conminatoria, por el riesgo que comporta, por

⁵⁰ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., pp. 147-148.

⁵¹ *Ibidem*, p. 149; TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 793.

⁵² CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 148.

⁵³ Vid. DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., pp. 471-472; TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., pp. 793-794; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El nuevo tratamiento...», cit., p. 160.

⁵⁴ *Ibidem*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

lo que el hecho de mostrar el arma, manifestándola exteriormente de forma suficientemente visible para que pueda reforzar la acción intimidatoria con la amenaza ínsita de su empleo agresivo, integra la agravación, cuya justificación reside en el riesgo o peligro inherente en la presencia de las armas en la acción, así como en la mayor peligrosidad del sujeto que planifica su acción contando con dicho empleo» (STS 1-9-2003, BDB 10164).

Por lo demás, se ha destacado con acierto que esta agravación es compatible con la condena por un delito de tenencia ilícita de armas⁵⁵.

3. Comisión de los hechos en el domicilio común o en el de la víctima

La tercera exasperación contenida en el art. 153 CP entra en juego cuando la realización del tipo básico «tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima». Uno de los primeros interrogantes que genera esta circunstancia⁵⁶ es su concurrencia con la genérica contenida en el art. 22.2ª CP: cometer el hecho «aprovechando las circunstancias de lugar [...] que debiliten la defensa del ofendido». O, incluso, con la del art. 22.6º CP (abuso de confianza) si es que, por ejemplo, el franqueo en la entrada del domicilio se produce aprovechando la relación existente o ya pasada que une al sujeto pasivo con el activo. La trascendencia penológica de su apreciación como genérica o específica dependerá, a la vista de la actual redacción del art. 66.1.3ª CP, de si esta circunstancia concurre o no en solitario. Si lo hace, su estimación a través del art. 22 o del 153.3 CP será irrelevante puesto que tanto en un supuesto como en otro la pena a imponer es la de la mitad superior del tipo básico o agravado. En cambio, si concurre con otra de las recogidas en el art. 22 CP, la aplicación del subtipo del art. 153 CP (que es lo que procede hacer en tal caso) fija ya un marco punitivo más grave (la pena en su mitad superior) sobre el que opera la regla del art. 66.1.3ª CP (mitad superior de la mitad superior). De concurrir más de dos, su reconducción como circunstancia genérica permite agravar aún más el marco punitivo a través del art. 66.1.4ª CP.

De acuerdo con la redacción de este subtipo, el hecho puede ser cometido tanto en el domicilio común (para el caso de que la relación, conyugal o de hecho, persista en el momento de la comisión) o en el de la víctima (si es que ya son distintos o si –como ocurre en la relación de simple noviazgo- nunca llegaron a ser el mismo). La principal duda a resolver es la compatibilidad de la apreciación de la agravación específica y su concurso con el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP. Al respecto ya se ha pronunciado favorablemente la Circular 4/2003 de la FGE al afirmar escuetamente que «la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantando el art. 18 CE se le añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior». En la misma dirección, aunque más fundadamente, camina la posición

⁵⁵ GONZÁLEZ RUS: *Derecho Penal...*, cit., p. 156. Igual criterio sigue la Circular 4/2003 de la FGE.

⁵⁶ Así lo pone de manifiesto POLAINO NAVARRETE: *La reforma penal española de 2003*, Madrid, 2004, p. 55.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de CRUZ BLANCA al señalar en el marco del art. 173.2 CP que el «subtipo agravado, como ha quedado señalado, atiende a la especial vulnerabilidad de la en la que el agresor coloca a la víctima al ejecutarse la violencia en un espacio físico limitado que le dificulta emprender la huida o ser defendida por otras personas; es decir, el plus agravatorio en este caso no se fundamenta, en mi opinión, en la lesión a la intimidad domiciliaria de la persona agredida sino en el mayor peligro para su integridad. En cambio, el bien jurídico tutelado en el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP es la intimidad de la persona que quedará lesionada cuando alguien se introduce en el domicilio o permanece en él contra la voluntad de su morador. En consecuencia, el sujeto que realiza alguna de esas dos conductas en el domicilio una persona de las señaladas en el art. 173.2 CP sin su consentimiento y una vez allí la agrede, ha lesionado la intimidad de la víctima (art. 202 CP) y además ha incrementado el peligro para su integridad en el sentido del subtipo agravado de violencia doméstica habitual del art. 173.2 párrafo segundo pudiendo, por tanto, ser considerado autor de ambos delitos»⁵⁷.

Nosotros, por el contrario, creemos que la apreciación de la agravación específica impediría el concurso de delitos con el allanamiento de morada del art. 202 CP, solución esta última que resultaría penológicamente más severa con el agresor si es que se opta por apreciar un concurso real de delitos. La invasión domiciliaria prevista en el subtipo obstaculiza la condena simultánea por el delito de allanamiento, al igual que el robo en casa habitada (art. 241 CP) impide la condena por el art. 202 CP⁵⁸. En cambio, al no haberse previsto una exasperación específica similar en el robo violento o intimidatorio, la jurisprudencia no tiene inconveniente en condenar por el art. 242 CP y por el allanamiento de morada (por ejemplo, STS 14-3-2003 [BDB 14066]). No es, por tanto, descartable que el subtipo agravado del art. 153.3 CP consuma también el atentado a la intimidad que comete el agresor allanando la morada de su víctima.

Por lo demás, frente a lo indicado por algún autor⁵⁹, creemos el espacio domiciliar no tiene por qué constituir la residencia *habitual* del sujeto pasivo, sino que basta con que pueda ser calificado como morada en el momento de comisión de los hechos, esto es, cualquier lugar de permanencia estable o transitoria donde la víctima desarrolle aspectos vinculados con su vida personal y familiar que le permitan la facultad de excluir la presencia de terceras personas. En cambio, para apreciar la

⁵⁷ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 155. Otros autores parecen decantarse también a favor de esta solución cuando afirman «que son circunstancias de lugar que facilitan o aseguran la ejecución de los actos de violencia. La víctima en estos supuestos puede encontrarse desprevenida por sentirse falsamente protegida en su domicilio o ver dificultadas sus posibilidades de defensa, huida o de auxilio de terceros o de la autoridad o sus agentes», vid. BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El nuevo tratamiento...», cit., p. 160.

⁵⁸ Vid. GONZÁLEZ RUS: *Derecho Penal...*, cit., p. 459.

⁵⁹ Vid. TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., p. 794.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

agravación, basta con que la agresión se haya iniciado en el domicilio de la víctima aunque finalmente se materialice de forma completa fuera del mismo⁶⁰.

4. Quebrantamiento de pena, medida cautelar o de seguridad

El último de los subtipos previstos por el art. 153.3 CP viene determinado por la comisión de alguna de las conductas alternativas del tipo básico o agravado quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Ante todo, creemos que por regla general la apreciación del subtipo agravado del art. 153.3 CP excluiría la posibilidad de aplicar el quebrantamiento por respeto al principio *non bis in ídem*⁶¹. La respuesta, sin embargo, debe ser matizada en función del tipo de concurso de delitos que apliquemos. En los supuestos en los que exista unidad de hecho entre el ejercicio puntual de la violencia y la vulneración de la pena o medida, cabría apreciar un concurso ideal de delitos en el que se aplicaría la pena del delito más grave en su mitad superior. Comparados los marcos punitivos del art. 153.1 y 2, y del art. 468.2 CP, resulta que los primeros están castigados más gravemente, pues junto a la pena de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad se impone la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y, eventualmente, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, etc. Así pues, dado que por la aplicación de la regla penológica del concurso ideal de infracciones llegamos al mismo marco punitivo que el prescrito por el art. 153 CP (mitad superior de la pena prevista en el tipo básico o agravado), la conclusión es que en esta hipótesis resulta indiferente a efectos penológicos que se opte por la apreciación del subtipo agravado o por el concurso ideal. En cambio, si el quebrantamiento de la orden de alejamiento dictada como pena accesoria carece de unidad de hecho (requisito, dicho sea de paso, del principio *non bis in ídem*) con la realización de alguna de las conductas previstas en el art. 153.1 ó 2 CP, como por ejemplo cuando el sujeto activo realiza un seguimiento muy estrecho de la víctima para buscar la ocasión idónea en la que poder agredir a su víctima, entonces sería factible el recurso al concurso real de delitos. En esta hipótesis se pone de manifiesto que lo más gravoso para el reo sería la aplicación de dicho concurso entre el tipo básico o agravado del art. 153 y el quebrantamiento del art. 468.2 CP.

5. La relación entre estos subtipos agravados y los del delito de violencia habitual

Como cuestión común a las cuatro circunstancias agravantes específicas analizadas, haremos referencia a su eventual relación con las contenidas en el párrafo segundo del art. 173.2 CP. Este tema ha sido tratado con particular detenimiento la Circular 4/2003 de la FGE: «Debe repararse –afirma dicha Circular- en que las circunstancias

⁶⁰ CRUZ BLANCA: «Los subtipos...», cit., p. 153.

⁶¹ En cambio, se ha defendido la compatibilidad entre la agravación específica y el delito del art. 468 CP al afirmarse que no «hay que considerar que en estos supuestos es mayor el desvalor del resultado por lesionar el bien jurídico de la Administración de Justicia, ya que para ello entrará en juego el delito de quebrantamiento de condena», BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN: «El nuevo tratamiento...», cit., p. 161.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

agravatorias son exactamente las mismas en ambos tipos de maltrato familiar, habitual (173) y no habitual (153). Y ello suscita determinados problemas de *bis in idem* que pasamos a analizar. No será posible, por vulneración del principio citado (art. 25 CE), que una sola de tales circunstancias sirva tanto para agravar la conducta concreta de maltrato en la que concurrió (penada a tenor del art. 153) cuanto en la conducta de maltrato habitual (art. 173) en la que, junto a otros actos concretos, aquélla se integre para apreciar la nota de habitualidad. Es evidente que una misma circunstancia no puede ser tenida en consideración dos veces para agravar dos diferentes delitos. Esta misma conclusión es predicable del concurso entre las lesiones del art. 148.1 en relación con el 147 y el maltrato habitual del art. 173. Surge entonces la duda acerca de cuál sea el tipo penal en que dicha agravación deba surtir efecto, lo que tiene indudable repercusión práctica ya que la pena resultante del concurso será más onerosa si se forma el subtipo agravado con el art. 173 y no con el art. 153. En ocasiones la cronología procesal de enjuiciamiento puede dar por resuelto el asunto: si por haber sido enjuiciado separadamente el acto concreto ya se condenó por el delito del art. 153 apreciando la agravación, es claro que la circunstancia agravante no podrá ser tenida nuevamente en consideración en el ulterior procedimiento por maltrato habitual para agravar el tipo del art. 173. Pero fuera de ese caso, si se enjuician conjuntamente la conducta concreta y la habitual, de la que aquélla no es sino una específica expresión, se abren dos posibles opciones a la hora de formular la calificación: reputar cometido un delito del art. 153 en modalidad agravada en concurso real con delito del art. 173, o bien, a la inversa, estimar cometido un delito del art. 153 simple más un delito del art. 173 en su modalidad agravada. Existen argumentos que apoyan esta última opción: la específica mención “alguno o algunos” recogida en el art. 173 permite aplicar la agravación en este precepto. Asimismo ésa es la solución interpretativa que ofrece el principio de alternatividad del art. 8.4 CP. En consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP». Este criterio ha tenido ya reflejo en alguna jurisprudencia menor como la SAP de 11-10-2004⁶², según la cual la «mera lectura del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia evidencia que la titular del Juzgado de lo Penal ha valorado la agravante específica de ejecutar los hechos en el domicilio familiar común a los efectos de individualización de las penas correspondientes, tanto al delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP, como a cada uno de los dos delitos de maltrato no habitual en el ámbito doméstico del art. 153 CP, lo que supone una clara vulneración del principio *ne bis in idem* y de la doctrina reflejada en la ya citada circular de la Fiscalía General del Estado acogida en la sentencia de esta Sala de 14-7-2004».

Por nuestra parte, aunque compartimos con carácter general el criterio sostenido por la FGE y alguna jurisprudencia menor, creemos que sí es posible apreciar el subtipo

⁶² La Ley (2004), n° 335.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cualificado del delito de violencia habitual cuando el autor ha sido ya condenado por un acto de violencia ocasional agravado, y este episodio puntual no integre (por ser, por ejemplo, un antecedente completamente aislado) el periodo de violencia habitual tenido en cuenta por el Juez o Tribunal para condenar por el art. 173.2 CP. La solución dada por la Fiscalía tiene como presupuesto la integración del acto de violencia castigado por el art. 153 CP en el delito del art. 173.2 CP, por lo que no habrá dificultad en apreciar la agravación específica de este último si la condena previa está completamente desconectada de los hechos que integran la violencia habitual. Por lo demás, creemos que existe un argumento adicional para ratificar el criterio de la FGE y de los Tribunales de optar por la estimación del subtipo agravado del art. 173.2 CP, a saber, que la realización sistemática de actos de violencia física o psíquica mediando al menos alguna de las circunstancias mencionadas en las agravaciones específicas, es un hecho más grave que la realización de un acto de violencia ocasional cometido bajo tales circunstancias, por lo que allí donde pueda estimarse que una o la mayor parte de los hechos se perpetraron en esas condiciones, deberá optarse necesariamente por esta solución en atención al principio de especialidad del concurso aparente de normas penales (art. 8.1ª CP).

6. Modalidad atenuada

La nueva redacción del art. 153 CP sufrida por la Ley Integral no se limita, sin embargo y a pesar de lo expuesto hasta el momento, a introducir un régimen punitivo más severo en el delito de violencia ocasional. Y es que, en consonancia con algunas propuestas que ya se hicieron con ocasión de la reforma introducida por la LO 11/2003⁶³, el vigente apartado cuarto del precepto citado dispone que «*no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado*». Tanto los intentos del año 2003 como la incorporación efectiva de la atenuación facultativa de la pena con la Ley Integral, son sin duda muestra de las cautelas que el legislador quería tomar para impedir una eventual declaración de inconstitucionalidad del art. 153 CP por infracción del principio de proporcionalidad, en la medida en que el mismo elevaba a la categoría

⁶³ Sobre la base del precepto propuesto por el Ministerio de Justicia en el Anteproyecto de la LO 11/2003, el informe elaborado por el CGPJ formuló básicamente una sugerencia, a saber, que por razones derivadas del principio de proporcionalidad era necesario establecer un tipo atenuado en el art. 153 en el que poder integrar agresiones de muy escasa entidad. Y así, entiende el referido informe que «*el art. 153 debería configurarse de tal manera que en casos de escasa relevancia pudiera el Juez o Tribunal imponer la pena inferior en grado*. Pues un mero maltrato de obra, aunque tenga por destinatario a alguna de las personas del círculo doméstico puede presentarse como un hecho que no tenga gran significancia lesiva, y en estos casos debe poder atenuarse la responsabilidad penal». En el mismo sentido caminaba también la Enmienda al Proyecto de Ley que en el Congreso de los Diputados formuló el Grupo Parlamentario Socialista (vid. la Enmienda nº 174, BOGC Serie A núm. 136-8 de 13 de mayo de 2003, pp. 84-85).

de delito conductas que por su levedad venían siendo únicamente castigadas como simples faltas.

A pesar de que tal moderación punitiva atenúa de algún modo el rigor de la normativa vigente, su articulación técnica es sin duda criticable por su *absoluta indeterminación* en la medida en que la Ley no señala ni especifica qué circunstancias personales del autor o las concurrentes en el hecho deben ser tenidas en cuenta para proceder a la rebaja de la pena, dejándolo así la fijación de los criterios que sirven de base a la aplicación del precepto al más puro arbitrio judicial.

V. VALORACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DEL ART. 153 CP

Terminamos el presente trabajo con una valoración parcialmente crítica de algunos puntos de las decisiones legislativas procedentes de la LO 11/2003 y de la LO 1/2004 que han configurado conjuntamente la actual estructura de los comportamientos tipificados por el vigente art. 153 CP. Por un lado, tal y como la mayoría de la doctrina científica que se ha pronunciado ya al respecto⁶⁴, se evidencia claramente un rechazo muy consensuado a un endurecimiento tan notable de la normativa punitiva como el que ha supuesto la elevación a la categoría de delito de comportamientos leves y ocasionales en el ámbito doméstico. Y así, afirma DEL MORAL GARCÍA, «la medida en mi opinión es excesiva y se enmarca en esa filosofía un tanto ingenua de combatir el fenómeno de la violencia doméstica con “más Derecho penal”. Creo que la amplitud de las conductas encajables en el art. 153 desbordan el principio de intervención mínima y enseguida vienen a la cabeza ejemplos que ponen esa realidad de manifiesto. A veces la tendencia de ir progresivamente agravando la respuesta de penal puede conllevar efectos perversos al generar una reluctancia en los juzgados y tribunales a imponer penas desproporcionadas con la gravedad de los hechos y buscar subterfugios y abrir agujeros para vaciar el tipo penal»⁶⁵. Y precisamente tales ejemplos eran ya puestos sobre la mesa por DEL ROSAL BLASCO cuando afirmaba que «maltratar de obra o causarle una lesión constitutiva de falta [ahora delito] a un hermano o a una hermana, a un cuñado o a una cuñada, o a un hijo o a una hija no es siempre una manifestación del fenómeno criminal de la violencia doméstica. Piénsese que, de acuerdo con el sentido literal inequívoco del propuesto nuevo art. 153, cuando un sujeto mayor de dieciocho años le pega un empujón ocasional a su hermano o hermana, o le propina un puñetazo ocasional que le causa una lesión para cuya sanidad no requiere de asistencia facultativa o requiere tan sólo de una primera

⁶⁴ Vid. DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., pp. 468-469; GONZÁLEZ RUS: *Derecho Penal...*, cit., pp. 155-156; DEL ROSAL BLASCO: «La regulación...», cit., pp. 342-344; POLAINO NAVARRETE: *La reforma...*, cit., pp. 56-57; LAURENZO COPELLO: «Los nuevos delitos...», cit., pp. 9-11; ROMEO CASABONA: *Los delitos...*, cit., p. 229; GARCÍA ARÁN: *Comentarios*, cit., p. 120; TAMARIT SUMALLA: *Comentarios*, cit., pp. 792-793; BENÍTEZ JIMÉNEZ: *Violencia...*, cit., pp. 97-98; SANZ MULAS: «Tutela penal», cit., pp. 165-166.

⁶⁵ DEL MORAL GARCÍA: «Aspectos penales...», cit., p. 469.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

asistencia facultativa, la amenaza de pena para un hecho es de prisión de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Enviar ese mensaje a los jueces, obligándoles a aplicar esa pena, es forzar a aplicar una norma jurídica que contradice abiertamente la sensibilidad social más razonable y, por tanto, los elementales requerimientos del principio de proporcionalidad, en relación con la valoración de la gravedad de las conductas»⁶⁶.

Pues bien, precisamente respecto a este último aspecto de la posible desproporción punitiva cometida por el precepto en cuestión, se plantearon algunas cuestiones de inconstitucionalidad por posible vulneración del art. 25 CE; resolviendo una de ellas el Auto nº 233 de 7-6-2004, dictado por el Pleno del TC⁶⁷, se pronuncia en sentido negativo a entender vulnerado el principio de proporcionalidad de las penas. El supuesto de hecho del que traía origen tal cuestión de inconstitucionalidad consistió en el guantazo que el acusado propinó a su compañera sentimental en el marco de una discusión de pareja y en presencia de sus dos hijas. La lesión originada tardó en curar un día sin tratamiento ni incapacidad y el imputado se conformó con una pena de nueve meses de prisión, del derecho a la tenencia y porte de armas por un período de dos años y accesoria de suspensión de derecho de sufragio pasivo por igual tiempo que de prisión.

Para revisar la constitucionalidad del juicio de proporcionalidad subyacente en el art. 153 CP, el TC parte de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo»; en el ejercicio de dicha potestad «el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional», por lo que «la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad». No obstante, para determinar si el legislador se ha mantenido dentro de esos límites básicos marcados por nuestro texto fundamental «debe indagarse, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes. En segundo lugar, deberá indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado

⁶⁶ DEL ROSAL BLASCO: «La regulación...», cit., p. 343.

⁶⁷ Dicha resolución puede encontrarse en el *Diario La Ley* nº 6088, de 17 de septiembre de 2004, con comentario de MAGRO SERVET.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena» (FJ 3º).

De acuerdo con esta doctrina, cuya procedencia se fija fundamentalmente en las SSTC 55/1996 de 8 de marzo, 161/1997, de 2 de octubre, y 136/1999, de 20 de julio, el TC pasa a evaluar los tres puntos sobre los que poder apoyar el juicio de proporcionalidad. Y así, respecto al objeto de tutela y fines perseguidos por la norma penal examinada, pone de manifiesto dicho Tribunal «la relevancia social de los bienes e intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39)» (FJ 5º).

Respecto al segundo de los criterios mantiene el TC que «tampoco cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico» (FJ 5º). Más específicamente, respecto a la previsión de la pena de prisión por el art. 153 CP, señala dicho órgano que «sólo si a la luz de un razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo del derecho para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento». Sin embargo, prosigue el TC, «el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad está huérfano de todo razonamiento, pues ni siquiera se indica o menciona en aquél medida alternativa alguna a la pena de prisión prevista por el legislador, ni nada se argumenta, por tanto, sobre la existencia de medida de menor intensidad y de una funcionalidad similar a la legalmente establecida» (FJ 6º). Para fundamentar el juicio de proporcionalidad respecto a la previsión de una pena privativa de libertad, considera también fundamental el máximo intérprete de la Constitución que «la pena de prisión no es la única que como pena principal se recogen en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria»⁶⁸. A ello se añade, finalmente, ratificando la

⁶⁸ También en este punto la reforma de 2003 acogió la propuesta de MORILLAS CUEVA: «Respuestas...», cit., p. 686.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

constitucionalidad de la penalidad contenida en el art. 153 CP, «que las conductas que se sancionan en el precepto en ningún caso constituyen ni resultan amparadas por el ejercicio de algún derecho proclamado en la Constitución española, de modo que “no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor” (STC 136/1999, FJ 28)».

A nuestro juicio, los argumentos vertidos por el TC no impiden censurar, al menos en parte, la decisión legislativa adoptada de elevar a la categoría de delito comportamientos leves y ocasionales en el ámbito doméstico que hasta ahora venían considerándose como simples faltas. Nuestra postura, diferenciadora, camina en la línea marcada por CARRETERO SÁNCHEZ⁶⁹ quien, con razón, acoge favorablemente la mayor rigurosidad en el tratamiento de las lesiones físicas o psíquicas que objetivamente requieran para su sanidad una primera asistencia facultativa. Muy discutible resulta, en cambio, que se equiparen a tales conductas el simple golpe o maltrato no constitutivo de lesión y el menoscabo psíquico (si es que puede de algún modo interpretarse) de la misma naturaleza. En este punto, aunque el TC haya ratificado su constitucionalidad, el juicio de oportunidad del legislador no ha valorado adecuadamente la levedad de numerosas conductas que formalmente integran la conducta descrita por el tipo penal. Los Jueces y Tribunales a la hora de aplicar el precepto se ven abocados a la búsqueda de criterios materiales que de algún modo limiten los amplísimos contornos de la conducta formalmente típica.

También la STC 14-5-2008 ha entrado a analizar si el art. 153.1 CP respeta los cánones constitucionales de proporcionalidad al establecer la correspondiente exasperación punitiva para los casos en los que la agresión leve ocasional es manifestación de la violencia de género en el marco de las relaciones de pareja. Ante todo, y sin perjuicio de lo que ya apuntamos al comienzo de este trabajo, debe recordarse, como destacó el muy fundado Auto de 29 de julio de 2005 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia que promovió la cuestión de inconstitucionalidad, que las consecuencias jurídicas que se derivan para el tratamiento punitivo diverso de estos casos de violencia de género no se limitan a la imposición de un marco abstracto de la pena más severo (el del art. 153.1 CP frente al del tipo básico), sino que más allá se extienden «al régimen de las alternativas a la pena privativa de libertad⁷⁰, al que serían aplicables determinadas agravaciones (arts. 83.1.6º, 84.3, y 88.1 CP), [...] También se apunta la posible afectación directa del fallo en el caso de aplicación de la rebaja de un grado del art. 153.4 CP con el efecto de alcanzar una pena de prisión inferior a tres meses. Finalmente, se señala que la pena imponible sería idéntica en

⁶⁹ CARRETERO SÁNCHEZ: «La violencia...», cit., p. 11.

⁷⁰ Y es que no debemos olvidar que las modificaciones realizadas en materia de suspensión y sustitución de penas (arts. 33-35 CP) por la LO 1/2004 resultan aplicables en el caso de que se trate de «delitos relacionados con la *violencia de género*», de acuerdo con el concepto que de esta última suministra el art. 1 de dicho cuerpo legal.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

el caso de considerar al marido persona especialmente vulnerable ya que el inciso final del precepto no introduce discriminación alguna en relación al sexo de los sujetos. El requisito de la convivencia quedaría acreditado en el caso pero faltaría la acreditación de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo varón».

Como ya pusimos de manifiesto, la STC 14-5-2008 considera constitucionalmente adecuado el régimen jurídico diverso para las agresiones cometidas por el varón sobre la mujer sobre la base de considerar que las mismas se caracterizan por un mayor desvalor de la conducta. Junto a ello, y como presupuesto, para el máximo intérprete de nuestro Texto fundamental «es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador». Dicha finalidad no es otra que «prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales» (FJ 8º).

Pero junto a la legitimidad de los fines y la razonabilidad de los medios normativos empleados para su consecución, es evidente que el TC considera relevantes otros aspectos. Y así, la introducción durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Integral **la ampliación del tipo agravado a los casos en los que la víctima es una persona especialmente vulnerable**, hace que quede «notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (art. 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP)» (FJ 4º B). Trascendental resulta también para la validación de la constitucionalidad de la norma cuestionada **la articulación de un marco punitivo flexible** y, especialmente en primer lugar, que la «pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”» (FJ 10º). A todo ello se añade, además, el ya usual recordatorio del **margen de discrecionalidad del que goza el legislador para el diseño de la Política criminal**: «Nuestro análisis relativo a la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Es al legislador al que compete “la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”» (FJ 6º).

En nuestra opinión, como ya pusimos de relevancia, el precepto cuestionado no resulta inconstitucional por contravenir el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, sin perjuicio de las observaciones críticas que hicimos en relación con el contenido de injusto diverso que caracterizaría a estas agresiones en el sentido de suponer un atentado adicional a la seguridad, libertad y dignidad de la mujer. Pero desde luego, como colofón a este trabajo, no podemos dejar de expresar nuestro escepticismo al atribuir a medidas penales de este tipo efectos preventivos en materia de violencia de género. Esperemos que alguna vez el legislador y nuestra clase política renuncien al recurso fácil y barato del Derecho Penal como una forma de intentar vender a la ciudadanía «soluciones» a problemas de gran complejidad y trascendencia social.

LA CAÍDA DEL SISTEMA (CRISIS DE GOBERNABILIDAD EN LAS CÁRCELES DE MÉXICO)

Gerardo Saúl PALACIOS PÁMANES

“Nos hemos querido referir con encomio a estos dos filántropos y hombres de ciencia que se llaman Carlos Franco Sodi y Javier Piña y Palacios, quienes, en su aparente fracaso como directores de la Penitenciaría del Distrito Federal, demostraron la profundidad a que se encuentra hundida esta institución penitenciaria por gracia y obra de los intereses creados más vergonzosos, que parecían insondables.

Teófilo Olea y Leyva

SUMARIO: 1. El Sueño de los Setenta. a. Reglas mínimas/normas mínimas. b. Los cuatro puntos cardinales. c. El reloj de la readaptación social marca las doce. 2. Readaptación del Fin de la Cárcel: Anulación Social. (La Muerte de la Pena de Muerte y la Resucitación de la Cadena Perpetua). a. Salinas, Zedillo y Fox. (El nacimiento del enemigo en la política criminal). b. Delito grave, penas altas y restricciones. c. El reloj de la readaptación social detiene su marcha. d. El asalto a las prisiones. e. El *crack* del sistema penitenciario de máxima seguridad. 3. El Proyecto de Calderón. a. Rumbo a la quiebra penitenciaria. b. La pobreza como delito, la riqueza como bien jurídico protegido. c. La política del “vivo o muerto”. d. El penal como “casa de seguridad”. 4. La Toma de la Bastilla. a. ¿La tabla manda? b. prospectiva de encarcelamiento c. La cárcel como simbolismo. d. Sálvese quien pueda. 5. La Esperanza Muere al Último. (Algunas Propuestas). Bibliografía.

1. El Sueño de los Setenta.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

a. Reglas mínimas/normas mínimas.

Las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas en Ginebra, datan del año 1955. No obstante, México se movió al ritmo de aquellas sobre todo a partir de los albores de los años setenta. Sergio García Ramírez dejaría la Subsecretaría de Gobernación para asumir la Dirección de Lecumberri (*Palacio Negro*). Convencería a don Mario Moya Palencia de que una reforma penitenciaria era necesaria; oportuna también, a la luz de las prescripciones de las Reglas Mínimas prohijadas en el escenario internacional mas no adoptadas hasta entonces por el derecho doméstico.

García Ramírez tuvo una tarea harto complicada: contrario a lo que la mayoría podría imaginar, quienes hemos trabajado en prisiones sabemos que es más complicado clausurarlas que inaugurarlas. La logística de desalojo es más compleja que la de alojamiento. Implica distribuir a la población en otros centros penitenciarios donde, probablemente, se vean las caras con los deudos de su víctima, miembros de bandas rivales o personas internadas gracias a su testimonio incriminatorio.

Pero la reforma no se agotaba con el cierre de la cárcel más denigrante de la historia mexicana. En su lugar, debía producirse un nuevo sistema penitenciario. Se promulgó la Ley que Establece Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y planeó la construcción, en el Distrito Federal, de un centro de readaptación social en cada punto cardinal de la ciudad. Atraídas por el magnetismo que el centro genera hacia la provincia (calculaban los hacedores de la reforma), las entidades federativas seguirían este camino.

b. Los cuatro puntos cardinales.

Se construyeron los centros: “Norte”, “Oriente” y “Sur”. El reclusorio “Poniente” nunca pasó de su primera piedra, colocada varias veces en ceremonias simbólicas de inicio, que por razones diversas se quedaron en la fotografía y el banderazo.¹ El reclusorio “Norte” fue encomendado a don Antonio Sánchez Galindo. Los presos que allí se trasladaron no daban crédito a lo que veían. Lugares espaciosos para hacer deporte; talleres amplios para trabajar; aulas iluminadas para estudiar; camarotes dignos para descansar. Aquello, comparado con Lecumberri, era como un centro recreativo más que punitivo.

La mejora no sólo significó dignificar espacios físicos. El personal estaba claramente inclinado hacia la consecución del fin readaptatorio. Hilda Marchiori como titular de Psicología; Alfonso Quiróz Cuarón como Jefe del Centro de Observación y Clasificación; Julia Sabido al frente del área de Trabajo Social. Los maestros estaban manos a la obra.

¹ Cfr. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. *Derecho Penitenciario*. Mc Graw Hill. Serie Jurídica. México. 1999. p. 190.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Don Antonio Sánchez Galindo, cuando dirigió el Centro Penitenciario del Estado de México, hizo sonar en las bocinas de patios y talleres música clásica que, se decía entonces como ahora, sosiega al hombre y lo mueve a la reflexión. El personal de custodia, meticulosamente seleccionado, vestía con decoro, hablaba con propiedad y se dirigía con respeto a los presos. Ellos, acostumbrados al maltrato de los “monos” de José Revueltas (celadores de Lencumberry),² reclamaron al principio la falta de insultos, golpes y abusos. Nadie jamás los había tratado con dignidad.

Como sucede en la historia de todo penal, la primera evasión tuvo lugar. Para evitar la inmundicia característica de los presidios, amén de la deficiencia de su red de drenaje, túneles subterráneos amplios, laberínticos, a veces bifurcados, se trazaron por debajo del complejo penitenciario. Recorriendo estos pasajes y cortando con herramienta robada las rejillas que cancelaban el paso de un acceso a otro, el viejo jardinero llegaría a la calle pública y de allí a Estados Unidos de América. Una vez instalado en su país natal, lejos del alcance de los brazos cortos de la justicia mexicana, envió una postal navideña al director del reclusorio, que decía: “*Thank you for Christmas in freedom*”.³

Evasión, motín, homicidio, suicidio, sobrepoblación, son características esenciales de un lugar de encierro penal. Las preguntas son: ¿cuándo habrá una fuga?; ¿cuándo habrá sobrepoblación? Eso sí, cuando el primero de estos fenómenos se produce, la cárcel comienza su descenso, fatal y estrepitoso, con escasas excepciones.

En un sistema dominado por la ideología “re”, es preferible una evasión a un suicidio. Es mejor arriesgar (hasta cierto punto) la seguridad en aras de la readaptación. Se pone el énfasis en el ser humano, y ese “poner el énfasis” significa considerarlo, cualquiera que haya sido su delito, un ser digno de confianza. Claro, esta decisión se toma asumiendo los riesgos que conlleva. Cuando el personal la toma, sabe que, con independencia de lo que prescriba la Constitución, contradice los verdaderos propósitos de la política.

Provincia, en efecto, procuró participar del sueño de los años setenta. Algunos esfuerzos se hicieron para mejorar la infraestructura y funcionamiento de los presidios estatales. Los profesionales de las ciencias de la conducta conquistaron plazas de trabajo en el sistema penitenciario; se renovó el marco jurídico, con leyes de ejecución de sanciones privativas y restrictivas de libertad que, en general, previeron un tratamiento con fases de: estudio y diagnóstico; clasificación y preliberación.

Las cárceles estaban ya sobrepobladas, pero la ideología era humanista más que nunca.

² “Monos... viles e inocentes. Tan estúpidos como para no darse cuenta que los presos eran ellos y no nadie más... cubiertos de ojos de la cabeza a los pies...”. REVUELTAS, José. *El Apando*. Editorial Era. Col. Obras Completas. No. 7. México. 1969. pp. 13-14.

³ SÁNCHEZ GALINDO, Antonio. *Narraciones Amuralladas*. Editorial s.n. México 2001. pp. 101-105.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

c. El reloj de la readaptación social marca las doce.

Mientras esto ocurría en México, Estados Unidos de América renunciaba a la ideología “re”, con la frase: “*Nothing works*”. Autoría de Robert Martinson, esta sentencia nihilista se deriva de su artículo *¿Qué es lo que funciona?*, que viera la luz en 1974. Basándose en un informe anterior sobre los resultados de la reforma penitenciaria humanista, caracterizada por la inclusión de programas de readaptación con los cuales se buscó evitar la reincidencia, Martinson concluía que, en efecto, nada funciona para erradicar el delito de la sociedad.⁴

Desde entonces, los partidarios de la prevención especial negativa (recluir para excluir, en vez de recluir para reincorporar) basan sus críticas a la ideología “re” en el fracaso de los setenta. Sobre el fracaso, habría que decirle a los ideólogos “anti re” que sus argumentos dejan fuera una variable: la readaptación social cuesta mucho dinero. Que las cárceles no funcionen para readaptar no quiere decir que los seres humanos no tengamos la capacidad de mejorarnos.

Mientras en Occidente la renuncia de Estados Unidos de América al ideal “readaptación” y su sustitución por el fin “represión” producía tentación en otras naciones, México abrazó el ideal que se vigorizaba con la Cárcel Abierta de Toluca de Lerdo.

2. Readaptación del Fin de la Cárcel: Anulación Social. (La Muerte de la Pena de Muerte y la Resucitación de la Cadena Perpetua).

a. Salinas, Zedillo y Fox. (El nacimiento del enemigo en la política criminal).

Entre las décadas de los setenta y de los noventa transcurrió tiempo suficiente para el desencanto. Mas esta decepción no ocurrió en el terreno exclusivo de la pena y la prisión. Luis Echeverría hizo de su frase “Arriba y Adelante” una premonición de lo que ocurriría en las décadas siguientes. Para “arriba” se fue la fortuna de las pocas familias dueñas de México; hacia “adelante” marchó el proyecto económico-social de dominación, que incluye entre sus coordenadas el control de la pobreza a través del sistema punitivo. Lo que requirió alivio tuvo castigo por respuesta, convirtiéndose así la política social en política criminal.

En este escenario la cárcel ya no pudo ser administrada con ideologías “re”, pues pasó de ser un instrumento de cohesión social a otro de dominación por medio de la división. La pobreza aumentó, de allí que haya sido necesario actuar sobre los pobres. Esto explica por qué la prisión está llena de miserables.

¿México, al igual que su vecino del norte, renunciaría a la readaptación para admitir que su fin es reprimir?: No. El ideal “re”, aunque abandonado en realidad, servía para legitimar el incremento de la violencia estatal y de la población penitenciaria. La ideología degeneró en discurso y éste en demagogia. “¡Entre más gente apresemos, más readaptados devolveremos a la sociedad!”. Pero en realidad el

⁴ Cfr. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historia de los Pensamientos Criminológicos*. Prol. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Editores del Puerto. Argentina. 2005. p. 475.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

silogismo penitenciario siempre funcionó al revés: a más internos menos readaptación. La razón es sencilla: el psicólogo que antes trataba a 10 internos ahora debe atender a 1 mil. Un tratamiento suministrado en estos términos equivale a dividir en 100 pedazos la única pastilla que queda en el botiquín. Todos los pacientes recibirán medicamento, pero ninguno mejorará.

Si siguiéramos una ruta de pensamiento lineal, producto de leer manuales de derecho penal al uso, esta afirmación sería verdad absoluta: “Entre más delitos más presos”. O, lo que es igual: “La variable *cantidad de presos* es dependiente de la variable *cantidad de delitos*”. Pero en México el índice de pobreza sea quizá la explicación causal del índice de presos. Nuestra conjetura tiene un aliado empírico: en las prisiones mexicanas es más difícil encontrar un interno millonario que un arma de fuego.

b. Delito grave, penas altas y restricciones.

La delincuencia asociada evolucionó a delincuencia organizada. El grado de sofisticación, aunado al poder económico de la criminalidad corporativa, dio pretexto al Estado para apuntalar una política criminal diferente a la que hasta entonces había existido. Al lado del derecho penal del ciudadano nació el *derecho penal del enemigo*.⁵ Se promulgó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada al tiempo que la Constitución previó la intervención de líneas telefónicas e interceptación de comunicación escrita. La pena de prisión se elevó en uso y duración. En el primer caso, el resto de las sanciones penales ha quedado prácticamente en desuso. Penas como: amonestación, multa, publicación especial de sentencia, jornadas de trabajo a favor de la comunidad, prohibición de ir a lugar determinado, etc., existen sólo para guardar las apariencias. Son como las damas de compañía, que rodean a la princesa para que su soledad no dé de qué hablar. En el segundo caso, el artículo 366 del Código Penal Federal prevé una pena por hasta 70 años de prisión.

Se vive un regreso al sistema de la pena exacta, que funcionó durante la vigencia del Código Penal de 1871 (Código “Martínez de Castro”). El arbitrio judicial se disminuye, al grado que el legislador prejuzga la gravedad de los delitos para determinar quiénes no podrán afrontar su juicio en libertad. Escasean los casos en que la conducta delictiva tiene prevista una sanción alternativa. El juez es un autómatas de la ley, y ésta, una declaración de guerra.

El Centro de Readaptación Social “Apodaca”, Nuevo León, inaugurado en el año 1989 como el reclusorio que contaba con la seguridad más elevada en América Latina, cedió su sitio al Centro Federal de Readaptación Social “Almoloya”. En éste, la readaptación social tiene por tratamiento inicial el aislamiento en celda celular, el silencio, los pasillos laberínticos de un complejo penitenciario con forma de madriguera. El interno no puede dormir; la luz de la bombilla no se apaga. El reo tiene prohibido cubrir su rostro con la cobija. La cámara debe grabar cada segundo.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Derecho Penal del Enemigo*. Editorial Ediar. Argentina. 2007.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

¿Dónde come el recluso?, ¿dónde se asea?, ¿dónde orina y defeca?: en la misma celda diminuta. Siempre ante la mirada de los custodios. ¿Cómo lo miran, si no está en un panóptico?: Las cámaras hacen el trabajo. Ése es el nuevo rostro de la readaptación social. La readaptación social, como ideología, ha muerto. Terminó la era del hermano que erró su camino. Es la era del enemigo. Si al hermano se le perdona, ¿qué procede hacer con el enemigo?

Así las cosas, el Estado ha incrementado la frecuencia de uso y duración de la pena privativa de libertad; aumentado el régimen de disciplina y seguridad dentro del sistema penitenciario federal⁶ y reformado las leyes penales para prohibir la libertad anticipada por méritos tratándose de ciertos delitos de clamor social. Mientras tanto, la desesperanza que significa para un interno saber que haga lo que haga no saldrá de la cárcel antes de varias décadas lo mueve a: cometer motines, secuestro de funcionarios, huelgas de hambre, suicidio.

Un interno federal, condenado a 35 años, con apenas 10 de encierro (muchos para quien la sufre) exigió la revisión de su expediente. Se le informó que por el delito cometido no tenía derecho a preliberación. El reo regresó a su celda y allí se las ingenió para iniciar una protesta. Utilizando un pedazo de vidrio, a guisa de aguja, se cosió los labios para evitar que se le alimentara a la fuerza. Para un Estado antiliberal, este hombre no es un semejante a quien se le debe readaptar; es un enemigo a quien es preciso anular.

c. El reloj de la readaptación social detiene su marcha.

El 5 de diciembre del año 2005, producto de obligaciones contraídas en el plano internacional, México derogó la pena de muerte. A cambio, resucitó la cadena perpetua. El asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actuando como Tribunal en Pleno, nuestro Máximo Colegio Judicial conoció de la acción de inconstitucionalidad radicada con el número de expediente 2/2003, que fuera promovida por la fracción minoritaria de la Legislatura del Estado de Chihuahua.

La Corte, en ejecutorias anteriores, había sostenido el criterio de que la cadena perpetua era contraria a la Constitución Federal, toda vez que el artículo 22 la prohibía con la voz “inusitada”. En aquellos casos se trató de presos mexicanos que habían sido reclamados por la justicia estadounidense. El Alto Tribunal, a la luz del artículo 15 constitucional, tenía que resolver sobre la extradición tomando en cuenta si la pena que el justiciable recibiría en el vecino país sería legítima conforme al sistema jurídico mexicano.

El expediente 2/2003 no versaba de modo alguno sobre la procedencia de una extradición. En el Congreso de Chihuahua la mayoría había aprobado la reforma del artículo 27 del Código Penal. Ésta prevé la acumulación material de penas en caso de concurso real de delitos. Lo que significa que las sanciones de prisión habrán de

⁶ Sobre el régimen de seguridad máxima, véase: ZARAGOZA HUERTA, José. *Sistema Penitenciario Mexicano*. Editorial Elsa Lazcano. México. 2009.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

purgarse de manera sucesiva (una después de otra), en vez de ejecutarse una sola pena resultante de aplicar la sanción correspondiente al delito de mayor entidad, aumentada hasta la suma del término medio aritmético de las demás correspondientes sin que pueda exceder de la sanción máxima.

La Corte contaminó el asunto mediante la introducción de una variable ajena a la *litis*. Esa variable fue el interés del Presidente de la República en extraditar a mexicanos reclamados por la Unión Americana, aun cuando aquel país pudiera aplicarles la cadena perpetua. Así, el último paladín de la readaptación social le dio el tiro de gracia a su protegida.

El reloj de la readaptación social detuvo su marcha. Su inmovilidad es ahora expresión fiel de lo que sucede en el sistema penitenciario nacional.

d. El asalto a las prisiones.

Los integrantes de la Conferencia Nacional de Prevención y Readaptación Social del Sistema Nacional de Seguridad Pública, conformamos una comisión de titulares del sistema penitenciario estatal. Este grupo, llevando la representación de todos los Estados, compareció en dos ocasiones ante la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. El objetivo principal fue exponer la necesidad de que la Cámara Baja incrementara el monto de los recursos federales etiquetados bajo el rubro “socorro de ley”. Se trata de un apoyo económico que el Gobierno Federal entrega a las entidades para que éstas proporcionen alimento a los internos que se encuentran en cárceles estatales aun cuando su delito sea federal.

Corría entonces el año 2005 y la cuota diaria que el Gobierno Central pagaba a los Estados era de 18 pesos por interno. Antes de la primera comparecencia, los miembros de la comisión hicimos un cálculo para determinar el costo diario promedio de un interno, dando por resultado 170 pesos. La diferencia que existe entre 18 y 170 pesos era absorbida por cada Estado.

La gestión rindió frutos, pues en la Ley de Egresos de la Federación del 2006 la cuota se incrementó de 18 a 40 pesos. Insuficiente todavía pero, como sucede siempre que administramos prisiones, poco es mejor que nada.

En la segunda comparecencia, el entonces titular de Prevención y Readaptación Social de Tamaulipas, Manuel del Riego de los Santos, dirigiéndose a los diputados integrantes de la Comisión de Seguridad y Justicia, exclamó: “Somos portadores de una tragedia”. La frase era dramática; ninguna otra hubiera resultado mejor para llamar la atención de los asistentes y reflejar la realidad. En su entidad, un comando armado había irrumpido recién en el centro de reclusión para menores. Con armas largas en mano y sin recibir la menor resistencia (los custodios de menores infractores no portan armas de fuego) rescataron a un adolescente.

Meses atrás, el penal “Barrientos”, del Estado de México, había sido asaltado por un grupo de criminales quienes, haciendo gala de alta capacidad de fuego y organización, rescataron a varios secuestradores.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

A propósito de estos hechos, los diputados escucharon de nosotros lo que aquí repetimos. El crimen organizado ha comenzado a asaltar nuestras prisiones y, con estos hechos, pudiera pensar que lograrlo resulta relativamente sencillo. Mientras tanto, el sistema penitenciario federal se encuentra al borde del colapso. Si este cisma sucede, será tan estrepitosa la caída de las cárceles federales que la onda de resonancia impactará por alcance a nuestro dependiente sistema penitenciario. Las prisiones estatales y municipales, diseñadas para recluir carteristas, ahora reciben criminales organizados con corrosiva capacidad de mando.

No necesitábamos ser clarividentes. Todos los administradores de prisiones estatales estábamos preocupados porque el sistema federal parecía tambalearse. Meses después de aquella segunda comparecencia, un interno fue ultimado con arma de fuego al interior del Centro Federal de Readaptación Social “La Palma” (hoy Altiplano). El Dr. Carlos Tornero Díaz, entonces Comisionado de Prevención y Readaptación Social Federal, dijo en los medios informativos que el ingreso de la pistola ocurrió gracias a un acto de “alta traición”, cometido por el personal de seguridad y custodia. Los celadores, indignados, comenzaron un paro de labores que marcó el inicio de la caída de uno de los grandes penitenciaristas mexicanos. Con esta experiencia en cabeza ajena, nosotros nos preguntamos si es el destino fatal de todo penitenciarista de mando terminar su carrera con una caída.

En el año que corre mientras escribimos estas líneas, reclusos del penal de “Cieneguillas”, Zacatecas se evadieron de su confinamiento, con la más complaciente pasividad de los celadores. ¿Será el fin de la autoridad oficial al interior de los penales? Un poder paralelo se está adueñando de las prisiones, desde su interior. Poder compartido es poder perdido.

e. El *crack* del sistema penitenciario de máxima seguridad.

Después del homicidio cometido en “La Palma”, el Gobierno Federal comenzó una serie de operativos con la cual “restablecer el orden” (recuperar el poder) al interior de los centros federales. Trasladaron presos del CEFERESO de Matamoros a Jalisco; de Jalisco al Estado de México. Como siempre, la autoridad se vio presionada por los medios de comunicación. Los camarógrafos entraron para filmar y los funcionarios tuvieron su oportunidad para demostrar la reciedumbre de la reacción estatal, así como la determinación del Presidente. La puesta en escena involucró a internos de alta peligrosidad (líderes de cárteles de la droga) formados en filas frente a un funcionario de rostro cubierto. Ellos escuchan y obedecen; él habla fuerte y da órdenes. En el acto, frente a cámaras, uno de los internos escupe al suelo. La señal estaba dada. Los medios se encargarían de hacerla llegar a sus destinatarios. Cuando los correligionarios de aquel reo vieron las imágenes por televisión, supieron que esa señal era una instrucción. La orden se cumplió. Varios empleados del Centro Federal de Matamoros fueron ultimados al estilo del narco.

Mientras esto sucedió en el sistema penitenciario federal (que cuenta con los mayores recursos materiales, humanos y financieros), los empleados de las prisiones

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

estatales comenzaron a ver su suerte. La muerte de varios compañeros del departamento de seguridad y custodia de un reclusorio, a manos del crimen organizado, descubrió el verdadero carácter de algunos colegas con cargo directivo. Antes de “la caída del sistema” se vanagloriaban comentándonos historias donde ellos eran los héroes que con aplomo habían “salvado” situaciones extremas. Al día siguiente de estos lamentables hechos, algunos “héroes” renunciaron, mientras que otros incurrieron en abandono de funciones.

3. El Proyecto de Calderón.

a. Rumbo a la quiebra penitenciaria.

El Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012 (PNSG), en su apartado “Marco de Referencia”, dedica diez párrafos al tema penitenciario. En su parte más cándida, dice:

La prisión debe concebirse como un mecanismo para reintegrar a la sociedad a quien ha transgredido las normas de convivencia social. Por ello, actualmente se promueve que se apliquen programas educativos y de capacitación para el trabajo de los internos...

Si la reinserción social se consigue (o al menos se procura) mediante programas educativos, clínicos, deportivos y culturales, entonces debemos decir que las cárceles tienen miles de presos que ya están listos para regresar a la sociedad y sin embargo no pueden hacerlo. Esta imposibilidad se deriva de dos circunstancias: (1) la pena es tan alta que el preso aún no ha cumplido el porcentaje mínimo que exige la ley; (2) el delito por el que fue condenado es de aquellos que tienen restricción legal, de tal modo que, haga lo que haga y cualesquiera que sea su grado de readaptación social, el interno no podrá salir antes de tiempo.

Así, la política penitenciaria de Calderón es “reinserción social”; pero su política criminal es “anulación social del enemigo”. La reinserción social se logra con programas, en efecto, pero sobre todo con penas cortas. Afirmar lo contrario equivaldría a sostener (como lo hacen muchos jueces) que la pena a 70 años de prisión se impone para la reinserción social del condenado.

Nuestra objeción es muy simple: para ser sujeto de pena, el individuo debe tener por lo menos 18 años de edad. Suponiendo que esta persona fuera apresada en el festejo de su cumpleaños, y que se le dictara sentencia condenatoria a 70 años de prisión, sería liberada a los 88 años de edad. Sólo que en México la expectativa de vida para el varón es de 73 años.⁷ ¿Qué fue de aquel principio general del Derecho que dice: “A lo imposible nadie está obligado”?

El Gobierno de Felipe Calderón Hinojosa anunció la construcción de más centros federales con apoyo de recursos privados. No tocaremos aquí el tema de la privatización; tan sólo diremos que si la administración de prisiones se convierte en negocio privado, tendremos en México una segunda causa de encarcelamiento

⁷ <http://www.inegi.org.mx>

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

masivo. Esa causa, además de la política criminal demagógica según la cual a más presos más seguridad ciudadana, sería la generación de empleos (de baja calidad unos, temporales otros) aunada a los sueños de ganancia de los dueños del capital.⁸

En México, el problema de la sobrepoblación carcelaria es de aproximadamente un 30.79 por ciento.⁹ Esto significa que 30 de cada 100 presos no tienen cama. Ahora bien, supongamos que a través de un gran esfuerzo financiero (y a costa, por ejemplo, de dejar de abrir escuelas y hospitales públicos) se construyan tantos penales que el problema de sobrepoblación quede resuelto. ¿Cuánto tiempo duraría este sueño penitenciario? Veamos. Según la Secretaría de Seguridad Pública Federal, el índice de población penitenciaria ha registrado el comportamiento siguiente:

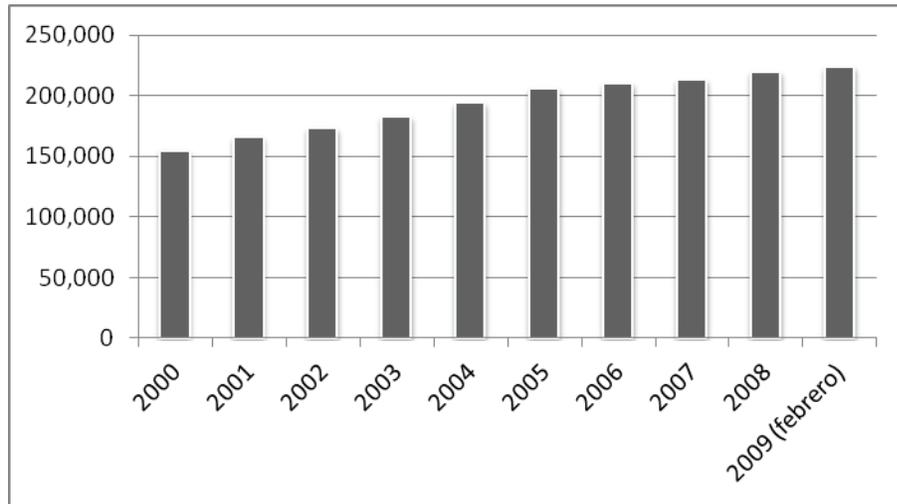
Año	Población
2000	154,732
2001	165,687
2002	172,888
2003	182,530
2004	193,889
2005	205,821
2006	210,140
2007	212,841
2008	219,754
2009(febrero)	223,520

La gráfica luciría así:

⁸ Sobre la cárcel como negocio privado, véase: CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito. ¿La Nueva Forma del Holocausto?* 2ª ed. Trad. COSTA, Sara. Prol. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Editores del Puerto. Argentina. 1993.

⁹ *Cfr.* Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012. Apartado “Sistema Penitenciario”. p. s.d.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*



Del 31 de diciembre del año 2000, al 31 de diciembre del año 2008, la población penitenciaria tuvo un incremento de 65 mil 022 personas. Ahora bien, el PNSG contiene un cálculo según el cual existe una sobrepoblación de 30.79 por ciento. Este porcentaje se obtuvo del total de la población penitenciaria que había en el 2008, cuando el PNSG se publicó. Por este motivo, veremos a cuántos internos equivale ese 30.79 de sobrepoblación, tomando como punto de referencia la población que hubo en el año 2008. El resultado es: 67 mil 661 presos. Ahora veamos cuánto tiempo tomaría volver a sobrepoblar, en un 30.79 por ciento, el sistema carcelario.

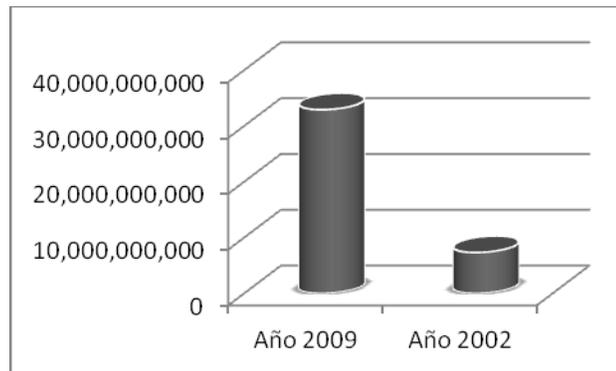
¿Cómo hacer este cálculo prospectivo?: dividiendo la cantidad de 65 mil 022 presos por el número de años que median entre el 2000 y el 2008. Así obtenemos que la población carcelaria ha aumentado a un ritmo anual de 8 mil 127 presos. O, lo que es igual, 22 presos diarios. Esto nos hace saber que el mismo día en que el Gobierno Federal anunciara la finalización del oneroso proyecto de construcción de reclusorios, reiniciaría el problema de sobrepoblación. Esa noche se contarían 22 nuevos presos sin cama.

De esta manera, podemos afirmar que en 8 años 6 meses, el sistema penitenciario tendría una sobrepoblación ligeramente superior al 30.79 por ciento. Lo que nos regresaría al punto de arranque; es decir, al mismo problema. Sería la misma complicación, en efecto, a no ser por dos diferencias nocivas para la Nación:

- (1) Inhibición del “crecimiento país”: la construcción de espacios carcelarios habría significado, según lo dicho, el despilfarro de billones de pesos en gasto corriente, en vez de aplicarlos a inversión; y
- (2) Ejercicio presupuestal ineficaz: el presupuesto se habría aplicado de forma ineficaz, pues el problema (sobrepoblación) a cuya solución aquél se destinaría tiene por causa la política criminal antiliberal sostenida por *Los Pinos* desde el año 1988, por lo menos.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Tomemos en consideración que durante los últimos años, el presupuesto federal asignado a la seguridad pública se ha incrementado en proporciones babélicas. En el año 2002, la Secretaría de Seguridad Pública recibió un presupuesto de 7 mil 320 millones 140 mil pesos. En el año 2009 el recurso autorizado fue de 32 mil 916 millones 838 mil 380 pesos. La diferencia es abismal:



¿Este incremento multimillonario en el presupuesto asignado a la Secretaría de Seguridad Pública ha significado un decremento del número de delitos? Para responder a la interrogante veamos la siguiente estadística. Proporciona, en números absolutos, las cifras anuales de delitos denunciados de fuero indistinto.^{10 11}

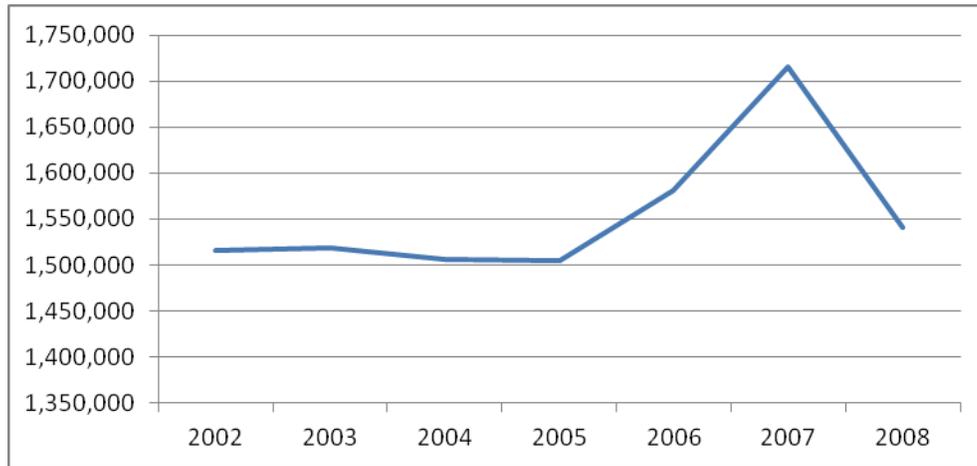
Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Delitos	1,516,027	1,517,925	1,505,844	1,505,223	1,580,742	1,715,974	1,540,689

En un rango muy pequeño, donde el máximo sea 1 millón 750 mil delitos y el mínimo sea 1 millón 350 mil delitos, el comportamiento de la variable “índice delictivo” se vería así:

¹⁰ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Segundo Informe Especial sobre el Ejercicio Efectivo del Derecho Fundamental a la Seguridad Pública en Nuestro País. 2008.* En: <http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/espec.htm>

¹¹ Esta tabla no incluye la cifra oscura de la criminalidad.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*



Entre los años 2005 y 2007 la gráfica muestra un pico muy elevado. Sin embargo, no olvidemos que entre el mínimo y el máximo de los valores que aparecen en el eje vertical apenas hay una diferencia de 400 mil delitos. Explicado de otra manera: en el 2007 (año en que aparece el pico) se cometieron 210 mil 751 delitos más que en el año 2005.

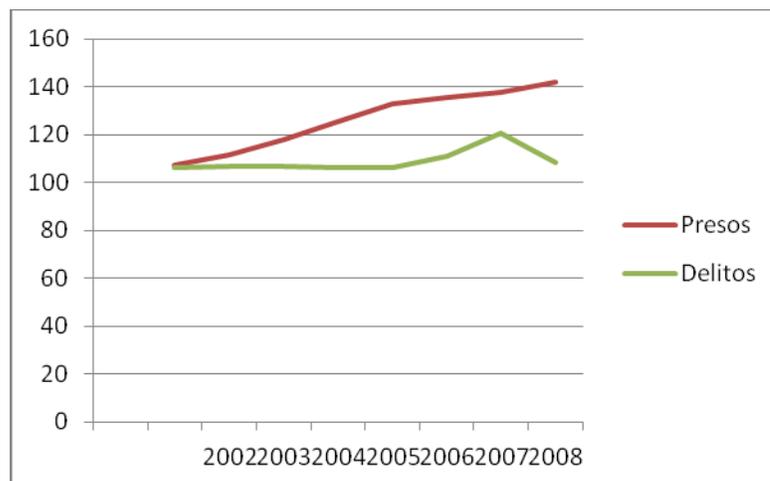
Lo importante es apreciar que de los años 2002 al 2009, el presupuesto para la Secretaría de Seguridad Pública se incrementó en un 449 por ciento, mientras que el índice delictivo, lejos de disminuirse, ha aumentado.

No sólo el presupuesto se incrementó sin resultados. También “el reparto del dolor”;¹² es decir, la cantidad de personas privadas de la libertad. Sobre el fenómeno “encarcelamiento” ya nos pronunciamos líneas atrás. Pero ahora es importante demostrar, con gráfica en mano, que las variables “cantidad de presos” y “cantidad de delitos” son independientes.¹³ A continuación veremos una línea que registrará el comportamiento de la variable “cantidad de presos”, y otra que demostrará el comportamiento de la variable “cantidad de delitos”.

¹² Sobre este concepto, véase: CHRISTIE, Nils. *Una Sensata Cantidad de Delito*. Trad. ESPELETA, Cecilia e IOSA Juan. Editores del Puerto. Argentina. 2004.

¹³ Sobre cómo comprobar el grado de correlación entre variables, véase un clásico: LEVIN, Jack. *Fundamentos de Estadística en la Investigación Social*. Editorial Harla. México. 1979. pp. 203 y ss.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*



Esta gráfica podría serle útil al legislador. Demuestra con claridad que aumentar el número de presos (a través de reformas legislativas antiliberales) no es la medida adecuada para disminuir el índice delictivo. La línea “presos” aumenta año con año, pero el índice delictivo se mantiene casi invariado.

¿Cuál es entonces la solución al problema “sobrepoblación”? No queda duda, la solución sólo puede ser una: modificar la política criminal y la política de desarrollo social vigentes.

b. La pobreza como delito, la riqueza como bien jurídico protegido.

El Consejo Nacional de Evaluación de la Política del Desarrollo Social (CONEVAL), en su Informe Ejecutivo 2009, comunica que en México existen 49 millones 772 mil 697 personas en estado de pobreza de patrimonio.¹⁴ Aclaremos el punto. Internacionalmente, la pobreza se clasifica en tres tipos: (1) pobreza alimentaria; (2) pobreza de capacidades; y, (3) pobreza de patrimonio.

En términos sencillos, *pobreza alimentaria* significa que la persona no tiene dinero para comer de la canasta básica. ¡No tiene para comer lo elemental! En estas circunstancias se encuentran 18 millones 737 mil 373 mexicanos.

Pobreza de capacidades significa que la persona sí tiene recursos para comer de la canasta básica, pero a costa de no gastar en salud y educación. En esta situación existen 25 millones 950 mil 690 mexicanos.

Pobreza de patrimonio quiere decir que la persona, aunque está en mejor situación que los pobres alimentarios y de capacidades, no tiene dinero para comer de la canasta básica y gastar en servicios de salud, educación, vestido, vivienda y transporte aunque todo el ingreso del hogar se aplique a estos fines. En tal situación se encuentran, según decíamos, 49 millones 772 mil 697 mexicanos.

¹⁴ <http://www.coneval.gob.mx>

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Expuesto de otra manera, casi la mitad de los habitantes de la República Mexicana no tienen dinero para satisfacer las necesidades básicas, esenciales o elementales para vivir con dignidad. ¿Es casualidad que el delito más denunciado en este país sea el robo? ¿Es casualidad que la mayoría de las personas recluidas respondan por el delito de robo? ¿Es casualidad que la mayoría de los presos por robo se hayan apoderado de un objeto con valor comercial menor a los 6 mil pesos?¹⁵ El robo, en estas circunstancias, se convierte en un asunto de política criminal, en la medida en que no ha sido abordado desde la óptica de la política social.

En cambio, las ficciones jurídicas permiten que algunos gocen, más que de impunidad, de inmunidad. En efecto, las personas “morales”, con “personalidad jurídica propia”, realizan robos millonarios y ecodidios devastadores. Esclavizan (de *lege ferenda*) a la clase trabajadora a cambio de escasas monedas que terminan regresando a las manos del patrón, a través de la compraventa de bienes de consumo que el mismo obrero produce. Si el Gobierno no es condescendiente, la trasnacional cierra las plantas y se lleva sus plazas a India o Sri Lanka. A esto se refiere Pedro José Peñaloza cuando describe a los trabajadores como personas consumidoras y consumibles (como veremos más adelante).

En dichos términos, la impunidad se vuelve *inmunidad*. ¿Qué fue de aquel suelo sinuoso sobre el cual se edificó la ficción (la madre de todas las ficciones político-jurídicas) del contrato social: la igualdad jurídica? Toda política criminal es selectiva, pero la mexicana es electiva. El gobernante en turno elige: al rico la justicia; al pobre la ley.

El proyecto hegemónico tiene por aliados al neoliberalismo y al neopunitivismo.¹⁶ Si el Presidente tiene buenas intenciones, está atado de manos. Él debe procurar un *Estado de Bienestar*, pero para quienes lo llevaron al poder. Atacar las causas de la criminalidad implicaría, en buena medida, redistribuir la riqueza, y esto no puede hacerlo un gobernante sin perjudicar a quienes lo ungieron. Noam Chomsky:

Una perspectiva constructiva del problema exigiría abordar sus causas fundamentales, y esto está fuera de programa, porque hemos de continuar con una política social dirigida al fortalecimiento del estado de bienestar para los ricos. Así que no hay una respuesta constructiva. El único tipo de respuesta a la que el gobierno puede recurrir en esas condiciones es complacer esos miedos con una severidad cada vez mayor y atacar las libertades civiles, así como con movimientos para controlar a

¹⁵ Sobre este dato en particular: PEÑALOZA, Pedro José. 2009. “Modelos de Prevención del Delito”. *IV Congreso Internacional de Política Criminal y Prevención del Delito: Los Desafíos de la Política Criminal en Materia de Prevención Social*. Guanajuato, México. Septiembre.

¹⁶ Sobre el término “neopunitivismo”, véase: AZAOLA, Elena y RUIZ TORRES, Miguel Ángel. 2009. “Política Criminal y Sistema Penal en México”. *El Cotidiano*. Año 24. Universidad Autónoma Metropolitana. México. Septiembre. pp. 5-11.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

la población inútil, esencialmente por la fuerza, que es de lo que se trata.¹⁷

La cárcel se convierte así en el *Leviatán*. Llevar el proyecto de dominación (la conservación del *statu quo*) hasta sus últimas consecuencias implicará más pobres. La pobreza, estando fuera de las coordenadas de la política social (que no sea aquella en donde se confunda la caridad con la calidad), se desplaza por su propio peso hasta entrar en la esfera de lo punible.

La política es lenguaje y abstracción; su finalidad es alimentar esperanzas, no hacerlas realidad.¹⁸ El fenómeno criminal, en cambio, pertenece al mundo fáctico. Hacer coincidir política y fenómeno criminal sería un milagro que habríamos de llamar “política criminológica”. Mientras este acontecimiento extraordinario (el encuentro de dos mundos) no suceda, al discurso de los políticos que se refiere al fenómeno criminal, debemos llamarlo “política criminal”, donde “criminal” no es sustantivo, sino adjetivo calificativo.

c. La política del “vivo o muerto”.

Es indudable que las manifestaciones más virulentas de la criminalidad contemporánea exigen la intervención violenta del Estado. Los “diablos andan sueltos” diría un ex subprocurador nacional. El Ejecutivo se vio obligado a ordenarle (pedirle) al Ejército salir de los cuarteles. El Instituto Armado obedeció la instrucción (atendió la petición). ¿A qué costo? La clase militar sabe que el futuro del país está en sus manos. El Primer Jefe rindió protesta en San Lázaro ceñido (constreñido) de Verde Olivo. Calderón tuvo que tomar la sede del Legislativo para protestar el cargo. Ahora, cada vez que se reúnen los miembros de consejos de seguridad, cuando el General habla, el ciudadano escucha.

El entorno internacional exige a México revisar la viabilidad de derogar el fuero de guerra. Pero esta prerrogativa subsistió gracias a un pacto entre Manuel Ávila Camacho y Miguel Alemán Valdes. Cuando los militares entregaron el poder a los civiles, lo hicieron con dos condiciones: (1) subsiste el fuero de guerra; y (2) nos quedamos en el cuartel. Este segundo compromiso se rompió, pues las tanquetas están hoy en las calles. Repetimos la pregunta: ¿cuál será el precio que pagaremos?

Por lo pronto, la política de seguridad pública es aquella que Pedro José Peñaloza describe:

El gobierno ha encontrado una fórmula para ocultar los vasos comunicantes que existen entre descomposición social y criminalidad, la verificable correlación entre pobreza, desigualdad y marginación, con el

¹⁷ CHOMSKY, Noam. *Cómo Mantener a Raya a la Plebe*. Entrevistas por: BARSAMIAN, David. Trad. VERICAT Núñez, Isabel. 2ª ed. Siglo Veintiuno Editores. México. 2002. pp. 132-133.

¹⁸ “La política es un lenguaje abstracto que alimenta la esperanza de lo mundano”. GARCÍA CADENA, Cirilo Humberto. 2009. En el curso: “Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales”. Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Agosto.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

incremento de conductas violentas y antisociales. Felipe Calderón se ha empeñado en proponer iniciativas legislativas orientadas a construir un sistema procesal autoritario y con ello busca eclipsar un hecho irrefutable: los factores de riesgo que actúan sobre miles de ciudadanos... son el caldo de cultivo nutritivo para que la delincuencia organizada florezca y se consolide con esa fuerza de trabajo consumidora y consumible.¹⁹

La militarización de la seguridad pública fue una estrategia necesaria para rescatar a la policía, tan débil como corrompida. El Ejército nivela las fuerzas hasta terminar imponiéndose con su capacidad de fuego. Gracias a su trabajo de inteligencia y despliegue táctico, el Instituto Armado ha logrado la captura de líderes. Las corporaciones policiales, así, fueron reforzadas con el brazo musculoso de la SEDENA. Ahora es necesario reparar al vapuleado sistema penitenciario nacional, que hace agua por todos lados, en la medida en que esos líderes depuestos (o reubicados porque desde los penales siguen operando) aumentan en número al interior de las cárceles. Pronto toman el control y las prisiones se vuelven bombas de tiempo. El lobo feroz escapó de la jaula; bastaron sus primeros soplos para descubrir que las instituciones nacionales no eran de ladrillo, sino de paja.

Al tiempo que escribíamos estas líneas, los medios de comunicación informaban de un motín cruento en el CERESO #2 de Gómez Palacio, Durango, con saldo de 20 muertos. Al interior del reclusorio se registró un enfrentamiento entre internos y fuerzas del orden. Hace algunos años, esa confrontación tan desigual hubiera dibujado el cuadro, por un lado, de presos desesperados lanzando piedras y esgrimiendo puntas de elaboración burda (objetos punzantes) y por el otro de policías y soldados con equipo antimotín, escopetines (lanza granadas lacrimógenas) y armas de fuego. Pero esta vez ocurrió diferente. Las fuerzas armadas fueron recibidas a balazos. Dos días antes, el director del reclusorio estatal de Chihuahua sufrió un atentado al exterior del penal, donde hubo al menos un escolta muerto y varios heridos. El directivo renunció a su cargo y el Ejército tomó el mando provisional del establecimiento. Todavía no firmábamos este artículo cuando los noticiarios informaban que el Ejército venía, una vez más, a reemplazar a los civiles. 700 policías fiscales eran removidos de las aduanas. Mientras llega el relevo, los soldados controlarán los accesos al país. ¿Qué falta para un golpe de Estado? La pregunta correcta es: ¿Qué basta para un golpe de Estado? Basta una orden.

Mientras tanto, 12 mil muertos es el saldo aproximado de una guerra de larga duración y baja densidad, donde la política del “vivo o muerto” nos permite saber que estamos, abiertamente, ante una política criminal devastadora, un *derecho penal del enemigo* y una ideología de *readaptación social* con vigencia suspendida.

d. El penal como “casa de seguridad”.

¹⁹ PEÑALOZA, Pedro José. “La Ostentosa Debilidad de las Balas”. 2009. *Este País. Tendencias y Opiniones*. No. 216. Marzo. México. p. 13.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Así como más presos no significa menos inseguridad, internar delincuentes en penales no implica “sacarlos de circulación”. Sólo se les reubica. Secuestros y ejecuciones se organizan desde el interior de las cárceles. Las extorsiones telefónicas cundieron por la República un pánico sin precedentes. La respuesta del Estado: habilitar un sistema de identificación de llamadas telefónicas realizadas desde las prisiones. Cuando el reo llama desde la caseta de teléfono instalada en la cárcel, la persona que contesta al otro lado de la línea escucha una grabación: *“Esta llamada se realiza desde el centro de readaptación social... si no quiere tomarla cuelgue ahora, de lo contrario espere en la línea”*.

La medida estatal fue poco eficaz, pues las llamadas de extorsión se realizan sobre todo con telefonía celular. O, lo que es lo mismo, el problema consiste en el ingreso de teléfonos portátiles. La corrupción y la amenaza funcionan para este propósito. Los custodios cobran cuotas semanales a los internos para permitirles conservar su teléfono. Antes incluso cobraban por llevarles fichas de recarga. Ahora basta que un familiar o amigo en libertad acuda al cajero automático para poner saldo al celular del reo. Este nuevo sistema ha significado una merma económica para los celadores.

Pues bien, como las llamadas se realizan sobre todo a través de celular, la autoridad decidió instalar en las cárceles aparatos inhibidores de señal. En Nuevo León se intentó primero en el reclusorio más poblado, pero el aparato afectó con su radio de acción la señal de casas habitacionales, agencias del ministerio público y juzgados penales. El CERESO está rodeado de hogares y oficinas. La segunda solución fue manipular el espectro de inhibición, para disminuirlo en lo posible. El resultado: los internos descubrieron que en la cancha de futbol soccer sí funciona el teléfono celular. Esto generó un incremento casi milagroso del número de internos que pedían salir de su celda para practicar deporte.

En México, las medidas de seguridad se reducen al juego “del gato y el ratón”. El empleado corrupto viola la norma y la autoridad pone un obstáculo. Luego ese obstáculo es removido con astucia y la autoridad idea uno nuevo. Y la historia así seguirá, mientras no construyamos una sociedad que pueda basar las expectativas de comportamiento más en la confianza que en la amenaza.

Mientras las cárceles son el centro de convenciones de los criminales, afuera sigue la refriega. Durante nuestra visita de supervisión a un centro estatal, conocimos a un reo que días antes había ingresado procedente del hospital. Fue detenido por la policía después de caer herido durante un enfrentamiento a balazos con federales y soldados. Una ojiba calibre .223 casi le desprendió la extremidad. Los médicos del nosocomio público evitaron la amputación. Ubicados al interior de su camarote, que se encuentra aislado de la población general, nos dijo: “Allá afuera está muy fea la cosa. Yo mejor aquí me quedo”. Le preguntamos su edad; tenía 19 años.

4. La Toma de La Bastilla.

a. ¿La tabla manda?

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Durante nuestro trabajo en el sistema penitenciario conocimos muchos problemas de naturaleza muy variada. Dirigir cárceles no siempre quiere decir resolver problemas. No todos los problemas se pueden revertir. Los unos se resuelven, sí; los otros se administran. Pero la presencia de internos del crimen organizado en las prisiones de alguna manera hace monótono el trabajo, las “novedades”, como dirían los custodios. Ya todo el inmenso mundo de la cárcel empieza a girar en torno a ellos. Una aclaración pertinente: monótono no es sinónimo de sencillo.

En una ocasión, el titular de un centro acudió a nuestra oficina para informarnos que había decomisado una tabla. La peculiaridad de ese objeto es que servía para torturar. Nos comentó que el interno afectado por el decomiso le mandó decir que tenía 24 horas para regresársela. Nosotros le respondimos: “si entregas la tabla, entregas el penal”. Él nos preguntó: “¿entonces que hago?”. Le sugerimos que nos trajera la tabla. No volvió a visitarnos. Suponemos que entregó el penal.

En ese mismo centro penitenciario, por aquellas fechas, un custodio experimentado y probo cometió varios errores de protocolo durante el mismo evento. Realizaba recorrido (rondín) por uno de los haítos dormitorios de la cárcel. Al detectar que varios internos estaban sospechosamente reunidos dentro de una celda cuatrinaría (para cuatro personas), los abordó. Si congelamos la imagen en este momento, veremos dos errores: (1) hacer recorridos sin pareja; (2) actuar sin dar aviso al cuarto de control (central de radio) y pedir refuerzos. Los presos habían recibido, durante la visita familiar, un envoltorio con marihuana. Estaban reunidos para distribuir la hierba en envoltorios más pequeños, confeccionados con papel.

El custodio los sorprende y ordena que se salgan del camarote para practicar una revisión corporal (cacheo). Los internos lo toman por la fuerza e introducen en la celda. Cierran la puerta con cadena y candado. El custodio se queda al interior, pero sometiendo a un preso que no pudo salir. Aquel pide apoyo al cuarto de control por medio de su radiofrecuencia, sin liberar al interno que sujeta. Los presos que quedaron afuera de la celda, en el pasillo, comienzan a verter gasolina al interior del camarote, mojando incluso al custodio. Éste, cuando se percata de que el interno que tiene controlado es aquel que entre sus ropas lleva el envoltorio grande de droga, comprende la situación. Un interno de los de afuera le enciende fuego a un trozo largo de papel. Amaga con incendiar la celda si el oficial no libera al interno que retiene. El custodio accede a liberar al recluso con la condición de que lo dejen salir vivo. El que amaga cede; el amagado libera al reo y ambos salen de la celda. El recluso liberado corre para esconder la droga en otro camarote. Llegan los refuerzos. ¿Falló el custodio?: Fallamos todos.

Fallamos cuando: entró la droga; trabajamos sin cámaras de circuito cerrado suficientes; tenemos estados de fuerza (número de custodios) tan bajos que los guardias a veces hacen sus recorridos solos; demoró el rescate; permitimos la existencia de inflamables en los dormitorios; hacemos tan poco por combatir las adicciones, etc. Pero no nos quejamos. Éste es el trabajo de un carcelero.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En las calles el crimen organizado ya se apoderó del comercio informal y del contrabando; ahora está por controlar las cárceles estatales. Si comienzan a verlas como negocio, harán tanto dinero con ellas como lo deseen. Adentro todas las cosas son privilegios; todos los privilegios cuestan. Al funcionario corrupto le basta prohibir algo para volverlo privilegio (y negocio). Al interno le es suficiente controlar para lucrar.

Entre las actividades lucrativas, destacamos:

Extorsiones: a cambio de “seguridad”, los internos con poder obligan a los familiares de los demás a pagar cuotas, bajo amenaza de golpear a sus parientes;

Privilegios: renta de celdas especiales, habitaciones para visita íntima, comidas a la carta;

Contrabando: ingreso de refrigeradores, televisores, aparatos de aire acondicionado; botellas de alcohol;

Trata de blancas: ingreso de hombres y mujeres con fines de comercio sexual;

Narcotráfico: venta de drogas, incluyendo las más fuertes que, hasta hace pocos años, no se encontraban con facilidad en el sistema carcelario.

Todas éstas son actividades muy lucrativas. Antes de la “caída del sistema”, la corrupción entre personal e internos, aunque reprobable del todo, permitía sin embargo que las ganancias se distribuyeran entre muchas personas. Pero si los ingresos se concentraran solamente en las arcas del crimen organizado, el poder de éste se incrementaría de manera considerable.

Si los reclusos siguen cometiendo delitos desde el interior de las cárceles, incluyendo aquellos que resultan de gravedad relevante, esto quiere decir que la política calderonista, consistente en “anular al enemigo”, está fracasando. Ahora podemos afirmar que ni se readapta ni se anula.

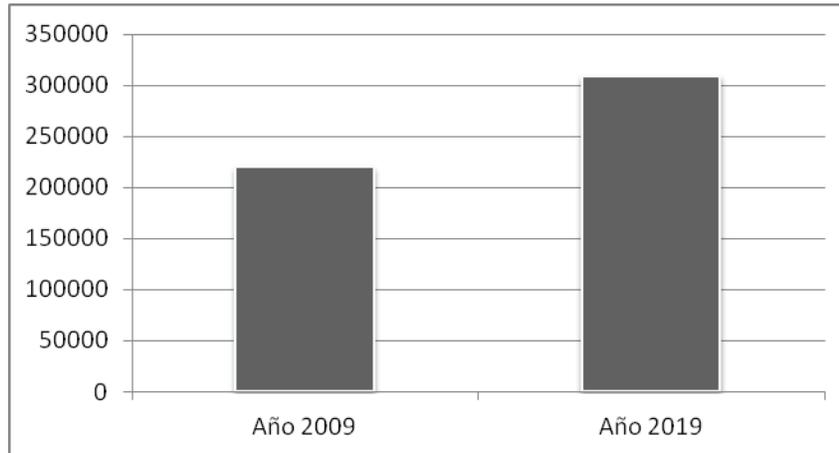
Que el interno no sea “sacado de circulación”, en el sentido de cortarle su actividad delictiva; que los reos puedan salir por sí mismos o ser rescatados de la cárcel; que se apoderen del negocio llamado “encierno”, son riesgos mayúsculos para la seguridad nacional. El tema “caída del sistema” debe figurar en la agenda de seguridad nacional de Los Pinos.

b. Prospectiva de encarcelamiento.

Para poner en perspectiva el fenómeno “encarcelamiento”, hagamos un cálculo prospectivo. Nos resultará de gran utilidad calcular la población penitenciaria que habrá, por ejemplo, dentro de 10 años. La finalidad es predecir cuántos presos habrá en el año 2019. Para este cometido haremos algunas operaciones aritméticas. Tomaremos como cifra de inicio la población que hubo en el año 2008, que fue: 219 mil 754. Entre el 2008 y el 2019 median once años. Esto significa que a la cantidad de 219 mil 754 habremos de sumar el resultado de 8 mil 127 multiplicado por 11. ¿Por qué 8 mil 127? Según lo expusimos líneas arriba, la población carcelaria nacional se ha venido incrementando a un ritmo anual de 8 mil 127 presos. ¿Por qué

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

esta cifra multiplicada por 11? Porque es la cantidad de años que median entre el 2008 y el 2019. Multiplicando 8 mil 127 por 11, se obtiene el cociente: 89 mil 397. Ahora sólo es necesario sumar 219 mil 754 y 89 mil 397. El resultado final es: 309 mil 151. La población carcelaria crecería como podemos ver en esta gráfica:



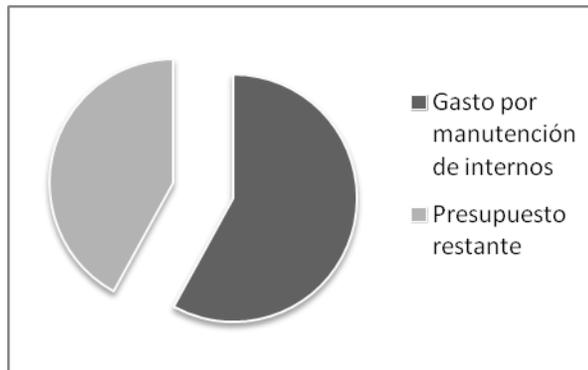
Ahora bien, según dijimos, en 2005, el costo diario por interno fue de 170 pesos. Con estos datos podemos hacer un cálculo prospectivo de lo que el Estado Mexicano gastará en el sistema penitenciario. Claro, por motivo de la inflación, cada año subirá el costo de la vida, por lo que la cifra de 170 pesos es inferior a las que vendrán los años siguientes. Aun así el resultado es sorprendente: 52 millones 555 mil 670 pesos diarios costará mantener a 309 mil 151 presos. Si calculamos cuánto costará por año, la cifra es insultante frente al estado de pobreza nacional: 19 mil 182 millones 819 mil 550 pesos. ¡Y aún así muchos presos seguirán delinquiendo desde el interior de las cárceles!

Para saber si 19 mil 182 millones 819 mil 550 pesos es mucho o poco dinero, basta tomar como punto de referencia el presupuesto asignado al rubro de la seguridad pública para el ejercicio fiscal actual, es decir, el relativo al 2009. Aclaremos que nos referimos al presupuesto contemplado en la Ley de Egresos de la Federación, que no incluye los recursos que cada entidad asigna a la seguridad local. El presupuesto es de 32 mil 916 millones 838 mil 380 pesos.²⁰

Manutener a 309 mil 151 presos representará en el año 2019 un gasto equivalente al 58.27 por ciento del presupuesto asignado para el año 2009 al rubro de la seguridad pública federal. La gráfica siguiente pondrá el tema en perspectiva:

²⁰ *Cfr.* Ley de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009. Anexo 1. Ramos Autónomos. Gasto Programable.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*



Al día de hoy, las cifras: 170 pesos diarios y 230 mil presos nos dicen que el Estado Mexicano gasta 14 mil 271 millones 500 mil pesos anuales. Tomando en cuenta lo que sucede al interior de los penales, bien podemos decir que los más de 14 mil millones de pesos están siendo mal aplicados.

c. La cárcel como simbolismo.

El lenguaje es simbolismo. Se expresa por medio de signos gráficos en su versión escrita y a través de sonidos en su modo hablado. Mas no todo el lenguaje se agota en el alfabeto. Así como existen otras formas de expresión simbólica (como el lenguaje corporal), hay signos que contienen en sí mismos su significado. Tal es el caso, por ejemplo, de las señales de tránsito. El color rojo del semáforo nos indica que debemos detener la marcha del vehículo. El rojo representa “peligro”. Por esa razón, cuando removemos el seguro del arma de fuego, queda al descubierto una marca de color rojo que nos avisa del peligro. La figura humana color verde representa una autorización para cruzar la calle a pie. El color verde quiere decir armonía, tranquilidad, seguridad.

Pues bien, al lado de estos significados elementales, tenemos roles sociales e instituciones públicas que contienen en su esencia un significado legible para el receptor del mensaje. Por el uniforme detectamos al policía. Por el hábito al religioso. De igual forma, incluso las fachadas más contemporáneas no nos impiden detectar cuando un recinto es templo católico.

De manera similar, la cárcel, como símbolo, tiene implícito un mensaje, cuyos destinatarios, lejos de ser sus moradores, son quienes viven en libertad. Se adopte o no en sus adentros la ideología “re”, humanista y compasiva; o se asuma el fin represivo, inflexible y doloroso, la cárcel le dice al transeúnte: “Éste no es un lugar donde quieras estar”. Tal simbolismo se construye día a día con la intervención de múltiples actores: el conversador de café que cuenta historias “de oídas” sobre cosas aterradoras que suceden en prisión; el testimonio del ex convicto; los medios de comunicación y su amarillismo característico; *Hollywood* y sus películas, etc. Todos, con o sin intención, son reproductores del mensaje expresado simbólicamente por la institución pública llamada “cárcel”.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Así, la prisión es una institución de cohesión social, en cuanto representa físicamente lo que la pena con toda su abstracción amenaza. La existencia de la cárcel ayuda en mayor o menor medida (dependiendo de la cultura y la época) a la estabilización de expectativas normativas.²¹ Es, pues, la materialización del lenguaje escrito contenido en la parte sancionadora del tipo penal. Desde este punto de vista, debemos considerar necesario, para la cohesión social, conservar la fuerza comunicativa de la cárcel como institución simbólica.

Los acontecimientos que en este trabajo hemos identificado como “la caída del sistema” amenazan la conservación del mensaje. Resulta obvio que el ciudadano común seguirá pensando que la cárcel no es un lugar donde él quiera estar. Pero la cárcel no está dirigida al ciudadano común. A no ser por que en este país se está criminalizando la pobreza, la cárcel debe estar dirigida a quienes temen poco. Ahora el problema puede ser que lo poco que temen se disuelva en nada.

La cárcel, debiendo representarse en el pensamiento del público como un lugar inexpugnable, es ahora asaltada y, así, humillada por grupos armados que la “profanan” con facilidad. La cárcel, debiendo representarse como un lugar de austeridad en el estilo de vida, es desnudada por los noticieros (ojalá lo sigan haciendo) al mostrar sus áreas de “privilegios”. La cárcel, que debe representar un lugar de disciplina, trabajo y estudio, se descubre como un antro de vicio sin horarios, redadas policiacas o inspecciones de salubridad.

En una frase: si la política criminal mexicana privilegia la represión, el Estado Mexicano debe tomar nota del debilitamiento que la prisión está sufriendo como institución pública simbólica.

d. Sálvese quien pueda.

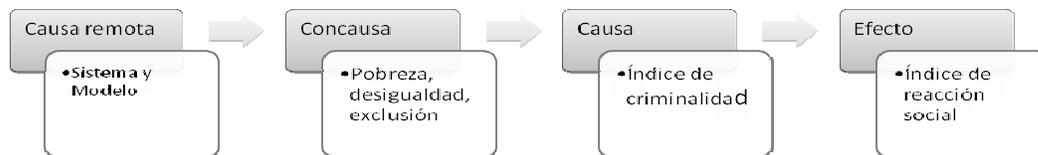
Cada vez que se construye una penitenciaría, todos debemos preocuparnos. Bueno, menos los dueños del capital. Nosotros, quienes no gozamos de inmunidad, sí tenemos que alarmarnos. En la medida en que sube la cantidad de presos se disminuye la franja de libertad. Esta afirmación amerita una explicación detallada. Si concebimos la criminalidad como un fenómeno que tiene por causas principales (no únicas): pobreza, desigualdad y exclusión, tendremos que fijar la atención en el sistema de gobierno adoptado y en el modelo económico implementado. Los niveles de pobreza, desigualdad y exclusión que guarda un país representan el costo que su sociedad paga por conservar el sistema de gobierno y el modelo económico adoptados. Ese costo tiene varios indicadores; es decir, puede medirse de diversas formas. Por ejemplo, puede medirse en términos monetarios: dólares perdidos en inversión extranjera, en apoyos internacionales o en producto interno bruto. También puede medirse en términos de pobreza, contabilizando la cantidad de personas que viven en pobreza alimentaria, de oportunidades y de patrimonio. Estos

²¹ Sobre este tema, véase: JAKOBS, Günther. *La Pena. Significado y Finalidad*. Editorial Aranzadi. España. 2006. En estudio introductorio de: CANCIÓ MELÍA, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. pp. 21 y ss.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

indicadores son aquellos con los que tradicionalmente se hacen análisis prospectivos, a nivel macro.

Nosotros proponemos incluir otro indicador, de tipo criminológico. El costo que la sociedad paga por sistema (gubernamental) y modelo (económico) está representado en aquello que llamamos *índice de criminalidad*. El índice de criminalidad, como efecto de la causa identificada como *sistema/modelo* es, a su vez, causa de otro efecto, que nosotros llamaremos *índice de reacción social*. Así, la relación causal entre estos cuatro fenómenos es: (causa remota) sistema/modelo=(concausa) pobreza, desigualdad y exclusión=(causa) índice de criminalidad=(efecto) índice de reacción social.

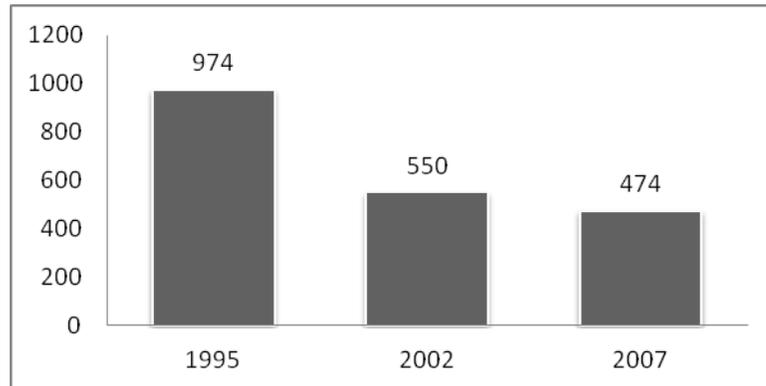


El efecto *índice de reacción social* puede medirse a su vez de diversas maneras. En nuestra opinión la principal forma de medirlo es con el indicador “proporción de personas libres por preso”. La reacción social ante la criminalidad es violencia estatal. Las formas de violencia elegidas, con exclusión de otras, son resultado de un discurso que denominamos *política criminal*. En México, el resultado de esa elección es privilegiar el uso de la pena privativa de libertad. Por tal razón consideramos que el indicador “proporción de personas libres por preso”, resulta correcto.

Pues bien, en nuestro país cada vez somos menos personas libres por cada preso. La gráfica siguiente lo ilustrará mejor.²²

²² Estas cantidades se obtienen de dividir número de habitantes entre número de presos. O, lo que es igual, de dividir el censo nacional entre el censo nacional penitenciario.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*



En el año 1995 hubo 1 preso por cada 974 habitantes libres. En el año 2002, existió 1 preso por cada 550 personas libres. En el año 2007, la proporción fue de 1 preso por cada 474 libres. Cada vez somos menos las personas que gozamos de libertad. ¿México es hoy un país más seguro por tener más presos? Hasta aquí desarrollaremos este tema.

6. La esperanza Muere al Último. (Algunas propuestas).

El Estado debe atender cuanto antes el problema de la “caída del sistema” a manos del crimen organizado. Para recuperar el poder perdido y conservar el que aún no se pierde, proponemos:

Primera: Modificar el marco legal aplicable de modo que permita hacer una despresurización masiva de las prisiones. Esta acción tendría por objeto “drenar” las cárceles, sacando de ellas a los presos de bagatela, como lo son: reos jurídicamente primarios de delitos patrimoniales, heridores criminológicamente ocasionales y transportistas de droga (“burreros”) por pobreza y exclusión social.

Segunda: Introducir en la Constitución Federal el *principio de proporcionalidad* de manera que su redacción obligue al legislador y no sólo al juzgador.²³ Esta reforma implicaría que el legislador, al momento de desear congraciarse con el electorado, esté impedido o seriamente limitado para elevar penas.

Tercera: Hacer una reclasificación a nivel macro de la población penitenciaria nacional. En los CEFERESOS hay internos que luego de varios años de encierro (tratamiento readaptatorio), muestran una disminución en sus indicadores de peligrosidad institucional. Es probable que el comportamiento de estos reos (expelidos por el sistema estatal hacia los centros federales, por mala conducta) presente mejoría en virtud del régimen de estrictez con que opera el sistema de seguridad máxima; de modo que, podemos decir, estén actualmente “contenidos”. Sin embargo, a través de la experiencia carcelaria podrían valorar las “libertades”

²³ En marzo de 2008 se reformó el artículo 22 de la Constitución Federal, introduciendo en su texto el principio de proporcionalidad. Sin embargo, su redacción deja fuera al legislador o, mejor dicho, a la pena en su etapa legislativa.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que, teniendo en el centro de origen, perdieron al ingresar al federal. De este modo, tendría que evaluarse si resulta conveniente que estas personas fueran regresadas al Estado, a cambio de otras que, observando mala conducta, no cuenten con aquella experiencia carcelaria, por no haber sido ingresados a reclusorios federales con antelación. Esta rotación de población le permitiría a la Federación recuperar espacios. Al Estado, por su parte, le permitiría tener un arma psicológica disuasiva frente a los presos insurrectos: “En el CEFERESO hay espacio para ti”.

Cuarta: Rediseñar la política criminal mexicana, pasando de la política basada en el derecho penal, a una política basada en el conocimiento criminológico.²⁴ Sólo así será posible transitar de la prevención penal del delito, a la prevención “social” del delito. La diferencia estriba en que, mientras la primera reacciona ante el crimen privilegiando la represión, la segunda lo hace privilegiando el desarrollo social. También se lograría romper el paradigma reactivo para construir un nuevo paradigma proactivo de la seguridad pública.

Quinta: Dirigir la artillería del combate a la inseguridad hacia tres objetivos: pobreza, marginación y desigualdad. Después de todo, si el Ejército no puede matar estos flagelos sociales, tal imposibilidad significa que son materia de prevención social del delito. De esto obtenemos un principio: las armas matan al criminal, pero dejan vivas las causas sociales que producirán más criminales.

Sexta: Crear una oficina de análisis penitenciario con funciones de inteligencia. Si el tema del sistema penitenciario ha de formar parte de la agenda de seguridad nacional, ameritará trabajo de aquella naturaleza. Sobre todo si se toma en consideración que en las ciudades se siguen cometiendo delitos orquestados desde el interior de los presidios.

Séptima: Crear una fuerza federal penitenciaria de reacción o de segundo nivel. Este grupo de custodios hábilmente entrenados y bien remunerados, realizaría despliegues tácticos itinerantes y sorprendidos. Apoyaría a los sistemas estatales en casos de reacción y reforzaría los operativos preventivos al interior de las prisiones. La autoridad penitenciaria local tiene una desventaja frente al crimen organizado: fuera del penal es presa fácil, pues él y su familia viven en la ciudad. Los elementos de la fuerza federal penitenciaria no tendrían esta debilidad, pues se moverían de un lugar a otro.

Octava: Comprometer a la iniciativa privada para que, de manera conjunta con las autoridades carcelarias, forme una bolsa de empleo para preliberados. Así se disminuirían las probabilidades de reincidencia, avivadas por el antecedente penal como obstáculo para conseguir trabajo.

Novena: Impulsar la creación de instituciones abiertas, es decir, cárceles sin rejas. Son más económicas y permiten la “reinserción social” en el sentido exacto del

²⁴ En el mismo sentido: TREVIÑO Sosa, José Martín. *Congreso de Criminología Contemporánea “Prof. Héctor F. González Salinas”*. UANL. 2009. Agosto. México.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

vocablo. Esto es, regresar al hombre de manera dosificada, supervisada y asistida a sus roles sociales, a saber: padre, esposo, hijo, vecino, ciudadano, trabajador, etc.

Décima: Establecer sustitutivos, sino penales, si al uso de la prisión preventiva. Casi el 30 por ciento de los internos son jurídicamente inocentes, al deber su encierro a un auto de formal prisión. El arresto domiciliario, vigilado mediante dispositivos electrónicos, podría costearse por el propio acusado. Para evitar que esta medida se vuelva clasista, por quedar al alcance sólo de quienes tengan dinero para pagar el monitoreo satelital, se puede crear un fondo de gastos administrativos. El beneficiado pagaría el 100 por ciento del costo real más un 50 por ciento que se depositaría en el fondo referido. Así, por cada dos personas que paguen su excarcelación, una de escasos recursos recibiría la subvención.

No mencionamos aquí los sustitutivos penales (sanciones alternas a la privativa de libertad) por una razón estructural: mientras no se modifique la política criminal vigente, las sanciones “blandas” no tendrán lugar en México. Para que la prisión deje de ser la “reina de las penas” es preciso reconstruir una política criminal que no esté basada en la amenaza y la represión. De lo contrario, parecerá lógico que el tomador de decisiones siga sosteniendo que la mejor forma de amenazar y reprimir es la prisión.

En las bocinas del Centro Penitenciario del Estado de México se escuchaba a Beethoven, Chopin, Wagner; quizá a Shütz y Monteverdi. Esta programación musical tenía por objeto sosegar a los hombres y moverlos a la reflexión. Tal vez sea tiempo de desempolvar aquel viejo equipo de sonido, para instalarlo en la residencia oficial de Los Pinos.

MECANISMOS DE CONTROL EN LA GENERACIÓN DE INTELIGENCIA CIVIL PARA LA SEGURIDAD NACIONAL

Alejandro Daniel PÉREZ CORZO y Sandro GARCÍA ROJAS CASTILLO

Los Estados, en su sentido más amplio, una población que se asienta en un territorio y que adopta un sistema jurídico-político, han estado expuestos desde siempre, en mayor o menor medida, a amenazas -ya sean internas o externas- que ponen en riesgo la continuidad de dicho sistema jurídico político. Así, el Estado en sentido restringido, se ha establecido en el pacto social objetivado en la Constitución.

La necesidad de proteger la continuidad del Estado está garantizada por muy distintos mecanismos que van desde el sistema de procuración e impartición de justicia, hasta los ejércitos y fuerzas armadas en sus distintas modalidades; mecanismos todos con el común denominador de materializar una de las características esenciales de toda corporación estatal, independientemente de su forma de gobierno o régimen político, esto es, el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza.

La tarea de defender al Estado de las amenazas contra su continuidad y soberanía se circunscribe dentro del concepto de Seguridad Nacional. Se distingue de la Seguridad Pública debido a que tienen objetivos completamente distintos; en el primer caso; lo que se busca es garantizar la permanencia del régimen jurídico político adoptado por un pueblo en su constitución protegiéndolo de cualquier amenaza interna o externa; y la segunda, busca proteger al ciudadano y sus bienes jurídicos tutelados.

Tanto la Seguridad Pública como la Seguridad Nacional tienen como herramienta indispensable la Inteligencia, entendida esta cómo, "...el conocimiento obtenido a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información, para la toma de decisiones en materia de Seguridad..."¹El estado echa mano de diferentes instrumentos para la recolección de inteligencia, ya sea en el ámbito civil o el militar que pueden llegar a ser abusivos contra el gobernado y resultar una amenaza contra el Estado mismo por lo que es indispensable que, sin volver inoperantes a dichos instrumentos, se les controle escrupulosamente. Aquí trataremos de exponer, de manera somera precisamente el régimen jurídico de esos

¹ Artículo 29 de la Ley de de Seguridad Nacional.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

mecanismos de control de las instancias civiles de generación de inteligencia en materia de Seguridad Nacional.

La necesidad de garantizar la continuidad del Estado Mexicano, no es nueva, evidentemente, es tan vieja como él mismo, sin embargo, con el paso del tiempo y conforme han evolucionado el régimen político y la tecnología, también lo han ido haciendo los mecanismos de recolección de información, e intensificándose su contraste frente a los derechos humanos. Ahora es, paradójicamente, el propio régimen que se pretende preservar, el democrático, el que ha de intentar ponerle límites jurídicos a los mecanismos operativos de inteligencia civil para la seguridad nacional.

Breves antecedentes

En el caso mexicano, el primer antecedente de la existencia de un mecanismo de Inteligencia para la Seguridad Nacional, fue el Departamento Confidencial creado en el año de 1929; mismo que en el año 1938 pasó a ser la Oficina de Información Política y en 1942 el Departamento de Investigación Política y Social², la Dirección Federal de Seguridad y posteriormente y como antecedente inmediato a la creación del Centro de Investigación y Seguridad Nacional, CISEN, el 13 de febrero de 1989, existió la Dirección de Investigación y Seguridad Nacional, DISEN, creada en 1985 y fusionaba las actividades tanto del la Dirección Federal de Seguridad como del Departamento de Investigación Política y Social.

El Centro de Investigación y Seguridad Nacional

El Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN) es un órgano desconcentrado dependiente de la oficina del titular de la Secretaría de Gobernación, que tiene la misión de generar inteligencia en materia de Seguridad Nacional para México, desde el ámbito civil.

Sus facultades y ámbito de actuación general se plasman en el artículo 19 de la Ley de Seguridad Nacional, que de manera resumida señala:

- Operar tareas de inteligencia;
- Preparar estudios de carácter político, económico, social y otros;
- Elaborar un Plan Estratégico y la Agenda Nacional de Riesgos;
- Proponer medidas de prevención, disuasión, contención y desactivación de riesgos y amenazas; y
- Establecer una cooperación interinstitucional de manera sistémica, así como prestar auxilio técnico a la Administración Pública para el logro de sus objetivos.

² Aguayo Quezada, Sergio. *Los usos, abusos y retos de la Seguridad Nacional Mexicana. 1946-1990*. Artículo en el libro *En busca de la seguridad perdida*. Siglo XXI Editores. Primera Edición, 1990. México. Página 115.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

El CISEN goza de autonomía técnica, operativa y de gasto, lo que significa que organiza sus actividades de forma independiente, aunque como veremos más adelante, está sujeto a diversos controles.

El CISEN carece de atribuciones en materia de policía, de Seguridad Pública, de prevención del delito o de procuración de justicia.

Inteligencia para la Seguridad Nacional Vs Democracia ¿Valores Irreconciliables?

En algún paraje veracruzano, en las orillas del Papaloapan, es grandioso observar una arboleda donde los grandes árboles parecieren abrazarse unos a otros. Como si pareciere haber un crecimiento coordinado, el ramaje de ambos se enlazan y crecen de manera espectacular. Lo que resulta paradójico es observar, con el paso del tiempo, que ese abrazo se convierte en un yugo mortal. En búsqueda de los rayos del sol, uno de los árboles estrangula y obstruye el crecimiento del otro llegando a aniquilarle.

También lo afirma Gustavo Adolfo Bécquer en la introducción sinfónica de sus rimas y leyendas al citar, de manera metafórica, que la fantasía y la ilusión pugnan en la mente su espacio, como las raquílicas plantas de un vivero lo hacen ante la presencia de los rayos del sol.

Algo parecido puede suceder entre estos dos valores: la Seguridad Nacional y la Democracia.

Pareciere que ante el actual contexto político de nuestro país, el riesgo de asfixia para el régimen democrático, es una constante que habrá que prever y a toda costa evitar. Preguntas como ¿Hasta dónde debe el Estado inmiscuirse en la vida de los ciudadanos?, ¿Vale el objetivo de la Seguridad Nacional para invadir la esfera de los gobernados? ¿Se contraponen los medios y los fines?, ¿La transparencia y la rendición de cuentas son antígonas a la Seguridad Nacional? Dicho de otra forma, ¿Se puede conciliar la secrecía que las operaciones de inteligencia eficaces requieren con la necesidad de todo régimen democrático de ser transparente y rendir cuentas a sus gobernados?

Ante estas preguntas resulta pertinente la referencia a la afirmación del Almirante Stansfield Turner, Director de la Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos de América entre 1977 y 1981, que señaló: *“las agencias secretas dentro de los gobiernos democráticos son anacronismos, porque los controles populares acaban cuando los ciudadanos no pueden conocer lo que hacen sus gobiernos”*³.

La experiencia de países con democracias consolidadas, como los EEUU y Alemania, ha demostrado que una forma de enfrentar y superar dichos riesgos es establecer sistemas de controles (*accountability*), que tengan por objetivo asegurar la legitimidad y la eficiencia de estos organismos y sus actividades. Esta misma experiencia ha establecido que dichos sistemas, más que significar restricciones y aumento de la

³ TURNER, STANSFIELD: *Secrecy and Democracy: The CIA in transition*, Houghton Mifflin Company. Boston. 1985. página 3.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

burocratización estatal, aseguran su eficacia, limita sus costos, incrementa su profesionalización y finalmente favorece la aceptación positiva por parte de la sociedad civil. Así por lo menos lo consagra la Comisión de Inteligencia del Senado de los Estados Unidos de América en un informe que señala “...que el control puede fomentarse sin que se sacrifique la efectividad de los organismos de inteligencia”⁴.

En materia de control debemos distinguir dos distintos planos, uno horizontal y el otro vertical. El primero de ellos se presenta de manera interinstitucional o entre Poderes Federales, mientras que el segundo lo situamos en la revisión, crítica y control que se lleva al cabo de manera vertical a partir de estructuras u organizaciones no relacionadas con el propio Estado.

Según Eduardo Estévez existen cuatro espacios desde donde se puede implementar el control de estos mecanismos. Tres a los que podríamos denominar institucionales u horizontales, y uno externo o vertical. El primero, reside en el control de los propios poderes del Estado: el del Ejecutivo, el del Parlamento, Congreso Nacional (de la Unión en nuestro caso) y el del poder Judicial. Ese “*accountability*” horizontal, lo constituyen aquellos grandes controles de poder e injerencia que algunas agencias estatales ejercen sobre otras agencias estatales, fungiendo como frenos o contrapesos.

Por su parte, los medios de comunicación y la opinión pública ejercen lo que podríamos calificar como un “*accountability*” vertical o externo, es decir, aquel control que se ejerce desde la sociedad civil; un control extrainstitucional. Nosotros opinamos que existe un esquema de control adicional que lo conforman los organismos que, si bien no siempre tienen una calidad autónoma, aspiran a ella. Ejemplo de dichos organismos, están los organismos públicos autónomos facultados por ley para intervenir en el control jurídico de los órganos de inteligencia civil como lo es, por ejemplo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; mientras que otro organismo no necesariamente autónomo es el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Aunado a lo ya señalado, Eduardo Estévez afirma que existe una *tensión dialéctica* entre la secrecía que requiere la operación de las labores de inteligencia, y los derechos humanos que debería de garantizar todo régimen democrático: cuando señala que deben existir “...soluciones que permitan construir un nuevo equilibrio en donde el secreto y la transparencia coexistan – sin que por ello se resuelva la tensión esencial que caracteriza a dicho binomio”⁵

⁴ SELECT COMITE ON INTELLIGENCE, 1994, página 2. Este informe es consecuencia de la demanda de asistencia en materia de control parlamentario, que el Senado de los Estados Unidos había recibido de más de una docena de parlamentos de países del mundo.

⁵ ESTÉVEZ, EDUARDO: *Estructuras de Control de los Sistemas, Organismos y Actividades de Inteligencia en los Estados Democráticos*. En Seminario Internacional La Inteligencia en la Organización del siglo XXI, 3 y 4 de Noviembre de 2000. Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

El Ejecutivo adquiere -abunda Estévez-, dimensiones particulares en materias de control, ya que junto con dirigir, coordinar y administrar toda la comunidad de Inteligencia del Estado (inteligencia militar, inteligencia de Seguridad Pública e inteligencia para la Seguridad Nacional), sobre ella también debe ejercer controles claramente diferenciados de las otras actividades gerenciales.

La primera dimensión de control es aquella que desarrollan los contralores o auditores generales ubicados dentro de la propia comunidad (en el caso mexicano el Órgano Interno de Control del CISEN, dependiente jerárquico de la Secretaría de la Función Pública), la cual se aboca principalmente a la eficiencia y probidad de su accionar. Una segunda dimensión es ejercida por funcionarios que no son parte de la comunidad de Inteligencia, pero que pertenecen al Ejecutivo como es el caso la Procuraduría General de la República y el Consejo de Seguridad Nacional en el caso de México, del *Attorney General* y *the Foreign Intelligence Advisory Board* en los Estados Unidos de América o del *Inspector General* (I.G.) de la Procuraduría General del Canadá, los cuales centran sus actividades fiscalizadoras, que no operativas, principalmente en la legalidad del accionar de los organismos miembros de la comunidad de Inteligencia iniciando en su caso investigaciones y acciones criminales en contra de los funcionarios y operativos de inteligencia en caso de conducirse al margen de la legislación.

El control de la comunidad de inteligencia ejercido por el Poder Judicial es, sin duda, la labor más importante que la propia norma circunscribe. El hecho de que la propia ley establezca, en rango constitucional, el hecho de no afectar la esfera jurídica del gobernado sin la resolución de una autoridad que funde y motive las causas legales del procedimiento, pareciere forjar el cerco más sólido de protección buscada. No obstante, al no encontrar todos los actos de autoridad subyacentes en el campo del Poder Judicial, vulnera la seguridad de los ciudadanos frente a las infraestructuras de las tareas de inteligencia. Por ello, es conclusivo el hecho limitado de la participación de las actividades de jurisdicción centrándose sólo en aspectos relativos a la legitimidad, a través de la resolución de las controversias que pudieran presentarse entre las garantías individuales de los ciudadanos y el bien público de la sociedad.

Al igual que México, algunas naciones lo contemplan e implementan igualmente. Destaca el caso canadiense en el que el Acta del Servicio Canadiense de Seguridad e Inteligencia (CSIS), en vigencia desde junio de 1984, incluye un capítulo especial denominado "Control Judicial", donde expresamente se establece que el Servicio Canadiense de Seguridad e Inteligencia no puede implementar ningún tipo de técnicas intrusivas en sus investigaciones, sin autorización previa de un juez de la Corte de Justicia. Y en el caso mexicano, como ha quedado apuntado, donde además del apartado de las garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Seguridad Nacional remite a la legislación

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

penal⁶ las reglas de intervención de comunicaciones en las que es indispensable la autorización de un Juez Federal.

En regímenes democráticos, el Parlamento o Congreso Nacional constituye el tercer espacio desde el cual se ejerce control horizontal a la comunidad de Inteligencia. Es considerado uno de los controles más importantes puesto que responde a la idea de que éste encarna la expresión más compleja de la voluntad popular; sin embargo, un número muy limitado de países⁷ lo ha implementado en forma permanente; por el contrario, es frecuente observar su ejecución como una función más de comisiones permanentes más no especializadas, asumiendo en tal caso un carácter indirecto o cuando menos genérico; o como reacción a escándalos de legitimidad y/o eficiencia que se detecten en el área de inteligencia. Para ello, suelen constituirse comisiones especiales, de carácter temporal, que una vez terminada su investigación, establecidas las intangibles y a veces inimputables *responsabilidades políticas* de los involucrados y sugeridas las recomendaciones del caso, se disuelven.

En resumen, este control se asume desde dos dimensiones: por un lado el control Parlamentario, el cual se materializa a través del establecimiento de normas positivas que regulan las actividades de la comunidad de Inteligencia y el control político, y por otra, aquella que fiscaliza el funcionamiento de toda la comunidad de inteligencia, el nombramiento de sus máximas autoridades, las políticas de Inteligencia del Estado, las directrices emanadas del conductor político de la nación, la administración de los organismos de Inteligencia, la legitimidad de sus actividades y la eficiencia en el uso de sus recursos, como sucede en nuestro país a través de la Auditoría Superior de la Federación y la Comisión Bicameral correspondiente de las cuales abundaremos más adelante.

Sirva como ejemplo de lo hasta aquí apuntado la resolución del Senado de los EEUU de 1976 en la que señala que la Comisión Permanente de dicha Cámara:

“...hará todo esfuerzo para asegurar que los apropiados departamentos y agencias de los Estados Unidos provean informada y oportuna inteligencia necesaria para las ramas ejecutivas y legislativas para hacer importantes decisiones relativas a la seguridad y los intereses vitales de la Nación. Es también el propósito de esta resolución proveer supervisión legislativa vigilante sobre las actividades de inteligencia de los Estados Unidos para asegurar que tales actividades sean realizadas de conformidad con la Constitución y las leyes de los Estados Unidos...”⁸

⁶ Fracción IV del artículo 8 de la Ley de Seguridad Nacional. México.

⁷ Entre Estos países destacan Alemania, Argentina, Australia, Italia, Nueva Zelandia, Dinamarca, Holanda, los Estados Unidos de América y México.

⁸La Resolución N° 400 del Senado de los Estados Unidos, da origen en 1976 a la Comisión Permanente del Senado sobre Actividades de Inteligencia.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

El impacto que ha tenido el desarrollo tecnológico de las sociedades, abre un signo de interrogación frente a los grados de secreto y autonomía que en el pasado fueron características de las comunidades de inteligencia. Hoy dichos avances hacen difícil que estas actividades puedan escapar al atributo de la transparencia, y así lo cree Estévez cuando afirma *“Es probable que estemos en los albores de una etapa en la cual se va diluyendo la “privacidad” de la inteligencia”*⁹. Así surge como posibilidad cierta, en algún grado por lo menos, el control vertical desarrollado por parte de los medios de comunicación y de la opinión pública sobre este tipo de organizaciones, puesto que su visibilidad será cada vez mayor. En el caso mexicano la supervisión legislativa se hace principalmente por dos organismos: la Comisión Bicameral de Seguridad Nacional y la Auditoría Superior de la Federación quienes ejercen las referidas funciones de control horizontal mismas que se detallan a continuación.

EL CONTROL A PARTIR DEL PODER LEGISLATIVO

La Comisión Bicameral de Seguridad Nacional

La Ley de Seguridad Nacional contempla en su artículo 56, la integración de la Comisión Bicameral, que estaría integrada por tres senadores y tres diputados, con facultades para controlar y evaluar las políticas y acciones vinculadas con la Seguridad nacional, mientras que el artículo 57 señala como atribuciones más importantes de esta Comisión:

- Solicitar informes concretos al CISEN ante discusión de leyes o estudios de asuntos concernientes a su ramo o actividades;
- Conocer el proyecto anual de la Agenda Nacional de Riesgos y emitir opinión al respecto;
- Conocer los informes, directrices y acuerdos de cooperación que envíe, emita o suscriba el CISEN;
- Requerir al CISEN y a las instancias correspondientes los resultados de las revisiones, auditorías y procedimientos que se practiquen a dicha institución; y
- Enviar al Consejo de Seguridad Nacional cualquier recomendación que considere apropiada.

No obstante lo descrito en la Ley de Seguridad Nacional esta Comisión no existe dentro del texto de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, situación que resulta urgente atender. Por lo anterior es que esta Comisión, durante las LIX y LX Legislaturas han sido habilitadas a partir de un Acuerdo tomado en la Junta de Coordinación Política el cual, si bien no carece de legalidad, adolece de institucionalidad en sus trabajos.

La Auditoría Superior de la Federación

⁹ESTÉVEZ, EDUARDO: Ibid. página 1.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Es un órgano dependiente de la cámara de diputados encargado de revisar la cuenta pública. Una vez que sus informes llegan a la cámara de diputados son públicos con lo que se transparenta el ejercicio de los recursos públicos del Estado Mexicano y en este caso concreto, los del CISEN.

EL CONTROL A PARTIR DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Como lo mencionábamos *ut supra*, es a través del Poder Judicial como se protegen de manera sustantiva las garantías individuales. Los juzgados de distrito, por ejemplo, analizan las solicitudes de intervención de comunicaciones privadas, sobre las que vale hacer las siguientes consideraciones:

La reforma del artículo 16 Constitucional.

Las circunstancias en que se ha desarrollado la historia contemporánea de México, pueden considerarse como difíciles, debido, principalmente, a las recurrentes crisis económicas y los demás escenarios carenciales que de ella se derivan.

Considerando que la llamada delincuencia organizada ha utilizado diversos sistemas de comunicación para coordinar sus operaciones, el Ejecutivo consideró necesario reformar la Constitución para autorizar la intervención de comunicaciones privadas. El ancho espectro de dichas intervenciones tuvo lugar con el fin de abarcar todo el género que sobre la materia se puede presentar (telefonía convencional, celular, radio, mensajería, paquetería, télex, fax, correo electrónico, etcétera). La iniciativa enviada a la Cámara de Diputados por el entonces Presidente de la República, Ernesto Zedillo, pretendía que dicha intervención sólo se autorizara tratándose de delitos graves y de delincuencia organizada.

Se pretendió incluso, la colocación de aparatos de registro ambiental, como micrófonos, que representaba una serie de dificultades, como el hecho de que la autoridad que los colocara, debiera hacerlo en la clandestinidad y de manera furtiva para evitar que los sujetos de la intervención, lo supieran; pero para el caso de acceder a una oficina, establecimiento u hogar, deberían contar con la respectiva autorización judicial.

Cuando la iniciativa llegó a la Cámara de Diputados, rápidamente se establecieron dos posiciones: La primera, que sostenía que una reforma al artículo 16 de la Constitución, resultaba innecesaria, si se atendía al primer párrafo del mencionado artículo que dispone "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". En consecuencia, según esta posición, al autorizar la misma Norma Fundante los actos de molestia en la persona y en el domicilio, mediante escrito fundado y motivado, la intervención de las comunicaciones privadas podría realizarse apegándose a este mandato federal. La segunda posición, alertó sobre la necesidad de autorizar de manera expresa, esta facultad a fin de evitar interpretaciones equívocas. Triunfó ésta última.

La Cámara de Senadores, después de variar el dictamen de la Cámara de Diputados, aprobó la minuta que, de acuerdo al procedimiento previsto por el artículo 105 de la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Constitución Federal, fue revisado por los Congresos Estatales para su posterior aceptación y publicación el 3 de julio de 1996, para quedar de la manera siguiente:

“Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.”

Con esta reforma, la comunicación privada en general, y ya no sólo la de correo, alcanza el grado de garantía individual, al establecer que aquélla es inviolable. Nótese también el contrapeso que legislativamente se buscó para no generar un “terrorismo de Estado” en intervenciones de carácter fiscal, por ejemplo.

OTROS ÓRGANOS DE ESPECIAL RELEVANCIA EN EL CONTROL DE LAS TAREAS DE INTELIGENCIA

El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública

El CISEN es un sujeto obligado por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. A lo largo de los prácticamente seis años de vida del IFAI, éste ha emitido resoluciones emblemáticas en materia de clasificación y desclasificación de documentos del CISEN. A pesar de ello, las principales voces que han pugnado por una mayor y mejor apertura de los mecanismos de información y transparencia, insisten en que el Ejecutivo Federal debe implementar una política aún más eficiente para dichos fines.

Aunado a ello, al día de hoy existen diversas propuestas de reforma que, por un lado, pretenden fortalecer los principios y valores de la transparencia y el acceso a la información pública gubernamental, mientras que por otro, hay quienes pugnan por limitar los alcances del IFAI superposicionando una instancia que revise, vigile, ratifique o modifique las resoluciones de éste.

Con independencia de ello, para efecto de otear la ingerencia de dicho Instituto en las actividades del CISEN, se señalan algunas de especial interés, por representar triunfos de la ciudadanía en el ejercicio de su derecho a la información pública, cuyo contenido puede ser consultado a detalle en el sistema *Infomex* del IFAI.

- Solicitud sobre actos de inteligencia dirigidos a la isla de Cuba (cumplimiento a diversos recursos de revisión)

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- Identidad del Subcomandante Marcos, conocido por tal como Rafael Sebastián Guillén (cumplimiento a recurso de revisión 3196/06)
- Inseguridad en la Frontera Sur: Panorama General (cumplimiento a recurso de revisión 2848/06)
- Nota Metodológica para Construir Agendas de Riesgos (cumplimiento a recurso de revisión 841/05)
- Relación de intervenciones de comunicaciones privadas realizadas del 1 de febrero 2005 al 6 de noviembre 2007 (cumplimiento a recurso de revisión 4672/07) ¹⁰

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Se trata de un organismo público autónomo facultado por la Constitución para investigar violaciones a los derechos humanos y emitir recomendaciones. En materia de recopilación de información para la generación de inteligencia para la Seguridad Nacional no es remoto que se generen situaciones en las que potencialmente se vulneren los derechos humanos, mismas en las que independientemente de que en los ámbitos de sus respectivas competencias puedan intervenir, la función de “autoridad moral” del ombudsman ha resultado útil para impulsar dichas acciones institucionales.

A MANERA DE CONCLUSIONES

- Un Régimen democrático requiere la percepción de que todos los actores de su vida política, parten de un principio de igualdad. La Seguridad Nacional debe centrarse, exclusivamente, en la permanencia de las Instituciones del Estado, entendidas éstas como aquel continente que guarda o conserva valores que, por su naturaleza, no pueden ser manejados o poseídos por intereses particulares. En ese sentido, la inteligencia debe estar erguida en una estructura donde subyazca, siempre, el interés público.
- Dado el fortalecimiento de los mecanismos de control institucionales que se han ido generando a lo largo de la historia político-jurídica de nuestro país, es menester y deseable, hacer un hincapié en fomentar el fortalecimiento de los mecanismos de control no institucionales o externos, haciendo partícipe a la ciudadanía. Con ello deberemos afirmar el principio de que la supremacía del gobernado es insoslayable frente al poder del que lo gobierna.
- Simultáneamente a la consolidación y perfeccionamiento del régimen político mexicano se han ido generando mecanismos de control institucional y social a la actividad de los órganos de inteligencia civil para la Seguridad Nacional, es así que podemos afirmar que en democracia, un Estado sin Inteligencia es un Estado ciego, pero una inteligencia sin control puede conducir a situaciones que afecten incluso las bases mismas de la

¹⁰ Página web del CISEN www.cisen.gob.mx/espanol/respuesta_ifai.htm

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

institucionalidad democrática y finalmente termine cuestionando su propia legitimidad.

- Un verdadero ejercicio democrático, por raquítico que parezca por su incipiente desarrollo, deberá siempre, pugnar por el espacio público y la transparencia de aquello que, en su esencia, le fortalezca. La Inteligencia será eficaz y efectiva cuando, tras lograr su objetivo en el plano de la Seguridad Nacional, se vierta sobre el conocimiento ciudadano. Incluso – porqué no decirlo-, ayudando a explicar la historia de los acontecimientos que sirvieron para preservar el interés colectivo que, al final de cuentas, fundamentan su propia razón de ser.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.

Aguayo Quezada, Sergio. *Los usos, abusos y retos de la Seguridad Nacional Mexicana. 1946-1990.* Artículo en el libro *En busca de la seguridad perdida.* Siglo XXI Editores. Primera Edición, 1990. México.

ESTÉVEZ, EDUARDO: *Estructuras de Control de los Sistemas, Organismos y Actividades de Inteligencia en los Estados Democráticos.* En Seminario Internacional La Inteligencia en la Organización del siglo XXI, 3 y 4 de Noviembre de 2000. Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile.

TURNER, STANSFIED: *Secrecy and Democracy: The CIA in transition,* Houghton Mifflin Company, Boston 1985.

SELECT COMITE ON INTELLIGENCE, 1994. Este informe es consecuencia de la demanda de asistencia en materia de control parlamentario, que el Senado de los Estados Unidos había recibido de más de una docena de parlamentos de países del mundo.

Center for Hemispheric Defense Studies REDES 2001 Research and Education in Defense and Security Studies *May 22-25, 2001, Washington DC* Panel on Intelligence, La Problemática de la Inteligencia en América Latina: Análisis del caso chileno por Manuel Gallardo Cárcamo.

Resolución N° 400 del Senado de los Estados Unidos de América.

Ley de de Seguridad Nacional, México.

www.cisen.gob.mx

www.congreso.gob.mx

www.ordenjuridico.gob.mx

www.cia.gov.us

www.ifai.gob.mx

JUSTICIA RESTAURATIVA: DEL CASTIGO A LA REPARACIÓN

José Benito PÉREZ SAUCEDA y José ZARAGOZA HUERTA

Sumario: Introducción; 1. Concepto y fundamento de la Justicia Restaurativa; 2. Métodos restaurativos de solución de conflictos; 3. Reparación del Daño; 4. Perdón del Ofendido; 5. Bibliografía.

“¿Cuánto castigo necesita un ser humano para ser disuadido de sus fechorías?”

- Nils Christie¹

Introducción

La justicia restaurativa es un proceso en el que las partes implicadas en un delito, determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones.² Representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad. Dicha respuesta se basa en virtudes como: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación.³

La justicia restaurativa es una teoría de justicia que busca poner énfasis en la reparación del daño causado por una conducta delictiva,⁴ busca superar la lógica del “castigo”, o la justicia basada “en el dolor”⁵, proponiendo que las partes pueden llegar a una solución dependiendo de la gravedad del delito.⁶ Contempla al delito de un modo distinto al de la justicia retributiva, enaltecida en el sistema actual de

¹ V. Nils, Christie. *Los límites del Dolor* Ed. Fondo de Cultura Económica. 1984. p. 73.

² Kemelmajer, Aída. “En búsqueda de la tercera vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparadora”, “Reintegradora” o “Restaurativa” en el el sitio Justicia Restaurativa.com del grupo de Investigación de Justicia restaurativa de la Universidad Pontificia Bolivariana. www.justiciarestaurativa.com/

³ Domingo de la Fuente, Virginia. “Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica.” Lex Nova. Ed. Lex Nova Madrid. 2008. Número 23. p. 33-68.

⁴ V. Sitio del Prison Fellowship Internacional beyond crime and punishment. “Qué es la Justicia Restaurativa”. Centro para la Justicia y la Reconciliación Mayo 2005, Washington, DC. Estados Unidos de América www.pfi.org/cjr/...to.../bfque-es-la-justicia-restaurativa/at.../file

⁵ V. Christie, Nils. *Los límites del dolor*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1981. p. 61.

⁶ Martín Barberán, Jaume, et al. Op. Ctt. p. 96.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

justicia.

En la justicia restaurativa, el castigo es sustituido por la aceptación de la responsabilidad de los hechos y por la búsqueda de métodos de reparación del daño causado. Lo anterior requiere de la participación activa en el proceso restaurador tanto del ofensor como de la víctima y en su caso, de terceros interesados en que las cosas lleguen a buen puerto.

1. Concepto y fundamento de la Justicia Restaurativa

En el Congreso Internacional de Budapest de 1993,⁷ la Justicia Restaurativa o Restauradora ganó esta denominación frente a otros términos que también se utilizaban para nombrarla, como: Justicia Positiva, Pacificadora, Temporal, Transformadora, Comunitaria, Conciliativa, Conciliadora,⁸ Reparativa, Reparadora, Restitutiva, Reintegradora, o Reintegrativa.

La expresión “justicia restaurativa” o “restauradora” se considera más conveniente pues este paradigma busca responder al delito, de una manera constructiva, partiendo de la tesis que es necesario el reconocimiento de las víctimas y sus derechos,⁹ de una solución basada en la reparación del daño, y no en la venganza,¹⁰ sino en las necesidades de las partes y la construcción un estado de paz.¹¹

El proceso de restauración busca habilitar a las víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que participen directa y activamente en la respuesta del delito con la vista puesta en la reparación y la paz social¹², basándose en parte de las “3 r´s”: Responsabilidad, Restauración y Reintegración que significa lo siguiente:¹³

- a) Responsabilidad por parte del ofensor, porque cada persona debe responder por sus acciones u omisiones.
- b) Restauración de la víctima, quien necesita ser reparada. Requiere abandonar su posición de dañado, así como toda la sociedad.
- c) Reintegración del infractor, quien necesita restablecer los vínculos con la

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aida. “*Op. Cit.*” p. 108-109

⁸ Highton, Álvarez, et. al. *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998. p. 71-91

⁹ Sampetro Arrubia, Julio Andrés. “¿Qué es y Para qué sirve la Justicia Restaurativa?” en el sitio Justicia Restaurativa.com del grupo de Investigación de Justicia restaurativa de la Universidad Pontificia Bolivariana. http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf

¹⁰ No existen estudios contundentes que demuestren que existe un umbral de dolor necesario para que una persona se arrepienta genuinamente de su comportamiento, más al contrario pareciera que la pena provoca mayor resentimiento y rencor en el ofensor impidiendo su rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad. V. Niles, Christie. *Los límites del Dolor* Ed. Fondo de Cultura Económica. 1984. p. 73.

¹¹ Sampetro Arrubia, Julio Andrés. *Op. Cit.*

¹² Idem.

¹³ Idem.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

sociedad, que a su vez, necesita del buen desempeño de todos sus integrantes para su correcto funcionamiento.

Según la Organización de las Naciones Unidas, un proceso de justicia restaurativa es aquel en que la víctima, delincuente y cuando procesa, cualquier otro miembro de la comunidad afectado por el delito, participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del hecho punitivo, generalmente, con la ayuda de un facilitador¹⁴ para el desarrollo de todo el procedimiento.¹⁵

Como veremos más adelante, los procesos restaurativos se sustanciarán en métodos para alcanzar tales fines, como la mediación, conciliación, celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas. Para la ONU, un resultado restaurativo sería lograr un acuerdo producto de la aplicación de estos métodos.

En el convenio resultante se podrán incluir programas y respuestas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados para la atención de las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.¹⁶

En cuanto al modo de aplicación de los programas de justicia restaurativa, la ONU hace las siguientes recomendaciones:¹⁷

- a) Que puedan ser utilizados en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de los dispuesto en la legislación local;
- b) Solo se podrá disponer de los métodos restaurativos de justicia cuando existan pruebas suficientes para inculpar al delincuente con el consentimiento voluntario de la víctima y del delincuente;
- c) La víctima y el delincuente deberán estar de acuerdo sobre su participación en los procesos y acuerdos restaurativos. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales;
- d) Las desigualdades de posiciones y las diferencias culturales deberán ser tomadas en cuenta para poder someter el asunto a método restaurativo;
- e) La seguridad de las partes deberá ser tomada en consideración al momento de la realización del método restaurativo de solución de conflictos;

¹⁴ Un Facilitador de un proceso restaurativo es una persona especializada en prestar esa función, de manera justa e imparcial, a las partes que desarrollarán un método de justicia restaurativa. V. Resolución 2002/12 sobre los Principios sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

¹⁵ *Idem*

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ *Idem*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

f) De no ser adecuada la aplicación del método restaurativo, el asunto deberá atenderse mediante la justicia penal.

2. Métodos restaurativos de solución de conflictos

La Justicia Restaurativa cuenta con diversos programas o métodos que han sido desarrollados en diversas regiones del mundo con especial éxito:

a) *Mediación de la víctima y el infractor*.¹⁸ Es un método que otorga la oportunidad para reunir a la víctima y el infractor, en un escenario seguro y controlado, donde se desahogarán discusiones sobre el delito sucedido con la asistencia de un mediador capacitado en la materia.

Este tipo de Mediación es considerado el primer proceso restaurativo contemporáneo¹⁹ y consiste en la reunión voluntaria de la víctima y el infractor, buscando animar a este último a comprender las consecuencias de sus acciones, tomando responsabilidad del daño ocasionado y otorgando a las partes la oportunidad de desarrollar una forma para su reparación.²⁰

Para Elías Neuman, es precisamente la Mediación Penal el ejemplo más contundente de lo que persigue la justicia restaurativa, pues se basa en la creencia de la posibilidad de armonía entre los hombres, así como la esperanza de un verdadero saneamiento de las heridas producidas por el delito en el entramado social.²¹

Los inicios de la mediación entre víctima y ofensor se establecen en 1974, en Kitchener, Ontario, Canadá;²² cuando dos adolescentes acuchillaron llantas

¹⁸ Sampedro Arrubia, Julio Andrés. *Op. Cit.*

¹⁹ Se considera a la Mediación Víctima-Ofensor el primer método restaurativo contemporáneo documentado en 1974 en Canadá. Por el éxito del experimento para 1975, Ontario ponía en marcha el proyecto de reconciliación infractor-víctima. V. Masters, Guy. *Reflexiones sobre el desarrollo internacional de la Justicia Restaurativa* en el sitio “Restaurative Justice on Line”

http://www.derechosdelainfancia.cl/docs/imgs/imgs_doc/180.pdf

²⁰ Ibidem. Según la Red Prisión Fellowship Internacional, existen más de 300 programas de mediación entre víctimas e infractores en Estados Unidos de América y más de 500 en Europa. Los resultados de dichos programas han logrado una elevada satisfacción entre las partes participantes, consiguiendo disminuir el sentimiento de miedo entre las víctimas, así como un índice elevado de cumplimiento del infractor con la obligación de restitución y menor reincidencia de éstos en nuevos delitos.

²¹ Neuman, Elías. *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. Ed. Porrúa. México. 2005. p. 95.

²² La Mediación en materia penal podría tener múltiples antecedentes, por ejemplo, Cynthia Olson narra su investigación y participación en el “Tribunal del Pacificador” de los indígenas navajos, donde en realidad se aplican procedimientos de Mediación y Conciliación tradicionales a las costumbres y creencias nativas. Olson, Cynthia. “Aplicando la Mediación y los Procesos de Consenso en el marco de la Justicia Restaurativa”. En

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

automovilísticas, quebraron ventanas y causaron daños a diferentes propiedades en una noche de vandalismo y embriaguez, causando un daño de \$2,200 dólares a los que se declararon culpables en Corte. Ahí un agente del departamento de libertad condicional y sus compañeros del Centro Menonita de Ontario comentaron con el juez la idea de que los jóvenes respondieran cara a cara a cada una de las personas afectadas, a lo que la autoridad accedió. Después de escuchar a las víctimas, los jóvenes se comprometieron a restituir los daños y al cabo de seis meses, ya se había terminado de pagar lo acordado.²³

Al ver el exitoso resultado nacieron los Programas de Reconciliación entre Víctima y Delincuente (VORP)²⁴, financiados principalmente con donaciones de las iglesias, subsidios del gobierno y el apoyo de diversos grupos comunitarios.²⁵

La mediación entre las víctimas y los infractores puede llevarse a cabo en cualquier punto del proceso penal o de manera alterna al mismo. Puede efectuarse después de dictada la condena, incluso cuando el resultado del proceso restaurativo no influya en la pena impuesta, por ejemplo en el Estado de Texas, en la Unión Americana, los familiares de las víctimas de homicidio pueden solicitar dicho método con los asesinos de sus seres queridos, aunque estén condenados a la pena capital. En otros casos, las víctimas pueden reunirse con los ofensores en una mediación después del juicio.²⁶

Regularmente la Mediación víctima- victimario comienza cuando el caso es derivado de los juzgados para la realización de dicho método, ya sea con anterioridad al procedimiento judicial o después de una condena o la admisión formal de culpa ante el órgano jurisdiccional. Posteriormente, el mediador dialoga con la víctima y el ofensor, con el fin de asegurarse que la mediación puede ser aplicada, principalmente verificando que psicológicamente las partes estén en condiciones para vivir la experiencia de la mediación. Luego se efectúa el proceso de Mediación en sí, donde las partes se desahogan, se comprenden e identifican la situación del otro, reconocen la naturaleza y el alcance del daño efectuado por el delito, así como determinan la manera en la que se habrá de reparar, estableciéndose un cronograma para el monitoreo y pago de la merma.²⁷

Carranza, Elías (coord.) Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles. Ed. Soglo XXI. México. 2001. p. 222

²³ Rendon, Josefina. “Mediación entre víctima y ofensor.” En el sitio “Mediate.com” http://www.mediate.com/articulos/mediacion_entre_v.cfm

²⁴ VORP o VOM, por su nombre en inglés, “Victim Offender Mediation”.

²⁵ Fabiana Raña, Andrea. *La Mediación y el Derecho Penal*. Ed. Fabián Di Plácido. Argentina. 2001. p. 60

²⁶ Este tipo de Mediaciones tiene lugar en países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Bélgica, Países Bajos entre otros. V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

²⁷ Idem.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

b) *Reuniones de Restauración o Conferencias Comunitarias:* ²⁸

Proceso en el que se reúnen la víctima o el ofendido, el adolescente o el adulto infractor, los familiares de ambas partes, así como amigos y vecinos, con el objeto de gestionar y resolver el conflicto, atendiendo a las necesidades de la víctima, del infractor y de la comunidad.²⁹

Dicho método busca darle a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en el resarcimiento del delito, aumentando así la conciencia, responsabilidad y compromiso del infractor en el impacto de su conducta pasada y la importancia de su actuar futuro.³⁰

Las conferencias o reuniones de restauración surgen en 1989, con la aprobación de la Ley sobre Niños, Jóvenes y sus Familias de Nueva Zelanda.

Dicha regulación estableció un nuevo paradigma para el tratamiento de los menores infractores, pues en vez de procesarlos de la forma ordinaria, se le otorgó mayores facultades a la familia del joven delincuente para la toma de decisiones con el propósito de que ésta decidiera junto con la víctima y otros de la comunidad la sanción apropiada para el menor.

Las reuniones fueron adaptadas de los métodos tradicionales de resolución de conflictos del poblado de Maorí en Nueva Zelanda. Las reuniones de los nativos llamadas “whanau” son las formas consuetudinarias con las que los Maoríes abordan los conflictos que surgen con los miembros más jóvenes de su comunidad. Actualmente todavía operan, al igual que en distintos países como Australia, Estados Unidos, algunas naciones europeas y Sudáfrica. Han sido utilizadas tanto en infractores juveniles como en adultos.³¹

Estos métodos restaurativos se diferencian de la Mediación Víctima-Ofensor en que involucran a más participantes, ya que no sólo participan la víctima y el infractor sino también las víctimas secundarias, como lo pueden ser familiares y amistades de la víctima, parientes y allegados del infractor, así como representantes del sistema de justicia penal.³²

²⁸ También conocidos como “de Familia o de Grupos de Comunidad”.

²⁹ Pesqueira Leal, Jorge. conferencia “*Justicia Restaurativa y Alternativa*”, impartida en el Auditorio “Victor L. Treviño” de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, el viernes 13 de Febrero de 2009. V. Blog de Mediación Monterrey. “Justicia Alternativa y Restaurativa en el Juicio Oral: Jorge Pesquería Leal en la FACDYC. Nota del Martes 17 de Febrero de 2009. <http://blogdemediacionmonterrey.blogspot.com/2009/02/justicia-restaurativa-y-alternativa-en.html>

³⁰ Vázquez Bermejo, Oscar. “¿Qué es la Justicia Restaurativa?”. *Justicia Para Crecer. Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa.*. Ed. Terre des hommes Lausanne. Perú No 1 Diciembre 2005-Febrero 2006.

³¹ Idem.

³² Llanos, Ramiro. “Justicia Restaurativa” En el Sitio “Restaurative Justice on line. “<http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos/>

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En semejanza, las conferencias también se valen de un facilitador del diálogo, sin embargo, son los miembros del grupo reunidos, quienes decidirán como debe de reparar el infractor aquel daño ocasionado. El acuerdo alcanzado se debe formalizar por escrito, firmado por todos los involucrados y se envía a las autoridades correspondientes para su cumplimiento.³³

Las reuniones o conferencias de restauración buscan demostrarle al ofensor que existen muchas personas a quienes les interesa y se preocupan por su situación, al tiempo que se puede conseguir despertar un sentido de responsabilidad en la familia, su círculo interno de amigos y la sociedad entera.

Otra de las bondades es que el acuerdo de resolución alcanzado por todas las partes involucradas fortalece el establecimiento y respeto de los valores comunitarios, así como el uso contractivo de la vergüenza llamada reintegrativa³⁴, por medio de la cual la sociedad denuncia la conducta del ofensor como inaceptable, pero a su vez, se compromete con éste para su reintegración.

Este método restaurativo se divide en 3 fases que son: a) la preparación, el encuentro y el monitoreo posterior al mismo. En la primera etapa, un facilitador capacitado recibe el informe de traspaso y se asesora con funcionarios de la justicia para menores con el objetivo de conocer el asunto. Así el facilitador puede conocer de las partes, identificando sus necesidades y los propósitos a conseguirse en los procesos de restauración.³⁵

Posteriormente se realiza el encuentro entre las partes participantes, ahí el ofensor cuenta su versión de la historia, al terminar, la víctima hace lo propio. A continuación tanto ofensor como víctima tendrán la oportunidad de expresar su sentir respecto a lo sucedido en el delito y sus consecuencias. Las partes entonces podrán efectuarse preguntas, de igual forma lo podrán hacer las respectivas familias. El ofensor se reunirá en privado con su familia para determinar como saldrán la reparación del daño causado, realizando una oferta a la víctima y los demás asistentes. Las negociaciones seguirán hasta lograr un acuerdo, el cual debe formalizarse por escrito, incluyendo un cronograma para la realización del pago y el monitoreo de las partes.³⁶

Por último, la restauración debe ser monitoreada para garantizar el cumplimiento

³³ Idem.

³⁴ V. Pratt, John. "El Castigo emotivo y ostentoso. Su declinación y resurgimiento en la sociedad moderna" *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Ed. Universidad Nacional del Litoral. 2006. Número 22. p. 34.

³⁵ Galeno Rey, Juan Pablo. "Un nuevo modelo de Justicia Restaurativa y el redimensionamiento del rol y protagonismo de la víctima en el nuevo proceso penal colombiano." En Sintura Varela, Francisco, et. al. *Sistema Penal Acusatorio*. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2005. p. 318

³⁶ Idem.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

del acuerdo. En caso de incumplimiento regresará a los juzgados.³⁷

c) *Círculos*:³⁸ Proceso en el que participan la víctima, el infractor y en su caso, la familia de ambos, sus abogados, así como integrantes de la comunidad afectados e interesados de instituciones públicas (policía, ministerio público, poder judicial, familiares, escolares, etc.), sociales (organizaciones de la sociedad civil) y privadas (cámara de la industria, del comercio, del turismo, etc.) son guiadas por un facilitador, con el fin de procurar la sanación de los afectados por el crimen, así como lograr el compromiso y responsabilidad del infractor promoviendo su enmienda y reinserción social.³⁹

Los círculos son métodos restaurativos de resolución de conflictos adaptados de las culturas nativas de los Estados Unidos y Canadá, a partir de la década de los 80's, cuando funcionarios judiciales y los pueblos de las Primeras Naciones⁴⁰ de Yukón promovieron el desarrollo de vínculos entre la comunidad y la vía judicial.⁴¹

Como los demás métodos restaurativos de solución de conflictos mencionados anteriormente, los Círculos son voluntarios, es decir, que nadie puede obligar al ofensor a someterse al proceso restaurativo, además gran parte de la recuperación del mismo depende de esa voluntad del infractor para sanar.

Cualquier miembro de la comunidad en los Círculos, ya sea integrante del sistema judicial, hasta cualquier ciudadano interesado en el delito. Todos los presentes, la víctima y su familia, el delincuente y su familia, y los representantes de la comunidad tendrán la oportunidad de expresarse durante el proceso restaurativo. Los participantes se expresan a medida que se les pasa un objeto que concede la palabra. A medida que dicho objeto pasa por todo el círculo, el grupo debate sobre diferentes temas. Al referirse al delito, los participantes expresarán cómo se sienten al respecto. El ofensor, por su parte, expresará por qué cometió el delito. Durante el método restaurativo, los involucrados en el Círculo tendrán que desarrollar una

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ También llamados "Círculos Restaurativos, de Sanación, de Conciliación, de Sentencia, de Apoyo, de Paz o Tratados de Paz".

³⁹ Pesqueira Leal, Jorge. *Op. Cit en el sitio "Mediación Monterrey"* <http://blogdemediacionmonterrey.blogspot.com/>

⁴⁰ "First Nations"

⁴¹ En la década de los 90's, el juez Barry Stuart del Tribunal Territorial de Yukón promovió los llamados "Círculos de Sentencia", de las aplicaciones más comunes a dicho método restaurativo es el llamado "Círculo Holístico de Sanación de la Comunidad de las Primeras Naciones de Hollow Water". En esta comunidad los círculos fueron utilizados para combatir el alto nivel de alcoholismo de la población. Durante el procedimiento, algunos de los involucrados confesaban experiencias tan íntimas como el abuso sexual. Lo anterior, promovió a los círculos de sanación como un real medio de abordar el conflicto procurando sanar a la víctima, al victimario y de restauración de la sociedad completa. V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional "Restaurative Justice on Line" <http://www.justiciarestaurativa.org/>

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

estrategia para la restitución del daño causado por el delito.⁴²

A pesar que los Círculos pueden variar dependen del lugar donde se realicen, pueden identificarse las siguientes fases: En primer lugar, el ofensor debe solicitar voluntariamente y sin presión, la sujeción a dicho método restaurativo; al pasar el asunto a este proceso, el delincuente y la víctima son preparados, se les informa de lo que ocurrirá en el círculo, que tendrán la oportunidad de expresarse y de conocer las experiencias de ambos, así como de las demás personas que participen. Posteriormente, un círculo de sentencia determinará la respuesta que se espera del ofensor, pudiendo incluir compromisos de la comunidad y miembros de la familia involucrados y funcionarios judiciales. Por último, un Círculo de apoyo que monitoreará el progreso del acuerdo alcanzado.

d) Asistencia a la Víctima: Como su nombre lo indica, son programas que brindan servicio a las víctimas para ayudarlas a que se recuperen del daño que se les ha ocasionado. Los objetivos que persiguen son:

- a) brindar representación legal a las víctimas del delito para que no se presente una situación de olvido por parte del sistema legal;
- b) la recuperación de las lesiones físicas y psicológicas y
- c) alcanzar una reintegración en la sociedad por parte de la víctima.

Los Programas de asistencia a las víctimas se dividen en dos grandes apartados:

- La defensa de los Derechos de las Víctimas y
- Los servicios de asistencia materiales y psicológicos.⁴³

e) Asistencia a Ex Delincuentes: Es claro que a la hora de salir de prisión, la reinserción social para el reo no es fácil, existen múltiples barreras que podrían orillarlos a reincidir. De igual forma, el purgar una condena, no implica la rehabilitación. También los victimarios necesitan de ayuda.⁴⁴ Los programas de asistencia al prisionero buscan que la transición de la vida en la cárcel a un miembro activo de la comunidad, no sea difícil. Su objetivo es quitar el estigma social que debe cargar el delincuente para recuperarlo como un ciudadano productivo.⁴⁵

⁴² Idem.

⁴³ V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Dos ejemplos de programas de asistencia al prisionero son: a) El proyecto de Alternativas a la Violencia (“Alternatives to Violence Project” AVP): El cual consiste en seminarios que se centran en el crecimiento de la comunidad y la confianza, al tiempo que desarrollan en los prisioneros aptitudes comunicacionales y la capacidad de resolución de conflictos y b) La Transición de Prisioneros de Detroit (“Detroit Transition of Prisoners” TOP): que es un programa de asistencia poscarcelaria basado en la iglesia, que asiste a ex prisioneros. V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

f) *Restitución*.⁴⁶ Es el pago del ofensor ya sea en dinero, en servicios o en especie para resarcir a la víctima el daño causado por el delito. En nuestra opinión, no nos parece que sea un método de justicia restaurativa en sí, más bien es el resultado de un proceso restaurativo,⁴⁷ sin embargo, no podemos negar que el acto de restituir lo que se debe puede generar psicológicamente una satisfacción en la víctima y será un paso importante en la rehabilitación del infractor, además de la contribución para enmendar las relaciones sociales de las partes involucradas.⁴⁸

g) *Servicio Comunitario*: Es el trabajo realizado por un ofensor en beneficio de la comunidad para reparar el daño causado por sus acciones. El servicio comunitario es más bien un resultado del proceso restaurativo, sin dejar de reconocer que puede tener un poder para rehabilitar al infractor.⁴⁹

h) *La Mediación y el Encuentro*: Este tipo de método restaurativo se basa en el modelo de encuentros desarrollados en Australia; en el valle de Támesis, Inglaterra; y en Leuven, Bélgica, donde la policía trata de acercar a las partes antes de que se presenten acusaciones formales. La idea de desarrollar dichos programas surgen de la tradición en mediación de los diferentes sectores de las comunidades

⁴⁶ Los Mecanismos de Restitución se encuentran previstos en códigos de antiguas civilizaciones. En el Código de Hammurabi, las víctimas tenían derecho a recibir pago por determinados delitos contra la propiedad. La Ley de las Doce Tablas prescribía el cronograma de pagos en caso de robo de propiedad. En el caso de delitos violentos, codificaciones de Medio Oriente, como el código Sumerio de Urnammu y el Código de Eshnunna establecían la restitución. Por su parte, los “viejos de idea” en la comunidad indígena de Aguarama en el del Perú, ya contaban con juntas de las familias involucradas en conflictos para determinar una restitución de los dañado. V. Binder, Alberto, et. al. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Escuela Nacional de la Judicatura. República Dominicana. 2006. p. 88

⁴⁷ La restauración de la restitución es en verdad, su resultado que es la reparación del daño sufrido por la víctima, lo que por supuesto es beneficioso. Pero para que pueda potenciar toda su capacidad restaurativa es necesario que sea producto de una mediación, reunión restaurativa, etc., pues es ahí donde existe la posibilidad de dialogar y comprender al otro. V. Llanos Ramiro. “Justicia Restaurativa” en el Sitio “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos/>

⁴⁸ V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

⁴⁹ Debemos recordar que la sociedad es considerada por la doctrina como una víctima más del delito. Por ejemplo, el daño psicológico social que se pudiera causar. Mientras la restitución repara el daño causado a la víctima en particular, el servicio comunitario repara el daño efectuado a todos. Es importante que a la resolución judicial o acuerdo en el que se determine este servicio, también se especifique claramente la parte de la comunidad que sufrió el daño, el perjuicio sufrido por la misma, y el servicio a ser ordenado para que éste sea específica y directamente reparado. Es decir, que las órdenes de servicio comunitario deben vincular a cada delito en particular con el trabajo a ser realizado. V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

mencionadas.⁵⁰

i) Conciliación Post-judicial: Este tipo de conciliación consiste en reunir a las víctimas con los ofensores, para que entre ellos, estudien si han podido superar las consecuencias del delito. Se evaluará si el infractor ha tenido una transformación durante su encierro, así como buen comportamiento, si coopera con las demás personas reclusas, si se está capacitando o estudiando, es decir, se verifican todas las condiciones existentes para determinar si en realidad, está apto para salir de la cárcel y mantenerse dentro del orden fuera de ella. De igual forma se evalúa a la víctima, para determinar si ha podido superar el impacto psicológico del delito.⁵¹

3. Reparación del Daño

Un daño es un mal, perjuicio⁵² o menoscabo causado por una persona a otra u otras.⁵³ Este deterioro, puede ser material o moral, el primero consiste en un menoscabo pecuniario al patrimonio de una persona, mientras que el segundo, es la afectación sufrida en los sentimientos, creencias, reputación, en la vida privada o en la consideración que tienen los demás de dicha persona.⁵⁴

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece la reparación del daño al ofendido en su artículo 20, inciso C, “de los derechos de las víctimas”, apartado IV.⁵⁵

Aunque algunos autores definen a la reparación del daño como la obligación pecuniaria impuesta al delincuente de restablecer el statu quo y resarcir los perjuicios derivados de su delito,⁵⁶ otra parte de la doctrina insiste que la reparación

⁵⁰ Llanos, Ramiro. “Justicia Restaurativa” en Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

⁵¹ Ídem.

⁵² Según María de Jesús Camargo Pacheco, el perjuicio es la ganancia lícita que deja de obtenerse o los deméritos y gastos que se ocasionan por un acto u omisión, debiendo ser indemnizado. V. Camargo Pacheco, María de Jesús. “La Reparación del Daño al Ofendido en la Legislación Sonorense.” *Academia. Revista Jurídica de la Academia de Derecho de la Universidad de Sonora*. Enero 2003. p. 1-4. Por su parte, para Rafael De Pina, el Perjuicio es toda ganancia o beneficio que siendo esperado, ha dejado de obtenerse. V. De Pina, Rafael. “*Op. Cit*”. p. 403.

⁵³ Ídem. p. 213

⁵⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa. México. 1997. p. 830.

⁵⁵ “De los derechos de las víctimas”, apartado IV. “IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el ministerio público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijara procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.” V. Artículo 20 inciso C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵⁶ UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 12 ed. Ed. Porrúa. México. 1998.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

no debe confundirse con el pago de una suma de dinero.⁵⁷ La reparación del daño es más bien, la solución objetiva o simbólica que restituye la situación al estado anterior a la comisión del delito, satisfaciendo a la víctima, pudiendo ser la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, trabajo gratuito, entre otros.⁵⁸ En el caso de la Justicia Restaurativa aunque también se contempla el pago monetario, en realidad lo que se busca en sí, es la curación de la víctima y también del victimario, por lo que no necesariamente nos referimos a un problema de dinero.

La Reparación del Daño es en realidad una acción emprendida por el delincuente a fin de hacer de la pérdida sufrida por la víctima algo bueno. Es un derecho subjetivo del ofendido, para ser resarcido de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal.⁵⁹

Las Naciones Unidas promueven la protección al derecho que tienen las víctimas a una pronta reparación del daño, así como el acceso de la Justicia para lograrlo, dependiendo de lo establecido en las regulaciones locales.⁶⁰

Para que pueda llevarse a cabo una reparación del daño, se requieren los siguientes elementos:⁶¹

- a) La destrucción, mal, degradación, menoscabo, ofensa o dolor provocado a una cosa, persona o moral de alguien;⁶²
- b) Que el daño sea realizado sin mediar derecho alguno para ello;
- c) El daño proviene de la acción del hombre, es decir, de un acto o hecho humano y;
- d) Es independiente de la intención del responsable

Al efectuarse un perjuicio, el victimario está obligado a indemnizar, ya que el efecto jurídico de la reparación del daño es precisamente la indemnización o resarcimiento

⁵⁷ Cesano, José Daniel. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: Tratamiento en el Código Penal Argentino y perspectivas en el proyecto de reforma integral 2006”. En Marchiori, Hilda (coord). *Principios de Justicia y Asistencia para las Víctimas. Estudios sobre la Victimización*. Ed. Encuentro. Argentina. 2007. p. 139

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa. México. 1998, p. 723.

⁶⁰ La Reparación del Daño y el Acceso a la Justicia, a un trato justo y a la asistencia de la Víctima fue reconocida, por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la aprobación de la resolución 40/34, “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. V. Inciso a, “Las Víctimas de Delitos”, apartado 4 de la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder”.

⁶¹ Malvárez Contreras, Jorge. *La Reparación del Daño al Ofendido o Víctima del Delito*. Ed. Porrúa. 2008. p. 95.

⁶² De Pina, Rafael. *Op. Cit.* p. 213.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

del mismo, es decir, la devolución de la cosa dañada a su estado anterior o el pago de su precio. Mediante la reparación del daño se pretende restablecer el orden quebrado por su merma u ofensa.⁶³

En la justicia restaurativa se busca la reparación del daño causado por el delito.⁶⁴ De preferencia por quien causó éste y para ello, son importantes los esfuerzos del ofensor para lograr dicha compensación.

La reparación comprende cuatro etapas:⁶⁵

- a) *Disculpa*: Puede ser oral o escrita, a su vez consta de tres fases que son:
 - 1) Reconocimiento: En dicho paso el ofensor reconoce su responsabilidad por lastimar a la víctima, acepta que su conducta causó un daño real y que el ofendido no merecía el perjuicio;
 - 2) Emoción: Después del reconocimiento de la culpa, se busca que el ofensor pueda experimentar remordimiento o vergüenza por lo sucedido, con el objetivo de que ello pueda resultar sanador para la víctima y rehabilitador para el victimario;
 - 3) Vulnerabilidad: Se refiere al cambio de poder entre la víctima y el ofensor, pues mediante el delito, el victimario ejerce una fuerza sobre la víctima, al producirse la disculpa el delincuente pasa ese control al ofendido, quien decide aceptar o rechazar la disculpa.
- b) *Cambio en la Conducta*: Busca que el ofensor no cometa más delitos;⁶⁶
- c) *Generosidad*: La Justicia Restaurativa busca en la medida de lo posible que el ofensor realice servicios no relacionados con la víctima o con el delito efectuado, pero que pudieran ser muestra de una verdadera disculpa. Por ejemplo: cuando el victimario decide prestar servicio comunitario en alguna institución elegida por el ofendido;
- d) *Restitución*: Consiste en reemplazar en dinero o servicios a la víctima el daño

⁶³ Ídem.

⁶⁴ El Daño Material ya sea físico o económico, consiste en la restitución de la cosa o el pago del precio; y en lo referente al Daño Moral, la indemnización cabe en caso de injurias difamación y calumnia. Sobre el Daño Moral, su cuantificación resulta ser más complicada, siendo el juez quien determina el monto.

⁶⁵ Según el sitio de “Justicia Restaurativa on line” <http://justiciarestaurativa.org>

⁶⁶ Por dicha razón se busca que al alcanzar acuerdos se incluyan aspectos como el cambio del entorno del ofensor, la transformación de su comportamiento y así como el incentivo de los cambios positivos. Se debe dar seguimiento si asiste a la escuela o si ha cambiado los sitios que frecuentaba, si participa en programas para el tratamiento de adicciones, así como para el control de las emociones, capacitación laboral. Las acciones de seguimiento posteriores a los encuentros restaurativos a fin de monitorear su progreso. Según el sitio de “Justicia Restaurativa on line” <http://justiciarestaurativa.org>

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

realizado.⁶⁷ Debe pagarse, en primera instancia, a quienes se ha inflingido un daño directo con el delito cometido.

4. Perdón del Ofendido

Todo perdón presupone la lesión de un bien penalmente relevante, es decir, se requiere la comisión de un acto delictivo, previamente tipificado y sancionado en la ley, dicho perdón librerá al victimario de una pena o castigo.⁶⁸

El Perdón constituye un rechazo al mal infringido con una actitud positiva, o por lo menos, no negativa a la persona que nos ha lastimado⁶⁹

Perdonar no es fingir que no nos sucede nada o aparentar una reconciliación. Perdonar es un proceso donde se reconocen errores y se intenta corregirlos, buscando en ello, sentimientos de libertad y de paz con uno mismo.⁷⁰

Perdonar es una transformación motivacional que inclina a la persona a inhibir respuestas destructivas en sus relaciones y a convertirlas en constructivas respecto a quien lo ha ofendido.⁷¹

Puede definirse en la práctica clínica como la conciliación existente entre sentimientos y pensamientos negativos y la experiencia vivida de la persona en busca de asumir su responsabilidad para integrarlos en una nueva experiencia, de carácter positivo, constructivo, que deja de lado lo negativo del sufrimiento de la persona.⁷²

El perdón es una realidad que pueden vivir quienes son parte de un proceso restaurativo⁷³ Perdonar es una cuestión de voluntad, es una elección, no significa una reacción involuntaria.⁷⁴

Sin el Perdón y la Reconciliación es difícil lograr la finalización de un conflicto, ya que se busca el perdón propio y a quienes han inflingido una ofensa. Se debe comprender lo sucedido, las circunstancias y las causas por lo que se dio el agravio, con el objetivo de lograr una liberación de los sentimientos negativos: del rencor, del odio, el temor, el deseo de venganza.⁷⁵

El Perdón y la Reconciliación son procesos y capacidades que demuestran madurez

⁶⁷ Según Rafael De Pina Vara la Restitución es devolver una cosa a quien la tenía anteriormente, poner una cosa en el estado en que estaba antes. V. De Pina, Rabel. *Op. Cit.* p. 443.

⁶⁸ Rodríguez Flores, María. *El Perdón Real en Castilla. Siglos XII-XVIII*. Ed. Universidad de Salamanca. España. 1997. P. 21

⁶⁹ Crespo, Mariano. *El Perdón. Una Investigación filosófica*. Ed. Encuentro Madrid. 2004. p. 32.

⁷⁰ Vinyamata, Eduard. *Manual de Prevención y Resolución de Conflictos. Conciliación, Mediación, Negociación*. Ed. Ariel. España. 1999. p. 76.

⁷¹ Barbosa Ramos, Isaac. *El Valor del Perdón*. Ed. Selector. México. 2006. p. 111

⁷² Ídem.

⁷³ Leigh De Mooss, Nancy. Escoja *Perdonar: Su Camino a la Libertad*. Ed. Portavoz. Estados Unidos de América. 2007. P. 25.

⁷⁴ MacArthur, John. *Libertad y Poder del Perdón*. Ed. Portavoz. 1999. Estados Unidos de América. p. 120.

⁷⁵ Vinyamata, Eduard. *Op. Cit.* p. 76.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

intelectual y espiritual,⁷⁶ no son actos de masoquismo, ni muestras de debilidad, al contrario, representan actos de verdadera humanidad, valor y lucidez.

En Derecho, el Perdón del ofendido o del legitimado al otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela. Una vez otorgado, éste no podrá revocarse.⁷⁷

El perdón sólo beneficia al inculpado a quien se le otorga, a menos que se haya efectuado la reparación del daño al ofensor con lo que se beneficiará a todos los inculpados.⁷⁸

Bibliografía

1. Augusto de Luna, Javier, et. al. *Jornadas iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*. 2da. ed. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2008.
2. Barbosa Ramos, Isaac. *El Valor del Perdón*. Ed. Selector. México. 2006.
3. Binder, Alberto. et. al. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Escuela Nacional de Jurisprudencia. 2006.
4. Camargo Pacheco, María de Jesús. “La Reparación del Daño al Ofendido en la Legislación Sonorense.” *Academia. Revista Jurídica de la Academia de Derecho de la Universidad de Sonora*. Enero 2003.
5. Carranza, Elías. (coord). *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. Respuestas Posibles*. Ed. Siglo XXI. México. 2001.
6. Carranza y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa. México. 1997.
7. Cesano, José Daniel. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: Tratamiento en el Código Penal Argentino y perspectivas en el proyecto de reforma integral 2006”. En Marchiori, Hilda (coord). *Principios de Justicia y Asistencia para las Víctimas. Estudios sobre la Victimización*. Ed. Encuentro. Argentina. 2007.
8. Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa. México. 1998.
9. Crespo, Mariano. *El Perdón. Una Investigación filosófica*. Ed. Encuentro Madrid. 2004.
10. Domingo de la Fuente, Virginia. “Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica.” *Lex Nova*. Ed. Lex Nova Madrid. 2008. Número 23.

⁷⁶ Idem. Eduard Vinyamata llama “actos de virilidad intelectual” al sometimiento de procesos de Perdón y Reconciliación.

⁷⁷ Artículo 93, Capítulo III sobre el “Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo” del Código Penal Federal

⁷⁸ Idem. En Nuevo León el Perdón de la víctima requiere que sea otorgado al ofendido cuando: a) El Delito se persiga a instancia de parte y b) que se conceda antes de que cause ejecutoria la sentencia definitiva que se dicte. V. Artículo 111 del Código Penal del Estado de Nuevo León.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

11. Fabiana Raña, Andrea. *La Mediación y el Derecho Penal*. Ed. Fabián Di Plácido. Argentina. 2001.
12. Galeno Rey, Juan Pablo. “Un nuevo modelo de Justicia Restaurativa y el redimensionamiento del rol y protagonismo de la víctima en el nuevo proceso penal colombiano.” En Sintura Varela, Francisco, et. al. *Sistema Penal Acusatorio*. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2005.
13. Highton, Álvarez, et. al. *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998.
14. Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Justicia Restaurativa. Posibles respuestas para el Delito cometido por personas menores de edad*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2004.
15. Leigh De Mooss, Nancy. *Escoja Perdonar: Su Camino a la Libertad*. Ed. Portavoz. Estados Unidos de América. 2007.
16. MacArthur, John. *Libertad y Poder del Perdón*. Ed. Portavoz. 1999. Estados Unidos de América.
17. Malvárez Contreras, Jorge. *La Reparación del Daño al Ofendido o Víctima del Delito*. Ed. Porrúa. 2008.
18. Martín Barberán, Jaume, et. al. “La Transformación del campo del control de la criminalidad y la justicia penal.” en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Ed. Centre d’ Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Cataluña, 2009.
19. Montero Herranz, Tomás. *La Justicia Penal Juvenil en España: Legislación y Jurisprudencia*. Ed. Club Universitario. España. 2006.
20. Neuman, Elías. *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. Ed. Porrúa. México. 2005.
21. Niles, Christie. *Los límites del Dolor* Ed. Fondo de Cultura Económica. 1984.
22. Pratt, John. “El Castigo emotivo y ostentoso. Su declinación y resurgimiento en la sociedad moderna” *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Ed. Universidad Nacional del Litoral. 2006. Número 22.
23. Rodríguez Flores, María. *El Perdón Real en Castilla. Siglos XII-XVIII*. Ed. Universidad de Salamanca. España. 1997.
24. Sintura Varela, Francisco, et, al. *Sistema Penal Acusatorio*. Centro Editorial del Rosario. Bogota. 2005.
25. Vázquez Bermejo, Oscar. “¿Qué es la Justicia Restaurativa?”. *Justicia Para Crecer. Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa*. Ed. Terre des hommes Lausanne. Perú No 1 Diciembre 2005-Febrero 2006.
26. Vinyamata, Eduard. *Manual de Prevencion y Resolución de Conflictos. Conciliación, Mediación, Negociación*. Ed. Ariel. España. 1999.

PROBLEMAS Y SOLUCIONES AL MODELO TRADICIONAL DE APLICACIÓN DE LA SANCIÓN CRIMINAL

Zainer PIMENTEL CAVALCANTE COSTA

Sumario: I. Introducción, II. Los límites del *Ius puniendi*, III. La pena privativa de libertad y otras alternativas, IV. El abolicionismo penal, V. Valoración final, Bibliografía.

I. Introducción

La condena a un reo acusado por una acción delictiva que respete todas las garantías del debido proceso legal tiene como consecuencia lógica: la asignación por un tribunal al condenado de una pena legalmente establecida que deberá cumplir según las normas procedentes de de la ejecución¹. La sanción, según Saguinetti, puede tener diversas finalidades como la intimidación, la retribución o la enmienda². Sin entrar todavía en esta cuestión, puesto que las finalidades de la pena han sido objeto de muchas divergencias entre los científicos del Derecho penal, lo cierto es que su aplicación, en la mayoría de los casos, se viene demostrando poco eficaz, independientemente de los fines que con ella se persigan.

En los ordenamientos jurídicos actuales la sanción penal puede ser aplicada de diferentes maneras: la privación de la libertad, la restricción de derechos y las multas son apenas algunas de ellas. En defensa de la pena privativa de libertad se aduce que tiene la ventaja de excluir del medio social y neutralizar a los individuos que rechazan frontalmente la norma. El problema que enfrenta este argumento es que no está del todo probada su validez a la hora de reinsertar estos delincuentes, ni tampoco que sirva para intimidarlos. La pena privativa de derechos, por su parte,

* Este texto está dedicado a mi valiente padre (Zacarias), que sigue luchando en estos últimos momentos de su existencia.

¹ Para Antolisei la pena puede definirse como: “*la sofferenza comminata dalla legge e irrogata dall’Autorità giudiziaria mediante processo a colui che viola un comando della medesima*”. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale, Parte Generale*, 12 ed., Giuffrè, Milano, 1991, p.600.

² SANGUINETI, Luigi Maria, *Diritto Penale Ragionato: dolo, colpa nesso di causalità, reato continuado delitti contro la famiglia, la libertà sessuale, la inviolabilità del domicilio e dei segreti*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 8.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

parece inocua ante ciertos tipos de criminalidad, principalmente hacia los elementos delictivos que rechazan deliberadamente el ordenamiento jurídico. Finalmente, la pena pecuniaria tiene un buen nivel de eficacia, y aunque, en muchos casos, sus efectos preventivos se ven mermados, puede eliminar los inconvenientes de la privación de libertad de corta duración. En cuanto al abolicionismo penal, pese a ser una valiosa construcción conceptual, se ha demostrado una teoría difícil de aplicar en nuestros días, en vista del acentuado clima punitivista en que vivimos.

Por todo ello se hace indispensable estudiar las nuevas formas de aplicación de la sanción penal sin olvidar que deben, por un lado garantizar escrupulosamente los derechos fundamentales del penado y, por el otro, proteger el ordenamiento jurídico y la sociedad de los ataques más fuertes al sistema normativo de convivencia.

Este texto pretende estudiar los problemas del sistema de aplicación de la pena, poniendo el acento en la pena privativa de libertad (sus ventajas y desventajas), debido a su impacto en el sistema sancionador. Paralelamente se hace un análisis crítico de otros modelos penológicos, buscando explicar que pese a las buenas intenciones que viene aparejado en ellos, su aplicación a la mayoría de los supuestos delictivos es de dudosa eficacia.

Aquí, lo que se propone es una solución descriminalizadora para algunas figuras delictivas recientemente introducidas en muchas legislaciones de nuestro entorno cultural, forzosamente creadas con el objetivo de responder a demandas de persecución del delito que no obedecen a una lógica racionalmente criminal, sino a cuestiones ajenas a la materia delictiva.

II. Límites del *Ius puniendi*

Según Polaino Navarrete se pueden definir diferentes funciones, fines y consecuencias de la pena. Las funciones que desempeña la pena son de prevención general y especial negativa y se centran en la idea de la protección de los bienes jurídicos. La pena tiene como campo de acción el propio delincuente (prevención especial negativa) y la colectividad (prevención general negativa)³ Por otro lado, este autor, afirma que los efectos preventivos generales y preventivos especiales positivos no son funciones de la pena, sino una finalidad resocializadora que la pena debe tener –en el caso de la prevención especial positiva– y una consecuencia inmediata de la misma –en el caso de la prevención general positiva⁴.

Parece sugerente la afirmación de Bustos Ramírez según la cual los tipos legales se configuran de manera primordial para la protección de bienes jurídicos y no de ideologías políticas, éticas o culturales. Esto supone que el ámbito situacional descrito en el tipo afecte realmente a una relación social, lo cual sólo puede suceder

³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo I, 4ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 132.

⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal...*, op., cit., p. 132

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

mediante la lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico⁵, ya que sólo de este modo el Derecho penal puede cumplir su función garantista dentro del Estado de derecho.

El Estado democrático y de derecho impone una serie de límites a la función de punir a él atribuida, de modo que la pena que se sobrepone a estos límites carece de legitimidad⁶. Por supuesto que estos límites son impuestos por un imperativo de política criminal y como tales su aplicación está relacionada con la posibilidad de racionalizar la aplicación de la pena. En efecto, si bien la pena no es la solución para los innumerables conflictos sociales, como se verá más adelante, el ordenamiento jurídico en los países de cultura jurídica avanzada, que todavía impone límites rígidos a la coerción estatal, viene flexibilizando de manera peligrosa los mínimos aceptables de ésta.

III. La pena privativa de libertad y otras alternativas

La prisión como institución penal no es una creación antigua, tanto es así que en la Edad Media apenas existía, y en Roma los hombres libres no la sufrían [mejor invertir, primero lo más antiguo y después lo más reciente]. Las primeras “Casas de corrección” surgen entre los siglos XVII y XVIII en Inglaterra, Holanda, Alemania y Suiza. En Inglaterra tenían como objetivo la reclusión y la reforma; eran casas de corrección destinadas a vagabundos, mendigos, prostitutas, pobres, pequeños delincuentes e incluso locos. En Holanda también son enviados a las instituciones penitenciarias todo tipo de delincuentes, tanto menores como peligrosos. La duración de la detención era indeterminada. El penado salía cuando estaba corregido o no era más útil para el trabajo que se desarrollaba en estos establecimientos carcelarios. Alemania también sigue el ejemplo holandés del principio del trabajo forzoso. La excepción la constituye Suiza, que en el siglo XVII, construye su sistema a partir del trabajo útil de los detenidos, y no del mero tormento⁷.

Sin embargo, bajo la influencia de John Howard las penas de prisión se empiezan a dotar de aspiraciones y contenidos más amplios que la mera segregación de los condenados. Con ello los sistemas penitenciarios aparecen vinculados a los movimientos de reforma. Se pretende asegurar que el custodiado sea reeducado en condiciones de privación de libertad. La denuncia del estado de las prisiones

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1991, p. 3.

⁶ Bacigalupo cita a Liszt para sostener la necesidad de la pena proporcionada: De todo ello deduce Liszt un principio que lo separa radicalmente de las teorías absolutas: sólo la pena necesaria es justa. La pena debe ser entonces coacción psicológica o motivación. Aparece como una adaptación artificial del delincuente a la sociedad, sea mediante mejoramiento o intimidación. BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1993, p. 62.

⁷ GARCÍA VALDES, Carlos, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, CPC, n. 1, Madrid, 1977, pp. 43 a 45.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

efectuado por Howard coincide con la del sistema punitivo por parte de Beccaria, lo cual abre paso a la conciencia de la necesidad de un derecho punitivo más humano.

El primer sistema penitenciario que recoge estas ideas aparece a finales del siglo XVIII. Es el llamado pensilvánico o filadélfico, caracterizado por el aislamiento absoluto de los reclusos con respecto al exterior y entre ellos mismos. Este régimen pretendía obtener el arrepentimiento del condenado a través de la meditación y evitar el “contagio” entre los penados. Se pueden listar aquí los numerosos efectos negativos de este sistema: llevaba al suicidio, la neurosis, la irreversibilidad del individuo, además mantenía al sujeto en un completo régimen de improductividad laboral, lo que finalmente le llevó a la ruina.

El sistema pensilvánico dio paso al auburniano, así denominado por haber sido aplicado en la prisión de *Alburn*, donde se cambió la lógica del completo aislamiento por la reclusión nocturna en celdas, pero permitiendo el trabajo diurno, si bien los presos no podían hablar entre sí. Sin embargo, aunque este sistema supone una parcial mejora en las condiciones de vida del preso y una ganancia para el Estado (porque los presos pasan a ejercer una actividad laboral), no significó una esencial mejora en las condiciones de vida en las prisiones, puesto que no se eliminaron los castigos corporales.

Aún hoy muchos de los sistemas penitenciarios están organizados bajo la filosofía de los sistemas progresivos, que aparecieron en Inglaterra en la primera mitad del siglo XIX, formulados por algunos directores de cárceles que pretendían encauzar el deseo de libertad de los reclusos, estimulándoles a la emulación como vía para salir de la prisión. Como denota del nombre, la idea es preparar progresivamente el penado para la libertad con la introducción de fases en el cumplimiento de la pena, que van desde las reclusiones más duras hasta la libertad condicionada. Sus principios se basan en las tesis rehabilitadoras, una vez superadas la pura expiación y la corrección moral de los penados que guiaban a los regímenes anteriores.

Actualmente la institución penitenciaria es un modelo francamente en crisis, no sólo porque precariamente cumple uno de sus objetivos –la reinserción social–, sino también porque en una sociedad pluricultural el propio concepto de resocialización se ve puesto en cuestión. Son numerosas las investigaciones sobre la efectividad de la pena privativa de libertad que ponen en tela de juicio el objetivo reformador de la cárcel. En general está demostrado que éste tipo de respuesta al delito no persigue resocializar, sino que, por el contrario, estigmatiza. Es decir, en algunos tipos de conductas delictivas llega a suceder que lo que implica un mayor rechazo por el medio social no es el hecho de haberlas cometido, sino el propio cumplimiento de la pena de prisión. En efecto, la privación de libertad, ni intimida a los delincuentes más peligrosos, ni tampoco los resocializa, sino que provoca un efecto inverso de marginación de los pequeños delincuentes que la sufre y también produce una importante carga para la familia del penado. Además, también ha supuesto un

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

considerable coste económico para el Estado, en vista del aumento de la población carcelaria, llegando en algunos países a niveles insostenibles. Otro fenómeno a tener en cuenta es la hipertrofia que provoca este tipo de pena, lo que una vez más pone en tela de juicio la eficacia del sistema preventivo. En definitiva, la cárcel deja secuelas psíquicas y sociales irreparables en el penado además de provocar -en muchos casos- un efecto criminógeno difícil de reparar.

La ruina de la institución de la pena privativa de libertad es un hecho real y sin fronteras. Aunque en algunos países esta realidad se presenta como flagrantemente problemática y en otros no tanto, casi todos los estudiosos (penalistas, criminólogos y sociólogos) señalan la necesidad de buscar formas alternativas a este tipo de pena. Los motivos por los cuales la privación de libertad da señales de agotamiento son diversos, aunque lo principal es su incapacidad para conciliar la finalidad clásica de la pena -sea ella retributiva o incluso preventiva- con su realidad concreta.

Pese a todos los aspectos negativos de la privación de la libertad mencionados, es cierto que consigue neutralizar a algunos individuos que amenazan gravemente el sistema social, principalmente aquellos violentos y peligrosos. Quizás esta es una de las razones por las que nuestro sistema no ha prescindido de ella. De cualquier forma, abolirla actualmente supondría un cambio estructural en el sistema penal difícil de realizar en la práctica. Sin embargo, ello no supone excluir la posibilidad de sustituir la privación de la libertad por otras formas alternativas de pena con una función semejante. En efecto, frente a las sólidas críticas al sistema celular, que ponen en duda su eficacia, han surgido muchas alternativas que intentan dar nuevas soluciones al problema del cumplimiento de las sanciones estatales.

Uno de los planteamientos contemporáneos para mejorar la ejecución de la pena de privación de libertad es la prisión abierta, su aplicación rebaja la carga de las coacciones a que es sometida el delincuente en el sistema tradicional prisional cerrado. Aunque ya constituyen la penúltima fase del sistema progresivo, responden a una filosofía preventiva resocializadora. Este régimen suprime los tradicionales medios carcelarios para incorporar medios de coacción blandos, capaces de aumentar los niveles de reinserción social del penado.

Otra alternativa a la pena privativa de la libertad, esta vez desde fuera de sus fronteras, es la pena pecuniaria. Esta busca afectar directamente al patrimonio del individuo, algo que, sin duda, en muchos casos representa un factor muy potente de persuasión contra el crimen. Sin embargo, en las diversas legislaciones en que se ha aplicado, se ha optado por ella en los casos en que el supuesto delictivo comporta una lesividad moderada de los bienes jurídicos. De cualquier forma, ese modelo no es nuevo, y su aplicación se reporta ya en las legislaciones romanas (en Roma los magistrados además de las multas imponían verdaderas penas pecuniarias); germánicas (en el derecho germánico existía una multa de carácter penal por

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

violación del orden jurídico) y en el derecho canónico (se aplicó a partir del siglo XI; además de la confiscación de bienes de los herejes)⁸.

Actualmente es más común en los códigos modernos la pena de multa, que suele ser aplicada con arreglo a la condición económica del penado. Puede ser de mayor o menor cuantía en función de la situación económica del penado. Las ventajas de esta especie sancionadora en relación a las otras es su alto nivel de eficacia, que la convierte en una solución a ser tomada en consideración, aunque en el derecho moderno –en muchos casos– carece de efectos preventivos. Lo más destacable de esta pena es que puede sustituir razonablemente bien a la privación de libertad de corta duración, eliminando sus inconvenientes. A diferencia de la privación de la libertad no añade una degradación psicológica para el penado y su familia, ni tampoco constituye un obstáculo para la rehabilitación social de la persona afectada.

Ahora bien, la insolvencia del delincuente puede ser un impedimento para aplicación de la pena de multa. Es difícil establecer una multa para determinados tipos de delincuencia de baja gravedad, cuyos actores disponen de pocos medios para el sustento personal y de su familia y no pueden sufragar los gastos de la multa. En el extremo contrario, la aplicación de la pena de multa puede no tener ningún efecto preventivo para los delitos de gran calado financiero, en los casos en que los penados son adinerados, en cuyo caso el pago de determinada suma no supone ningún sacrificio para el condenado. En ambas hipótesis, los efectos de este tipo sanción son inocuos, en un caso porque la insolvencia obliga al juez a aplicar otro tipo de pena, y en el otro porque el objetivo de la pena se ve mermado.

Las penas privativas de derechos también aparecieron como una solución razonable para amenizar el impacto (individual y social) que genera la privación de la libertad. Son medidas que, sin perder su carácter sancionador y aflictivo, aparecen como un sustituto de la prisión convencional. Por ejemplo, la restricción de derechos comporta una disminución sustancial en el ámbito de la libertad de acción del sujeto, sin que suponga el trauma personal y social de la privación de la libertad. Presenta el problema de que para una serie de supuestos no cumple los objetivos preventivos que se le pide a la pena. Es decir, para muchos delincuentes la amenaza que supone la restricción en el ámbito de las facultades de actuar no surte el efecto deseado, puesto que no les causa temor a la hora de infringir la norma. Esto se ha visto, por ejemplo, en las legislaciones que han aplicado penas privativas de derechos para los delitos de tráfico. Un gran número de conductores no se sienten intimidados debido al bajo grado de amenaza aparejada en la sanción en abstracto.

VI. El abolicionismo penal

El pensamiento abolicionista en el sistema penal tiene sus raíces en el método filosófico fenomenológico y, desde el punto de vista del delito, se opone a una solución estatal de los conflictos y plantea una política criminal desreguladora. Aunque no cabe

⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal (Parte general)*, Bosch, Barcelona, 1926, p. 534.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

aquí profundizar en su estudio, quisiéramos hacer una aproximación a algunos aspectos de este movimiento que, pese a haber sido objeto de críticas profundas desde la doctrina del Derecho penal, ha contribuido a generar nuevos debates sobre la sanción dentro de las teorías penales. Las críticas del movimiento abolicionista favorecieron el debate en torno a la humanización del sistema penal a través sus contundentes objeciones al mismo.

En las distintas vertientes del abolicionismo podemos hallar importantes planteamientos que se resumen en dos principales, que se basan tanto en la criminología crítica de tendencia marxista⁹; como en el anarquismo libertario autogestionario que, en contra de la marxista, plantea la respuesta social al problema del conflicto no desde la mera represión, sino a través de la mediación en el mismo. Dentro de la primera corriente algunos pretenden la abolición sólo de la pena privativa de libertad, aduciendo que su fundamento está en el sistema de producción capitalista, en el que la sanción se basa en un sistema autoritario proveniente del capitalismo tardío (Mathiesen). En el segundo grupo se plantean la eliminación del sistema penal en su totalidad como una realidad que nace de la propia idea lógica de justicia (Hulsman) y deposita una confianza mayor en los procesos de regulación social que en las estructuras estatales.

Sin prejuicio de muchos otros, los postulados fundamentales del abolicionismo son: que el sistema penal está concebido para hacer el mal, que es una respuesta pública violenta, que puede incitar la violencia en otros ámbitos de la vida y que mantiene la falsa idea de poder proporcionar a las víctimas ayuda y protección¹⁰.

Quizás el interés por el abolicionismo esté asociado a la propia crisis de la criminología y del sistema penal que no ha conseguido resolver de forma satisfactoria –o lo ha hecho de forma parcial– los conflictos de tipo social.

La primera crítica que se dirige a este pensamiento es que sus defensores no desarrollan un proyecto alternativo a la privación de libertad y al sistema penal que sea viable. En consecuencia, el abolicionismo es tachado de utópico por su excesiva confianza en la resolución autónoma de los conflictos sociales, mientras que desconfía del poder del Estado y de sus instituciones. Además sostiene la idea de la supresión del castigo desde de la posición de la víctima (que tiene derecho a sancionar al culpable)¹¹ o desde planteamientos que critican la gran impunidad de los criminales poderosos.

⁹ Las diversas teorías críticas planteadas (teoría de las subculturas criminales, concepciones psicoanalíticas, teoría del etiquetamiento), han contribuido sobre todo a derrumbar los fundamentos ideológicos del Derecho penal tradicional, que consideraba el delito como una patología social.

¹⁰ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El pensamiento abolicionista” en: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 40.

¹¹ No compartimos esta última idea toda vez que supone un retroceso, ya que parece cercana a la de la venganza privada, que afortunadamente ya forma parte de la historia de nuestras legislaciones.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Tienen mucho fundamento las afirmaciones de Demetrio Crespo, que sitúan el abolicionismo en una dirección deseable y correcta, pero señalan que antes debe existir un paso previo consistente en un Derecho penal de intervención mínima que avanza en el sentido garantista, incluso incorporando nuevos límites y una progresiva humanización del sistema¹². En efecto, un derecho penal subsidiario sería previo a la abolición del sistema penal, pues éste es un objetivo a alcanzar con el avance de la sociedad. Sin embargo, lo más preocupante hoy es el reciente retroceso con respecto a la noción de un derecho penal mínimo y de respeto a las garantías formales para su intervención que vienen apareciendo en nuestro sistema en detrimento de una creciente criminalización.

En definitiva, las pretensiones abolicionistas parecen muy deseables, tanto es así que se pueden compartir desde muchos puntos de vista, pero todavía está lejos el tiempo en que veremos abolido el *ius puniendi* estatal. Está muy lejos todavía el tiempo en que el poder estatal usará su capacidad para establecer sanciones solamente contra el núcleo duro de la criminalidad (delitos socioeconómico, violentos contra la vida o contra la libertad). No obstante, en este trabajo no vamos entrar a problematizar sobre la complicada cuestión de la legitimidad del poder estatal para crear delitos y punir al delincuente.

VII. Valoración final

Descartando, por el momento la posibilidad de acoger por la vía práctica las tesis abolicionistas en materia sancionadora, nos resta afirmar que, aunque los sistemas tradicionales de aplicación de las penas han pervivido hasta nuestros días, su validez general está seriamente puesta en duda. La pretendida reinserción social del sistema carcelario no cumple sus objetivos siquiera entre los delincuentes peligrosos¹³. No es descabellado decir que siquiera cumple el objetivo de la reinserción entre los delincuentes peligrosos. La realidad penitenciaria actual es claramente insatisfactoria, puesto que una de las finalidades del encarcelamiento debía ser la enmienda, pero en la práctica se sigue manteniendo una lógica dentro de la cual el detenido es humillado y tratado como un ser inepto para la vida social.

¹² DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El pensamiento...”, *op. cit.*, p. 51.

¹³ En la actualidad se vive, existen experiencias que intentan reducir el área de aplicación de la pena de prisión, que se fundamenta en un complejo de motivaciones: en primer lugar, por una acentuación de la fase de criminalización primaria no siempre de manera racional, que crea una verdadera “inflación penal” e impulsa un uso económico de la pena en general y de la privativa de libertad en particular (Bricola, 1977, 364); en segundo lugar, por un incremento de la criminalización secundaria, que eleva progresivamente los índices de delincuencia, de la población carcelaria y de reincidencia, frente al cual la prisión no tiene respuesta satisfactoria y en tercer lugar, la reconsideración crítica con respecto de las posibilidades reales de llevar a cabo un proceso de resocialización a través de la institución carcelaria”. Vid. DE SALA DUEÑAS, Ángel, GARCÍA ARÁN, Mercedes y HORMOZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Alternativas a la pena de prisión*, PPU, Barcelona, 1996, p. 8.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Urge, por lo tanto, buscar una solución ajustada que atienda las necesidades de la sociedad contemporánea, sin eliminar las garantías del condenado, puesto que para el derecho penal éste debe ser tratado como una persona portadora de derechos y garantías de carácter general.

Sin embargo, no parece que en la actualidad el legislador quiera seguir este camino. La esquizofrenia en materia sancionadora ha alcanzado niveles escalofriantes. Solo por citar un ejemplo, en el ámbito de la UE se ha llevado el modelo criminalizador a materias antes alejadas del ámbito sancionador. Se ha disfrazado la pena privativa de libertad de muchas formas, en algunos casos llamándola con otro nombre: internamiento. Así es como se denomina la reclusión de los ciudadanos extranjeros que no dispongan de permiso legal de residencia en el ámbito de la Unión Europea. Fue así que el Parlamento Europeo aprobó la Directiva de Retorno (Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008) que prevé el internamiento de hasta 6 meses con una simple orden administrativa para los extranjeros extracomunitarios que no disponen del permiso de residencia dentro de la Unión¹⁴. Está flagrante vulneración de los Derechos Fundamentales de la persona aprobada en el legislativo comunitario debe ser armonizada en toda la Unión¹⁵. Como si no fuera suficiente, en esta misma dirección Italia ha introducido (en el Código penal – 2009) el llamado delito de inmigración ilegal, que sanciona con pena de cárcel a los extranjeros que permanezcan en su territorio sin los permisos legales de residencia. No se puede negar que estos ejemplos denotan una clara orientación criminalizadora del sistema penal occidental. El mal llamado “Pacchetto Sicurezza” que contiene la “legge n. 92/2008, de 24 de luglio 2008 (Gazzeta Ufficiale de 24 luglio, n 170) del gobierno italiano, elevó al rango de delito la simple permanencia en territorio nacional de las personas que no porten permisos de residencia¹⁶. ¿Qué lesión grave a un valor constitucionalmente relevante hay en esta

¹⁴ Directiva 2008/115/CE:

art. 15. 5. El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve en buen término. Cada Estado Miembro fijará un periodo limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses.

6. Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un periodo limitado no superior a doce meses, más con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, puede presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido: a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate o b) demora en la obtención de terceros de la documentación necesaria.

¹⁵ No se puede aceptar que dicha normativa obedezca el consagrado principio de *nulla poena sine crimine*.

¹⁶ La ley italiana impone sanciones penales por infracciones administrativas en conductas como permanecer en territorio italiano cuando expira la validez de un visado, la entrada irregular en el territorio. Si bien la Directiva de la Unión Europea planteaba para estos casos una larga prisión administrativa, la legislación italiana la convirtió estas infracciones administrativas en delito. Esta ley introduce un nuevo delito rubricado como “ingresso e soggiorno illegale nello Stato” con el art. 10. bis del texto único sobre la inmigración, que pune con la multa de 5000 a 10000 euros al extranjero que entra ilegalmente en el territorio del Estado.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

conducta para comportar una sanción penal? Aquí la criminalización no se justifica, puesto que no estamos ante un atentado grave a la convivencia, requisito exigible para calificar una acción como penalmente punible, sino que, como mucho, estamos ante una infracción de orden administrativa.

Al contrario de esta tendencia, lo más racional, a nuestro juicio, es probar el recurso a la descriminalización o por lo menos una mejora sustancial en los criterios objetivos a la hora de la criminalización de determinadas conductas. La descriminalización es el proceso por el cual ciertos comportamientos que el legislador había clasificado como crimen en un momento dado son eliminados de dicha categoría¹⁷. No parece insensato sostener que esas medidas producen una mejora en los resultados en la aplicación de la pena. Por el contrario, carece de fundamentación jurídica y criminológica que comportamientos adecuados a la convivencia, que no constituyen un peligro grave para el individuo y la sociedad, como el hecho arriba expuesto, sean incluidos en las estrictas listas de las conductas criminales bajo la tipificación de los códigos penales actuales. Sin hablar de la fuerte carga sancionadora que viene aparejada con estos delitos.

Una medida de racionalidad a la hora de tipificar una conducta puede reducir de manera importante el número de penados. Se dejaría la sanción penal solamente para aquellas conductas más graves, que afectan de manera determinante al sistema de convivencia. Esto tiene la ventaja de aliviar la carga sobre el sistema penal, permitiéndole el desarrollo de un buen trabajo cuando el asunto reviste gravedad. Por otro lado, esta opción reduce los males que la sanción penal comporta al sistema y al individuo. Ahorra al sistema las consecuencias económicas y sociales del delito y de la sanción. Naturalmente, hablar de uso del Derecho penal en los extremos más graves de la fricción en la convivencia no es ninguna novedad, es uno de los principios básicos de cualquier ordenamiento penal liberal. Una prerrogativa que nos reporta a los clásicos del derecho penal, como lo eran Howard y Beccaria¹⁸. Además, la criminalización aplicada sólo de forma moderada también tiene la ventaja de alejar del sistema de justicia penal a los infractores de las normas que no

Art. 10. bis (ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato) 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007 n. 68 è punito con l'ammenda de 5000 a 10000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.

¹⁷ RICO, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, Editora siglo XXI, México, 1979, p. 130

¹⁸ “*Ogni pena che non derivi dell'assoluta necessità, dice Il gande Montesquieu, è tirannica; proposizione che si può rendere più generale così: ogni atto di autorità di uomo a uomo che no derivi dall'asoluta necessità è tirannico*”. De esa manera radicalmente opuesta a la criminalización se expresaba: BECCARIA, Cesare, *Dei Delitti e delle pene*, Acquarelli, Bussolengo, 1996, p. 20.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

revisten gravedad, dejando la solución de este tipo de problema a cargo de las numerosas instituciones sociales ajenas al derecho sancionador.

Cuando la descriminalización no fuera posible y la sanción sea necesaria en vista de la gravedad del delito, un criterio importante dentro del sistema sancionador que evita ahondar la ruina del sistema es que no se debe aplicar ninguna sanción más severa que la racionalmente merecida con arreglo al acto criminal por el cual el autor haya sido condenado. Ello permite que el penado salde de manera solvente y justa sus deudas con la sociedad y vuelva a participar lo más antes posible de la convivencia social.

BIBLIOGRAFÍA:

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale, Parte Generale*, 12 ed., Giuffré, Milano, 1991.

BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, Civitas, Madrid, 1993.

BECCARIA, Cesare, *Dei Delitti e delle pene*, Acquarelli, Bussolengo, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1991.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal (Parte general)*, Bosch, Barcelona, 1926.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "El pensamiento abolicionista" en: DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995.

DE SALA DUEÑAS, Angel, GARCÍA ARÁN, Mercedes y HORMOZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Alternativas a la pena de prisión*, PPU, Barcelona, 1996.

GARCÍA VALDES, Carlos, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, CPC, n. 1, Madrid, 1977.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo I, 4ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

SANGUINETI, Luigi Maria, *Diritto Penale Ragionato: dolo, colpa nesso di causalità, reato continuado delitti contro la famiglia, la libertà sessuale, la inviolabilità del domicilio e dei segreti*, Giuffré Editore, Milano, 2002.

RICO, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, Editora siglo XXI, México, 1979.

¿CUÁNDO Y EN QUÉ MEDIDA ES LA OMISIÓN UN DELITO?

Miguel POLAINO NAVARRETE

En homenaje a la Prof^a. Dr^a. Emma MENDOZA BREMAUNTZ,
maestra de penalistas.

I.- Formas de la acción con relevancia jurídico-penal

El **concepto penal** de **acción** constituye el **primer elemento** del delito. Cuando nos referimos a él, muchas veces empleamos en término en **sentido amplio**, esto es, no como sinónimo de **acción *stricto sensu*** sino de **conducta** o de **comportamiento** que adquiere una relevancia en Derecho penal. La **acción** penalmente relevante puede consistir en una **acción propiamente dicha** o en una **omisión**: la primera exige la realización de un determinado **movimiento corporal** mientras que la segunda consiste en un **no hacer** específico. No se trata, en todo caso, de un **mero no hacer**, sino precisamente de la **omisión** de una **conducta jurídicamente debida, concreta y posible**, esto es: de un **no hacer algo concreto y determinado**, cuya positiva ejecución es **ordenada** por una **ley penal preceptiva**.

La atención prestada en la Ciencia del Derecho penal a la omisión como forma de conducta penalmente relevante es **ciertamente reciente**: con agudeza señaló SUÁREZ MONTES que “los delitos de omisión han venido siendo **descuidados**. Pero injustamente. Ciertamente es que en la jurisprudencia **preponderan** los delitos de **comisión**, pero este último dato estadístico no desempareja la **importancia dogmática** de los de omisión”. Otro gran dogmático, el penalista alemán Armin KAUFMANN, destacó que la Dogmática de los delitos de omisión se rige por el **principio de la inversión**, pues la omisión nos exige enfrentarnos con la **otra mitad** del **sistema del delito**, de manera que -a juicio de este autor- la **omisión** se enfrenta en cierto modo (estructuralmente) a la **acción *stricto sensu***. Esta postura es, a nuestro juicio, **cuestionable**. Lo cierto es que tanto la **acción** como la **omisión** consisten substancialmente en la **infracción de un deber**: en el primer caso, se infringe una **norma prohibitiva** (*v.gr.* ¡no matar! y se mata) y en el segundo una **norma preceptiva** (*v.gr.* ¡alimenta a tu bebé! y no se le alimenta, muriendo por inanición).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Dentro de la modalidad **omisiva** de actuación, pueden distinguirse dos formas de realización del tipo: la **omisión pura o propia** y la **comisión por omisión** (también llamada **omisión impura o impropia**), que se diferencian en función del **deber** que se infringe en cada caso. De ese modo, **tres** son las **modalidades o formas** de la acción en Derecho penal: a) **acción *stricto sensu***; b) **omisión pura o propia** y c) **comisión por omisión**. Veámoslas.

II.- Acción *stricto sensu* (acción positiva o acción activa)

La modalidad más tradicional de manifestación de la conducta es la **acción *stricto sensu***, antiguamente conocida como **acción positiva** o **acción activa**. En torno de esta forma de acción, que exige la realización de un **movimiento corporal sensorialmente perceptible**, se ha construido la **Dogmática penal** tradicional. Constituye aquella forma de conducta que infringe una **norma prohibitiva** a través de la ejecución de un determinado **comportamiento positivo** por parte de un sujeto. Las normas prohibitivas son las que imponen un **mandato**. La acción penalmente relevante es, precisamente, aquella que **infringe** mediante un **hacer activo** dicho mandato. Por ejemplo, el mandato de **no matar, no lesionar, no robar o no injuriar** a nadie resulta infringido por la acción de **suministrar** una dosis de veneno, **asestar** un golpe, **apoderarse** de un objeto ajeno o de **insultar** a otro, etc... La norma contiene una **prohibición** y dicha prohibición es puesta en **entredicho** mediante una **conducta exterior** que se opone al mandato normativo. La **modalidad activa** de la conducta no plantea problema alguno, pues su estructura exterior evidencia la **infracción de un deber jurídico**.

III.- Omisión pura o propia

A) Concepto y esencia: el deber de solidaridad mínima

Los **delitos de omisión pura o propia** consisten en un **no hacer**, pero **no cualquier** no hacer, sino precisamente de **no efectuar** la conducta **normativamente debida**. La doctrina penalista ha resaltado que se trata de un **deber penal** no asumido anteriormente por el sujeto (cualquier sujeto ajeno hasta entonces al hecho), sino que aflora cuando el sujeto se enfrenta a una situación descrita en la norma: es un deber penal que la norma **impone a todo aquél** que se halle en la situación descrita en la misma. Por ello, la omisión pura sanciona la no ejecución de la conducta concreta **socialmente esperada** y **jurídicamente exigida** por la norma al sujeto ante una determinada situación en la que cabe esperar que realice una conducta de **mínima solidaridad** que el sujeto **omite cumplir**.

La **omisión** (y también la **acción**) penalmente relevante consiste siempre en la **infracción de un deber**. La **única diferencia normativa** existente entre acción y omisión (y, dentro de ésta, entre omisión pura y comisión por omisión) no consiste en que una supone un **movimiento corporal** y la otra la **ausencia de ese movimiento**, sino precisamente en el **deber jurídico** en que en cada caso se infringe. Por ello, las **peculiaridades o características esenciales** de la omisión pura o propia hemos de

encontrarlas en torno a la noción de deber, y concretamente en lo que se refiere a: *a)* la **naturaleza**; *b)* la **titularidad** y *c)* el **alcance** de ese deber.

- a)* **Naturaleza del deber** (deber de **solidaridad mínima**): el deber jurídico que se infringe en la omisión pura o propia es un deber de **solidaridad mínima** (*Mindestsolidarität*), esto es, un **deber positivo** que conmina a toda persona a realizar una **conducta positiva** de auxilio, salvamento o colaboración en una situación de necesidad o desgracia (SILVA SÁNCHEZ, CARO JOHN). El deber de solidaridad se diferencia -en tanto **deber positivo**- del **deber negativo**, cuyo contenido consiste en **no dañar** a los demás (*neminem laedere*). En la solidaridad mínima **no basta** con **no causar daño** sino que exige **hacer alguna conducta expresa** de salvamento o de colaboración en **beneficio** de un **tercero** o de la **colectividad**. Con ello, el **deber de solidaridad** persigue la **maximización de los bienes**, mientras que el **deber negativo** se encamina a **garantizar el máximo de libertad** (JAKOBS), o lo que es lo mismo: el deber negativo (no lesiones a nadie!) preserva la **autonomía de la persona**, mientras que el deber de solidaridad obliga a la realización de una **prestación positiva** en favor de **terceros** o de la **comunidad**.
- b)* **Titularidad del deber de solidaridad mínima**: una segunda característica de esta clase de deber es que el mismo afecta u obliga a **todo el mundo** que se encuentre en la situación normativa. **No se trata** de un **deber de garante** (que obliga únicamente a concretos **sujetos especialmente** determinados: los **padres** respecto a los hijos menores, la **autoridad** o **funcionario** respecto del ejercicio de la función pública, etc., y cuya infracción da lugar a la segunda modalidad de la omisión: la llamada **omisión impropia** o **comisión por omisión**), sino de un deber que **no exige relación previa** alguna entre autor y víctima, **ni** conducta **precedente** de peligro al bien jurídico por el autor, sino que otorga una **protección erga omnes** a un bien jurídico. Del **ciudadano** -de **todo ciudadano**- se espera, por el hecho de serlo (esto es: por pertenecer al **grupo social**) una conducta positiva: la **solidaridad mínima**. Por ello, el titular del deber de solidaridad es **cualquier persona**, sin requerirse en el autor una **cualificación** o **rol especial**, sino únicamente el **rol general** o **común** de **ciudadano**.
- c)* **Alcance del deber**: El Derecho penal **no exige** del ciudadano que sea, siempre y en toda circunstancia, un **héroe**. No le obliga, por tanto, a lo **imposible**, sino únicamente a una **conducta general** y **común** de mínima solidaridad con los demás. El deber de solidaridad tiene, pues, un **límite**: no se imputa cualquier **resultado material** que se derive de una situación peligrosa, sino únicamente **el no haber realizado** una actividad de salvamento o de información. Por ejemplo, si no se salva a quien se halla en **peligro manifiesto** y **grave** no se imputa la muerte (delito de homicidio), sino sólo haber infringido el **deber general** de auxilio o

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

socorro (deber de **omisión del deber de socorro**). Por ello, la solidaridad mínima **no se vincula** con la producción de un resultado material, sino con el incumplimiento de un **deber básico** de **mínima solidaridad**, de manera que la **omisión pura** se equipararía a la responsabilidad por **delitos de mera actividad** (que son aquellos que no exigen para su consumación un **resultado material**, sino que se consuman por la mera realización de la acción penalmente relevante).

El deber de solidaridad **da cuerpo y contenido** a la omisión pura; este deber es un producto del **Estado social de Derecho**: en determinadas circunstancias **se espera del ciudadano** una determinada **prestación** que colabore o coadyuve al **mantenimiento** de la **estructura social** (como en el conocido episodio bíblico del *Buen Samaritano* recogido en el Evangelio de San Lucas); el **ciudadano** tiene este deber por el hecho de pertenecer al **grupo social**. Por ello, el deber de solidaridad resulta del “**deber social** del ciudadano en una **Democracia social**” (WELZEL). En todo caso, y frente a lo que consideraron pensadores como STUART MILL y KANT, la solidaridad mínima **no es un deber moral**, sino un deber **propriadamente jurídico**: “no puede basarse en el **amor entre las personas**, sino en la exigencia de que cada individuo tiene **deberes positivos** de acción para el **bienestar de la generalidad**” (CARO JOHN). Los deberes negativos (no dañar a nadie) **no bastan** para garantizar la totalidad de las relaciones sociales, sino que -en ocasiones- se requiere de estos **deberes positivos** que contribuyan mediante la acción positiva al **bienestar** y al **desarrollo** del mundo social (SÁNCHEZ-VERA).

B) Naturaleza jurídica

La **naturaleza jurídica** del delito de omisión pura ha sido discutida en la doctrina, distinguiéndose **varias posturas** diferentes:

- **Teoría de la omisión como un puro “no-ser”**: Algunos autores clásicos, como KOLLMANN y VANNINI, mantuvieron la extrema **tesis naturalística** de que la esencia de la omisión estriba no ya en **no ser acción** sino que en un auténtico **no ser nihista**: un *nullum* ontológico.
- **Teoría de la omisión como concepto negativo de la acción**: Otros autores construyeron la omisión por **contraposición** a la acción, de manera que ambos conceptos, aun siendo **opuestos** (la omisión es la **otra cara de la moneda** de la acción), también **se exigen mutuamente**: esto es, que la omisión no se define como **algo aislado**, sino en **función de algo**, y ese algo es la **acción**. Por ello, la omisión conjuga siempre un **verbo transitivo** (FRANZ VON LISZT). En este sentido, cabe mencionar la doctrina de Armin KAUFMANN, que considera que la omisión se rige por el **principio de la inversión**, de manera que si la acción positiva tiene como notas esenciales la **causalidad** y la **finalidad**, la omisión se caracteriza por la **ausencia** de causalidad y finalidad: la omisión no es **ni causal ni final**, sino **puramente potencial**. Pero aun siendo (estructuralmente) conceptos contrapuestos, KAUFMANN

considera que ambos elementos comparten una **característica común**: la **capacidad de acción** (*Handlungsfähigkeit*), elemento que **permite incluir** la acción y la omisión bajo un **supraconcepto general**, que para ese autor rezaría: “actividad o pasividad corporal integradas en la **capacidad** de dirección finalista de la voluntad”. Por ello, para KAUFMANN la omisión no es causal ni final, pero sí existe una causalidad y una finalidad **potenciales**: la omisión es la **no acción con posibilidad concreta de acción** (en igual sentido, en España, CEREZO MIR, quien -a diferencia de KAUFMANN- cree en cambio que no es posible elaborar un concepto genérico de acción que englobe a la acción y a la omisión).

- **Teoría del no hacer una acción esperada**: Otros autores, como MEZGER, ponen el **énfasis** en que la omisión es, siempre, “no hacer una acción **jurídicamente esperada**”, lo cual exige: *a)* la existencia de una **acción esperada** que se omite y *b)* la **posibilidad** de haber querido dicha acción esperada. Por ello, aunque se realice la acción esperada, no habrá omisión si el sujeto **carecía de la posibilidad** de haber querido la acción esperada (*v. gr.* por encontrarse en estado inconsciente). Pero la omisión no es solo una **acción esperada y posible**, sino también **debida**, esto es, **exigida por el Derecho**: si no fuera exigida, no puede hablarse de omisión penalmente relevante.

C) Ejemplos de omisión pura en el Código penal

¿Qué casos de **omisión pura** conoce la legislación penal? Los supuestos típicos consignados en nuestro Código penal son **escasos**. El más representativo es la **omisión del deber de socorro** (art. 195 CP). Otros tipos de omisión pura son la **omisión de impedir la comisión de delitos** o de **promover su persecución** (art. 450 CP), y la omisión del **deber de promover la persecución** de delitos (art. 408 CP).

- **Omisión del deber de socorro**: El Derecho espera de todo ciudadano que socorra a quien se halle en **peligro manifiesto y grave**, pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero. Se trata de un deber de **solidaridad mínima** que afecta a **todo el mundo** que presencia una **situación de necesidad** y omite prestar el **socorro debido**. En caso de infracción de dicho deber, se imputa la **falta de solidaridad** (no hacer algo, pudiendo y debiendo hacerlo) pero no se imputa al omitente el **resultado material** (la muerte, por ejemplo) que eventualmente se pueda producir: en este delito de omisión de socorro es **indiferente**, a efectos típicos, que la víctima fallezca o sobreviva; el hecho de que la víctima salve la vida (al ser auxiliado por un tercero, o por lo que sea) no afecta al omitente: su delito -no prestar el socorro debido- **ya se ha consumado**.
- **Omisión del deber de impedir la comisión de delitos**: Asimismo, un deber general de **actuación solidaria** es impedir, con intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, la comisión de delitos contra la vida, integridad y

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

salud, libertad o libertad sexual (art. 450.1 CP) así como el de alertar a autoridades o agentes para que impidan uno de los delitos mencionados (art. 450.2 CP).

- **Omisión del deber de promover la persecución de delitos:** En este caso se sanciona a la autoridad o funcionario público que, estando obligado a ello por razón de su cargo, omite promover la persecución de delitos o sus responsables (art. 408).

IV.- Comisión por omisión u omisión impura o impropia

A) Concepto y esencia: el deber de garante

Junto a los delitos de **hacer activo** y de **omisión pura** aparece una tercera modalidad que participa de la estructura típica de las dos: la llamada **comisión por omisión** (o, para algunos autores, también **omisión impura** o **impropia**). En cierto modo, la comisión por omisión constituye una forma **mixta** o **híbrida** de realización de la conducta: por un lado, consiste en la infracción de una **norma prohibitiva** (como ocurre en los supuestos de **acción activa**) y, por otro, el delito consiste en un **no hacer** (como en los casos de **omisión pura** o **propia**).

Al igual que la omisión pura, también la comisión por omisión viene especialmente caracterizada por el **deber jurídico** infringido por el omitente: en aquel caso era un deber de solidaridad, en este es un **deber de garante**. Veamos las **características** de este especial deber jurídico:

- a)* **Naturaleza del deber** (deber de **garante**): En la comisión por omisión se infringe un deber de **garante** (*Garantenpflicht*). Se trata de un deber que corresponde a aquellos sujetos situados en una **posición de garantía** o de **posición de garante** (*Garantenstellung* en terminología procedente de NAGLER). Mientras el deber de solidaridad se base en un **deber positivo** la posición de garante se vincula con la **creación** de un **riesgo jurídicamente desaprobado**. Algunos autores (como GIMBERNAT) han considerado que la diferencia entre la omisión pura y la comisión por omisión reside en que la primera **se fundamenta** en un **deber estrictamente penal** (como es el que obliga a todo sujeto que, ajeno a la situación, omite prestar socorro a quien se halla desamparado y en peligro manifiesto y grave), mientras que el deber de la **comisión por omisión** tiene necesariamente **naturaleza extrapenal** (*v. gr.* civil o administrativa: deber de los padres de cuidar a sus hijos, deber de los funcionarios de custodiar documentos, etc.). A nuestro juicio, esta argumentación **no es convincente**, porque supone erróneamente que la solidaridad únicamente encuentra campo de acción en el Derecho penal y olvida que el deber paterno-filial de alimentar al hijo es, también, y preferentemente, un **deber penal**, hasta el extremo de que la infracción de dicho deber de garante es equivalente al **deber penal de salvaguardar la vida** del menor. La diferencia entre la omisión pura y la comisión por

omisión **no se halla**, pues, en la **naturaleza penal o extrapenal** del deber, sino en el **contenido** y en el **alcance** de cada uno de esos deberes (**rol común versus rol especial**, o si se quiere: **responsabilidad penal por solidaridad versus responsabilidad penal de garante**).

- b) **Titularidad del deber de garante:** El deber de garante no afecta a todo el mundo sino exclusivamente **a sujetos especialmente obligados**: por ejemplo, a los **padres** respecto a los hijos menores en cuanto a la alimentación, cuidado, etc.; o la **autoridad** o **funcionario** en lo que se refiere al ejercicio de la función pública, etc. La infracción de este deber especial de garante no origina una responsabilidad general o común de solidaridad mínima, sino una responsabilidad de garante: **comisión por omisión**. El titular de este deber es aquel que desempeña el **rol especial de garante**. De esta manera, el deber de garante se vincula con la idea de **institución jurídica**: por ejemplo, la **relación institucional** padre-hijo (relación paterno-filial), la relación institucional de la función pública, etc.
- c) **Alcance del deber:** En ocasiones, el ordenamiento jurídico no espera de un concreto ciudadano que se comporte como **cualquier otro**, sino que espera **algo más**: ese algo más, ese **plus de responsabilidad** es el **deber de garante**. La principal consecuencia práctica de esta **responsabilidad agravada** es que no sólo se imputa la omisión de un auxilio o de una colaboración debida, sino que se imputa el **resultado material** -la muerte, las lesiones, etc.- como si el omitente garante lo **hubiera causado activamente**: la **omisión impropia** se equipara a la **acción activa**. ¿Por qué es ello así? Pues porque la posición de garante le hace competente de **todo el proceso de salvaguarda del bien jurídico**, desde su puesta en peligro hasta la lesión consumada del mismo. Por ejemplo: El **padre** que deja de alimentar a su hijo menor de edad, de manera que éste muere por **inanición**, no responde por omisión del deber de socorro, sino por **homicidio**: como si hubiera causado él mismo la muerte del menor tirándolo por la ventana o clavándole cinco puñaladas. En consecuencia, la posición de garante **da la medida** de la **propia responsabilidad** del sujeto. Por ello, existe una correlación entre **deber de garante** e **imputación objetiva**: en palabras de JAKOBS: “la imputación objetiva no es sino la constatación de **quién es garante** y **de qué**. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía”: el garante es, pues, **competente jurídicamente** para **evitar lesiones** de derechos, de manera que la posición de garante se vincula con una **especial competencia** para controlar el **riesgo** para los bienes en peligro, con el expreso **deber de evitación del resultado**. Del **ciudadano medio** se espera un **deber de solidaridad** (rol común o general); del **obligado especial** un **deber de garante** (rol especial).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

B) Cláusula legal de equiparación de la omisión a la acción (art. 11 CP)

El Código penal español de 1995 incorpora, en el artículo 11, una importante novedad regulativa en lo que a los delitos de comisión por omisión se refiere: una **cláusula general de equiparación de la omisión a la acción** cuya utilidad había sido destacada por un sector de la doctrina (SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, MARTÍNEZ RUIZ). Este precepto dispone lo siguiente:

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un **resultado** sólo **se entenderán** cometidos por **omisión** cuando la **no evitación** del mismo, al infringir un **especial deber jurídico del autor, equivalga**, según el sentido del texto de la ley, a su **causación**. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una **específica obligación legal o contractual** de actuar.

b) Cuando el omitente **haya creado una ocasión de riesgo** para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión **precedente**”.

Desmenuzando esta **cláusula de equivalencia** podemos resaltar los aspectos más relevantes:

- **Ámbito de aplicación** (“delitos que consistan en la producción de un **resultado**”): El tenor legal es -cuanto menos- **impreciso** y **confuso**. La doctrina considera que el legislador limita, con un **criterio restrictivo**, el ámbito de aplicación en que la omisión se equipara a la acción a una **clase específica de delitos**, a los que se refiere aludiendo a aquellos que consisten en la producción de un **resultado**. Sin embargo, esta alusión **no es restrictivo**, sino todo lo contrario: **todos los delitos**, incluso los de mera actividad, exigen la producción de un **resultado jurídico**, que es exactamente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Sucede que el legislador, al aludir imprecisamente a los delitos que consistan en la **producción de un resultado**, quiere decir realmente decir **delitos que exijan un resultado material** (lesión, homicidio, apropiación, etc...), de manera que es ese resultado material el que se atribuye (imputa) al **omitente garante** como si lo hubiera causado activamente. Pero aun así esta interpretación es **cuestionable**. Pues no se ve por qué razón no ha de operar la cláusula de equiparación para delitos que no consistan en la producción de un resultado material, esto es, los **delitos de mera actividad**, por ejemplo el **falso testimonio**: si A, dueño de una empresa, conociendo la verdad de los hechos, omite denunciar el falso testimonio de B, director general de la misma, a propósito de unas irregularidades cometidas en la empresa, **no se ve bien** por qué razón su silencio (cómplice de la irregularidad) **no puede equipararse** a la acción de falso testimonio, siendo A, además, como es, **garante** de la transparencia en la empresa.
- **Fuentes legales de deber de garante**: El art. 11 CP prevé únicamente **dos fuentes legales** del deber jurídico fundamentador de la comisión por omisión: la

obligación legal o contractual y la **creación de riesgo por una acción precedente (injerencia)**. El catálogo **parco y cerrado** de fuentes que incorpora el precepto se muestra **anticuada e insuficiente** en la moderna dogmática jurídico-penal: GIMBERNAT ha afirmado que la regulación de la comisión por omisión en el art. 11 CP “parece **anclada** en el planteamiento de MEZGER de 1933”. En la actualidad se manejan además de las mencionadas, otras **fuentes jurídicas** de la posición de garante. A ellas nos referimos a continuación.

- Finalmente, la doctrina mayoritaria considera que la comisión por omisión se refiere exclusivamente a los **delitos dolosos**; por ejemplo, el padre que deja morir ahogado al hijo sin subirle a la embarcación o la madre que deja de suministrar los alimentos necesarios para la subsistencia de su niño responden de un **delito doloso de homicidio**. En nuestra opinión, no habría problemas en aplicar la comisión por omisión también a los **delitos imprudentes**, ya sea *a)* por negligencia en el **planeamiento** o en la **ejecución** de la conducta evitadora del resultado (*v.gr.* por lanzar lejos el salvavidas), y *b)* por negligencia en el **enjuiciamiento** de la situación típica de peligro (*v. gr.* quien oye el grito de ayuda, pero considera que ésta no es necesaria para el salvamento).

C) Fuentes de la posición de garante

“La **determinación** de la posición de garante -dice JAKOBS- es una de las tareas **más complicadas** de la dogmática de la Parte general”. Precisamente por ello es especialmente trascendente determinar **quien puede ser** garante. Ello exige un preciso estudio de las **fuentes de la posición de garante**: tradicionalmente se han manejado como fuentes la **ley**, el **contrato**, el **actuar precedente peligroso (injerencia)** y la **asunción de hecho** de la posición de garantía; modernamente se discute si se amplía dicho catálogo a otras fuentes. Veamos cada una de manera particular.

I. Norma jurídica o contrato vinculante

La primera e indiscutida fuente de la posición de garante, cuyo origen se remonta a VON FEUERBACH, es la **norma jurídica**, entendida en sentido amplio, que abarca todo precepto jurídico positivo, cualquiera que sea su rango normativo (ley, reglamento, decreto-ley, etc...). A la norma jurídica se le **asimila** el **contrato**, que alude al comportamiento **jurídicamente exigible** proveniente de **acuerdo bilateral** entre las partes. La primera fuente es, por tanto, la **obligación legal o contractual** de actuar, que señala especialmente a un determinado sujeto y le sitúa en una posición de **singular responsabilidad**: se trata de un **deber jurídico**, y no de cualesquiera compromisos éticos o morales. Como ejemplo podríamos mencionar los deberes de asistencia familiar inherentes a la **patria potestad**, a la **tutela** o al **matrimonio** (en tanto sean relevantes para el tipo de abandono de familia), deberes de **cuidado**, **vigilancia** o **educación de menores** (respecto a los delitos de abandono de niños y sustracción de menores), deberes propios de los **funcionarios**, etc. Igualmente, los deberes contraídos por una **niñera (canguro o baby-sitter)** consistente en el cuidado

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de un menor por virtud de un **contrato** (verbal o escrito) entre ella y los padres del menor.

Como es lógico, la **posición de garante** únicamente afecta al **titular de ese deber jurídico**. La determinación de la **titularidad** del deber especial es **clave** para determinar el sujeto a quien puede imputarse por **omisión** un resultado **como si** lo hubiera realizado **activamente**. Por si ello, si un bebé muere por inanición, enfermedad o frío, **únicamente responderán** de la muerte los titulares del deber de garante (ya sea por causa **legal**: padres; ya **contractual**: niñera), pero **no abarca** en cambio, por ejemplo, al portero de la casa o al vecino de la vivienda contigua o a otras terceras personas (sin perjuicio de que a estos sujetos se le pueda imputar un delito de **omisión de socorro**, que -en todo caso- no engloba la muerte, sino sólo la omisión de un deber de solidaridad mínima).

2. Asunción de hecho de la garantía

Junto a la ley y al contrato, otra fuente es la **directa asunción de hecho de la posición de garante** (WELZEL, SCHULTZ). La **asunción** de una posición de garante supone que un sujeto en principio **ajeno** a tal posición **se subroga** en la situación que ocupa alguien que **sí es garante**. Esta **asunción subrogatoria** puede provenir por contrato, por una gestión de negociaciones o cualquier conducta concluyente de la aceptación de aquél, pero la idea clave consiste en la **asunción fáctica** de la situación de garante, que genera una **expectativa social** de conducta fundamentada en una **confianza jurídica** no de solidaridad sino de garante. Por ejemplo: si la **niñera** ha sido contratada para cuidar a un menor entre las ocho de la tarde y la doce de la noche, mientras los padres del menor asisten a un concierto de ópera, y por circunstancias imponderables, el concierto no concluye a la hora prevista regresando los padres a las dos de la mañana, la niñera, al margen de las horas del contrato, **ha asumido de facto**, la situación de garantía, de manera que si se marcha de casa a las doce en punto de la noche y el niño muere en ese tiempo, respondería del resultado material (muerte) por comisión por omisión basada en la **asunción fáctica** de la situación de garantía que ha generado la **expectativa** de que a la niñera no le sea exigible únicamente un deber de solidaridad, sino un **deber de garante**.

Sin embargo, el penalista alemán Reinhard FRANK sostuvo con razón que la situación es completamente distinta en los supuestos en que **no exista** una aceptación previa de una **situación de peligro** ni **compromiso** de superar con la propia intervención un estado peligroso ya existente. Por ejemplo, y a diferencia de la niñera que se comprometió a correr con el riesgo que suponer cuidar a un menor, si un sujeto que pasea casualmente junto a un estanque saca del agua a un bañista medio ahogado que ha caído en el mismo, pero a continuación no prosigue con las posibles labores de salvamento (boca a boca, masaje pectoral, etc.), el hecho de que haya sacado a la víctima del agua **no le convierte** automáticamente en **garante** de la vida del bañista, de manera que si éste muere, la muerte no será imputable a quien comenzó el auxilio.

3. Acción u omisión peligrosa precedente (injerencia)

Una **tercera fuente** de la posición de garante es la **actuación peligrosa precedente**, conocida como **injerencia** (al respecto, GIMBERNAT, RUDOLPHI). La injerencia significa que quien realiza una **previa conducta peligrosa** se convierte en **garante** de la **situación de peligro**, debiendo **disminuir** o **neutralizar** el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto. Si **no lo hace**, responde como **garante** de la producción del **resultado material**. Por ejemplo, si un paseante agarra jugando a un bebé y lo lanza al aire, se convierte **automáticamente en garante** de la situación, de manera que **si no lo recoge** con sus manos al descender el bebé, cayendo éste al suelo, **responde de la muerte** del menor como si lo hubiera matado clavándole un cuchillo. El fundamento de esta posición de garante se sitúa en la **previa actuación peligrosa**: el lanzar al menor al aire. En resumen: el pensamiento de la injerencia significa que **quien crea un riesgo se ve obligado a gestionarlo y, en su caso, a responde de él de manera cabal**.

La injerencia se plantea en numerosos casos en Derecho penal. Por ejemplo: si alguien cierra con llave la puerta de un cuarto o un edificio sin saber que dentro se encuentra una persona, pero después de apercibido de la situación y requerido para que abra omite hacerlo, responde por **delito de detención ilegal dolosa** (así, la Sentencia alemana RG 24, 339; sobre ello, GIMBERNAT); o si alguien penetra en un desván lleno de paja o en un almacén de materiales plásticos fumando en pipa y, al saltar unas chispas que originan un incendio, rehúsa hacer uso del extintor que tiene a mano, responde por el resultado material; o el cazador que enciende una hoguera en el monte y no apaga totalmente las ascuas al marcharse, produciéndose por efecto de la brisa un incendio en el bosque, igualmente por el delito de incendio.

Con ello, los problemas más frecuentes e interesantes de la injerencia se plantean en el ámbito del **tráfico rodado**: un conductor -A- atropella sin dolo a un peatón -B- y se da a la fuga; el peatón muere. ¿Se le imputa la **muerte** (homicidio) o se le imputa omisión del **deber de socorro**? Esto es: el conductor ¿es **garante** o no lo es? Las soluciones a este caso pueden resumirse, a la vista del estado actual de la discusión en Alemania (así, GIMBERNAT), de la siguiente manera:

- a) Sólo si el atropello fue **imprudente** (*v.gr.* por ir a más velocidad de la permitida) y **no** si fue **fortuito** (el niño B se precipita sobre la calzada en busca de un balón de fútbol, sin que A pueda hacer nada para evitar su atropello) puede fundamentarse la injerencia, de modo que si A se da a la fuga y B muere **responderá de un delito doloso de homicidio** en comisión por omisión).
- b) Otro sector opina que el atropello no sólo si fue **imprudente** sino también si fue **fortuito** fundamenta -en ambos casos- una especial situación de garantía (por hacer precedente: injerencia).
- c) Por último, otro sector doctrinal sostiene que **ni** el atropello **fortuito** ni el **imprudente** son aptos para fundamentar una posición de

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

garante; de esta opinión es, en la doctrina alemana, SCHÜNEMANN, quien ha rechazado que el hacer precedente fortuito o imprudente (p.ej. atropello) pueda convertir al omitente en garante, sino que todo lo más éste responderá como cualquier ciudadano por la mera omisión pura, pues el omitente se encuentra en la misma posición ontológica que un tercero, de manera que si el conductor atropella fortuita o imprudentemente a un peatón (si hay dolo no hay discusión), y el conductor se da a la fuga, el dolo apreciable en esta **acción de fugarse** es un **dolo carente de base**, un **dolo sin dominio**, de forma que si se le imputara la muerte al omitente se daría entrada a una especie de *dolus subsequens*. Como es sabido, el dolo ha de apreciarse en el **concreto momento** de realización del hecho (*dolo ex tunc*). Se trata de un instante previamente (*dolo antecedens*) ni un dolo apreciable con posterioridad al hecho (*dolo subsequens*).

Esta última opinión **no resulta convincente**. A nuestro juicio la opinión mejor fundamentada es la **segunda** de las formuladas: toda **actuación peligrosa precedente** genera una posición de garante, aunque la conducta sea **fortuita** (y, por ello, no sea culpable). Y ello porque, al margen de la creación o no riesgo (la conducción, aunque sea dentro de la más estricta prudencia, siempre es una actividad de riesgo, quizá inevitable y sin duda permitido, pero una actividad de riesgo al fin y al cabo), el fundamento de la injerencia que a su vez fundamenta la posición de garante reside en la propia significación del **hacer precedente**: el conductor que atropella, aunque sea fortuitamente, a un peatón y se da a la fuga, desde ese mismo instante, es titular de un **deber** (aunque no sea de carácter extrapenal, sino que nazca normativamente) que le **individualiza** y **distingue** en relación a terceros sujetos: el deber del conductor que atropella no es el mismo que el de un viandante ajeno a la situación. Otra cuestión sería la conveniencia **político-criminal** y aun **dogmática** de establecer un criterio de penalidad **más atenuado**, y hacer responder al conductor omitente, por ejemplo, con la pena del delito imprudente o con la pena inferior en grado. Pero hay, a mi juicio, dos cosas seguras: que el deber del conductor que -siquiera fortuitamente- atropella a un viandante y el deber de un tercero ajeno a la situación **no son iguales**; y que, como consecuencia, la diferencia en ambos deberes ha de traslucirse en la esfera de **responsabilidad de los mismos**: ya que como la Sociedad espera y exige de ellos conductas con parámetros diferentes, ambos no pueden responder **de lo mismo**, por ejemplo, la mera omisión del deber de socorro, sino que en el caso del conductor ha de ampliarse el ámbito de su responsabilidad.

4. La estrecha relación vital: comunidad de intereses y de peligro

Otro criterio que maneja la doctrina entre las fuentes de la posición de garante se halla **estrecha relación** familiar, amical o sentimental entre **víctima** y **ofensor** (omitente). En estos casos, la existencia de una **comunidad de intereses** entre novios, parejas de hecho, progenitores de hijo menor, etc. o de **comunidad de peligro** (como la existente entre los miembros de una expedición al polo norte, o de un grupo

de escaladores del Everest, o naufragos en un bote salvavidas) genera, para algunos autores, un especial deber de actuar que sitúa al omitente en posición de garante.

5. El dominio de la cosa

Un autor alemán, Ludwig TRAEGER, puso de relieve (ya en 1913) las **deficiencias** que, en la práctica, originaba el criterio del **hacer precedente**. Para ello, ponía el siguiente ejemplo: un sujeto penetra, con ánimo de curiosidad o para realizar un robo, en un local ajeno (*v.gr.* bodega), cerrándose a continuación la puerta, que sólo puede ser abierta desde fuera. El dueño del local percibe la situación y **desiste de abrir**. ¿Puede decirse que el propietario tiene un **deber de garante**, a pesar de que **no existe hacer precedente**, puesto que la puerta se cerró por una ráfaga de viento? La respuesta es **afirmativa**: puede el omitente llegar a responder de un delito de detención ilegal por omisión. Esta fundamentación encuentra su base en el criterio del **dominio de la cosa** (*Sachherrschaft*), que obliga al propietario que **domina la situación** a actuar conforme a un determinado rol y en garantía de un determinado bien jurídico. Este clásico criterio no fue tenido en cuenta durante décadas, siendo posteriormente rescatado por algunos autores, entre los que cabe destacar a HENKEL.

6. La expectativa social como fuente de la omisión impropia

Finalmente, otros autores considera que la **expectativa social** genera de por sí un especial deber jurídico de garante, de conformidad con el rol que el omitente desempeña en la Sociedad. En este caso, el garante-omitente será aquel sujeto que **quiebra o defrauda**, por mor de su omisión, la **expectativa social** de actuar, pudiendo y debiendo hacerlo. El criterio de mensuración de la aludida esperanza social es el rol que el omitente desempeña en la sociedad: en función de su posición en el grupo social se determinará la **exigibilidad** de un determinado deber, de una determinada forma de conducta. Como ejemplo puede mencionarse el caso de la niñera que abandona al menor al que cuida sin que los padres hayan regresado a la hora pactada.

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL: VISIÓN CRÍTICA DE LA NUEVA REGULACIÓN ESPAÑOLA *

Miguel POLAINO-ORTS

En homenaje a la Prof^a. Dr^a. Emma MENDOZA BREMAUNTZ, con quien he compartido algunas gratas jornadas académicas en México, en testimonio de comunes esperanzas.

SUMARIO: I.- Panorama del nuevo Derecho penal de la seguridad vial; II.- Exégesis y alcance de las reformas introducidas por la LO 15/2007: *A)* La criminalización de la velocidad excesiva (art. 379.1); *B)* Las difíciles relaciones concursales entre los arts. 379 y 380 CP; *C)* La nueva regla concursal del art. 382 CP; *D)* La relativa novedad del delito de negativa a someterse al control de alcoholemia o drogadicción (art. 383); *E)* La asistemática punición de la conducción sin carnet de conducir vigente (art. 384); III. Valoración político-criminal de conjunto: el conductor como enemigo: *A)* El moderno Derecho penal de la seguridad vial: un nuevo capítulo de Derecho penal del enemigo: *1. Conductor como enemigo y vehículo como arma; 2. El punto clave: la creación de “violencia vial” e “inseguridad normativa”;* *3. Penalización de las infracciones administrativas;* *B)* Crítica: un Derecho penal del enemigo indiscriminado y mal aplicado

El Derecho penal de la seguridad vial constituye un sector del ordenamiento jurídico que ha adquirido una atención creciente por parte de la doctrina penalista en los últimos años, como ponen de manifiesto -por ejemplo- los trabajos de GÓMEZ

* Abreviaturas: AE: Abogacía del Estado; Art.: Artículo; CP: Código Penal; FGE: Fiscalía General del Estado; LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; TC: Tribunal Constitucional.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

PAVÓN¹, LUZÓN PEÑA², MORILLAS CUEVA³ y DE VICENTE MARTÍNEZ. Ahora, con motivo de la *Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre*, se ha renovado el interés de la doctrina en revisar críticamente esta materia. De hecho, algunos autores (como GONZÁLEZ CUSSAC⁴, MIR PUIG y otros⁵, VIDALES RODRÍGUEZ, MERA REDONDO y otros⁶) ya se han manifestado a propósito de algunas de las reformas implantadas, alarmando en ocasiones sobre el riesgo que corren algunos principios esenciales del Derecho penal, como el principio de ofensividad, el principio de *ultima ratio* y el de intervención mínima.

El presente comentario se divide en tres apartados: en primer lugar, ofrecemos una exposición general del contenido del nuevo Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código penal, que ahora lleva por rúbrica: “De los delitos contra la Seguridad Vial” (epígrafe I). A continuación, sometemos a análisis las diferentes reformas introducidas en los arts. 379 a 385 CP por la **LO 15/2007 (epígrafe II). Finalmente, realizamos una valoración político-criminal de las diversas modificaciones legales (epígrafe III)**. Empecemos por la visión general del panorama que ofrece el nuevo Derecho penal de la seguridad vial.

I.- Panorama del nuevo Derecho penal de la seguridad vial

La **LO 15/2007** reforma ampliamente el capítulo dedicado a los -hasta ahora llamados- delitos contra la seguridad del tráfico (arts. 379 a 385), lo que no deja de

¹ Pilar GÓMEZ PAVÓN, *Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 3ª. edic., Bosch, Barcelona, 1998, *passim*.

² En numerosas publicaciones sobre este tema de cuyo estudio es pionero: *Vid.* Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, “Conducción con influencia de bebidas: concurso con el delito imprudente”, en *Poder Judicial*, núm. 21, Madrid, 1991, págs. 129 y sigs.; ID., *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985, *passim*; ID., “Posibles reformas de los delitos de circulación”, en Tomás CANO CAMPOS / Juan Carlos CARBONELL MATEU / Emilio DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA / Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Prólogo de Jordi JANÉ I GUASP, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 31 y sigs.

³ Al respecto, véase el pionero estudio de Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en *Poder Judicial*, Monográfico dedicado a Jornada de estudio sobre la nueva reforma del Código penal, núm. 12, Madrid, 1990, págs. 165 y sigs.; ID. (Coord.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁴ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, “La Reforma penal de los delitos contra la seguridad vial (Proyecto CP 2006)”, en *Estudios de Derecho Judicial* (Derecho penal y seguridad vial), Madrid, 2007, págs. 275 y sigs.

⁵ Santiago MIR PUIG / Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores) / Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coordinador), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

⁶ Caty VIDALES RODRÍGUEZ / Antonio MERA REDONDO (Coord.) y otros, *Seguridad vial. Especial referencia a la reforma operada en el CP mediante la LO 15/2007, de 30 de noviembre*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

sorprender si se atiende a la muy reciente reforma operada en estos tipos por obra de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Empezando por la rúbrica legal (que a partir de ahora recibe la denominación: “De los delitos contra la Seguridad Vial”), todos los preceptos de ese capítulo sufren alguna reforma. Veamos, someramente, qué regula cada uno de esos preceptos.

A) El art. 379 CP contiene dos apartados:

- 1) En el primero, se introduce de nuevo cuño el *delito de velocidad excesiva*, en el que se incrimina la conducción a velocidad superior en 60 klms./hora a la permitida reglamentariamente en vías urbanas, o en 80 klms./hora en vías interurbanas. Este tipo del art. 379.1 lleva aparejado pena de prisión (de 3 a 6 meses) o alternativamente pena multa (de 6 a 12 meses) más la de trabajos en beneficio de la comunidad (de 31 a 90 días), a la que se sumará en todo caso la pena de privación del carnet de conducir (por tiempo de 1 a 4 años).
- 2) En el segundo, heredero del antiguo art. 379 CP, se castiga con las mismas penas la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. El legislador introduce, en el nuevo art. 379.2 CP, una tasa mínima de alcohol cuya constatación será sancionada, en todo caso, como delito: la tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o la tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

B) El nuevo art. 380 es heredero del anterior art. 381 y, en la remozada versión se reparte, igualmente, en dos apartados:

- 1) El art. 380.1 describe el tipo agravado de *conducción con temeridad manifiesta* y poniendo en *concreto peligro* la vida o integridad física de las personas. Las penas en este caso se elevan considerablemente, previéndose -en todo caso- la pena de prisión (de 6 meses a 2 años) y, además, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (por un lapso de tiempo de un año mínimo, hasta un máximo de 6).
- 2) El art. 380.2 contiene una presunción *iuris et de iure* conforme a la cual se reputará siempre temeridad manifiesta (y, por tanto, corresponderá aplicar el tipo del 380.1, frente al tipo básico del 379) cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 379.1 (superar en 60 klms./hora la conducción en vías urbanas, o en 80 klms./hora en vías interurbanas) y en el 379.2, inciso segundo (conducir con tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o en sangre superior a 1,2 gramos por litro).

C) El nuevo art. 381 constituye una refundición de los anteriores arts. 384 y 385 y, en la actual regulación legal, se divide en tres apartados:

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- 1) En el apartado primero un *tipo hiperagravado*: la conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás. Las penas en este caso se vuelven a agravar en relación al tipo agravado del 380 y también respecto a la regulación anterior a 2007, previéndose ahora las penas acumulativas de prisión de 2 a 5 años (antes: de uno a 4), multa de 12 a 24 meses (antes: de 6 a 12) y privación del carnet de conducción por tiempo de 6 a 10 años.
 - 2) El art. 381.2 incrimina un *tipo atenuado* de conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás: cuando no se hubiera puesto en concreto peligro la vida o integridad de los demás. Las penas acumulativas previstas para este tipo delictivo son las siguientes: prisión de 1 a 2 años, multa de 6 a 12 meses y privación del carnet de conducir de tiempo de 6 a 10 años.
 - 3) El nuevo art. 382.3 contiene la previsión hasta contenida en el art. 385: el vehículo a motor o ciclomotor con el que se comete la infracción penal “se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 del Código”.
- D) El art. 382 contiene una nueva regla concursal de aplicación cuando, además de cometerse alguno de los delitos incriminados en los arts. 379 a 381, se produjere algún otro resultado lesivo constitutivo de delito: en estos supuestos, únicamente se apreciará la infracción más grave, aplicando la pena en su mitad superior, y condenando en todo caso al responsable al resarcimiento de la responsabilidad civil.
- E) El art. 383 incrimina un nuevo *delito autónomo* consistente en la *negativa* a someterse a las pruebas de alcoholemia o de presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que con la regulación anterior (contenida en el antiguo art. 380) se configuraba como un delito de desobediencia grave del art. 556 al cual se remitía a efectos de determinación del injusto y de la penalidad. Las penas, en este caso, son también cumulativas: prisión de 6 meses a un año y privación de la licencia de conducir de uno a 4 años.
- F) Por su parte, el nuevo art. 384 incrimina, en dos párrafos, un nuevo tipo delictivo, hasta ahora inédito en el panorama legislativo español: la conducción sin licencia válida, bien porque se conduce cuando se han perdido los puntos del carnet, bien porque se hace cuando media una privación judicial cautelar o definitiva del carnet de conducir o bien porque se conduce cuando no se tiene en absoluto licencia para manejar. Las penas para este tipo de delito vuelven a ser alternativas: prisión de 3 a 6 meses o multa de 12 a 24 meses más la de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- G) Finalmente, el art. 385, heredero del anterior art. 382, incrimina el delito consistente en originar un grave riesgo para la circulación mediante alguna de las modalidades de conducta fenomenológicamente previstas en el tipo: “colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables, mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio” (art. 385.1) o “no restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo” (art. 385.2). La penalidad para este delito es la de prisión de 6 meses a 2 años o, alternativamente, la de multa de 12 a 24 meses a la que además se añade (y aquí reside la novedad de 2007) la de trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días.

En resumen: todos los preceptos reguladores de la seguridad vial sufren algún tipo de modificación, en algún caso meramente locativa y no pocos de ellos únicamente a efectos de agravación de la pena. Verdaderas novedades de la LO 15/2007 constituyen los delitos de velocidad excesiva (art. 379.1) y conducción sin licencia válida (art. 384), así como la regla concursal del art. 382. Novedad relativa es el delito de negativa a someterse a control de alcoholemia o drogadicción (art. 383), ahora perfilado como delito autónomo y no como delito de desobediencia. Detengámonos en la exégesis y en el alcance de estas reformas penales.

II.- Exégesis y alcance de las reformas introducidas por la LO 15/2007

Una vez que se ha expuesto el panorama actual del nuevo Derecho penal de la seguridad vial corresponde ahora interpretar los tipos delictivos, algunos introducidos *ex novo* por la LO 15/2007 y que originan, en no pocos casos, arduos problemas exegéticos. Revisemos algunas de las dificultades dogmáticas que se plantean a este respecto.

A) La criminalización de la velocidad excesiva (art. 379.1)

Una de las reformas más llamativas de todas las que introduce la LO 15/2007 es la incriminación *ex novo* del delito de velocidad excesiva. El contenido de injusto se integra cuando la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor supera en una determinada cota (60 klms./hora en vía urbana y 80 en vía interurbana⁷) la velocidad permitida reglamentariamente. El legislador sitúa, pues, en el centro del injusto típico una presunción *iuris et de iure* según la cual el un vehículo sobrepasar ese límite máximo constituye ya *conducción temeraria*⁸ penalmente reprochable, sin una referencia específica a la puesta en peligro de bien jurídico individual alguno.

⁷ En la LO 15/2007 se ha incrementado esta cota en 10 klms./h en relación a la prevista en el Proyecto de Ley inicial, en que las cifras que se mencionaban eran de 50 y de 70 klms./h., respectivamente.

⁸ Sobre el contenido y la interpretación de dichos términos, Lorenzo MORILLAS CUEVA / José María SUÁREZ LÓPEZ, “El delito de conducción temeraria en el Código penal de 1995”, en *CPC*, núm. 69, 1999, págs. 549 y sigs.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Este nuevo tipo del art. 379.1 constituye un precepto sin precedentes en nuestra legislación. En ella, siempre se había especificado, de manera más o menos concreta, la lesividad de los bienes jurídicos que se ponían en peligro. Incluso en los delitos de peligro abstracto se establecía expresamente dicha lesividad. Pero lo llamativo de esta nueva regulación es que se introduce un nuevo paradigma: el de la presunción *iuris et de iure* de lesividad de un bien jurídico colectivo (la “seguridad vial”) que se constata, como sería lógico y aun exigible, no con la referencia expresa a ese bien, sino por *elevación a delito de una mera infracción administrativa*, como es conducir a velocidad que supere en 60 klms./hora la permitida *reglamentariamente* en vías urbanas, o en 80 klms./hora la permitida en vías interurbanas.

Por lo demás, la incriminación de este nuevo tipo de delito se hace mediante empleo de la técnica denominada *ley penal en blanco*, pues la alusión a la velocidad “*permitida reglamentariamente*” constituye una remisión expresa a la normativa reglamentaria en esta materia, en concreto: a los arts. 53 a 58 del RD Legislativo 339/90, de 2 de marzo (texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial) y a los arts. 151 a 172 del Reglamento General de Circulación aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre.

Esta técnica legislativa genera varios problemas jurídico-penales, que comprometen seriamente la legitimidad de esta norma penal: Entre ellos destacaremos los atentados contra 1) el principio de igualdad; 2) contra el principio de legalidad, 3) contra el principio de proporcionalidad y 4) contra el principio de ofensividad. Veamos más detenidamente estos reparos jurídicos:

- 1) En primer lugar, la nueva regulación penal *cuestiona el respeto al principio de igualdad*. Como es sabido el Reglamento General de Circulación contiene reglas específicas de permisión de velocidad en función del tipo de conductor (novel, veterano, etc.) y en función del tipo de vehículo (camión, coche, ciclomotor, etc.). Eso significa que, administrativamente, se establecen unas cotas de tolerancia que pueden ser más estrictas para determinados conductores (al novel se le exige mayor prudencia y menor velocidad) o para determinados vehículos. Cuando el legislador penal introduce el rígido e inflexible corsé de sobrepasar en 60 u 80 klms./hora la velocidad *reglamentariamente exigida*, automáticamente está presuponiendo la especificidad prevista en el Código de circulación (en función del tipo de conductor y del tipo de vehículo). Como consecuencia de ello, al final no es está tipificando la misma conducta en todos los casos (por ejemplo: conducir a 200 klms./hora por autopista) ni, correlativamente, está respetando el mismo ámbito de libertad para todos los ciudadanos (con la nueva reforma, conducir a 180 no es delito para el conductor veterano, y sí lo es si conductor es novel) sino que se está configurando un injusto diferente que es más gravoso para el conductor novel que para el veterano. Este trato diferencial podría tener justificación para el Derecho Administrativo de la circulación vial pero

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

en Derecho penal resulta francamente intolerable y atentatorio contra el principio de igualdad. Porque el Derecho Administrativo se rige por criterios que no tienen por qué coincidir (y de hecho no coinciden) con los del Derecho penal: mientras que en el primero se tienen en cuenta, predominantemente, componentes preventivos y de precaución, en Derecho penal únicamente se puede sancionar a alguien (esto es: invadir alguna esfera de su personalidad, o sea, heteroadministrar los bienes de los ciudadanos) en función de su culpabilidad, de su peligrosidad o de su afcción a un bien jurídico. Y, desde luego, la presunción *iuris et de iure* de que un conductor joven que haya obtenido legítimamente el carnet de conducir hace 10 meses genera más peligro si sobrepasa en 60 klms. la velocidad permitida que uno que lo obtuvo hace 13 es insostenible en Derecho penal, a no ser que se establezca -como ha hecho el legislador penal- un Derecho penal del enemigo mal aplicado, menos garantista que el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista, donde se combate a determinados conductores no por la peligrosidad real de sus conductas (exigencia de constatación que presupone siempre el funcionalismo) sino por la infracción objetiva y desigual de un mero requisito administrativo. Con ello, el legislador, al establecer una magnitud aparentemente objetiva (como es sobrepasar en 60 u 80 klms./hora la velocidad reglamentariamente permitida), da la engañosa imagen de que adecua el tipo de delito al caso concreto (en tanto que esa cota de 60 u 80 se suma a la que sea permitida para *cada* conductor, o sea, dando a cada uno lo suyo), pero al fin y al postre conduce a la infracción del principio de igualdad, al confundir los criterios inspiradores del Derecho administrativo de la seguridad vial con los presupuestos dogmáticos de la sanción penal, de manera que una característica (como es la antigüedad en la conducción) en sí naturalística e irrelevante para el Derecho penal es tenida en cuenta como un sorprendente factor de agravación de la responsabilidad penal del conductor joven.

- 2) Además, la nueva configuración del tipo de delito de conducción excesiva del 379.1 *infringe el principio de legalidad*. Las leyes penales que incriminan delitos y prevén penas y medidas de seguridad han de revestir, según la doctrina mayoritaria, la forma de Ley Orgánica porque desarrollan o afectan al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 81.1 CE), esencialmente la libertad y el patrimonio, que quedan afectados por la pena privativa de libertad y con la pena de multa⁹. Pues bien, el nuevo tipo del 379.1 remite en su descripción típica

⁹ *Vid.*, a este respecto, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos dogmáticos del Derecho penal*, 5ª. edic., Bosch, Barcelona, 2004, págs. 258 y sigs., con mayores referencias doctrinales y jurisprudenciales.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

a la velocidad permitida “*reglamentariamente*”. Con ello, se está remitiendo a un texto normativo que no sólo no tiene rango de Ley Orgánica sino que tiene un rango inferior a la de ley: un Real Decreto (el RD 1428/2003, de 21 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Circulación). Ello significa que, al fin y al cabo, la consulta de dicho RD es *imprescindible para configurar el injusto*, pues a él hemos de acudir para saber si el conductor es novel o no, para saber a qué velocidad debía circular en función del vehículo que manejaba, etc. Y si el RD es el que al final configura el tipo de injusto del delito de velocidad excesiva entonces nos hallamos ante una infracción clamorosa del *principio de legalidad penal*, conforme al cual la única fuente de creación de delitos y de penas es la ley, y con esta infracción se desconoce también el *principio de reserva de Ley Orgánica*, de acuerdo con el cual únicamente pueden desarrollar o afectar al desarrollo de derechos fundamentales (¿hay alguna afección más grande al desarrollo de esos derechos la privación o el recorte de los mismos?) las leyes que, sobre tener rango de ley, tienen el carácter de Ley Orgánica y, por ello, exigen para su aprobación una mayoría cualificada en el Congreso de los Diputados (de mayoría absoluta en la votación final, no artículo por artículo, sino sobre la totalidad del Proyecto de Ley Orgánica)¹⁰.

- 3) Por lo demás, la nueva regulación del art. 379.1 *desconoce el principio de proporcionalidad*. La referencia rígida al exceso de velocidad (60 u 80 klms./hora) supone introducir un mecanismo objetivo de determinación de la responsabilidad penal. Pero dicha determinación ni es dogmáticamente acertada ni es político-criminal conveniente. Porque, en efecto, el Derecho penal ha de sancionar lesiones a bienes jurídicos o puestas en peligro penalmente intolerables, pero no infracciones de una cota inamovible de velocidad. La velocidad, en ocasiones, es lo de menos, siempre que se delimiten correctamente qué bienes se lesionan o se ponen en peligro, bien se conduzca a 200 klms./hora bien a 120. Superar en 80 klms./hora la velocidad con un potente BMW deportivo durante unos instantes, en una recta de una autopista desierta, sin vehículos ni personas en la calzadas, con óptimas condiciones climáticas y en situación de perfecta visibilidad es probablemente mucho menos peligroso que superar 10 o 20 klms. la velocidad permitida en zona

¹⁰ Cfr., también, en sentido parecido, la crítica de Joan J. QUERALT, “El nuevo Derecho penal vial: generalidades críticas”, en Santiago MIR PUIG / Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Dir.) / Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, op. cit., págs. 63 y sigs., esp. pág 67, quien afirma que “se deja que sea, en parte, la autoridad administrativa la que fije la base del tipo, lo que contradice en buena medida la *ratio decidendi* de la STC 24/2004, sobre la legitimidad de las leyes penales en blanco, en función de que sea la ley penal y no la ley extrapenal de referencia la que fije el núcleo de la prohibición”.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

urbana altamente poblada, por ejemplo, en la puerta de un colegio a la hora de salida del alumnado¹¹. Ergo la determinación de una corta de velocidad rígida e inflexible, no obstante lo que considera el legislador de 2007, no debería representar *per se* daño ni peligrosidad penal alguno. Si esa prescripción se traslada así, sin más aditamentos y sin ulterior referencia a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penalmente tutelado, a un frío precepto del Código penal se corre el riesgo que ha corrido el legislador penal en la reforma de los delitos contra la seguridad vial, a saber: la tipificación, con el mismo rigor penal, de conductas substancialmente diferentes, que presentan un desvalor de injusto radicalmente diverso y que no respetan la mínima proporcionalidad que debe presidir la tipificación de las infracciones penales.

- 4) Por ello, y de manera consiguiente, la nueva incriminación de la velocidad excesiva *constituye un atentado contra el principio de ofensividad* porque, al igual que en otros tipos introducidos por la reforma legal de 2007, supone la creación de -en palabras de QUERALT- “*ilegítimos delitos formales*”¹², esto es, infracciones que -según el mencionado autor- no sólo no son susceptibles por sí mismas de lesionar un bien jurídico, sino ni tan siquiera de ponerlo en peligro, lo cual es censurable pues “(l)o decisivo es la existencia de un bien jurídico y de la certeza razonable de la capacidad de lesión de la conducta punida”¹³. Ello supone, según el autor citado, la creación de un “*Derecho sancionador de oportunidad*”, o “lo que es lo mismo, un Derecho sancionador arbitrario”¹⁴, pues -según argumenta QUERALT- “si ambos preceptos, el administrativo y el penal son idénticos, diferenciándose únicamente en la sanción, la solución al *bis in idem* -voluntaria y artificialmente creado por el legislador- está en manos del operador denunciante, esto es, de la Administración, que en función de sus planteamientos derivará a los juzgados penales o guardará para sí la tramitación del expediente”¹⁵.

¹¹ *Vid.*, en el mismo sentido, muy crítico con la reforma legal, Joan J. QUERALT, “El nuevo Derecho penal vial: generalidades críticas”, *op. cit.*, pág 67: “superar en 10 ó 20 Km/h. la velocidad en una zona urbana restringida (zona escolar, p. ej.) no sería constitutivo de delito pese a su evidente peligro y, por contra, circular por autopista de peaje, de día y seco [*sic.*] a 220 Km/h. podría no generar peligro alguno”. El autor alarma además sobre el hecho de que alguna conducta pueda quedar impune, como “sería el caso del conductor que conduce por zona peatonal (velocidad autorizada = 0), pero su comportamiento no es temerario aun yendo a 70 Km./h.” (*op. cit.*, pág 67).

¹² Joan J. QUERALT, “El nuevo Derecho penal vial: generalidades críticas”, *op. cit.*, pág 66.

¹³ Joan J. QUERALT, “El nuevo Derecho penal vial: generalidades críticas”, *op. cit.*, pág 66.

¹⁴ Joan J. QUERALT, “El nuevo Derecho penal vial: generalidades críticas”, *op. cit.*, pág 66.

¹⁵ Joan J. QUERALT, “El nuevo Derecho penal vial: generalidades críticas”, *op. cit.*, pág 66.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Con ello, se configuran en definitiva tipos penales que desconocen varios de los más fundamentales principios de la Dogmática penal, como los de igualdad, legalidad, proporcionalidad y ofensividad, creando más víctimas del sistema penal de las que ya antes existían, pues a las tradicionales víctimas de los accidentes de tráfico se añaden ahora otras nuevas víctimas: aquellos conductores que, no creando un peligro ni un riesgo alarmante para bien jurídico alguno son tratados como delincuentes peligrosos, esto es, como enemigos, restringiéndose ilegítimamente sus derechos, y, para más inri, sin resolver satisfactoriamente los problemas jurídico-penales que se plantean en el ámbito del tráfico viario.

B) Las difíciles relaciones concursales entre los arts. 379 y 380 CP

Además de las dificultades intrínsecas a la interpretación individual de cada figura típica, los delitos descritos en los arts. 379 y 380 CP plantean *graves problemas concursales*, por mor de la *invasión* y del *solapamiento material* del contenido regulativo de ambos tipos penales. A priori, el tipo del art. 379 parece describir un *tipo básico*, mientras que el art. 380 parece incriminar un *tipo agravado* en relación al anterior. Pero en una lectura más detenida, tal diferencia se torna menos nítida y más confusa. Veamos por qué.

- Por un lado, el tipo del art 379, con sus dos modalidades (conducción a velocidad excesiva y conducción bajo influjo de bebidas o determinadas sustancias), se define por varias características típicas: superar en 60 u 80 klms./hora el tope de velocidad máxima permitida en zona urbana o interurbana y la presencia tasa de alcohol en aire (0,60 miligramos por litro) o en sangre (1,2 gramos por litro).
- Por su parte, el tipo aparentemente agravado del 380 (conducción con temeridad manifiesta y creación de peligro concreto) contiene en el art. 380.2 una previsión legal un tanto enigmática y confundidora, conforme a la cual se reputa *iuris et de iure* que esas circunstancias ya mencionadas (superar en 60 u 80 klms./hora el máximo de velocidad permitida o la tasa de alcohol de 0,60 o 1,2 en aire o en sangre) son siempre *temeridad manifiesta*.

Pero esta regulación mencionada recién propicia la paradoja siguiente: las características que materialmente definen el art. 379 son expresamente consideradas como definidoras de “temeridad manifiesta”, que es precisamente un aquello que define el tipo del art. 380. Ante ello, surgen varios interrogantes: ¿Cuál es el contenido material de los delitos de los arts. 379 y 380? ¿Qué diferencia estriba entre ellos? ¿No se está dejando sin contenido el tipo del art. 379, pues si concurren esos elementos definidores ya estamos automáticamente ante un tipo del art. 380?

Para intentar responder cabalmente estos interrogantes es preciso hilar más fino en la interpretación de ambos tipos penales. Como vimos, el tipo aparentemente agravado, el del art. 380, se definía por la concurrencia de los elementos: temeridad manifiesta y peligro concreto. En el primero de ellos, el grado de correspondencia o

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

identificación entre los dos tipos es total: los elementos típicos del primer delito son también temeridad manifiesta. Eso significa que esa característica no nos puede ayudar en nada a distinguir el ámbito material de los arts. 379 y 380. Entonces la diferencia entre ellos ha de hallarse necesariamente en el segundo de los elementos: el “peligro concreto” para la vida o la integridad de las personas.

Pero este segundo elemento tampoco es un dechado de claridad normativa. Por un lado, parece cierto que el tipo del art. 379 no exige un peligro concreto para la vida o la integridad de los ciudadanos, sino únicamente un peligro abstracto. Pero por otro lado cabe tener razonables dudas sobre que el legislador haya operado con conceptos nítidamente delimitados de peligro abstracto y de peligro concreto. Si las circunstancias del 379 son *iuris et de iure* temeridad manifiesta ¿no significa eso también ya una *concreción* del riesgo? O sea, si que el 379 también sería -al menos, en parte- también “peligro concreto”, de manera que la delimitación entre el 379 y el 380 se tornaría evanescente, etérea y difusa.

Y, además, si la única diferencia reside en la concreción o abstracción del peligro cabe preguntarse si no es suficientemente concreto el riesgo que se intenta combatir con la incriminación de la conducta del 379, siendo así que dicha intervención se anticipa a estadios anteriores de lesión penal, precisamente porque el conducto crea, en expresión del mismo legislador, “violencia vial”, esto es, una inseguridad tal que perturba *actualmente y realmente*, o sea, *concretamente* el proyecto de vida social normal que tienen las personas en Derecho (el resto de ciudadanos), hasta el punto de que el conducto es combatido asegurativamente como un enemigo al volante que genera un foco de peligro. Con dicho combate especialmente agravado, anticipado y asegurativo, se intenta restablecer un riesgo cierto (y, por tanto, concreto) que el conductor ha creado por MOR (movimientos oculares rápidos) de su conducción socialmente perturbadora (por ej., al superar la velocidad máxima permitida en 60 u 80 klms./hora o al conducir bajo el influjo de sustancias que alteran la percepción del conductor generando *de facto* una perturbación social real).

Si ello es así, entonces las barreras que delimitan qué sea riesgo concreto y qué riesgo abstracto se muestran, en la nueva regulación penal, especialmente sinuosas y cambiantes. O lo que es lo mismo: el único elemento que sirve para distinguir un tipo penal de otro, a saber: el riesgo permitido, no nos ofrece realmente ningún firme asidero normativo, con lo cual los problemas exegéticos de deslinde de ambas figuras resultan de no escasa magnitud.

En resumen: *a)* Los elementos típicos (y, por tanto, sus ámbitos materiales) de los arts. 379 y 380 prácticamente se solapan de manera íntegra. *b)* El único elemento distintivo sería el peligro concreto, pero este elemento no es tampoco demasiado fiable; *c)* Todo ello dificulta extremadamente la interpretación de todos esos tipos delictivos.

C) La nueva regla concursal del art. 382 CP

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Al legislador penal no se le escapa que en el seno del tráfico vial concurren a menudo diferentes lesiones a diversos bienes jurídicos. En la práctica del tráfico vial es frecuente que la lesión del bien jurídico *colectivo* (o -para expresarlo con la conocida formulación del penalista italiano Filippo SGUBBI- del “interés difuso” o abstracto: esto es: de la “seguridad vial”¹⁶) venga de la mano de la lesión de un bien jurídico *individual*, como puede ser la vida, la integridad física o la salud de los ciudadanos. De hecho, no todos los tipos incriminados bajo la rúbrica de “delitos contra la *seguridad vial*” son propiamente tipos uniofensivos, que únicamente afectan ese bien jurídico, sino más bien tipos pluriofensivos, en los que se atenta también contra otro bien jurídico individual: así, pueden citarse el tipo de conducción temeraria del 380 CP (conducción “con temeridad manifiesta” poniendo “en concreto peligro la vida o la integridad de las personas”) o el tipo agravado del 381.1 (conducción “con manifiesto desprecio por la vida de los demás”).

Pues bien, a pesar de que no pocos de los delitos viales son *tipos mixtos*, donde se conjuga una perspectiva colectiva, difusa o abstracta con una afección o puesta en peligro a un bien individual, el legislador ha querido introducir en la reforma de 2007 una regla concursal reguladora de aquellos supuestos en los cuales, además del resultado previsto en cada tipo de delito (que, insistimos, no es únicamente un resultado de afección a un bien colectivo, sino frecuentemente también a uno individual), se origina un ulterior resultado lesivo constitutivo de delito. En estos supuestos, afirma el reformador penal, únicamente se apreciará la infracción más grave, aplicando la pena en su mitad superior, y en todo caso condenando al responsable a la satisfacción de la correspondiente responsabilidad civil.

En la configuración actual de los delitos contra la seguridad vial esta regla concursal crea probablemente más problemas que los que pretende resolver. Aquí nos vamos a limitar a señalar, brevemente, cuan perjudicial y cuan contraproducente puede llegar a ser esta regla del art. 382. Para ellos señalaremos dos serios reparos jurídicos.

- a) En primer lugar, como se ha dicho, no pocos de los delitos viales incorporan ya la afección de un bien individual. Entonces ¿cómo puede apreciarse un otro resultado delictivo adicional? Imagínese el siguiente supuesto: un sujeto supera en 60 klms./hora la velocidad permitida en zona urbana (tipo básico del 379.1). Si añadimos un

¹⁶ *Vid.*, sobre la caracterización de la seguridad en el tráfico de automóviles como un “nuevo sector de intereses colectivos”, Santiago MIR PUIG, “Presentación”, en Santiago MIR PUIG / Mirentxu CORCOY BIDASOLO (DIRS.) / SERGI CARDENAL MONTRAVETA (COORD.), SEGURIDAD VIAL Y DERECHO PENAL, OP. CIT., PÁGS. 13 Y SIG, QUIEN SEÑALA LA “NUEVA PREOCUPACIÓN POR ESTOS INTERESES COLECTIVOS SE HA DEBIDO A DOS FACTORES DE DISTINTA NATURALEZA: UNO, DE CARÁCTER TÉCNICO, EL OTRO, DE SIGNO POLÍTICO. EL PRIMERO ES LA APARICIÓN EN NUESTRAS SOCIEDADES DESARROLLADAS DE RIESGOS ANTES DESCONOCIDOS QUE HAN SIDO INTRODUCIDOS POR EL PROGRESO TECNOLÓGICO. EL SEGUNDO ES LA ATRIBUCIÓN DE UNA FUNCIÓN SOCIAL AL ESTADO” (PÁG. 14).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

peligro a un bien individual, nos seguimos encontrando dentro del ámbito de los delitos contra la seguridad vial, ahora en sede del delito de conducción temeraria del 380.1 o del tipo agravado del 381.1 (temeridad manifiesta). Pero para ello no nos hace falta ninguna regla concursal, porque esos tipos penales ya incorporan una referencia a un bien individual. Pareciera, pues, que la regla concursal del 382 tendría cabal sentido si todos, absolutamente todos los tipos penales contra la seguridad vial, fueran tipos abstractos o difusos, en los que se afectara únicamente un interés colectivo (la “seguridad vial”). En esos casos, podría argumentarse, si -como consecuencia de la conducción temeraria- sobreviniera además un ulterior resultado lesivo (lesiones o muerte) que afectara un bien individual se apreciaría únicamente la infracción más grave (en principio, la afección del bien individual: el delito de lesiones u homicidio imprudente). Pero mientras se mantengan los tipos mixtos (lesión de bien colectivo y afección del bien individual) la regla concursal perderá parte de su capacidad de rendimiento, en tanto que *de facto* se imposibilidades que a un tipo penal que ya incorpora una puesta en peligro de un bien individual se le añada una (ulterior) lesión de otro bien jurídico.

- b) El segundo reparo a que nos queremos referir no es, desde luego, baladí. El legislador dice: cuando sobrevenga un ulterior resultado lesivo también delictivo únicamente se apreciará el delito más grave (cuya pena se impondrá en su mitad superior). Pero lo que desconoce el legislador es que, con la actual distribución de la penalidad en los tipos delictivos, tantas veces aleatoria, por cruel paradoja el tipo colectivo es muchas veces el más grave, quedando por tanto impune la sobrevenida lesión de un bien individual. Veámoslo con un ejemplo gráfico. Un sujeto conduce su vehículo a motor temerariamente con “manifiesto desprecio por la vida de los demás”, incurriendo en el delito del art. 381.1 y siendo sancionado a una pena de prisión de 2 a 5 años, multa de 12 a 24 meses y privación del derecho a conducir por un tiempo de 6 a 10 años. Imagínese que con motivo de dicha conducción se atropella temeraria a un viandante causándole incluso la muerte. Este resultado lesivo sobrevenido podría ser sancionable como delito doloso de homicidio (lo cual exigiría la prueba de un -muchas veces difícilmente demostrable- dolo concreto de matar en el agente, aunque sea como dolo eventual) o, si no se llegara a demostrar tal dolo, como homicidio por imprudencia grave, incriminado en el art. 142.1 y 2, y que sigue siendo el título de imputación mayoritario en la práctica judicial en

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

materia de tráfico vial¹⁷. Conforme a este tipo penal, “(e)l que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años” (art. 142.1) y además a “la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores” por tiempo de uno a 6 años (art. 142.2). De ahí se deriva que el resultado delictivo causado (la muerte del viandante) que, en principio, debiera integrar un delito más grave, es paradójicamente menos grave que el delito de conducción temeraria del 381.1. Eso significa que cuando sobreviene la muerte de un viandante al conductor se le impone, en su mitad superior, las penas del primer delito contra la seguridad vial (que ya incorpora la afección al bien jurídico colectivo y también al bien individual). O lo que es lo mismo: que al conductor que maneja temerariamente su vehículo con manifiesto desprecio por la vida de los demás el hecho de atropellar y matar a un viandante *le sale gratis*, porque en todo caso únicamente le van a imponer (en su mitad superior) las penas que ya le hubieran impuesto o le hubieran podido imponer si no hubiera producido dicho atropello y dicha muerte.

De estas consideraciones se derivan dos cosas: primero, que la regla concursal del 382 sirve para poco, y además origina más problemas que los que puede resolver. Y segundo: que los nuevos delitos contra la seguridad vial desconocen en absoluto la mínima proporción que debiera existir entre la penalidad de los tipos penales. El legislador, tan aficionado a la técnica del parcheo, ha agravado los delitos contra la seguridad vial, configurando asistemáticamente delitos que atentan contra bienes de muy diversa entidad e imponiéndoles penas tan graves que incluso, sin producir muerte alguna, superan la penalidad del mismo delito de homicidio imprudente.

D) La relativa novedad del delito de negativa a someterse al control de alcoholemia o drogadicción (art. 383)

El nuevo art. 383 incrimina, como antes el art. 380, el delito de negativa a someterse a los controles para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. La novedad -relativa- que incorpora la reforma de 2007 es que ese delito de negativa ahora se configura como un tipo autónomo, dentro de los delitos contra la seguridad vial, con una particular descripción típica y con una penalidad propia. Antes de la reforma,

¹⁷ Cfr., sobre la relevancia práctica de los delitos imprudentes en esta materia, Santiago MIR PUIG, “Presentación”, *op. cit.*, pág. 15: “Con el desarrollo de la automoción en la segunda parte del siglo pasado se produjo en primer lugar un aumento considerable de los delitos imprudentes. Por esta vía, la imprudencia, que había tenido una presencia marginal en los sistemas penales anteriores, cobró una importancia significativa. Las muertes, lesiones corporales y daños ocasionados en el tráfico vial no se pueden imputar casi nunca a dolo del conductor, pero sí son imputables en muchos casos a imprudencia, a la infracción de una norma de cuidado”.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

como se recordará, esta figura se regulaba como un delito de desobediencia, y de hecho el legislador penal remitía al art. 556 a efectos de determinación del tipo de injusto y de la pena. Así decía el anterior 380: “El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas (...) será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código”, mientras que éste último precepto castigaba a “(l)os que (...) resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, será castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

La reciente reforma por obra de la LO15/2007, como hemos dicho, ha concedido autonomía a este delito, y le ha dado carta propia de naturaleza como delito contra la seguridad vial, si bien la descripción típica permanece inalterada. Así reza el nuevo art. 383: “El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

La esencia del injusto sigue siendo, pues, una desobediencia o desacato a la autoridad, esto es, un delito *eminentemente administrativo* donde se afecta el bien jurídico tutelado de la coercibilidad de la función pública, y no un bien jurídico colectivo (como podría ser la seguridad vial) ni tampoco un bien jurídico individual. Aunque la pena de prisión permanece idéntica, llama la atención que el legislador haya incorporado también de manera conjunta la pena de privación del permiso de conducir, por tiempo superior a un año y con duración máxima de cuatro. Esa privación de un derecho perteneciente a la esfera de personalidad del ciudadano (conductor) únicamente puede entenderse (lo cual no equivale a su justificación) en el marco político-criminal de agravación pertinaz de las sanciones contra conductores, a quienes se observa más como un foco de peligro capaz de originar riesgos socialmente desestabilizadores que como un ciudadano responsables, gestor eficaz de riesgos y titular de derechos y obligaciones (persona en Derecho). En una palabra: esa privación adicional y obligatoria del carnet de conducir únicamente puede explicarse dentro de la idea de combate del conductor como enemigo que ha inspirado la reforma penal de 2007 en esta materia. En el último apartado veremos que la indiscriminada tipificación realizada por el legislador no es, desde luego, la más acertada de todas las posibles.

***E)* La asistemática punición de la conducción sin carnet de conducir vigente (art. 384)**

Finalmente nos referimos en esta exposición a una ulterior novedad de la LO 15/2007: el nuevo delito de conducción careciendo de licencia válida para conducir. Incriminado en el art. 384, este delito constituye un ejemplo de *elevación* de una

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

infracción administrativa a categoría de delito. En esta nueva figura, el legislador instituye una presunción *iuris et de iure*, según la cual la ausencia de carnet de conducir vigente es siempre y en todo caso delictiva aunque el conductor no sólo haya infringido norma de circulación alguna sino que, por el contrario, haya manifestado una conducción exquisitamente respetuosa y prudente. Esa es la interpretación que se deriva del nuevo tenor literal, donde se punen conductas en términos excesivamente laxos, conminándose con pena la ausencia de carnet válido sin valorar el eventual peligro originado por el conductor carente de licencia válida.

Tres son los modos en que puede incurrirse en este delito: *a)* carecer de permiso válido de conducción porque se han perdido todos los puntos del carnet; *b)* carecer del permiso porque judicialmente se ha privado al conductor del uso y disfrute de ese derecho, ya se de manera cautelar ya definitiva; *c)* carecer del carnet de conducir no se tiene en absoluto licencia para manejar. Estas tres formas de conducta son las modalidades fenomenológicas en que puede manifestarse el tipo penal, pero entre ellas no existe diferencia fenotípica alguna: el tipo de injusto es idéntico en los tres casos y para que se integre el tipo penal es indiferente que se realice cualquiera de las tres modalidades, pues todas ellas de manera autónoma integran el injusto típico.

Pues bien, la configuración de este tipo con sus tres modalidades alternativas de conductas tampoco puede merecer nuestro aplauso, sino que antes bien merece ser sometido a un reproche sobre la base de las dificultades o incorrecciones que presenta:

- a)* De un lado, el tipo penal se configura igualmente por elevación a categoría de delito de tres conductas que, *per se*, son únicamente infracción de un deber administrativo *carente de contenido substancial penalmente relevante de suficiente entidad*. Y ello porque el tipo penal es un delito de mera desobediencia, en cuya configuración no se tiene en cuenta la *peligrosidad penal* ni la *lesión de bien jurídico-penal alguno*.
- b)* En efecto, la determinación del injusto típico se agota en la inobservancia de un deber de conducción con licencia válida (esto es: en una desobediencia) que, en sí, se configura sin tener en cuenta el peligro a un bien jurídico-penalmente relevante, ya sea colectivo ya individual. Veámoslo en un ejemplo: el tipo penal concurre incluso cuando la conducción ha sido impecable y respetuosa de las normas del tráfico. Imagínese que un conductor experimentado pero sin carnet de conducir maneja un vehículo cumpliendo cabalmente las reglas de circulación. En ese caso, no sólo no consta que el sujeto haya conducido temerariamente sino todo lo contrario: la conducta del sujeto es, sin duda, incorrecta, pero realmente el núcleo de su acción consiste en no obtener la licencia válida que le habilitaría para conducir, esto es, una inobservancia administrativa, que sin embargo no debería ser suficiente para imputar

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

una responsabilidad penal. El injusto penal exige una puesta en peligro o una lesión a un bien jurídico, de manera que la mera inobservancia de un deber administrativo es *demasiado poco* para hacer desencadenar el más poderoso instrumento de represión del Estado.

- c) Con ello se están infringiendo también otros principios esenciales del Derecho penal: el *principio de proporcionalidad* y el *principio de culpabilidad por el hecho*. Pues el legislador concede la misma relevancia normativa a conductas que, en sí, tienen un significado jurídico-penal radicalmente diverso. No es lo mismo, aunque para el legislador penal sí lo sea, conducir cuando ya se han perdido los puntos del carnet por conducción incorrecta o cuando judicialmente se ha privado a un conductor de su licencia igualmente por infracciones que un conductor experimentado y especialmente cuidadoso conduzca sin carnet de conducir. En los dos primeros casos el conductor ya ha demostrado su incompetencia en el tráfico vial, esto es, ya ha manifestado inidoneidad como gestor de riesgos en la conducción, mientras que en el último supuesto el sujeto ha *olvidado* sacar o actualizar el carnet, pero no ha demostrado incorrección alguna¹⁸. En otras palabras: la presunción legal de que conducir sin carnet válido genera *inseguridad en el tráfico*, o sea, *violencia vial*, tiene en los dos primeros supuestos una constatación fáctica (el conductor ya demostró impericia al volante); en el segundo, es una mera suposición del

¹⁸ Cfr., empero, en relación a la propuesta legal (luego convertida en ley), Juan Carlos CARBONELL MATEU, “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (Coord.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 385 y sigs., esp. págs. 402 y sig., quien califica de “escandalosa la tipificación de quien conduce con el carné suspendido, mientras permanece impune la conducción por parte de quien nunca lo obtuvo”, de manera que defiende “la necesidad de reintroducir el castigo de quien conduce sin derecho a hacerlo, bien sea porque nunca lo obtuvo, bien porque haya sido privado de él, provisional o definitivamente” (pág. 403). En el mismo sentido, Helena María PRIETO GONZÁLEZ, “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra «la seguridad vial»”, en Santiago MIR PUIG / Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Dir.) / Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, op. cit., págs. 250 y sigs., esp. pág. 253, quien reputa “razonable la tipificación de la conducta del que conduce sin haber obtenido el correspondiente permiso”. Y argumenta su opinión de la siguiente manera: “Si la conducción de vehículos a motor es una actividad reglada para cuya realización se requiere la superación de unas pruebas y la demostración de conocimientos y habilidades, no es por puro capricho o por un desmedido ánimo recaudatorio, sino porque se trata de una actividad capaz de crear riesgos de suma importancia para los demás”. La argumentación de la citada autora no elude, desde luego, los dos problemas principales que se plentean en esta materia: en primer lugar, por qué lugar la omisión de la obtención reglada del permiso de conducir no haya de ser una cuestión puramente administrativa y, en segundo término, por qué razón, siendo penal, haya de castigarse dicha omisión administrativa (esto es: el *ser capaz de crear riesgos en materia vial*) con una sanción penal idéntica a la que corresponde imponer a otros riesgos considerablemente mayores (como es, indudablemente, el haberlos creado ya).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

legislador sin asidero de ninguna clase, con lo que frente a la garantía usual del *principio de culpabilidad*- se termina por imputar no una lesión ni una puesta en peligro sino algo mucho más etéreo: una *sospecha de peligro*. Con ello, no se respeta el principio del hecho, sino que finalmente al sujeto se le sanciona no por su conducta lesionada de bienes jurídicos, sino por una *supuesta actitud de enemistad frente a ellos*, actitud que ni siquiera es constatada por el legislador, sino supuesta por él sin la más mínima comprobación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente relevantes.

III.- Valoración político-criminal de conjunto: el conductor como enemigo.

Con la exposición anterior ya hemos concluido la exposición exegética y también crítica de las principales novedades introducidas en esta materia por el LO 15/2007. Ahora nos queda ver en rápidos trazos qué valoración merece, desde el punto de vista político-criminal, el nuevo Derecho penal de la seguridad vial. Para ello, dividiremos nuestra exposición en dos apartados: en el primero subrayaremos que se trata de un nuevo capítulo de Derecho penal del enemigo; en el segundo resaltaremos que se trata de un Derecho penal del enemigo incorrectamente aplicado y veremos qué podría hacerse para enmendar los errores legislativos.

A) El moderno Derecho penal de la seguridad vial: un nuevo capítulo de Derecho penal del enemigo.

La configuración que la LO 15/2007 ha dado al Derecho penal de la seguridad vial ha abierto una nueva partida al Derecho penal del enemigo en la legislación española, que se une a los capítulos tradicionales como el terrorismo y a los incorporados en épocas relativamente recientes como la -llamada- violencia de género. Los perfiles característicos de este nuevo episodio de Derecho penal del enemigo los podemos resumir en los siguientes puntos.

1. Conductor como enemigo y vehículo como arma

El ciudadano es reconocido, en condiciones normales, como gestor de riesgos. Eso significa que el ordenamiento jurídico trata a los ciudadanos como personas responsables, mayores de edad, capaces de autogobernar una determinada esfera de competencia con autorresponsabilidad y capacidad propia de gestión. El ordenamiento jurídico le da y le garantiza al ciudadano un ámbito donde éste puede desarrollar libremente su personalidad y le exige a cambio seguridad y respeto para la vida de los demás. El reconocimiento de una esfera de libertad en la gestión de ciertos riesgos supone también el reconocer al ciudadano como responsable de su gestión: *o -para decirlo con la conocida fórmula de raigambre hegeliana- la libertad de actuación tiene como contrapartida la libertad por las consecuencias*. O sea: *el ciudadano es libre de gestionar su vida como quiera, pero en todo caso responde de su gestión*. En esa gestión el ciudadano ha de ofrecer seguridad, esto es, respeto a los demás como personas en Derecho. El concepto funcionalista de persona es un concepto

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

normativo y se define precisamente en función del cumplimiento de los cometidos propios de ciudadano. En otros términos: el ciudadano crea seguridad, ofrece garantías a los demás ciudadanos como sujetos idóneos para entablar un contacto social. Su contrario, el concepto de enemigo, es también una noción normativa. Quien niega expresamente esa función de garantía y, por tanto, impide que los demás ciudadanos desarrollen su personalidad en Derecho e impide también que confíen mínimamente en la norma jurídica infringen el *mínimo deber de civilidad* que, en tanto ciudadanos, les compete. A estos sujetos se les llama normativamente enemigos.

Pues bien, la nueva LO 15/2007 no trata a los conductores como ciudadanos responsables, mayores de edad, que pueden gestionar libremente una fuente de peligro (la conducción de un vehículo a motor) sino precisamente como enemigos, como focos de peligro que desestabilizan el normal funcionamiento de la Sociedad e impiden que los demás ciudadanos puedan confiar en ellos como sujetos idóneos para entablar un contacto social. El binomio conductor/vehículo es entendido como un foco de peligro socialmente desestabilizador. Ello significa que, al menos puntualmente, el ciudadano (conductor) no ofrece garantía mínima de ser tratado como persona en Derecho, sino que su personalidad de ha visto degradada de algún modo por mor de su peligrosidad. Así lo entiende el legislador español, que concede un tratamiento jurídico-penal considerablemente agravado, que limita y restringe la capacidad de gestión del ciudadano en ese ámbito, de manera que al final no lo trata como “persona en Derecho” que respeta a los demás y ofrece seguridad, sino como foco de peligro. Dicho tratamiento es acorde a la peligrosidad del sujeto: *a mayor peligro creado por el agente mayor represión penal frente a él*¹⁹.

¿En qué consiste ese trato *proporcional* que se concede al “conductor” como enemigo? Ese trato, sin duda más contundente y agravado, restringe parte de los derechos del ciudadano, precisamente alguno de los derechos pertenecientes a aquella parte de la personalidad del sujeto (el ciudadano como “conductor” de cara a los viandantes y al resto de la Sociedad) donde tal sujeto no presta la mínima seguridad de ser tratado como persona en Derecho, sino lo contrario: donde el sujeto genera peligro (“es un peligro al volante”), inseguridad, falta de garantía, en una palabra y para decirlo con el mismo concepto que emplea el legislador penal: “*violencia vial*”.

Así, dentro de ese segmento de personalidad, el ordenamiento jurídico procede a la *heteroadministración* de (algunos de) los bienes del sujeto. Ya que el conductor no ofrece seguridad (una seguridad que, en tanto ciudadano, debería ofrecer pero que, por la razón que fuere: porque haya ingerido alcohol o drogas o por

¹⁹ Cfr., en este sentido, Santiago MIR PUIG, “Presentación”, *op. cit.*, pág. 14: “El tráfico de automóviles es una fuente de nuevos riesgos frente a los cuales se pide mayor protección por parte del Estado”, mostrándose, con carácter general, moderadamente a favor del endurecimiento penal en materia de seguridad vial (pág. 18).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

la razón que fuere) entonces el ordenamiento jurídico procede contra él de forma más asegurativa, restringiendo parte de su personalidad (limitando o erradicándole su derecho de conducción), anticipando el momento en el que el Derecho penal entra en acción, limitando ciertas garantías del sujeto, decomisándole el objeto peligroso (el vehículo) como si fuera un arma o un instrumento del delito, etc. Es decir: *el ordenamiento (iDerecho penal del enemigo!) fuerza con la coacción jurídica una seguridad que el sujeto (conductor, enemigo) debería prestar en tanto ciudadano, pero que no presta.*

De ahí se derivan unos perfiles básicos en el tratamiento del conductor y de sus bienes: el ordenamiento jurídico, al menos en ese preciso ámbito de la personalidad (la conducción: la relación con el resto de conductores, viandantes, etc.), *no trata al sujeto como ciudadano sino que combate a un enemigo.* Y la prueba de ello es que el combate de él afecta a diferentes zonas de su personalidad, limitándose jurídicamente varios bienes del sujeto, que ahora son heteroadministrados por el Derecho: a) *libertad*, en tanto se prevén contundentes penas de prisión (en algún tipo penal más elevadas incluso que la pena del homicidio imprudente!); b) *salud o integridad física*, en tanto se prevén penas de trabajos en beneficio de la comunidad; c) otras manifestaciones de la libertad, en tanto la privación del carnet o licencia de conducir puede durar largos años o incluso llegar a ser definitiva; d) *patrimonio*, mediante la imposición de substanciosas penas de multa o incluso mediante el comiso del vehículo a motor que es tratado como arma peligrosa o como instrumento del delito.

En resumen: se produce una invasión contundente en la personalidad del sujeto, que determinada una heteroadministración coactiva de determinados bienes de la personalidad del conductor, afectándose algunos de los bienes más preciados del sujeto.

2. *El punto clave: la creación de “violencia vial” e “inseguridad normativa”*

¿Por qué cree el legislador necesarias estas medidas tan contundentes, tan agresivas contra la personalidad del ciudadano? ¿Dónde reside la *ratio iuris* de la agravación de la reforma? Desde luego que el reformador penal no oculta su pretensión de *reducir el ámbito de libertad del ciudadano como gestor de riesgos.* Así, afirma expresamente en el Preámbulo de la LO 15/2007 que el “contenido básico” de la ley persigue “*incrementar el control sobre el riesgo tolerable*”²⁰, estimándose la conducción a velocidad excesiva, la conducción temeraria o la ingesta de alcohol como “*fuentes de peligro*”²¹, en definitiva: “evitando que determinadas conductas calificadas como de *violencia vial* puedan quedar impunes”²².

²⁰ Cursivas añadidas.

²¹ Cursivas añadidas.

²² Cursivas añadidas.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Con ello, el conocido mandato publicitario “si bebes, no conduzcas” (o “si te drogas, no conduzcas”) es elevado aquí a categoría de norma cuya infracción da lugar la responsabilidad más contundente que existente en el Estado: la responsabilidad por delito. Y el motivo de dicha punición (contundente, por demás) es claro: si se mantuvieran impunes estas conductas de violencia vial se perturbaría de tal modo el normal desarrollo de la vida por parte de los demás ciudadanos (resto de conductores, viandantes) que prácticamente se les imposibilitaría ejercer con un mínimo de normalidad su vida social, paralizándose el desarrollo del mundo. Precisamente para evitar esa paralización, se combaten a los causantes de esa violencia vial de manera especialmente contundente (como enemigos), para rescatar con ello la mínima seguridad que requieren los ciudadanos para poder sentirse amparados por la norma jurídica.

3. *Penalización de las infracciones administrativas*

Una técnica muy evidente que denota la tendencia expansionista del trato contra enemigos en el ámbito del tráfico vial es la elevación de desobediencia de normas administrativas a rango de delito. En la exposición exegética anterior de los nuevos tipos de delito en esta materia nos hemos referido repetidamente a esta cuestión. Muy claramente se observa esa técnica, por ejemplo, en el nuevo delito de conducción sin licencia válida (art. 384), donde se incrimina del mismo modo al sujeto que demostró incompetencia, temeridad y peligro al volante (razón por la cual le quitaron todos los puntos del carnet o le imposibilitaron judicialmente ejercer el derecho de conducción del vehículo a motor) que a quien no demostró ninguna incompetencia, sino lo contrario: siendo un conductor impecable, respetuoso y hábil al volante aun no obtuvo la correspondiente licencia *administrativa* que le habilita para conducir. La inobservancia del deber administrativo no sólo se eleva a delito, sino que se recorta contundentemente al sujeto de algunos de sus derechos fundamentales, anticipando una actuación penal y suponiendo un peligro no real, sino meramente hipotético, que se imputa contra el sujeto.

En resumen: se produce en no pocos casos una *invasión del Derecho penal por el Derecho administrativo*, rellenando los tipos penales de conductas sin entidad suficiente, donde no se valora la peligrosidad originada y constatada sino la ausencia de una licencia administrativa habilitadora para la conducción.

B) *Crítica: un Derecho penal del enemigo indiscriminado y mal aplicado.*

Como cabe suponer, el Derecho penal del enemigo se ha de aplicar de manera muy excepcional, frente a aquellos sujetos (terroristas, agresor familiar, delincuente sexual) que realmente interfiera la relación de los ciudadanos con la norma jurídica, impida que la norma ejerza su vigencia e impida que el resto de ciudadanos desarrolle su personalidad en Derecho dentro de parámetros de normalidad. Ello ocurre, ciertamente, en pocos casos, pero en esos casos la única

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

posibilidad para mantener el Estado de Derecho y la protección de los ciudadanos es ese combate agravado y especialmente asegurativo.

Ahora bien, el legislador español ha creado en sus recientes reformas penales más enemigos de los que realmente hay. Con ello origina un doble -y grave- problema jurídico: crea adicionalmente más víctimas de las que existen y, además, no provee una solución jurídica adecuada ni cabal. Un ejemplo es el combate del “enemigo” (agresor familiar) en la violencia de género mediante una medida tan contundente como es el alejamiento. El ordenamiento jurídico no establece ningún control previo, ninguna verificación, sobre la realidad del ataque ni sobre la realidad de la peligrosidad del agente: automáticamente opera esa medida de Derecho penal del enemigo (¡y opera incluso a costa del principio de presunción de inocencia!) siempre que medie denuncia contra el varón. Ello significa que se trata como enemigo (justamente) a aquellos maltratadores que realmente impidieron que la mujer, allegados o personas que el juez determine, desarrollaran su mínima personalidad en Derecho; pero también significa que se trata como enemigo (injustamente) a aquellos sujetos que, víctimas de una denuncia falsa, son denunciados por sus esposas y son sometidos a un riguroso y drástico recorte de su personalidad (¡para ello no rige la presunción de inocencia!) pro parte del ordenamiento, que les combate como enemigos cuando realmente no lo son, porque ni crearon inseguridad ni impidieron la personalidad de los demás ni les infligieron peligrosidad criminal.

Lo mismo pasa en el ámbito de la *violencia* en el tráfico vial: *que no toda es violencia*. La reforma que el legislador penal ha instituido en 2007 determina, por ejemplo, la retirada del carnet de conducir incluso a quien, habiendo conducido prudentemente, se negó a someterse a pruebas; o a quien “olvida” el carnet en casa, o a quien conduce habiendo olvidado su renovación o a quien conduce -prudentísimamente- sin haber aprobado el examen administrativo correspondiente a la habilitación para ejercer el derecho de conducción. Estas conductas podrán ser calificadas como desobediencia, como delito de olvido o como inobservancia de norma administrativa (y habrán de merecer reproche por eso), pero desde luego no puede sancionarse a esos sujetos por haber creado *violencia vial* ni retirársele el vehículo (comiso) como si fuera arma de una agresión vial que, de verdad, no ha existido, por mucho que se empeñe el legislador.

Si se quiere combatir a quien crea “violencia vial” o “inseguridad en el tráfico” es evidente que ni el conductor que se niega a someterse al control de alcoholemia ni quien conduce prudentemente sin carnet válido generan ni esa violencia ni esa inseguridad. Sus conductas son reprochables (administrativamente) pero equipararlas a las más graves conductas penales y tratar a los conductores como enemigos es una exageración y una desproporción jurídicas.

Con ello no se quiere decir que las medidas de Derecho penal del enemigo sean innecesarias o ilegítimas en el ámbito del tráfico vial. El legislador hace uso de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

ellas, pero sin duda se trata de un uso desproporcionado. Serían convenientes y necesarias si se aplicaran, no de manera indiscriminada, sino realmente con un carácter de excepcionalidad, reservando esas medidas contundentes a sujetos que realmente pusiera en peligro la convivencia social en el ámbito del tráfico viario. Con la ley actual se están creando más enemigos que los que realmente hay. Se tratan como enemigos a sujetos que no lo son. Se trata de un Derecho penal del enemigo mal aplicado. El Derecho penal del enemigo únicamente puede ser efectivo y protector de la Sociedad si se aplica correctamente. Para que la norma surta el mejor efecto de protección ha de combatirse como enemigos únicamente a quienes, con su comportamiento, generan una peligrosidad real y alarmante, esto es, a aquellos sujetos que impiden a los demás desplegar su personalidad en Derecho.

Es decir, normativamente se ha configurado un gran número de enemigos: sujetos generadores de peligrosidad, de violencia vial, que impiden supuestamente con su comportamiento que los peatones indefensos pongan el pie en el paso de cebras sin ser atropellados o sin sufrir peligro grave. En algunos casos (conductor temerario, o con manifiesto desprecio a la vida y a la integridad física de los demás) es claro que esos sujetos son enemigos y que, por tanto, han de ser combatidos -excepcionalmente- como tales. Pero si se abre la mano y se trata *también* a otros sujetos como enemigos siendo así que no lo son, entonces se desnaturaliza la noción de enemigo, pero además se crean problemas adicionales: porque a esos sujetos se les recortan derechos que no hubieron de ser recortados (¿por qué al conductor prudente que no sacó el carnet ha de decomisársele el coche o ha de impedírsele que obtenga el carnet en el futuro? ¿por qué al conductor prudente que se niega a someterse a pruebas de alcoholemia ha de privársele del carnet de conducir?), por la sencilla razón de que, en esos ámbitos, los sujetos no crearon inseguridad, ni peligrosidad criminal ni temerario desprecio para la vida de los demás ni violencia vial.

En resumen, y concluyendo: la reforma de 2006 ha creado, en el ámbito de los delitos de tráfico, más enemigos de los que realmente hay. Es preciso, sí, tratar algunos casos -los más graves- como supuestos de Derecho penal del enemigo: únicamente cuando los conductores, por su proceder especialmente peligroso, impida la vigencia de la norma e impida que los ciudadanos desarrollen su personalidad en Derecho dentro de parámetros de normalidad. Pero en el resto de supuestos no puede concederse ese mismo trato especialmente contundente contra sujetos que siguen respetando a los demás como personas en Derecho.

Por ello, el actual Derecho penal de la seguridad vial pone de manifiesto que la violencia en tráfico se ha de combatir también con el Derecho penal del enemigo. Pero también pone de manifiesto que un uso indiscriminado de éste (como el que hace el legislador en la LO 15/2007) puede ser contraproducente. El Derecho penal del enemigo contenido en el nuevo Derecho penal de la seguridad vial es más contundente y menos garantista que el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista. Éste exige la comprobación y la constatación del peligro real del conductor enemigo. Así, excepcionalmente, ha de procederse si no queremos caer en

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

el error que comete el legislador de 2007: *imputar como si fueran enemigos a sujetos que no lo son, sobre la base de un peligro que no es real, sino supuesto, y que no es constatado sino sospechado.*

BIBLIOGRAFÍA:

Juan Carlos CARBONELL MATEU, “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (Coord.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 385 y sigs.

Pilar GÓMEZ PAVÓN, *Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 3ª. edic., Bosch, Barcelona, 1998.

José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, “La Reforma penal de los delitos contra la seguridad vial (Proyecto CP 2006)”, en *Estudios de Derecho Judicial* (Derecho penal y seguridad vial), Madrid, 2007, págs. 275 y sigs.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, “Conducción con influencia de bebidas: concurso con el delito imprudente”, en *Poder Judicial*, núm. 21, Madrid, 1991, págs. 129 y sigs.

- ID., *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985.

- ID., “Posibles reformas de los delitos de circulación”, en Tomás CANO CAMPOS / Juan Carlos CARBONELL MATEU / Emilio DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA / Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Prólogo de Jordi JANÉ I GUASP, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 31 y sigs.

Santiago MIR PUIG, “Presentación”, en Santiago MIR PUIG / Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores) / Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coordinador), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, págs. 13 y sig.

Santiago MIR PUIG / Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores) / Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coordinador), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

Lorenzo MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en *Poder Judicial*, Monográfico dedicado a Jornada de estudio sobre la nueva reforma del Código penal, núm. 12, Madrid, 1990, págs. 165 y sigs.

- ID. (Coord.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, Dykinson, Madrid, 2007.

Lorenzo MORILLAS CUEVA / José María SUÁREZ LÓPEZ, “El delito de conducción temeraria en el Código penal de 1995”, en *CPC*, núm. 69, 1999, págs. 549 y sigs.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos dogmáticos del Derecho penal*, 5ª. edic., Bosch, Barcelona, 2004.

Helena María PRIETO GONZÁLEZ, “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra «la seguridad vial»”, en Santiago MIR PUIG / Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores) / Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coordinador), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, págs. 250 y sigs.

Joan J. QUERALT, “El nuevo Derecho penal vial: generalidades críticas”, en Santiago MIR PUIG / Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores) / Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coordinador), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, págs. 63 y sigs.

Caty VIDALES RODRÍGUEZ / Antonio MERA REDONDO (Coord.) y otros, *Seguridad vial. Especial referencia a la reforma operada en el CP mediante la LO 15/2007, de 30 de noviembre*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

LA GESTIÓN JURÍDICA DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR: UNA ZONA ENTRE MEDIAS DE LA LEGALIDAD Y LA ILEGALIDAD*

J. Alberto del REAL ALCALÁ

SUMARIO: I. ¿Hay un “margen” entre la legalidad y la ilegalidad en el tema de la inmigración? II. Una “zona entre medias” de la legalidad y la ilegalidad. Consideración crítica de la regla de la “bivalencia jurídica”. III. La regla de que “todo lo que no es claramente legal es (manifiestamente) ilegal”. IV. Conclusión.

I. ¿HAY UN “MARGEN” ENTRE LA LEGALIDAD Y LA ILEGALIDAD EN EL TEMA DE LA INMIGRACIÓN?

El status de la ciudadanía nacional no representa actualmente, como sí lo fue en su origen, la idea de *igualdad* en el sentido de “derechos para todos” los miembros de una comunidad institucionalizada como Estado de Derecho *sin* exclusión de los nuevos habitantes o grupos o minorías. Con el fenómeno de la inmigración, la ciudadanía nacional como categoría jurídica y política se ha *reducido* a una “reserva de derechos” de los nacionales de un país y a un “círculo de exclusión” para el *resto* de los habitantes de nuestras Democracias¹. Los “beneficios” plenos *en forma de derechos* que asigna a los sujetos el Estado de Derecho y que lo caracterizan², están limitados a un sector (mayoritario) de la población³. La cuestión es que en nuestro tiempo el “resto de habitantes” del Estado de Derecho se acerca con frecuencia al 10

* Este texto se inserta en el ámbito del Programa de Investigación Consolider-Ingenio 2010 “El Tiempo de los derechos”, del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, y en la actividad del Grupo de Investigación “Derecho Penal, Criminología, Democracia y derechos fundamentales” (SEJ-428) del Plan Andaluz de investigación de la Junta de Andalucía (España).

¹ Véase DE LUCAS, J.: “El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo”, en ID. y otros, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 11-27; asimismo, Cfr. KYMLICKA, W.: *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

² Véase PÉREZ-LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

³ Véase ASÍS ROIG, R. de: “Problemas filosófico-jurídicos en torno a los derechos fundamentales de los extranjeros”, en MARIÑO, F. y otros: *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pp. 19-41.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

o incluso al 15 por ciento del total del país, lo cual puede traducirse en cientos de miles o en millones de personas. Se trata de una gran minoría de individuos que a menudo viven en los *márgenes* de la legalidad de un modelo de Estado como el Estado de Derecho⁴, caracterizado *paradójicamente* por la garantía de los derechos y libertades fundamentales *en igualdad* de todos ante la ley⁵.

Esta *paradoja* se ha instalado contemporáneamente en nuestras Democracias Constitucionales⁶ y parece que a ella nos hemos acostumbrado los juristas. Su origen se encuentra en el hecho de que social e institucionalmente seguimos organizándonos como Estados de Derecho⁷ que conservamos todavía propiedades clásicas de “Estado-nación de Derecho”⁸ y, como es conocido, éste se ha apoyado tradicionalmente de manera primordial en la “categoría de ciudadanía nacional” a la hora de asignar los derechos y libertades fundamentales a los seres humanos que se encuentran bajo el ámbito de su competencia. Pero, por otro lado, el hecho de la presencia numerosa de inmigrantes en nuestras sociedades muestra el *desgaste* empírico⁹ que sufre en el presente esta *categoría* atrapada en parámetros antiguos¹⁰. Por lo que, sin más remedio, la *ciudadanía* (nacional) como criterio distribuidor de la titularidad de los “beneficios” en *derechos* que genera el Estado de Derecho ha devenido en un mecanismo ciertamente *restrictivo*¹¹.

El *problema* hoy en día es que la ciudadanía nacional es un mecanismo demasiado *simple* con el que gestionar una realidad mucho más *tramada* en virtud de *todos* los seres humanos que integran la “población estable” de un Estado de

⁴ Véase ASÍS ROIG, R. de: *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Editorial Dykinson y Universidad de Jaén, Madrid, 1999.

⁵ Véase PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid, 2001.

⁶ Véase FERRAJOLI, L.: “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, en ID., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pról. de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. esp. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 97-123.

⁷ Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, en *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 93-114.

⁸ Sobre las características del Estado-nación véase, en relación a las doctrinas nacionales que lo sustentan, véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁹ Cfr. GUIBERNAU, M.: “Globalization and Nation-state”, en GUIBERNAU, Montserrat y HUTCHINSON, John, *Understanding Nationalism*, Polity Press, Cambridge, 2001, pp. 242-268.

¹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ, E.: *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid, nº 21, Dykinson, Madrid, 2001; asimismo, LLANO ALONSO, F.: *El humanismo cosmopolita de Inmanuel Kant*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, nº 25, Dykinson, Madrid, 2002.

¹¹ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional”, en LÓPEZ OLVERA, M.A. y RODRÍGUEZ LOZANO, L.G. (coords.): *Tendencias actuales del Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México D.F., 2006, pp. 153-171.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Derecho¹². La división *terminante* entre “ciudadanos” nacionales y “población extranjera” que tal categoría establece desde el punto de vista doctrinal y normativo tiene su traducción en los “beneficios” *en derechos* asignados por el Estado de Derecho a cada una de estas porciones de habitantes. Y dentro de la última, la sub-distinción más utilizada es sencilla y tajantemente entre extranjeros “legales” e “ilegales”.

Sin embargo, social y jurídicamente es un asunto infinitamente más *complejo* de lo que en principio pudiera parecer. De hecho, la *casuística empírica* sobre la inmigración es absolutamente diversa, presentando variados *tipos* o *grados* de posiciones y situaciones respecto a los derechos relacionados con la condición de la ciudadanía¹³. Por supuesto, a este respecto, no es nada problemático el poder *identificar* la “situación jurídica” del sector *mayoritario* de población que son los *ciudadanos nacionales*; y asimismo, del sector de población *extranjera* y en situación *legal* desde el punto de vista estricto, por cumplir todos y cada uno de los requisitos que exige la legislación. Se trata, pues, de dos contextos jurídicos bien claros y distinguibles. Y, por eso, ellos no son objeto de mi atención.

Las dificultades surgen cuando nos planteamos la siguiente cuestión: ¿dónde ubicar a los miles (o millones) de seres humanos que habitan establemente un país sin ser nacionales del mismo y *no* se encuentran del todo en situación *legal* pero tampoco están instalados en la plena *ilegalidad*? A esta cuestión dedico el núcleo de mi análisis.

Veamos un caso real que ha tenido lugar en España en Enero de 2010, y en el que se pueden apreciar en todas sus dimensiones el problema jurídico que aquí examino. El caso está relacionado con la exigencia legal¹⁴ que tienen los municipios

¹² Véase AÑÓN, M^a.J.: “Nueva ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes”, en *Revista Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, n.º 3, Madrid, 2003, 109-136.

¹³ En relación a esta cuestión, véase DE LUCAS, J., SOLANES, A. y otros: *La participación de los inmigrantes en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; asimismo, ASÍS ROIG, R. de: “La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., LÓPEZ GARCÍA, J.A., DEL REAL ALCALÁ, J.A. y RUIZ RUIZ, R. (eds.), *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 199-217.

¹⁴ La *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local* establece en su “Artículo 15. Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año. El conjunto de personas inscritas en el Padrón municipal constituye la población del municipio. Los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio. La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón.” Asimismo, La *Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, en su redacción dada por las *Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre; 14/2003, de 20 de noviembre; y 2/2009, de 11 de diciembre*), en su “Artículo 6. Participación pública” (redactado conforme a la *Ley Orgánica 2/2009*), establece en su apartado “3. Los Ayuntamientos

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

españoles de inscribir en el padrón municipal¹⁵ (la inscripción en el padrón municipal supone entrar a formar parte de la *lista legal de vecinos* de una localidad) a cualquier extranjero (así como la obligación de éstos de anotarse allí) que presente pasaporte y un documento que acredite que vive en una casa de la localidad (por ejemplo, una factura de luz o de gas a su nombre puede ser suficiente), *independientemente* del medio (legal o ilegal) de entrada en España¹⁶ o de que posea o no *documentación* de permanencia legal en el país¹⁷. Es decir, sin tener en cuenta de si se trata de inmigrantes legales o no legales en ese sentido. La inscripción en el padrón municipal de los inmigrantes sólo con el pasaporte pero que se encuentran *indocumentados* en los demás aspectos, también denominados “los sin papeles”,

incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos.”

¹⁵ Según la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*: “Artículo 16.1. El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos.” Y sigue diciendo: “La inscripción en el Padrón Municipal sólo surtirá efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley por el tiempo que subsista el hecho que la motivó y, en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente.”

¹⁶ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 25.1” sobre “Requisitos para la entrada en territorio español” (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000), establece que “El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”. Según el “Artículo 25 bis. Tipos de visados. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009) “1. Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o, en su caso, en documento aparte, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25 de esta Ley.” y “2. Los visados a que se refiere el apartado anterior serán de una de las clases siguientes: a) Visado de tránsito... b) Visado de estancia... c) Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional... d) Visado de residencia y trabajo... e) Visado de residencia y trabajo de temporada... f) Visado de estudios... g) Visado de investigación...”.

¹⁷ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 29. Enumeración de las situaciones” (redactado conforme a la Ley Orgánica 14/2003), establece que “1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia.” y “2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

genera para ellos ciertos *beneficios* del Estado de Derecho¹⁸: sea el caso del acceso gratuito a los *servicios públicos municipales* (comedores sociales, alojamiento, albergues, becas, guarderías infantiles, ayudas diversas, etc.) según proporcione cada Ayuntamiento, el *derecho a la sanidad pública*¹⁹ (el acceso a las prestaciones sanitarias públicas de forma totalmente gratuita) o el *derecho a la educación pública*²⁰ (a las matrículas gratuitas en los colegios públicos).

Ocurre, sin embargo, que la exigencia por *ley* de proporcionar empadronamiento *legal* a los inmigrantes en situación no-legal viene a poner de manifiesto la existencia de “contradicciones” en el sistema jurídico acerca de cómo está regulada la cuestión de la inmigración. Porque, por una lado, La *Ley de Extranjería* –el instrumento principal que fija los criterios generales de la política de inmigración– en su “Artículo 2 bis. La política inmigratoria” (introducido por la Ley Orgánica 2/2009), punto “2.g”, establece que “Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios: la lucha contra la inmigración irregular”. Y determina

¹⁸ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 14.3” Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009) establece que “Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen DERECHO A LOS SERVICIOS Y PRESTACIONES SOCIALES BÁSICAS.” Y asimismo, en su “Artículo 6. Participación pública” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece en su apartado “2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que disponga la normativa de aplicación.”

¹⁹ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 12.1. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA” (Redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), determina que “Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.”

²⁰ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 9. DERECHO A LA EDUCACIÓN” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009)” establece que “1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.”; “2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.”; “3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.”; y “4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración.”

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que el inmigrante en situación *irregular*²¹ puede ser “expulsado”²² del territorio nacional, para lo cual prevé medidas tales como la “detención cautelar”²³ y su ingreso *preventivo* en “Centros de Internamiento de Extranjeros” (CIE) mientras se realiza la tramitación del expediente sancionador²⁴, lo que significa llegar a considerar a estas personas como “ilegales” en toda la extensión de la palabra.

Pero, por otro lado, tanto la misma *Ley de Extranjería* como la *Ley Reguladora*

²¹ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 53. INFRACCIONES GRAVES” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece que “1. Son infracciones graves: a) ENCONTRARSE IRREGULARMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.” Asimismo, “Artículo 53.2. También son infracciones graves” “c) Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización. Para graduar la sanción se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes.” y “d) Consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita.”

²² La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 57. EXPULSIÓN DEL TERRITORIO” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece que “1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a [ENCONTRARSE IRREGULARMENTE EN TERRITORIO ESPAÑOL], b, c, d y f del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.”

²³ La Ley de Extranjería en su “Artículo 61. MEDIDAS CAUTELARES” establece “1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: (Redactado conforme a la Ley Orgánica 11/2003) a) Presentación periódica ante las autoridades competentes. b) Residencia obligatoria en determinado lugar. c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida. d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas. e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento. f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.” (introducido por la Ley Orgánica 2/2009).

²⁴ La *Ley de Extranjería* en su “Artículo 62. INGRESO EN CENTROS DE INTERNAMIENTO” (redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2009), establece que “1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a y b del artículo 54.1, en las letras a [INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR], d y f del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.”

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de Bases del Régimen Local –la ley de Gobierno de los Entes Locales– obliga a los Ayuntamientos de España –como he mencionado– a *legalizar* en su padrón municipal *incluso* a los que se encuentren en la anterior situación no legal. Y este empadronamiento legal no es baladí porque, aunque su función principal es la de conocer el número de personas que residen en España, tiene *consecuencias* jurídicas muy *relevantes* para los legalmente allí inscritos.

Como no puede ser de otro modo, por la naturaleza de esas *consecuencias* (asignación de derechos), ellas están asociadas precisamente a la existencia de *legalidad* y surten efectos respecto a determinados derechos relacionados con la condición de la ciudadanía. De modo, que a partir del empadronamiento legal en un municipio se genera un haz de *beneficios* (en forma de *derechos*) que no pueden ser sino característicos de la presencia de *legalidad* del Estado de Derecho: tales como, por ejemplo, el acceso a los servicios públicos municipales, el acceso a la sanidad pública y el acceso a la educación pública sin coste económico alguno para el usuario. Lo relevante aquí es que estos *beneficios en derechos* a los que el inmigrante irregular puede acceder *legalmente*, y usar de ellos también *legalmente*, vienen a conformar una especie de “legalidad” derivada de la legislación estatal y surgida a partir del padrón municipal, que reviste e impregna a todos los allí inscritos (aun siendo personas extranjeras en situación irregular), los cuales quedan *afectados, sujetos y beneficiados* por ella. Téngase en cuenta que difícilmente puede negarse que el ejercicio y disfrute *legal* de un haz de derechos *legales* (atribuidos por la ley) constituye sino una “situación de legalidad” para el inmigrante irregular.

Sin embargo, esta “legalidad” *choca* abiertamente con la condición de “ilegalidad” que en otros aspectos la *Ley de Extranjería* establece para (y con la que califica jurídicamente a) las mismas personas (inmigrantes en situación irregular) y con motivo de la misma situación en la que se encuentran. Resulta, además, que la Administración local recibe el mandato contradictorio de luchar contra la inmigración irregular (Artículo Artículo 2 bis de la *Ley de Extranjería*), pero al mismo tiempo la exigencia inversa de empadronar a los inmigrantes aun su situación irregular (Artículo 6.3 de la *Ley de Extranjería* y Artículo 15 de la *Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*).

El escenario jurídico que aquí se configura consiste en que mientras que para determinados aspectos –según hemos visto– de la regulación que establece una ley estatal (*Ley de Extranjería*) los inmigrantes *irregulares* son personas “claramente ilegales” en el pleno sentido de la palabra, y esta calificación genera los *efectos jurídicos* consistentes en la posible exigencia (obligación) legal (para la Administración) de su expulsión; opuestamente, desde también la legislación estatal (en otros aspectos de la Ley de Extranjería y la Ley que regula el Gobierno local), a la misma vez, para los mismos sujetos y en relación al mismo Ordenamiento jurídico, la exigencia no es la de expulsión sino todo lo contrario: el mandato a la Administración (local) de que incorpore a los inmigrantes meramente irregulares a una cierta *legalidad*, generándose ahí unos efectos jurídicos completamente *inversos* a

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los anteriores: la de asignarle a esas personas *beneficios* (en derechos públicos) identificativos del Derecho del Estado de Derecho. Y en la cuadratura del círculo, sin embargo *también* la Administración local debe cumplir a su vez con la exigencia (de la *Ley de Extranjería*) de combatir la inmigración irregular.

Si un *mismo* Ordenamiento jurídico sitúa a las *mismas* personas, al *mismo* tiempo y por la *mismas* circunstancias en el campo de la *legalidad* y también en el campo de la *ilegalidad*, la primera observación que se puede hacer es que la normativa en vigor que regula la situación del inmigrante irregular en España adolece, considerada en su conjunto, de una fehaciente “indeterminación”²⁵ a causa de sus manifiestas *contradicciones*²⁶.

Esta *indeterminación*²⁷ sobre cuál es la regulación que se aplicará (y el trato que recibirá de la Administración) un inmigrante irregular en España (pues, en cualquier momento puede ser detenido y expulsado pero puede ir legalmente al médico y a la escuela), ha dado lugar a relevantes *controversias jurídicas*. Una de las más polémicas ha tenido lugar en Enero de 2010, a raíz de que el Ayuntamiento de Vic (Barcelona) –ciudad de unos 40.000 habitantes en la que la inmigración es aproximadamente un 25 por ciento del total de la población del municipio– pretendía alumbrar una normativa (municipal) que excluía del empadronamiento, y consiguientemente imposibilitaba el acceso a los servicios públicos municipales y el disfrute de los derechos públicos a los inmigrantes *indocumentados*, también denominados “sin papeles”. A partir de este caso –que ha saltado a los medios de comunicación– se ha conocido que igualmente el Ayuntamiento de Torrejón de

²⁵ Un análisis detallado de las fuentes de la indeterminación puede verse en ENDICOTT, T.A.O.: *La Vaguedad en el Derecho*, traducción española de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 63-97; véase asimismo, MORESO, J.J.: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional”, *Derechos y Libertades*, nº 11, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Enero-Diciembre, 2002, pp. 223-250; y Bix, B.: *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

²⁶ Para salvar estas contradicciones se ha utilizado la siguiente argucia argumentativa: la Ley de Extranjería utiliza un “concepto legal”: el concepto de tener “residencia legal” en España; y la Ley de Bases de Régimen Local y el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de Entidades Locales utilizan un “dato fáctico” (*domicilio habitual*) pero no un “dato jurídico” (tal como si sería *residencia legal*) como base o fundamento de la inscripción en el padrón (interpretación que omite que todo dato, tenga la naturaleza que tenga, en cuanto *entra a formar parte del Derecho, ya es también un dato jurídico, sometido al igual que los demás a las reglas del Derecho*). Además, se aduce que no es competencia de los Ayuntamientos comprobar la *residencia legal del extranjero –sino de la Policía–; y que la inscripción padronal no es un acto administrativo del que se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función* (aunque, sin embargo, genera legalmente la importantísima asignación y el disfrute de ciertos derechos fundamentales para el inmigrante irregular).

²⁷ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del Derecho”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 56, Madrid, julio/2006, pp. 48-58.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Ardoz (Madrid) estaba prohibiendo el empadronamiento a aquellos inmigrantes en cuyo pasaporte figura el visado de turista (inmigrantes irregulares)²⁸ y no tienen en ese sentido permanencia legal en España²⁹. El Colegio de Abogados de Madrid consideró esta práctica “ilegal” de acuerdo a la legislación reguladora en vigor.

Tras una consulta jurídica a la Abogacía del Estado, el Ministerio de Justicia español determinó (y así lo notificó al Ayuntamiento de Vic) que en España: 1) “la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal procede con independencia de que los mismos tengan o no residencia legal en territorio español, por lo que, en consecuencia, no resulta procedente denegar la inscripción so pretexto de que el ciudadano extranjero no reside legalmente en España”; y 2), que “a efectos de tramitar las solicitudes de inscripción en el padrón municipal, debe entenderse y considerarse como válido y suficiente un pasaporte aunque no cuente con el preceptivo visado” y no se cumplan las condiciones para permanecer legalmente en España. De modo, que el único documento que puede exigirse para el empadronamiento por parte de la Administración municipal es el pasaporte (no la tarjeta de residencia legal), en el que además dá igual que conste o no el visado para la entrada legal en el país, acto respecto del cual la Administración (municipal) no ha de pedir justificación.

Esta respuesta oficial del Ministerio de Justicia de que es obligatorio empadronar a cualquier extranjero legal o no legal que viva en un municipio español únicamente con el pasaporte, tuvo el respaldo del Consejo General de la Abogacía de España, que además afirmó que “ninguna norma exige al extranjero probar que su residencia en España es regular”. Por lo que ningún Ayuntamiento español puede negar el empadronamiento a los denominados extranjeros *sin papeles* o indocumentados en situación *irregular*.

II. UNA ZONA “ENTRE MEDIAS” DE LA LEGALIDAD Y LA ILEGALIDAD. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA REGLA DE LA “BIVALENCIA JURÍDICA”.

Según lo antepuesto, si los inmigrantes irregulares no parece que se encuentren *claramente* en una situación de legalidad pero tampoco de plena ilegalidad, ¿cómo los

²⁸ Este Ayuntamiento también viene negando el empadronamiento legal a los inmigrantes que tienen pasaporte pero no pueden acreditar su entrada legal en España, por ejemplo, porque llegaron clandestinamente en “pateras” (barcazas) a las costas españolas desde el África subsahariana pero trajeron su pasaporte.

²⁹ A fin de acabar con los denominados “pisos patera” donde se hacinan los inmigrantes, este Ayuntamiento también exige para el empadronamiento legal justificar el parentesco con los inquilinos con los que se habita conjuntamente el piso para poder darse de alta. En caso contrario, la capacidad máxima que admite el Ayuntamiento es de empadronar a 1 persona por cada 20 metros cuadrados del piso, por lo que en un piso de 60 metros cuadrados no permite empadronar a más de 3 personas. Sancionándose las falsedades u omisiones en la hoja de inscripción con una multa de 900 euros. Por la situación habitual actual de los inmigrantes irregulares, que se encuentra sin papeles de residencia legal y con frecuencia en paro, ellos justifican ese hacinamiento por “necesidad”.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

considera entonces el Ordenamiento jurídico?, ¿en qué situación jurídica los ubica verdaderamente el Derecho? Responder a esta cuestión nos lleva a plantear otra: ¿existe algún *margen* entre la legalidad y la ilegalidad en el Estado de Derecho en el tema de la inmigración?

Veamos. Está claro que la inmigración irregular *no* se corresponde con la situación que proporciona los máximos y plenos beneficios en derechos que asigna el Estado de Derecho, esto es, el *status de ciudadanía plena* (ciudadanía nacional). Y también es seguro que *no* puede encuadrársela en el grupo de población extranjera en situación legal desde un punto de vista estricto, dado que no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello. Por lo que, en un principio, si no se encuentra en una posición legal, la única alternativa que *pareciera* que nos ofrece el Ordenamiento jurídico es la de ubicar a estas personas en los parámetros de la “ilegalidad” y calificar jurídicamente sin más a los extranjeros que se encuentran en situación irregular como *población extranjera ilegal*. De hecho, esta *elección* jurídica (que contiene también una determinada pauta *política*) suele tener aceptación en la comunidad de juristas y en algunos legisladores. Significa asumir que la calificación de la situación jurídica de las personas extranjeras está sometida únicamente a la *dualidad* que plantea la siguiente opción que, por tal, es una “opción bivalente”: o es una situación de *legalidad* o lo es de *ilegalidad*, excluyéndose cualquier otra posición que no sean las dos referidas.

En verdad, no creo que la “regla de la bivalencia jurídica” sea suficiente ni oportuna para calificar a toda la rica casuística que proporcionan los temas de inmigración³⁰. El Profesor de Oxford Timothy Endicott ha definido el concepto de “bivalencia jurídica: “Es una característica común de los ordenamientos jurídicos el que las instituciones jurídicas tratan los estándares jurídicos como si su aplicación fuera bivalente. Por supuesto que el contenido esencial de las órdenes de los tribunales no es bivalente: las penas para los delitos y la reparación del daño en el derecho público y privado varían comúnmente dependiendo de la gravedad de los delitos y del daño ocasionado, etcétera. Pero las resoluciones sí son bivalentes. Los abogados hablan como si todos fueran culpables o inocentes, responsables o no responsables. Además, los tribunales llegan a un resultado o a otro. Podemos denominar a esta forma de abordar la posición jurídica de las personas como “bivalencia jurídica”. [...] La bivalencia [jurídica] es, como [John] Finnis sugiere un mecanismo para enfrentarse a la complejidad de los asuntos y con la necesidad de resultados inequívocos [en el Derecho].”³¹

Desde mi punto de vista, y así lo he escrito, la bivalencia jurídica es “un dispositivo técnico” que trata a toda afirmación como “o verdadera o falsa, y

³⁰ DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., LÓPEZ GARCÍA, J.A., DEL REAL ALCALÁ, J.A. y RUIZ RUIZ, R. (eds.), *Derechos fundamentales y valores en un mundo multicultural*, cit., pp. 177-198.

³¹ ENDICOTT, T.A.O.: *La Vaguedad en el Derecho*, cit., p. 121.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

“significa abordar de una forma *dual* (positiva o negativa) la posición jurídica de los ciudadanos”, representando “el esquema conceptual de respuestas” de las que dispone el operador jurídico cuando tiene que calificar desde el Derecho una determinada situación. Por tanto, es un “dispositivo enormemente útil porque facilita [...] [al operador jurídico] la toma de decisiones”³². Ahora bien, como puede apreciarse, es un mecanismo técnico que añade el *operador jurídico* y del que éste se vale para hacer más fácil el poder calificar la situación jurídica de las personas (en nuestro caso, los inmigrantes irregulares), pero *no es* una regla establecida por el Derecho como tal ni que el Ordenamiento obligue a utilizar³³. Y, ni mucho menos, su concurrencia ha de *predeterminar* un resultado cuando se evalúa una situación jurídica.

No comparto que el *encerrar* la consideración jurídica de la inmigración en el dilema “*legal* o si no *ilegal*”, tal como resulta de la utilización en estos temas de la regla de la bivalencia jurídica, sea la forma más óptima de apreciar el *trato normativo* que recibe el inmigrante irregular de la legislación española, según hemos relatado³⁴. Téngase en cuenta que, si bien, respecto a la condición de la ciudadanía, la inmigración irregular *no* tiene una posición de *legalidad contundente*, *tampoco* la tiene de *ilegalidad* en todas las dimensiones susceptibles de serlo, dado que en ciertos aspectos –como he afirmado anteriormente– el inmigrante irregular está investido de legalidad (al menos, de alguna clase de legalidad del Estado de Derecho). Valorar a este segmento de habitantes *estables* de nuestras Democracias Constitucionales como población *ilegal sin más* no parece que sea lo más atinado a la hora de describir *cuál* es su verdadera situación ante el Derecho, porque estaríamos “invisibilizando” toda aquella dimensión de legalidad conferida que normativamente *también* posee el inmigrante irregular.

Podría decirse que, en realidad, la situación y posición en la que el sistema jurídico ubica a los inmigrantes irregulares se asemeja en mucho a una “zona entre medias” de la legalidad y la ilegalidad *contundentes*. Esta zona (o situación) jurídica *no* es equiparable con el ámbito de la ilegalidad tajante (es decir, en el sentido de completa), y por eso no es correcto jurídicamente (*ni justo*) hacer desembocar la *mera irregularidad* de las personas inmigrantes en el ámbito de la *ilegalidad manifiesta*. Aunque, bien es verdad, tampoco esta zona *entre medias* se corresponde con una

³² DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, en Revista *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (bilingüe inglés-español) del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, n.º 1, 2007, México DF, p. 360.

³³ Sobre la decisión judicial facilitada por el mecanismo de la bivalencia jurídica, véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, *cit.*, pp. 360-362 y 404-405.

³⁴ Acerca de la decisión judicial que desborda el mecanismo de la bivalencia jurídica y de la subsunción, véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, *cit.*, pp. 388-390.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

“legalidad fuerte” o plena que la asimilara al contexto jurídico definido para las personas extranjeras en situación legal en todos los sentidos susceptibles de serlo.

Plantear un tercer espacio jurídico en relación a la inmigración tiene la ventaja de conseguir desplazar a los inmigrantes irregulares *fuera* del alcance de la muy utilizada regla de la bivalencia jurídica (y de la alternativa restringida que ella contempla: o legalidad o ilegalidad), para ubicarlos en una zona diferente que refleje mejor su auténtica posición ante el Derecho, localizada *entre medias* de la legalidad y la ilegalidad. Y singularizada porque en ella la legalidad ha dejado de brillar con *toda* la intensidad de la luz propia y en consecuencia ya *no* genera *todos* los beneficios en derechos que le son característicos en el Estado de Derecho, pero sí *algunos* de ellos, y que al mismo tiempo no supone de ningún modo haber entrado en un espacio de ilegalidad sustancial. Por lo que dicho tercer espacio o situación jurídica se correspondería con –y vendría a ser expresión más bien de– una zona de “legalidad débil”, pero en cualquier caso distinguible de la *ilegalidad plena* (equiparada en ocasiones a también a criminalidad).

Diferenciar (opuestamente al modo en el que aborda estas cuestiones la regla de la bivalencia jurídica) *tres* situaciones o posiciones jurídicas en relación a la inmigración: a) la “legalidad”, en el sentido de legalidad *plena* entendida como *manifiesta, clara*, expresa, que es la *legalidad fuerte*; b) la “irregularidad o zona entre medias”, que es un espacio de *legalidad débil*; y c) la “ilegalidad”, en el sentido de ilegalidad *sustancial*, que es *contundente ilegalidad*; puede ayudarnos a entender mejor las indeterminaciones y consiguientes contradicciones –mencionadas– que parecen resultar de la legislación española en vigor, y de las que también adolecen otros sistemas jurídicos. Este haz de zonas o situaciones jurídicas desde las que observar la inmigración también nos muestra una *graduación* –que va de mayor a menor– en la asignación de derechos relacionados con la condición de la ciudadanía³⁵: sin lugar a dudas, los más importantes *beneficios* o *ganancias* que el Estado de Derecho atribuye a los individuos que habitan dentro de su ámbito competencia³⁶.

III. LA REGLA DE QUE “TODO LO QUE NO ES CLARAMENTE LEGAL ES (MANIFIESTAMENTE) ILEGAL”.

Cuando gestionamos los temas de inmigración en las Democracias Constitucionales, habitualmente los juristas *no* identificamos una tercera zona o situación jurídica en la que el Ordenamiento probablemente sitúa a los inmigrantes irregulares,

³⁵ Cfr. AÑÓN, M^a.J.: “Extranjeros inmigrantes: derechos sociales e integración social”, en Revista *Derechos Ciudadanos. Revista de los Defensores del Pueblo Autonómicos*, n.º 0, Alicante, 2005, pp. 5-17; asimismo, cfr. DE LUCAS, J. (dir.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de derecho judicial, núm. 11, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; y GARGARELLA, R.: “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante y Centro de Estudios Constitucionales, núm. 19, Alicante, 1996, pp. 357-372.

³⁶ Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 57-72.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

distinguible de la *clara legalidad* y de la *contundente ilegalidad*. ¿Por qué ocurre esto? La razón es que además de la regla de la bivalencia jurídica, con frecuencia *también* administramos las cuestiones de inmigración desde otra regla: la regla de que “todo lo que no es claramente legal es (manifiestamente) ilegal”. Viene a significar que *todo lo que no es legal en toda su extensión hay que tomarlo por ilegal enteramente*. Según esta regla, el operador jurídico ha de dar siempre *preferencia* a la ilegalidad a la hora de calificar una situación jurídica, a no ser que la legalidad sea muy clara y expresa, absolutamente llena. Lo que más llama la atención es que tanto la regla de la bivalencia jurídica como esta otra *no* están establecidas por el sistema jurídico sino determinadas por las premisas (morales y políticas) de los operadores jurídicos que aplican e interpretan el Derecho en las cuestiones de inmigración³⁷.

La regla de que “todo lo que no es expresa y claramente legal es (manifiestamente) ilegal” es una regla de *determinación* del Derecho, utilizada con frecuencia por las mayorías para conservar el *status quo*³⁸. Pero, también es algo más: expresa unas determinadas premisas morales y políticas (y no otras) acerca de cómo catalogar jurídicamente a personas (en este caso, inmigrantes) que el Derecho no termina por considerar ni claramente *legales* ni terminantemente *ilegales*. Posiblemente una *imprecisión* tal³⁹ es susceptible de dejar en manos de la *discrecionalidad* del operador jurídico⁴⁰ si esta clase de personas son encuadrables en el ámbito de la legalidad expresa o de la ilegalidad manifiesta. Circunstancia que explica los *vaivenes* jurídicos hacia la *legalidad* o la *ilegalidad* que reciben las personas inmigrantes en situación irregular en función de *cada* operador jurídico⁴¹. Por supuesto, el vaivén hacia la ilegalidad tiene lugar cuando un operador jurídico aborda la situación jurídica del inmigrante irregular desde aquella regla, y dictamina

³⁷ Cfr. LUZZATI, C.: “Le definizioni implicite dei giuristi”, *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1992, pp. 215-224.

³⁸ Cfr. ASÍS ROIG, R. de: “El abuso de las mayorías y de las minorías. Una aproximación conceptual”, en *Revista de Derechos y Libertades*, n.º 6, 1998, pp. 255-278.

³⁹ Véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el Derecho”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, Año XXXIX, n.º 117, Septiembre-Diciembre 2006, IIJ-UNAM, México DF, pp. 755-775; asimismo, LUZZATI, C.: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del Diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Università degli Studi di Milano, Milano, 1999; Y CARRIÓ, G.R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4.ª ed., 1998, pp. 28-35.

⁴⁰ Véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, *cit.*, pp. 355-417; y asimismo, DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La indeterminación de la ‘estructura del deber’ de los jueces en el Estado de Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º XXIII, Publicación Oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pp. 241-265.

⁴¹ Cfr. ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 1995; asimismo, cfr. BARRANCO AVILÉS, Mª.C.: *Derechos y decisiones interpretativas*, prólogo de F.J. Ansuátegui, Marcial Pons, Madrid, 2004.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

que esa irregularidad, por no ser legalidad clara, plena y expresa, hay que tomarla por ilegalidad.

Pero al decidir así, el operador jurídico está asumiendo una opción jurídica (y política) –acerca de las personas que se encuentran en estas condiciones– por la que equipara la *legalidad débil* de la que ellos están revestidos con la *ilegalidad a secas* (o ilegalidad sustancial, contundente). Se trata, pues, de una regla que se utiliza con el objetivo de conseguir una práctica aplicativa, o interpretativa, o jurisprudencial o doctrinal de carácter *restrictivo* a la hora de considerar a las personas inmigrantes⁴². De hecho, se va consolidando la tendencia en nuestros Ordenamientos de que la situación jurídica de los inmigrantes irregulares *caiga* cada vez con más frecuencia del lado de la ilegalidad (y no al contrario), aceptándose en estos casos que la zona *entre medias* de la legalidad y la ilegalidad es perfectamente asimilable a una zona de ilegalidad contundente. Tendencia cuya desembocadura natural es que nuestros Estados de Derecho acaben promoviendo no sólo que “todo lo que no es *clara legalidad* debe asimilarse a *ilegalidad* manifiesta”, sino también que ésta ha de equipararse a la *infracción penal* y, por consiguiente, al ámbito *criminal*⁴³. El resultado estúpido que aquí se persigue es, pues, no ya *ilegalizar* a la inmigración irregular sino prácticamente *criminalizarla*⁴⁴.

¿Es aceptable gestionar la inmigración irregular desde una regla como ésta? Hay que decir que cuando, en estos temas, la aplicación e interpretación del Derecho está gobernada no sólo por la “regla de la bivalencia jurídica” sino asimismo por la regla de que “lo que *no* es clara y expresa *legalidad* es *ilegalidad*”, ahí es susceptible de constatarse una gran contradicción con las mismas bases conformadoras del Estado de Derecho. La razón es que esta regla en última instancia aborda nuestra consideración del principio de *intervención* del Derecho (y en mayor medida del Derecho penal), y en verdad *no* es afín al Estado de Derecho.

Acordémonos que nuestras Democracias Constitucionales tienen una raíz *liberal* (en sentido *político y moral*) en relación a aquellas acciones que interesa regular al Derecho, y por tal se rigen por el principio general de que “todo lo que no está

⁴² Cfr. HABERMAS, J.: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. esp. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999.

⁴³ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, Tirant lo Blach, 2.^a ed., Valencia, 2007. Desde el punto de vista del Derecho Penal, el interés del Estado por controlar el flujo migratorio constituye un bien jurídico protegido.

⁴⁴ Cfr. LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E., CUERDA AMAU, M^a.L. (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y Estudios con motivo del Setenta Aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1149-1172; este texto puede verse también en LAURENZO COPELLO, P.: “El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., CANCIO MELÍA, M. y POZUELO PÉREZ, L. (coords.), *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp. 223-249.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

expresamente prohibido, está permitido”. Son los regímenes autoritarios los que *invierten* este principio liberal para basar sus ordenamientos jurídicos en el principio contrario: “todo lo que no está autorizado expresamente, está prohibido”⁴⁵. En el tema de la inmigración irregular ¿cuál de estos principios concuerda con la regla de que lo que no es clara y expresamente legal es ilegalidad? Sin duda, el segundo, cuando lo correcto, justo y congruente en el ámbito del Estado de Derecho debiera ser que prevaleciera el primero. Esto me lleva a afirmar que a menudo en el tratamiento jurídico que damos a la inmigración se han confundido e invertido las bases políticas liberales que han configurado históricamente al Estado de Derecho para ser sustituidas por reglas *restrictivas* que chirrían con la propia esencia liberaldemocrática que lo sustenta⁴⁶.

IV. CONCLUSIÓN.

Del análisis que he llevado a cabo en estas líneas acerca de cómo contempla el sistema jurídico del Estado de Derecho a la inmigración *irregular* podemos obtener varias conclusiones de interés:

1) A menudo, en nuestras Democracias Constitucionales existe una regulación contradictoria de los inmigrantes *meramente irregulares*, a consecuencia de que en este tema confluyen la implementación legal de prestaciones básicas “universales”⁴⁷ para todo ser humano con políticas “nacionales” de inmigración⁴⁸.

La implementación anterior es compleja, y produce *contradicciones* e *incompatibilidades* (de las que resulta *indeterminación*), en un Estado de Derecho cuyo sistema jurídico se configura todavía como el Ordenamiento de un Estado-nación de Derecho⁴⁹. Ahora bien, su realización constituye un índice de “calidad

⁴⁵ Véase DAHL, R.A.: *La Democracia y sus críticos*, 7.^a edición, Editorial Paidós, Barcelona, 2002; y cfr. ELSTER, J. (comp.): *La democracia deliberativa* Editorial Gedisa, Barcelona, 2001.

⁴⁶ Para combatir la interpretación que lleva a la inmigración irregular a caer del lado de la ilegalidad, el 25 de enero de 2010 la O.N.G. “Andalucía Acoge” hizo un llamamiento a todos los Ayuntamientos de que no pretendan limitar los derechos fundamentales de estas personas negando su empadronamiento con el pretexto de que su mantenimiento endeuda las arcas municipales y es caro.

⁴⁷ Cfr. AÑÓN, M^a.J., DE LUCAS, J. y otros: *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; asimismo, véase PÉREZ-LUÑO, A. E.: “La universalidad de los derechos humanos”, en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL ALCALÁ, J.A. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 51-68.

⁴⁸ Cfr. HABERMAS, J.: *Más allá del Estado nacional*, introd. y trad. esp. de Manuel Jiménez Redondo, 3.^a ed., Trotta, Madrid, 2001.

⁴⁹ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant *vs.* Meinecke”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo LVII, n.º 247, Enero-Junio 2007, México D.F., pp. 165-203.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

democrática”⁵⁰ de nuestros sistemas de convivencia⁵¹. Para hacer posible aquella implementación en los temas de inmigración, que en alguna medida supone avanzar hacia un *Estado de Derecho postnacional*⁵² y hacia la igualdad en el discurso de los derechos⁵³, esto es, hacia los derechos de la persona más que los derechos del ciudadano⁵⁴, no hay más remedio que distinguir, en relación al Derecho aplicable, una *zona* (jurídica) localizada *entre medias* de la *legalidad* clara y la *ilegalidad* sustancial o contundente; y situar allí al inmigrante meramente irregular, cuya desubicación en el sistema jurídico es manifiesta: pues, la legislación es capaz de estimar que su situación es claramente *ilegal* y posibilitar su expulsión, y al mismo tiempo revestirlo también de *legalidad* conformada por un *haz de derechos* legales a los que le facilita acceder, ejercer y disfrutar legalmente.

2) Esta tercera zona o situación jurídica, *entre medias* de la plena legalidad y de la ilegalidad contundente, pero distinguible de ambas, es un espacio proclive a la *indeterminación jurídica*, a consecuencia de que el Derecho contempla a la misma vez la legalidad y la ilegalidad de los mismos sujetos en las mismas circunstancias.

3) Mientras que los ciudadanos nacionales estamos ubicados por el Derecho en el *núcleo* de la legalidad del Estado de Derecho y por eso recibimos el *máximo* de *beneficios* en *derechos*, en el mejor de los casos los inmigrantes irregulares están situados en la *periferia* de esa legalidad. Se trata, como mucho, de una “legalidad débil”, de *baja calidad*, que proporciona y está conformada por un haz de derechos (que son beneficios del Estado de Derecho) reducido. No se trata, pues, de una *legalidad nuclear* en el Estado de Derecho sino de una *legalidad periférica*.

4) Sin embargo, a menudo los operadores jurídicos (aplicadores e interpretadores del Derecho) gestionan los temas de inmigración desde *dos* reglas que *no* ha establecido el sistema jurídico, pero que ellos aplican (y que, en verdad, responden a *sus* premisas *morales* y *políticas* para con la inmigración): la “regla de la bivalencia jurídica”, que *restringe* las calificaciones de una situación jurídica a la *dualidad* “o es *legal* o si no *ilegal*”; y la regla de que “todo lo que no es claramente legal es (manifiestamente) ilegal”, de cuya aplicación resulta la *plena ilegalización*

⁵⁰ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: Dimensión jurídico-política de la migración”, Revista *Aportes Andinos*, núm. 8, ‘Desplazamiento forzado y refugio’, Revista de la Universidad Internacional Andina Simón Bolívar-Sede de Ecuador, Quito (Ecuador), Enero 2004.

⁵¹ Cfr. AÑÓN, M^a.J.: “Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes”, en ID., DE LUCAS, J. y otros, *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, cit., pp. 9-36.

⁵² Véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Del Estado-nación de Derecho al Estado de Derecho postnacional”, en LÓPEZ OLVERA, M.A. y RODRÍGUEZ LOZANO, L.G. (coords.): *Tendencias actuales del Derecho Público en Iberoamérica*, Editorial Porrúa, México DF, 2006, pp. 153–171.

⁵³ Véase ASÍS ROIG, R. de: “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL ALCALÁ, J.A.: *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, cit., pp. 149-168; asimismo, DE LUCAS, J. y SOLANES, A.: *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009.

⁵⁴ Cfr. FERRAJOLI, L.: “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, *cit.*, pp. 97-123.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

(que puede derivar hacia la *criminalización*) de miles o millones de personas migrantes por el hecho de encontrarse en situación meramente irregular.

5) Cuando los operadores jurídicos gestionan la inmigración desde las dos reglas anteriores (*excluyentes* de cualquier margen de legalidad para el inmigrante irregular), de ahí resulta que la legalidad *débil* y de *baja calidad* (que se le ha conferido desde ciertos ámbitos de la legislación) *decae* definitivamente hacia el lado de la *ilegalidad a secas*. Dejar fuera de cualquier atisbo de legalidad a un sector tan considerable de la “población estable” de un Estado de Derecho constituye, cuando menos, una gravísima irresponsabilidad social con la que a veces (lamentablemente) nos hemos familiarizado⁵⁵.

6) Probablemente la situación de *ilegalidad plena* en la que las dos reglas anteriores dejan sumidos a los inmigrantes irregulares contribuyan en gran medida a “invisibilizarlos” como seres humanos y, por tal, favorezcan empujarlos, por razones sobrevivencia, a sumir relaciones sociales, laborales y profesionales de “servidumbre voluntaria”, esto es, relaciones siervas *sin* derechos dentro del Estado de Derecho⁵⁶, cuyas características más importantes es precisamente la de identificar a una “sociedad *con* derechos”⁵⁷.

Los juristas que asumimos el *ideal del Estado de Derecho*⁵⁸ no deberíamos acomodarnos a que el único programa que nuestro modelo de convivencia pueda ofrecer a estas personas sea la “ilegalidad sustancial”, la “invisibilidad” como seres humanos, y el “sometimiento” a relaciones laborales y profesionales siervas dentro del Estado de Derecho. Además de radicalmente *immoral*, esta triada debiera resultar *incompatible* con cualquier *teoría de la justicia* que pretenda realizar la Democracia Constitucional⁵⁹.

⁵⁵ Véase AÑÓN, M^a.J.: “El test de la inclusión: los derechos sociales”, en ANTÓN, A. (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talada Ediciones, Madrid, 2000, pp. 148-191; asimismo, cfr. BERGER, P.L.: *Los límites de la cohesión social. Conflictos y mediación en las sociedades pluralistas*, Informe de la Fundación Bertelsmann al Club de Roma, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 1999.

⁵⁶ El mecanismo de la servidumbre voluntaria puede verse en DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Dimensión jurídico-política de la migración”, cit.

⁵⁷ Cfr. PECES-BARBA, G.: *La Constitución y los derechos*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n.º 39, Bogotá, 2006.

⁵⁸ Sobre el contenido de este ideal, véase ENDICOTT, T.A.O.: “La imposibilidad del imperio de la ley”. en *ID.*, *La Vaguedad en el Derecho*, cit., pp. 271-297.

⁵⁹ Sobre la ética pública de la Democracia, véase PECES-BARBA, G.: *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1995, pp. 75 y ss.; asimismo, véase PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

REFLEXIONES SOBRE CESARE BECCARIA Y EL DERECHO PENAL

Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO

Toda teoría que pretenda demostrar su viabilidad debe reflejar su aplicación en la realidad. No se puede negar que la propuesta Beccariana en materia penal se encuentra revestida de un gran humanismo, desafortunadamente en el actual entorno social de México esta propuesta no resulta viable. Esto quiere decir que se requiere otro entorno social, político y económico, en suma un nuevo contrato social, por eso en este ensayo se busca revisar la teoría penal de Beccaria desde una perspectiva estructural, para tal finalidad me interesa destacar lo que para Germán Pérez Fernández del Catillo:

Hoy es de todos sabido que uno de los problemas fundamentales que tiene el gobierno mexicano estriba en su pobre participación en el PIB nacional. Si bien con déficit insostenible (cerca al 18 % en 1982), la participación del Estado en el PIB llegó a ser superior al 50 %, mientras que actualmente es cercana al 15% aun con la reforma. Esto es la participación del Estado en el PIB nacional hace imposible cumplir mínimamente las tareas históricas frente a la población: infraestructura en educación, capacitación, desarrollo tecnológico y salud de calidad, vivienda, así como combate a la pobreza extrema. Las tendencias en los países democráticos y desarrollados siguieron exactamente en el camino inverso¹

¹ Pérez Fernández del Castillo, Germán, *Modernización y desencanto los efectos de la modernización mexicana en la subjetividad y la gobernabilidad*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2008, p. 65. Reconozco por tanto, que los efectos de las políticas neo – liberales han resultado devastadores para el bien común, impidiendo el progreso equitativo y garantizar lo más esencial que posee el hombre en cuanto es ser humano: la vida. De esta forma resulta obvio para Pablo Latapi que: “La esfera de lo público, en nuestra sociedad inveteradamente fragmentada, nunca ha sido plenamente poseída por las mayorías, pero había al menos el proyecto de que llegara a serlo. Hoy lo público se privatiza intencionalmente y a pasos agigantados; su privatización tiene efectos contradictorios: beneficia a los poderosos y excluye a los débiles, y la escisión destruye la posibilidad de lo comunitario. Las grandes mayorías empobrecidas – las multitudes del metro y el camión, del ambulante y la precariedad cotidiana- viven alienadas de las preocupaciones por lo público; la angustia por sobrevivir ha privatizado su conciencia; su nivel de información y su capacidad de pensamiento están reducidos a lo que los dueños de la televisión consideran que conviene a su condición de idiotizados”. Latapí, Pablo, en *Revista Proceso*, número 989, “El país que estamos perdiendo”, p. 52. Para una visión panorámica sobre la prestación de los servicios públicos en Iberoamérica ver: Cienfuegos Salgado, David y

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Tenemos pues a la vista un panorama que en ningún sentido hace viable la aplicación de los postulados de Beccaria, lo que desafortunadamente muestra es que estamos en los lindes del derecho penal del enemigo, el que como señala Francisco Muñoz Conde: “[...] se antepone el valor seguridad a cualquier otro valor utilizándolo como pretexto para no hacer los cambios económicos y sociales necesarios para reducir los niveles de pobreza y hacer valer una mayor justicia social en el mundo”².

1.- QUIEN FUE CESARE BECCARIA.

Cesare Bonesana Marqu ez de Beccaria, ve la luz del día por primera vez en 1735³, en la ciudad de Milán, Italia, en una familia acomodada, sin que el peculio familiar alcance para los excesos que permite la extrema riqueza.

Sabemos que fue educado por sus padres desde la infancia con disciplina. Su educación básica corrió a cargo de la Compa a de Jesús, en un colegio ubicado en la ciudad de Parma, en el cual habría de pasar 8 años dedicado a aprender tanto las ciencias exactas, como las sociales. Como se puede ver la educación que recibí el Milanese fue solida y esmerada. Una de las aficiones intelectuales a las que se consagra con esmero es el estudio de la filosofía. De ahí que, capten su atención autores como: los enciclopedistas franceses, Diderot, D’Alambert, Rousseau, Montesquieu, etcétera.⁴

Rodríguez Lozano, Luis Gerardo, *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

² Muñoz Conde, Francisco, *El derecho penal del enemigo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 12. Es así, que se puede considerar que este derecho penal del enemigo no trata con personas, trata con enemigos, y al enemigo no se le reconocen derechos, lo que se pretende es cazarlo sin más, sin importar la vida del presunto delincuente. Para Muñoz Conde el derecho penal del enemigo califica, “[...] como conductas delictivas simples comportamientos marginales (prostitución, vagabundaje o mendicidad), y castig ndolas junto a algunos delitos de escasa gravedad (pintas en edificios y transportes públicos, pequeños hurtos, consumo y venta de drogas en pequeña escala, etcétera) con severas penas de prisión, se reducen sensiblemente los índices de criminalidad e inseguridad ciudadana”. Muñoz Conde, Francisco, *Op. cit.*, p. 36. Es pues este derecho penal intolerante ante todo tipo de situaciones, por ello considero que una sociedad que ve a la seguridad como un fin en sí mismo, es una sociedad incapaz de proponer soluciones viables para un mejor mañana, en donde se consideren aspectos como la educación, la salud, la equidad, la política, etcétera.

³ Para Guillermo Cabanellas, la doctrina no es unánime respecto de la fecha de nacimiento de Cesare Beccaria, ya que sus biógrafos no se ponen de acuerdo en si fue en 1735 o 1738. Para mayor abundamiento véase el estudio introductorio de Guillermo Cabanellas, correspondiente a la siguiente edición: Beccaria Bonesana, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas, s/t*, Brasil, Editorial Heliasta, 1993, p. 18.

⁴ Para Beccaria la, época que marco su conversión a “... la filosofía se produjo hace 5 años –nos dice en 1766– leyendo las Cartas Persas, el segundo libro que acabo de revolucionar mi espíritu es el de Helvetius *De l’Esprit*” Carta de Beccaria a Morellet, Milán, 26 de enero de 1766. Tomado de la Introducción de Juan Antonio Delval al libro de los *Delitos y las Penas*, de Cesare Beccaria, de la edición de Alianza Editorial, Serie Derecho, España, 2  ed., 2002. En muchos sentidos al enciclopedismo francés, nuestro autor le concedió

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

A despecho de algunos de los valores que le inculcó la compañía de Jesús, Beccaria opta por formarse su propio criterio, lo que es muy meritorio si se considera el ambiente tan cerrado en la educación que se impartía en esa época. Pero de los jesuitas aprende el temple, la disciplina, la fortaleza y un método de estudio, valores que habrían de resultar a larga fundamentales para el desarrollo de la obra, y su posterior difusión en una Europa, poco apta en esos momentos para pensamientos tan progresistas.

Al concluir su etapa de estudiante con la compañía de Jesús en Parma, Beccaria se traslada a cursar sus estudios profesionales a la Universidad de Pavia, donde a la postre obtuvo su grado de abogado.

Lo que resulta muy interesante es ver como una personalidad como la de Beccaria, que a primera vista no resulta apta para emprender un movimiento teórico tan revolucionario contra un sistema punitivo tan conservador y cerrado. En tal sentido, la historia nos resulta en ocasiones poco comprensible, de ahí que la grandeza de los grandes espíritus se manifieste en muchas ocasiones en las más adversas situaciones⁵; pero estas debieron ocurrir en la vida de Beccaria, antes y como

enorme importancia al momento de desarrollar su teoría sobre los delitos y las penas, lo que se refleja desde las primeras páginas de su obra, Por esta razón se puede señalar que Beccaria captó hondamente “[...] la influencia de dos obras que fueron fundamentales para arrumbar en el mundo occidental el viejo régimen absolutista y propiciar el nacimiento de los regímenes liberales: L’ esprit des lois de Montesquieu, publicado cuando nuestro autor contaba diez años de edad, y Le contrat social de Rosseau que vio la luz sólo dos años antes de que Beccaria terminase de redactar su Dei delitti e delle pene, por lo que nuestro autor tuvo tiempo de leerlo y empaparse de su innovadora doctrina”. Jiménez Villarejo, José, “Releyendo a Beccaria tras medio siglo de experiencia jurisdiccional”, en Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Tecnos Clásicos del pensamiento, 2008, p. XI.

⁵ Fundamental para Beccaria fue la educación que recibió tanto de sus padres como la que obtuvo en la compañía de Jesús y la Universidad, ya que le inculcaron el hábito por la lectura, el cual en muchas ocasiones se nos revela como un acto emancipatorio de la personalidad frente a los prejuicios de las épocas. Al respecto véase el excelente librito de Freire, Paulo, *La importancia de Leer y el proceso de liberación*, 18 edición, México, Siglo veintiuno editores, 2008.

La disciplina y el estudio hicieron de Beccaria un ser consciente de su realidad. Además si se considera que la profesión por la que optó Beccaria implica un fuerte vínculo con las humanidades, lo que para Steiner se entienden como la “[...] palabra en su sentido más lato, en la filosofía, las artes, la literatura, la teoría política y social, lo que llamamos originalidad es casi siempre una variante o innovación en la forma, en los medios de ejecución, en los medios disponibles (bronce, colores al óleo, guitarras eléctricas). Estos descubrimientos e innovaciones son inmensamente importantes y fructíferos. Determinan buena parte de nuestra civilización”. Steiner, George, *Diez (posibles) razones para la tristeza del pensamiento*, trad: María Condor, México, Fondo de Cultura Económica y Ediciones Siruela, Primera reimpresión 2009, México, 2009, pp. 32 – 33. Es por tanto gracias a unos bien direccionados estudios que nuestro autor se pudo abrir a posibilidades que seguramente cuando el principio a redactar su obra, nunca imaginó, es la grandeza del pensamiento que resulta en: la posibilidad firme y continua de aceptar y ser agente de cambios y transformaciones., y así lo ha de reconocer Beccaria, quien afirma que: “Lo debo todo a libros franceses. Ellos

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

condición del surgimiento de su recia personalidad, lo que queda descrito a través del siguiente pasaje:

[...] el genio se manifiesta en forma extraña, es desde luego Beccaria una expresión rotunda de las más variadas reacciones que pueden producirse en un individuo. Su vida está plena de contrastes: las manifestaciones de su inteligencia tienen el brillo de los meteoros, pero también decadencias que son difíciles de tamizar en otra época, en otros tiempos. Es indudable que obraba por reacciones tan insólitas que únicamente pueden ser comprensibles en una naturaleza agitada por diversos choques internos, y por motivaciones psíquicas diversas. Más que a otro motivo se debe el *Tratado de los delitos y de las penas* a una reacción juvenil –tenía Beccaria 25 años cuando inició la obra– propia de quien había forjado su mente en persecuciones injustamente sufridas. Cuando contaba 22 años César Bonesana disputó con su padre, el marqués de Beccaria, con motivo de su proyectado enlace –consumado más tarde– con Teresa de Blasco. La oposición fue tan violenta que el marqués de Beccaria solicitó y obtuvo la prisión de su hijo. Fue durante el tiempo que permaneció preso que pudo darse cuenta de *visu* de la arbitrariedad del régimen penitenciario, lo que hizo madurar en él la idea de esta obra que tanta resonancia habría de adquirir.⁶

Para comprender más las motivaciones que impulsaron a Beccaria a desarrollar tan importante proyecto para la humanidad y la ciencia del derecho, debemos recordar el ambiente cultural que se vivía en esa época, en donde las juventudes solían reunirse en tertulias para reflexionar sobre los problemas de la sociedad. Beccaria se reunía a menudo en casa de Pietro Verri, con los miembros de la academia *dei pugni*, de la cual él era uno más de los miembros, se cuenta que se aburría fácilmente en dichas reuniones, por lo que Verri y los demás miembros de la academia conscientes del talento de Beccaria le proponen que se ponga a trabajar en un estudio sobre la barbarie imperante de la época, la razón: el tema se había tratado en diversas

fueron los que desarrollaron en mi espíritu los sentimientos de humanidad, ahogados por ocho años de educación fanática. D' Alambert, Diderot, Helvecio, Buffon, Hume son nombres ilustres, que no se pueden oír pronunciar sin conmoverse. Vuestras obras inmortales son mi continua lectura, el objeto de mis ocupaciones durante el día y de mis meditaciones en el silencio de la noche. De cinco años data la época de mi conversión a la filosofía y la debo a la lectura de *Lettres persannes*. La segunda obra que remató la revolución de mi espíritu es la de Helvecio. Es quien me ha inspirado, con fuerza, por el camino de la verdad y quien despertó mi atención antes que nadie, sobre la ceguera y los errores de la humanidad. Debo a la lectura de *L' esprit* una gran parte de mis ideas". Correspondencia dirigida por Beccaria al abate Morelet, quien fue su traductor al francés de su obra *Tratado de los delitos y de las penas*, tomada de: Cabanellas, Guillermo, "Beccaria y su obra", en *op. cit.*, p. 20. Sin duda que los enciclopedistas franceses representan un cambio de paradigma en la historia de la evolución social, política, cultural, económica, etc., que para llevarse a cabo requirió del temple y la decisión inquebrantable de personajes como Beccaria.

⁶ *Ibidem*, pp. 19 – 20.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

ocasiones en las reuniones de la academia. Así, se muestra interesado en el consejo, y se pone manos a la obra, y da principio a la redacción de tan revolucionario trabajo, el desarrollo del trabajo no fue fácil, eran muchas las dificultades que se le presentaban a Beccaria, ya que este: “Pensaba mucho antes de escribir, no podía resistir la fatiga más de dos horas, transcurridas las cuales dejaba la pluma, dice Alejandro Verri, el hermano de Pietro. Durante la redacción de la obra escribió a un amigo: Tu escribes con entusiasmo pero yo no lo tengo.”⁷

Vale la pena insistir en que el libro fue escrito en situaciones muy peculiares, y una de ellas fue sin duda el que generaba la inquisición, que pese a su debilitamiento, aun conservaba suficiente fuerza para atemorizar a quienes manifestaran opiniones contrarias al *status quo* imperante, es así que se comprendan las vacilaciones de Beccaria a la hora de estar redactando tan revolucionaria obra⁸.

Dicho esto, podemos pasar a señalar que el libro sale a la luz en 1764, sin que se sepa inicialmente quien es el autor de dicha obra lo que no mermó el gran éxito con que fue recibida la publicación *De los delitos y las penas*, que le valió para que a la brevedad se tradujera a un sinnúmero de lenguas cultas, y es en ese entorno que se decide finalmente Beccaria a dar a conocer su nombre como autor de la obra. Pero los temores que previó Beccaria también se manifestaron por parte de los sectores más conservadores de la época. Así, “un monje escribe un panfleto en el cual acusa al autor de enemigo de la religión, blasfemo y socialista, y la Iglesia de Roma le condena e incluye en el Índice.”⁹

Con todo, se debe señalar que la publicación del libro fue objeto de múltiples elogios provocando diversas situaciones entre las que se puede señalar en primer lugar que:

[...] los enciclopedistas franceses, deseosos de conocer al autor, le invitan a ir a París. Después de muchas dudas se decide a emprender el viaje, pero no pudo resistir el ambiente parisino y el alejamiento de sus amigos, y sobre todo de su mujer, y vuelve precipitadamente a Milán apenas llegado a la capital francesa, provocando el asombro tanto de los franceses como de los italianos y de su propia mujer.¹⁰

⁷ Cartas tomadas del estudio introductorio de Juan Antonio Delval, en Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad: Juan Antonio de las Casas, 2ª reimpresión, Salamanca, Alianza Editorial, 2002, p. 13.

⁸ Para Guillermo Cabanellas Beccaria era un hombre débil y poco atrevido, por lo que sin duda no era un: “hombre de lucha: revolucionario sólo comprensible en la soledad de su laboratorio, se desenvuelve, no tiene escrúpulos en proclamarlo, pleno de temores”. Beccaria, César, *op. cit.*, Editorial Heliasta, p. 21. No estoy de acuerdo con las opiniones de Cabanellas, me resulta natural la vacilación que mostró Beccaria para redactar la obra, pero de ahí a señalar que era un hombre débil me parece un exceso, tanto aplomo tenía que pese a las naturales presiones de esa época, termino redactando la obra.

⁹ Delval, Juan Antonio, “Introducción” en, *De los delitos y las penas*, Edición de Alianza Editorial, p. 13.

¹⁰ *Ídem*. Vale la pena señalar que en ese viaje por París Beccaria tiene una entrevista con Voltaire en un castillo ubicado en Ginebra, quien para ese momento ya había leído el Tratado sobre los delitos y las penas, el

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Con la publicación de su obra *Los delitos y las penas*, recibe invitaciones a colaborar en el gobierno de Austria¹¹, por parte del Conde Firmiani, quien se desempeñó como gobernante de Lombardía, por encargo de la Reina de Austria, María Teresa. Entre los cargos que le toca desempeñar a Beccaria, podemos señalar el de maestro de economía¹², consejero, magistrado y asesor para la reforma jurisdiccional en materia criminal¹³, y es en pleno ejercicio de funciones de este último cargo, que muere de un ataque de apoplejía, un 28 de noviembre de 1793, a la edad de 55 años.

Está claro que Beccaria fue un hombre profundamente humanista, excepcional, al ser el iniciador¹⁴ de la corriente que busca el establecimiento de un derecho penal más garantista para el reo, a tal grado que se manifiesta en contra de la pena de muerte, dando inicio al abolicionismo penal.

2. QUÉ PRETENDÍA BECCARIA CON SU *TRATADO DE LOS DELITOS Y LAS PENAS*

El pensamiento de Beccaria se encuentra profundamente influenciado por los contractualistas, y así lo deja ver desde el capítulo I, en la primera página de su tratado:

cual le mereció sus elogios, a tal grado que preparo un comentario al libro, el cual hoy en día es publicado en diversas ediciones como la de Alianza editorial en España, o Porrúa en México

11 También recibe invitaciones no para trabajar, pero si para residir en Rusia, por parte de la Zarina Catarina II, que por cierto nunca llegó a concretarse por indecisión de Beccaria.

12 Beccaria impartió la cátedra de economía por dos años, y según sus biógrafos de inicio en el año de 1768, y posterior a su muerte se publicaron las notas de su curso, su desempeño como profesor de economía fue sobresaliente, a tal grado que el gran economista alemán Schumpeter le llamo el Adam Smith de Italia.

13 Es en la época de funcionario público que Beccaria enviuda, para posteriormente matrimoniarse de nuevo.

14 Cabe observar, que Beccaria pese a vivir en una sociedad de luces y sombras, adoptó una postura crítica frente al derecho penal del antiguo régimen, lo que le acarreó un enorme prestigio en los círculos académicos de su época, que le ha valido ser tratado con sumo respeto por las futuras generaciones. Con lo que acabamos de mostrar es entendible el que un sector de la doctrina penal vea en Beccaria al fundador del derecho penal moderno. Este tipo de expresiones tan respetuosas sobre Beccaria, se pueden encontrar en Luis Prieto Sanchís, quien afirmaba que, “El nombre de Beccaria se ha convertido en sinónimo de ruptura con el derecho penal de la monarquía absoluta e incluso algunos han querido encontrar en él al fundador de la ciencia del derecho penal, creando así lo que Saldaña denominó el mito italianísimo del origen del derecho penal.” Prieto Sanchís, Luis, “La filosofía penal de la ilustración”, en Gregorio Peces Barba, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, *Historia de los derechos fundamentales, tomo II, volumen II*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 180 – 181. Se debe advertir que la postura que señala a Beccaria como el fundador del derecho penal moderno no es unánime, y así se puede encontrar a autores como Edmundo S. Hendler, que dice que: “El más clásico autor y casi el creador del Derecho Penal como disciplina autónoma, Francisco Carrara, en el siglo XIX, se sorprendía, precisamente, de que los romanos hubiesen sido “gigantes en el derecho civil y pigmeos en el derecho penal””. Hendler, S. Edmundo, *Las raíces arcaicas del derecho penal*, Buenos Aires, Ediciones del puerto, 2009, p. 91.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario¹⁵.

¹⁵Beccaria, Cesare, Edición Tecnos “clásicos del pensamiento”, *op. cit.*, p. 15. Tenemos entonces, que, para Beccaria, quien no fue ajeno a la reflexión económica, la cuestión del delito tiene un sustrato material, y de ahí que para lograr el progreso con justicia social se tenga que hacer un contrato social entre los hombres. Por eso para Martha Nussbaum: “En lo que se refiere a los derechos fundamentales, argumentaré que la mejor forma de abordar lo que significa garantizarlos, es pensar en términos de capacidades. El derecho a la participación política, el derecho al libre ejercicio de credo, el derecho a la libre expresión –las garantías para las personas de estos y otros derechos puede abordarse de mejor manera sólo si las capacidades relevantes para funcionar están presentes-. En otras palabras, asegurar un derecho a los ciudadanos en estas áreas es ponerlos en capacidad para funcionar en tales espacios. En la medida en que los derechos sean usados para definir la justicia social, no podríamos garantizar que una sociedad es justa a menos que las capacidades hayan sido alcanzadas efectivamente”. Nussbaum, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*, trad: Everaldo Lamprea Montealegre, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 25. Para poder comprender en su real dimensión el problema de las desigualdades sociales y la economía vista desde la perspectiva de las capacidades, me resulta muy ilustrador el siguiente pasaje de la vida de Norberto Bobbio, contado por el mismo en su autobiografía: “Estas diferencias resultaban especialmente evidentes durante las largas vacaciones en el campo, cuando nosotros, llegados de la ciudad jugábamos con los hijos de los campesinos. Entre nosotros, a decir verdad, reinaba una perfecta armonía afectiva y las diferencias de clase eran absolutamente irrelevantes, pero no podía escapársenos el contraste entre nuestras casas y las suyas, nuestras comidas y las suyas, nuestra ropa y la suya (en verano íbamos descalzos). Todos los años, al llegar de vacaciones, nos enterábamos de que uno de nuestros compañeros había muerto en invierno de tuberculosis. No recuerdo en cambio, una sola muerte por enfermedad entre mis compañeros de Turín”. Bobbio, Norberto, *Autobiografía*, trad: Esther Benítez, Madrid, Taurus, 1998, pp. 27 – 28. Las consideraciones señaladas me parecen totalmente pertinentes por que permiten observar el fenómeno de las penas y del derecho penal, desde una perspectiva amplia; limitarlo a meros planteamientos legaloides es no entender la realidad, y por tanto, tener una postura muy sesgada. En un pequeño libro, pero de gran alcance, Francisco Muñoz Conde se permite vincular de forma muy aguda la relación delincuencia versus economía, afirmando que: “La globalización de la economía ha traído consigo en todo el mundo, incluso en los países de mayor nivel económico, un aumento de la población subproletaria, un gran número de desempleados de escasa cualificación laboral, emigrantes “sin papeles”, etcétera, que lógicamente están abocados a la delincuencia, o, por lo menos, a un cierto tipo de delinquentes de supervivencia. Ciertamente es muy difícil que ninguna sociedad admita que tres millones de parados puedan robar impunemente, pero el problema del desempleo o los desajustes del mercado laboral no se soluciona con un aumento de la represión policial y penal, ni con la construcción de más cárceles, sino con una más inteligente política social y económica, con una mejor redistribución de la riqueza, con mayor gasto en ayuda y obras sociales. Desgraciadamente, ello parece estar hoy lejos de los programas de la mayoría de los gobiernos, incluidos los de izquierda. La

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Debo subrayar además que la perspectiva contractualista de Beccaria se encuentra condicionada fuertemente por la idea de la necesidad que poseemos todos los seres humanos de ponernos de acuerdo sobre las bases sociales del Estado político, y ese ponerse de acuerdo implica que se ceda por parte de las personas un poco de sus libertades en aras de lograr los grandes acuerdos que permitan el avance social. Lo que me interesa destacar aquí es la función de la pena, la cual en un Estado social tiene que tener un significado humano, lo que implica que nunca se debe penalizar sino lo estrictamente necesario al sujeto.

La teoría de Beccaria tiene un fuerte contenido liberal, y así no lo deja ver claramente el autor en su célebre *Tratado sobre los delitos y las penas*, por eso el autor señala: que las penas tienen que tener un contenido contractualista, que incentive la libertad y la voluntad responsable de los sujetos, para poder crear las instituciones que ejerzan correctamente el monopolio de la fuerza, y por ende una buena y responsable seguridad, que como ya se señaló mantenga ausentes los abusos por parte de la autoridad, creo entonces que estos requerimientos solo puede garantizarlos el soberano como depositario legítimo y legal de esa fuerza, por eso se deben limitar los demás poderes y para el mismo soberano también, no debe escapar que la penalidad debe ser la estrictamente necesaria para salvaguardar el orden social, lo contrario seguro que pone al Estado en indefensión y en un laberinto sin salida.

globalización del modelo económico de la economía de mercado está provocando una reducción del Estado social y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario; y la idea de tolerancia cero no es más que la expresión de un pensamiento único sobre cómo proceder y prevenir la delincuencia, que se quiere extender a todo el mundo, independientemente de las diferencias económicas, culturales y sociales de cada país”. Muñoz Conde, Francisco, *Op cit.*, 2003, p. 43. Sobre la situación actual que enfrenta el país, vale la pena reflexionar el mensaje del Arzobispo de León, José Guadalupe Martín Rábago, que publica el diario la jornada, en su edición del día 4 de enero de 2010, donde se apunta que: “La crisis económica, aunada al incremento de impuestos y precios de combustibles y alimentos básicos, golpea sobre todo a las clases más menesterosas y puede originar un estallido social, advirtió el arzobispo de León, José Guadalupe Martín Rábago. En conferencia de prensa, el prelado indicó que el aumento del salario mínimo es insuficiente para contrarrestar la carestía que ya se presenta, y consideró que será muy difícil resolver las necesidades básicas del vestido, alimento y educación para gran parte de los mexicanos, especialmente en el primer trimestre del año”. A ese respecto, es necesario hacer referencia a la tesis de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo, donde el autor alemán afirma lo siguiente: “Idéntica a la situación respecto del derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinado por derechos y deberes- la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo”. Jakobs, Gunther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed, trad: Manuel Cancio Meliá, Navarra, Civitas, 2006, p. 16. La idea del enemigo del Estado, ya en su momento la acuñó Rousseau, al señalar que todo aquel que viole un derecho social deja de formar parte del Estado, y se deja abierta la posibilidad de que ese individuo muera por ser peligroso para el buen desenvolvimiento del cuerpo social.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Lo que no me resulta rescatable para los tiempos actuales, es la concepción tan positivista que destaca Beccaria, pues considero que hoy en día la ley no tiene la solución para todos los casos aplicables, lo que vuelve muy necesario la interpretación de los jueces, la preocupación y/o la enfocaría más en la cuestión educativa, el inculcar en los futuros jueces un pensamiento social, que les permita impartir una verdadera justicia entre las partes en conflicto, estoy de acuerdo con Luis Prieto Sanchís en que “[...] nada hay más peligroso que el axioma recibido de que es necesario consultar el espíritu de la ley, que suele ser el resultado de una buena o mala lógica, de una buena o mala digestión del juez”¹⁶.

La teoría penal de los delitos y las penas de Beccaria, solo puede alcanzarse desde la óptica de la prevención y de la readaptación. La prevención porque la pena debe articularse en una adecuada política criminal que considere múltiples aspectos: sociales, políticos, económicos, etc., y readaptación que prepare al responsable del delito para su futura vida en libertad, la que debe ser productiva para el contrato social, y por ende que no reincida el sujeto en el delito. En otras palabras lo que Beccaria pretende señalar son el aspecto de convencer pedagógicamente al sujeto de no delinquir, y para quien ya vulneró el pacto social aplicarle la pena justa que evite los excesos del castigo. Por eso se dice que la gravedad de las penas se debe establecer estrictamente tomando en consideración el daño que se produjo en la sociedad.

Podemos pensar que lo que pretende Beccaria es contraponer los postulados del antiguo régimen¹⁷, y su propuesta de un derecho penal más humano. Mientras que el

¹⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Op. cit.*, p. 186.

¹⁷ Para entender la situación política – social del antiguo régimen contra la cual reacciona Beccaria, es pertinente poner mucha atención a una larga pero esclarecedora cita: “Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París, adonde debía ser llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con una hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano; después, en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en esta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumido en el fuego reducidos a cenizas arrojadas al viento. Finalmente, se le descuartizó, refiere la Gazette d’Amsterdam. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas. Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna; tan sólo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: “Dios mío, tened piedad de mí; Jesús socorredme”. Todos los espectadores quedaron edificadas de la solicitud del párroco de Saint – Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente. Y el exento Bouton: se encendió el azufre, pero el fuego era tan pobre que sólo la piel de la parte superior de la mano quedó no más que un poco dañada. A continuación un ayudante, arremangado por encima de los codos, tomo

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

unas tenazas de acero hechas para el caso, largas de un pie y medio aproximadamente, y le atenceó primero la pantorrilla de la pierna derecha, después el muslo de ahí pasó a las dos molas del brazo derecho, y a continuación a las tetillas. A este oficial, aunque fuerte y robusto, le costó mucho trabajo arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas y tres veces del mismo lado, retorciendo, y lo que sacaba en cada porción dejaba una llaga del tamaño de un escudo de seis libras”. Después de estos atenceamientos, Damiens, que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba. El mismo atenceador tomó con una cuchara de hierro del caldero mezcla hirviendo, la cual vertió en abundancia sobre cada llaga. A continuación, ataron con soguillas las cuerdas destinadas al tiro de los caballos, y después se amarraron aquéllas a cada miembro a lo largo de los muslos, piernas y brazos. El señor Le Breton, escribano, se acercó repetidas veces al reo para preguntarle si no tenía algo que decir. Dijo que no; gritaban como representan a los condenados, que no hay cómo se diga, a cada tormento: “¡Perdón, Dios mío! Perdón, señor”. A pesar de todos los sufrimientos dichos, levantaba de cuando en cuando la cabeza y se miraba valientemente. Las sogas, tan apretadas por los hombres que tiraban de los caballos, le hacían sufrir dolores indecibles. El señor Le Breton se le volvió a acercar y le preguntó si no quería decir nada; dijo que no. Unos cuantos confesores se acercaron y le hablaron buen rato. Besaba de buena voluntad el crucifijo que le presentaban; tendía los labios y decía siempre: “Perdón, Señor.” Los caballos dieron una arremetida, tirando cada uno de un miembro en derechura, sujeto cada caballo por un oficial. Un cuarto de hora después, vuelta a empezar, y en fin, tras de varios intentos, hubo que hacer tirar a los caballos de esta suerte: los del brazo derecho a la cabeza, y los de los muslos volviéndose del lado de los brazos, con lo que se rompieron los brazos por las coyunturas. Estos tirones se repitieron varias veces sin resultado. El reo levantaba la cabeza y se contemplaba. Fue preciso poner otros dos caballos delante de los amarrados a los muslos, lo cual hacía seis caballos. Sin resultado. En fin, el verdugo Samson marchó a decir al señor Le Breton que no había medio ni esperanza de lograr nada, y le pidió que preguntara a los Señores si no querían que lo hiciera cortar en pedazos. El señor Le Breton acudió de la ciudad y dio orden de hacer nuevos esfuerzos, lo que se cumplió; pero los caballos se impacientaron, y uno de los que tiraban de los muslos del supliciado cayó del suelo. Los confesores volvieron y le hablaron de nuevo. Él les decía (yo lo oí): “Bésenme, señores.” Y como el señor cura de Saint – Paul no se decidiera, el señor de Marisilly pasó por debajo de la soga del brazo izquierdo y fue a besarlo en la frente. Los verdugos se juntaron y Damiens les decía que no juraran, que desempeñaran su cometido, que él no los recriminaba; les pedía que rogaran a Dios por él, y recomendaba al párroco de Saint – Paul que rezara por él en la primera misa. Después de dos o tres tentativas, el verdugo Samson y el que lo había atenceado sacaron cada uno un cuchillo de la bolsa y cortaron los muslos por su unión con el tronco del cuerpo. Los cuatro caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron tras ellos los muslos, a saber primero el del lado derecho, el otro después; luego se hizo lo mismo con los brazos y en el sitio de los hombros y axilas y en las cuatro partes. Fue preciso cortar las carnes hasta casi el hueso; los caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron el brazo derecho primero y el otro después. Una vez retiradas estas cuatro partes, los confesores bajaron para hablarle; pero su verdugo les dijo que había muerto, aunque la verdad era que yo veía al hombre agitarse, y la mandíbula inferior subir y bajar como si hablara. Uno de los oficiales dijo incluso poco después que cuando levantaron el tronco del cuerpo para arrojarlo a la hoguera, estaba aún vivo. Los cuatro miembros desatados de la sogas de los caballos, fueron arrojados a una hoguera dispuesta en el recinto en línea recta del cadalso; luego el tronco y la totalidad fueron enseguida cubiertos de leños y de fájina, y prendiendo el fuego a la paja mezclada con esta madera. En cumplimiento de la sentencia, todo quedó reducido a cenizas. El último trozo hallado en las brasas no acabó de consumirse hasta las diez y media y más de la noche. Los pedazos de carne y el tronco tardaron unas cuatro horas en quemarse. Los oficiales en cuyo número me contaba yo, así como mi hijo, con

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

antiguo régimen basa su fuerza en la punición y en el incremento de las sanciones y la represión legítima del Estado, en tanto que la propuesta de Beccaria se caracteriza por buscar revestir al derecho penal con una ideología profundamente humanista¹⁸, y por tanto que considere: penas más cortas, benignas, proporcionalidad y certeza, entre otros aspectos a considerar.

Para Beccaria un papel importante en las transformaciones estatales, particularmente en el derecho penal, es el papel de la educación¹⁹, por eso señala José Jiménez Villarejo que:

[...] el discurso de Beccaria avanza en una dirección orientada por la creencia en las posibilidades reformadoras del despotismo ilustrado, por los valores que años más tarde inspirarían la revolución liberal y por la confianza en el hombre cuando se encuentra iluminado por la razón y la ciencia²⁰. El hombre

unos arqueros a modo de destacamento, permanecemos en la plaza hasta cerca de las once. Se quiere hallar significado al hecho de que un perro se echó a la mañana siguiente sobre el sitio donde había estado la hoguera, y ahuyentando repetidas veces, volvía allí siempre. Pero no es difícil comprender que el animal encontraba aquel lugar más caliente. Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, trad: Aurelio Garzón del Camino, 34 ed., México, Siglo veintiuno editores, 2005, pp. 11 – 13. Nótese como el antiguo régimen teatralizaba el castigo. Afortunadamente se observó por mucho tiempo una disminución del castigo total, pero desafortunadamente se observa un retorno del castigo, no con esa brutalidad, pero si se puede considerar un retroceso la alta punición del Estado para castigar el delito.

¹⁸ Es justo señalar que a Beccaria se le considera el padre del abolicionismo, y una de sus propuestas era que la pena de muerte perfectamente podía ser substituida por la cadena perpetua, y generar un mucho mayor efecto de disuasión de los delitos.

¹⁹ Muy significativo de la realidad del país, me resulta el reportaje de Karina Avilés, intitulado: “Unos 10 millones de jóvenes truncan sus estudios por carencias económicas”, publicado en el diario la Jornada el día 4 de enero de 2010, donde dice: “Actualmente hay cerca de 10 millones de jóvenes en edad de asistir al bachillerato y a la universidad, que no lo hacen por falta de recursos económicos, porque truncan su educación a temprana edad o porque no quisieron continuar con sus estudios, de acuerdo con cifras de la Secretaría de Educación Pública”.

²⁰ Una ideología que procuró mayor apertura a las ideas, y que sin duda jugó un enorme papel en los valores humanistas de la época de Beccaria, y que de una o de otra manera tiene conexiones con el presente, es el enciclopedismo francés, sobre el que considero necesario para los fines del presente ensayo subrayar lo siguiente: “La gran *Encyclopédie* de Diderot y D’Alambert no es la mayor enciclopedia que se haya publicado, ni la primera ni la más popular, ni la que tiene mayor autoridad. Lo que hace de ella el acontecimiento más significativo de toda la historia intelectual de la ilustración es su particular constelación de política, economía, testarudez, heroísmo e ideas revolucionarias que prevaleció, por primera vez en la historia, contra la determinación de la Iglesia y de la Corona sumadas, es decir, contra todas las fuerzas del *establishment* político en Francia, para ser un triunfo del pensamiento libre, del principio secular y de la empresa privada. La victoria de la *Encyclopédie* no presagió sólo el triunfo de la Revolución, sino también el de los valores de los dos siglos venideros”. Blom, Philipp, *Encyclopédie el triunfo de la razón en tiempos irracionales*, trad: Javier Calzada, 3ª ed, Barcelona, Anagrama, 2008, p. 11. Desde la perspectiva de la política criminal esbozada por Beccaria en su tratado, el enciclopedismo es muy importante al representar el

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

cada hombre individualmente considerado, y su derecho a ser feliz en una sociedad hecha por él y para él, ocupara el centro de todo su razonamiento²¹.

Una de las principales aportaciones del pensamiento de Beccaria, es llamar al sujeto a la reflexión sobre lo que implica el concepto de daño social y la defensa de lo social como elemento indispensable para el Estado de derecho. En mi consideración divorciar estos dos aspectos de la realidad jurídico - penal es incurrir en un grave error, por eso se debe poner mayor atención en el aspecto humano, tal como se puede ver a partir de la publicación del ya célebre libro de los *Delitos y las penas*. Por eso, para un autor como Baratta las repercusiones de la obra de Beccaria son múltiples y continúan vigentes hoy en día, más si se considera que:

La consecuencia de esto para la historia de la ciencia penal, no sólo italiana sino europea, es la formulación programática, de los presupuestos de una teoría jurídica del delito y de la pena, así como del proceso, en el marco de una concepción liberal del Estado y del derecho basada en el principio utilitarista de la máxima felicidad para el máximo número, y en las ideas del contrato social y de la división de poderes²².

Considero que un logro muy importante del pensamiento de Beccaria, es poner en la mesa de discusión la renovación del derecho penal, y por ende del delincuente, como sujeto racional. Esta nueva concepción al paso del tiempo se vio reflejada en nuevas y renovadas legislaciones de derecho penal, donde pasaron a contemplarse nuevas disposiciones como las disuasivas. Efectivamente, a partir del:

[...] siglo XX, las nuevas criminologías científicas expusieron un concepto del criminal como un tipo humano anormal, moldeado por factores genéticos, psicológicos o sociales y, hasta cierto punto, incapaz de resistir la tendencia inherente hacia una conducta criminal. Una vez más estos nuevos conceptos sirvieron para reestructurar la política penal de modo que el proceso formal de evaluación de la personalidad se convirtió en un auxiliar importante de las sentencias, y se crearon instituciones especializadas y regímenes para tratar a los diferentes tipos de personalidades, tales como infractores consuetudinarios, ebrios, psicópatas y delincuentes²³.

Lo anterior se puede traducir en la influencia garantista de la filosofía propugnada por Beccaria, que tiene por finalidad principal la introducción de los derechos

sustrato teórico para elaborar una propuesta frente a la impunidad del viejo régimen, y un impulso para el pensamiento humanitario en el derecho, por eso la importancia de elaborar un nuevo contrato social que promoviera una menor desigualdad entre los hombres.

²¹ Beccaria, Cesare, *op. cit.*, Ed. Tecnos, p. XI.

²² Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad: Álvaro Búnster, 8ª ed, México, Siglo veintiuno editores, 2004, p. 25.

²³ Garland, David, *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, trad: Berta Ruiz de la Concha, México, Siglo Veintiuno, 1999, p. 244.

humanos al derecho penal y por ende la apertura del derecho penal moderno, que no se encuentra exento de críticas²⁴, como la de Foucault que sostiene que la humanización de las penas se llevó a cabo por razones estructurales, particularmente económicas. Es más rentable disciplinar al sujeto y verlo como utilidad que matarlo con tanta crueldad, por eso a la cárcel se le comienza a vincular con la fábrica; sin negar el factor económico, considero que el trabajo en cárcel bien estructurado y diseñado le resulta muy positivo al sujeto delincente, en aras de obtener pronto su libertad readaptado.²⁵

3. APORTACIONES RELEVANTES DE CESARE BECCARIA AL DERECHO PENAL

La pena es un elemento relevante para otorgarle funcionalidad a las relaciones sociales, sin embargo, la idea de pena varía en razón de la época y del contexto, y siendo el tiempo presente poco adecuado para un derecho penal de corte Beccariano, es preciso recordar y reflexionar en torno a una visión más humana de las penas.

Desde esta perspectiva se debe señalar que la idea de pena se basa en la justa necesidad de los hombres de vivir en sociedad, por lo que se deben evitar las conductas despotas, y buscar el acuerdo común entre los miembros de la sociedad lo que implica una visión contractual: “El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forman el derecho de castigar, todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho no derecho”²⁶.

²⁴ Ver: Foucault, Michel, *op. cit.*

²⁵ Es indudable la importancia del derecho penal para la evolución y la paz social de la sociedad, más aun en la actual época de cambio, como consecuencia de la cada día más globalizada sociedad, se hace evidente regular nuevas conductas sociales que sin duda reclaman la intervención del derecho penal, pero en razón del tipo de intervención se podrá ver si interviene un derecho penal garantista o un derecho penal del enemigo, el que en gran medida se encuentra condicionado por factores de índole estructural y económico; de ahí que para Jakobs, “[...] no se puede degradar al Derecho penal al papel de mero lacayo, pues es parte de la sociedad y, dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aún a plena luz del día. Pero por otro lado, el Derecho penal tampoco puede constituirse en la base de una revolución social; pues en cuanto ya no contribuye al mantenimiento de la configuración de la sociedad (aunque, desde luego, se trata de una configuración susceptible de evolucionar), falta ya la base sobre la cual podría iniciarse con éxito una revolución”. Jakobs, Gunther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, p. 24. Es preciso dejar claro que la concepción derecho penal del enemigo acuñada por Jakobs, busca sistematizar la realidad de la época, por lo que no debe entenderse como una toma de posición de ese tipo de posturas por parte del alemán, es el aspecto económico lo que marca lo que determina la aparición del derecho penal del enemigo.

²⁶ Beccaria, Cesare, *op. cit.*, p. 17. “Edición Tecnos”

Vinculado con esta propuesta la ley solo puede interpretarla el legislador, reduciendo al juez a un mero aplicador de la ley, lo cual no me parece viable para estos tiempos en que vivimos cada día más como víctimas de una amplia red normativa, en donde muchas de las veces se complica interpretarlas a los propios jueces, con mayor razón se complicaría si dicha actividad se limita a los legisladores. No obstante el legislador debe

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Muy importante es atender a la igualdad de las penas en el momento de su aplicación, sin importar condiciones sociales o de otra índole. No es por medio de la dureza de la pena como se limitan los índices delictivos, sino por medio de la correcta aplicación de la pena, que en la medida de lo posible debe procurarse que sea benigna, y la dureza de la pena, que puede a juicio del juez ser hasta de cadena perpetua, dejarse a los delitos que inicialmente merecen la pena de muerte.

Un aspecto muy importante es el del nombramiento de los jueces, que hoy en día resulta ser un punto muy sensible del poder judicial, ya sea local o federal. Los jueces están para impartir justicia, no al servicio de los grandes intereses económicos como en ocasiones correcta o incorrectamente se percibe por parte del ciudadano común, por tanto: “[...] la justicia debe ser administrada por jueces conocedores y no alejados de lo que piensan y sienten los hombres de la calle puesto que sus decisiones deben ser comprensibles”²⁷.

Uno de los máximos ideales de toda política criminal es ver cómo se previene la delincuencia, disyuntiva a la que Beccaria no se mostro ajeno, sino al contrario en su tratado se observa en todo momento una preocupación, lo que se refleja en sus propuestas, y, se puede ver en la siguiente cita:

Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad y al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto.²⁸

Uno de las formas más importantes de prevenir los delitos, y con ello buscar una sociedad más justa, es incentivar la educación para la libertad, por eso más allá de establecer un orden jurídico restrictivo, lo que se debe buscar es ampliar los espacios de libertad, para evitar que “[...] las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos”²⁹. Lo que el autor señala es que las leyes deben tener un carácter de igualdad, no pueden hacerse leyes que condenen a la mayoría de los hombres a la injusticia, ese tipo de leyes en lugar de liberar³⁰ al hombre lo reduce

esforzarse en hacer la ley lo más sencilla y clara posible. Al respecto véase: Bobbio, Norberto *Teoría general del derecho*, trad: Jorge Guerrero R, 2ª ed, Colombia, Temis, 1997, pp. 3 – 17.

²⁷ Beccaria, Cesare, *op. cit.*, p. XL. “Edición Tecnos”. En rigor, todo proceso judicial debe ser lo más breve posible, y respetando los derechos humanos del inculpado, lo que significa, entre otras cosas, evitar la tortura y el no declararse culpable bajo presión alguna.

²⁸ *Ibidem*, p. 109.

²⁹ *Ibidem*, p. 110.

³⁰ Uno de los grandes problemas de nuestros días es la educación, y particularmente la de los hombres en condición de marginación social. Sin duda, que “La educación de las masas es el problema fundamental de los países en desarrollo, una educación que, liberada de todos los rasgos alienantes, constituya una fuerza posibilitadora el cambio y sea impulso de libertad. Sólo en la educación puede nacer la verdadera sociedad humana y ningún hombre vive al margen de ella. Por consiguiente, la opción se da entre una educación para

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

a una condición de esclavo, de acuerdo a sus particulares circunstancias, y como atinadamente señala Beccaria es mejor que el hombre le tema a las leyes, que a los propios hombres, el temor de un hombre a otro hombre se deriva a menudo de las injusticias y desigualdades sociales, y en ese temor florecen situaciones que a la larga son el fruto de grandes males sociales.

Para concluir su tratado Beccaria, aborda el tema de la educación desde la óptica de Rousseau contenida en su célebre libro el Emilio. Esto, como condición para evitar los delitos, desafortunadamente lo desarrolla de forma muy breve por no ser el objeto del libro, pero no por eso menos interesante, razón por la que me permito citar completa la propuesta, que a la letra dice:

Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, objeto muy vasto, y que excede los límites que me he señalado; (me atrevo a decirlo) que tiene vínculos demasiado estrechos con la naturaleza del gobierno que permitir que sea un campo estéril, y solamente cultivado por un corto número de sabios. Un grande hombre, que ilumina la misma humanidad, que lo persigue, ha hecho ver por menor cuáles son las principales máximas de educación verdaderamente útiles a los hombres, esto es, basarse menos en una estéril muchedumbre de objetos, que en la elección y brevedad de ellos; en sustituir las copias por originales en los fenómenos así morales como físicos que el accidente o la industria ofrece a los tiernos ánimos de los jóvenes; en guiar a la virtud por el camino fácil del sentimiento, y en separar del mal por el infalible de la necesidad y del inconveniente, en vez de hacerlo por el incierto del mando y de la fuerza, por cuyo medio se obtiene sólo una ficticia y momentánea obediencia³¹.

la domesticación alienada y una educación para la libertad. Educación para el hombre objeto o educación para el hombre sujeto”. Freire, Paulo, *La educación como práctica de la libertad*, 53ª ed., México, Siglo veintiuno editores, “cita tomada de la contraportada”. Por eso considero que es más importante pensar que crear, el pensamiento siempre se acompaña de las reflexiones, las cuales nos permiten una mejor orientación para la vida buena.

³¹ Beccaria, Cesare, *op. cit.*, pp. 115 y 116. Desafortunadamente México no se caracteriza por ser un país que impulse una formación filosófica – política, aunque sea de forma muy básica, y dicha omisión es exhibida cuando catedráticos de la talla de Massimo Pavarini llevaron a cabo una estancia de investigación en la Universidad Autónoma Metropolitana, donde se da cuenta de lo siguiente: “Lo que más me inquieta es la dificultad que tienen los jóvenes mexicanos para acceder a una buena cultura, principalmente en lo que se refiere a mis disciplinas de conocimiento, sino que uno queda perplejo cuando esos documentos son utilizados, prescindiendo casi completamente de la diversa formación cultural de los estudiantes. Como ejemplo, se puede citar que en Italia la mayoría de los alumnos de la Facultad de Derecho han recibido en la escuela secundaria una discreta formación filosófica. Si yo en mis alumnos de Bologna hago referencia al pensamiento iluminista de un Beccaria o de un Bentham, puedo contar con la comprensión casi general de los estudiantes. Aquí, en México, no, por la simple razón que la gran mayoría no ha recibido alguna noción filosófica. Entonces, ¿para qué sirve utilizar un libro como el de Baratta que es por excelencia de filosofía del Derecho Penal? Ese

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Debo reconocer que la educación no resuelve todos los problemas de una sociedad, pero donde hay buena educación siempre existirán, por lo menos, soluciones parciales a los grandes problemas del Estado. Así pues, para concluir el presente ensayo, y retomando las ideas sobre la educación de Beccaria, señalo los siguientes aspectos que entre otros, para mí resultan ser cruciales en toda política educativa que se precie de ser democrática: para que educamos, para que vamos a la escuela, como educamos, cuales es el fin de la educación, el proyecto educativo, valores educativos, contenidos educativos, sindicatos educativos, educación crítica, y pluralidad de ideologías docentes³².

No cabe duda, que como afirma Delors³³, la educación encierra un tesoro, y es en mi consideración el más importante instrumento con que puede contar el Estado para desarrollar a una sociedad, y los aspectos señalados en el párrafo anterior mucho tienen que ver en ese progreso que habrán de experimentar las naciones que se decidan a apostar por la educación como palanca de cambio y progreso, por el momento solo he optado por señalarlos, ya que el desarrollarlos requiere de otro espacio y otro tiempo.

Para concluir, solo me resta señalar que una de las críticas que se le hicieron a Beccaria en su momento, fue el que concediese que el insolvente no culpable se le aprendiera como una forma de garantizar las deudas o de otra forma se le condenase a pagar como esclavo a sus acreedores, lo que significaba el visto bueno de Beccaria a la prisión por deudas³⁴. Pero en posterior edición con gran humildad se reconoce estar avergonzado y pide perdón por su conducta.

pequeño gran texto, es uno de los mejores que hoy se encuentran en el mundo, para la introducción al pensamiento criminológico, pero está pensado para un curso dirigido a estudiantes que tienen ya una formación filosófica". González Vidaurri, Alicia y Sánchez Sandoval, Augusto, *Criminología*, 2ª ed, México, Porrúa, 2008, pp. VII y VIII. "En primer lugar, está el dramático problema mexicano de cómo obtener fuentes científicas; la imposibilidad de poder consultar manuales, libros, monografías y revistas, que en Europa se pueden leer por miles en cualquier biblioteca de casi todas las sedes universitarias, aunque sean pequeñas. Por ello, he estado constreñido a ofrecer como auxilio didáctico a mis alumnos, algunos centenares de fotocopias de los pocos libros que traje de Italia y esto me provoca una infinita tristeza. La dificultad no está sólo en encontrar fuentes bibliográficas, sino sobre todo, en que hay una acrítica importación de modelos extranjeros. Esto no quiere decir que me oponga a que puedan ser traducidos manuales de distinto tipo."

³²Para una reflexión sobre el surgimiento y evolución de la educación véase: Jaeger, Werner, *Paideia*, trad: Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, 17ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2004. Véase también: Latapí Sarre, Pablo, *Finale prestissimo, pensamientos, vivencias y testimonios*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

³³ Delors, Jacques, *La educación encierra un tesoro, informe a la UNESCO de la comisión internacional sobre la educación para el siglo XXI, presidida por Jacques Delors*, México, Editorial Dower, 1997.

³⁴ Una excelente propuesta de tinte humanista, y por tanto muy beccariana la expone en su excelente libro, Zaragoza Huerta, José, *Derecho penitenciario español*, México, Elsa G. de Lazzano, 2007. No obstante,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria Bonesana, Cessare, *Tratado de los delitos y de las penas*, s/t, Brasil, Editorial Heliasta, 1993.
- Beccaria Bonesana, Cessare, *Tratado de los delitos y de las penas*, de la edición de Alianza Editorial, Serie Derecho, España, 2ª ed, 2002.
- Beccaria Bonesana, Cessare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Tecnos Clásicos del pensamiento, 2008.
- Bobbio, Norberto, *Autobiografía*, trad: Esther Benítez, Madrid, Taurus, 1998.
- Blom, Philipp, *Encyclopédie el triunfo de la razón en tiempos irracionales*, trad: Javier Calzada, 3ª ed, Barcelona, Anagrama, 2008.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad: Álvaro Búnster, 8ª ed, México, Siglo veintiuno editores, 2004.
- Bobbio, Norberto *Teoría general del derecho*, trad: Jorge Guerrero R, 2ª ed, Colombia, Temis, 1997.
- Cienfuegos Salgado, David y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo, coords., *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Delors, Jacques, *La educación encierra un tesoro, informe a la UNESCO de la comisión internacional sobre la educación para el siglo XXI, presidida por Jacques Delors*, México, Editorial Dower, 1997.
- Freire, Paulo, *La importancia de Leer y el proceso de liberación*, 18 edición, México, Siglo veintiuno editores, 2008.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, trad: Aurelio Garzón del Camino, 34 ed, México, Siglo veintiuno editores, 2005.
- Garland, David, *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, trad: Berta Ruiz de la Concha, México, Siglo Veintiuno, 1999.
- González Vidaurri, Alicia y Sánchez Sandoval, Augusto, *Criminología*, 2ª ed, México, Porrúa, 2008.
- Hendler, S. Edmundo, *Las raíces arcaicas del derecho penal*, Buenos Aires, Ediciones del puerto, 2009.
- Jakobs, Gunther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996.
- Jakobs, Gunther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed, trad: Manuel Cancio Meliá, Navarra, Civitas, 2006.
- Jaeger, Werner, *Paideia*, trad: Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, 17ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

considero en la actual coyuntura mexicana me parece que resulta inaplicable, por las razones y causas señaladas en el cuerpo de este trabajo.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Latapí Sarre, Pablo, *Finale prestissimo, pensamientos, vivencias y testimonios*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

----- “El país que estamos perdiendo”, *Proceso*, México, DF, núm. 989.

Muñoz Conde, Francisco, *El derecho penal del enemigo*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

Nussbaum, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales: sen y la justicia social*, trad: Everaldo Lamprea Montealegre, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Pérez Fernández del Castillo, Germán, *Modernización y desencanto los efectos de la modernización mexicana en la subjetividad y la gobernabilidad*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2008.

Peces Barba, Gregorio y Fernández García, Eusebio y De Asís Roig, Rafael, *Historia de los derechos fundamentales*, “tomo II, volumen II, Dykinson, Madrid, 2001.

Steiner, George, Diez (posibles) razones para la tristeza del pensamiento, trad: María Condor, México, Fondo de Cultura Económica y Ediciones Siruela, Primera reimpresión 2009, México, 2009.

Zaragoza Huerta, José, *Derecho penitenciario español*, México, Elsa G. de Lazcano, 2007.

ANÁLISIS DEL CASO TADIC EN LO RELATIVO A LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA QUE SE LE IMPUSO

Ivonne Yennissey ROJAS

Datos generales del proceso de Dusko Tadic

Los temas que se vieron en el proceso fueron los siguientes: competencia, clasificación y fuentes del derecho de los conflictos armados internacionales y no internacionales, infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones de la leyes o usos de la guerra, crímenes de lesa humanidad, prueba testimonial, imputación individual y corporativa, Responsabilidad penal individual.

Hechos: Terminando mayo de 1992 las fuerzas serbias que atacaron a miembros de la población Bosnia musulmana y croata en la municipalidad de Prijedor (Bosnia Herzegovina), procedieron a la confinación de miles de personas en los campos de Omarska, Keraterm y Trnopolje. De acuerdo con la ocasión, Dusko Tadic habría participado hasta diciembre de 1992, en ataques, captura, maltrato y homicidio contra musulmanes y croatas bosnios, tanto dentro como fuera de dichos campos. Prófugo de la justicia, Tadic fue capturado en Munich el 13 de febrero de 1994 por la policía de alemana.

Procedimiento: La resolución de acusación que abre paso al juicio del acusado se presenta inicialmente el 13 de febrero de 1995 y, de acuerdo al Estatuto del TPIY, los cargos que se le imputaban al acusado fueron:

- Doce, por infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, (Artículo 2.- asesinato; tortura o tratamiento inhumano; causar gran sufrimiento o lesiones graves al cuerpo o a la salud)
- Diez, por violaciones de las leyes o usos de la guerra (Artículo 3.- tratamiento cruel, asesinato)
- Doce, por Crímenes de lesa humanidad (Artículo 5.- persecución por motivos políticos, raciales y/o religiosos, asesinato y actos inhumanos)

En su comparecencia inicial, el 26 de abril de 1995 (dos días después de haber sido transferido a La Haya), Tadic se declara “inocente” de todos los actos endilgados. Entre tanto, la Sala de Primera Instancia, el 10 de agosto y, la de Apelación, el 2 de octubre de ese mismo año, deciden de manera desfavorable sobre la excepción prejudicial de incompetencia interpuesta por la defensa. En cuanto al proceso de responsabilidad penal individual (Artículo 7.1), este se desarrolla entre el 7 de mayo

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

y el 28 de noviembre de 1996, es decir, durante 79 días; dando lugar al fallo de culpabilidad por seis de los cargos de crímenes de lesa humanidad (Artículo 5.- persecución por motivos políticos, raciales y/o religiosos, y por actos inhumanos) y por cinco de los cargos de violación de las leyes o usos de la guerra (Artículo 3.- tratamiento cruel) por la Sala de Primera Instancia II, el 7 de mayo de 1997 y, la sentencia de condena de veinte años de prisión, el 14 de julio de 1997.

No obstante, con base en la acusación de otros nueve cargos, el 15 de julio de 1999, la Sala de Apelación declara la responsabilidad adicional de Tadic, por siete de los cargos de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (Artículo 2) y, dos por asesinato, a título de violación de las leyes o usos de la guerra (Artículo 3) y por crímenes de lesa humanidad (Artículo 5), por los que había sido absuelto en primera instancia. Así por designación del Presidente su caso es reenviado a una Sala de Primera Instancia Bis, a efectos de establecer la pena complementaria, en sentencia de condena pronunciada el 11 de noviembre de 1999 y que le determina cumplir 25 años de prisión. Al ser apelada dicha sentencia y, reuniendo a la apelación de ésta, la del 14 de julio de 1997 contra la condena, la Sala de Apelación decide reducir la pena máxima a 20 años de prisión, el 26 de enero de 2000.

Finalmente, el condenado fue transferido a Alemania el 31 de octubre de 2000, donde purga el resto de la sentencia (descontándole el tiempo que estuvo detenido). Aún cuando el 18 de junio de 2001, demandó la revisión integral de su caso y de los procesos en primera instancia y de apelación, en razón del comportamiento fraudulento “ultraje” de su abogado durante el proceso, tal solicitud fue definitivamente rechazada por la Sala de Apelación el 30 de julio de 2002.

Tesis en presencia: Varios argumentos a favor y en contra del acusado fueron confrontados. En cuanto a la jurisdicción del Tribunal Internacional, la defensa alegaba su creación ilícita, la injustificada primacía sobre los tribunales nacionales y su falta de competencia material. En relación con la participación de Tadic en los actos que le fueron imputados, su abogado en ocasiones la alegaba por medio de una defensa de coartada (que no se encontraba en el lugar de los hechos) o la minimizaba, calificando la prueba de insuficiente o dudosa por su falta de especificidad, identificación, corroboración, alteración y confrontación procesal, entre otras, lo que implicaba una desigualdad de armas conducentes a la negación del debido proceso, que junto al error de hecho, lleva a un desvío de la justicia. Adicionalmente, la defensa pretendía demostrar que las víctimas no tenían la calidad de “personas protegidas” según el artículo 2 del Estatuto del TPIY por no tratarse de un conflicto armado internacional y, en relación con los crímenes de lesa humanidad, que éstos no podrían cometerse por motivos puramente personales y que no requerían de una intención discriminante para su configuración.

La fiscalía, por supuesto, contradujo cada uno de estos argumentos y en cuanto a la competencia del Tribunal Internacional, defendió la tesis de su creación conforme al Derecho Internacional y a la Carta de las Naciones Unidas, lo que justifica su

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

primacía frente a los tribunales nacionales, así como su competencia para conocer tanto de actos cometidos en el transcurso de un conflicto armado internacional como interno. También refutaría la defensa de coartada del acusado. Los reproches relativos a la prueba y al derecho aplicable. De hecho, para la acusación, las víctimas si eran personas protegidas de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario y, en relación con los crímenes de lesa humanidad, estos podrían cometerse incluso por puros motivos personales o intención discriminante.

Problemas jurídicos: Como es notorio, se presentaron importantes cuestiones de derecho sustantivo y procesal, desde el establecimiento del Tribunal Internacional, pasando por la validez de las pruebas y el derecho aplicable hasta la responsabilidad penal individual. En efecto, ¿Cómo debe ser interpretado el concepto de “legalidad” en derecho internacional?, ¿tiene competencia el Consejo de Seguridad para crear un Tribunal Internacional que prevalezca sobre las jurisdicciones nacionales?, ¿cuál es el derecho aplicable en caso de conflicto armado interno y cuándo se internacionaliza?, ¿cómo proteger a las víctimas y testigos sin vulnerar el debido proceso y la igualdad de armas en especial?, ¿cómo opera la responsabilidad penal individual en situaciones como las del presente caso? ¿se atiende el principio de proporcionalidad de las penas?

Solución adoptada: Para el Tribunal Internacional no fue fácil resolver esta serie de interrogantes. Antes que nada, se sentó la base jurisprudencial de la competencia y la licitud del Tribunal Internacional, como quiera que las medidas que puede adoptar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en caso de amenaza o ruptura en la paz y seguridad internacionales no son limitadas; son de obligatorio cumplimiento y se superpone a las demás obligaciones de la ONU. Adicionalmente, consideró que el Tribunal era competente para conocer de crímenes cometidos tanto en caso de conflicto armado internacional como interno, sobre el cual, existía además un derecho consuetudinario o de carácter general. A ese propósito, fue incluso controvertida la manera como se hizo el ejercicio de imputación de los hechos ilícitos de una infracción insurgente (milicias croatas o serbias de Bosnia Herzegovina) a una potencia extranjera (República de Croacia y Federal Yugoslava de Serbia y Montenegro) que permitió internacionalizar el conflicto y determinar la responsabilidad penal individual por los crímenes atribuidos a Tadic. En relación con la prueba, se reconoció la posibilidad de restringir el acceso y la confrontación directa de las víctimas o testigos por la defensa por motivos de seguridad; no obstante, acudiendo a medios técnicos para garantizar el debido proceso. Finalmente, se logró un importante avance en la interpretación de los elementos constitutivos de los crímenes de guerra, tanto en conflicto armado internacional como interno, y los crímenes de lesa humanidad, cuya dependencia con un conflicto armado fue eliminada.

Antecedentes personales

Duško Tadić, nació el 1 de octubre de 1955 en Bosnia-Herzegovina autoridad serbiobosnia. El proceso del Tribunal Internacional contra Dusko Tadic, que se

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

desarrolló íntegramente en la sede del Tribunal en La Haya, Países Bajos, se abrió el 12 de octubre de 1994.

Creación del Tribunal Internacional

El Tribunal Internacional fue creado por las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad para la creación del Tribunal Internacional recurre al artículo 39 y 41 de la Carta. Las Resoluciones 808 y 827 hacen referencias explícitas a que la situación en la ex-Yugoslavia constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacional y el Consejo de Seguridad decide la creación del Tribunal como una manera de restablecer la paz y la seguridad internacional.

Es importante mencionar que además de las resoluciones principales citadas, se dieron una serie de informes preliminares y Resoluciones de la Asamblea General y otros sobre la situación en los territorios ex-yugoslavos que de manera directa o indirecta mencionaban la necesidad de establecer un Tribunal, entre las más importantes resoluciones tenemos, la de la Comisión de Derechos Humanos 1992/S-2/1 del 1 de diciembre de 1992, en donde propone al Consejo de Seguridad que tome las medidas efectivas del caso para poner fin a las violaciones de derechos humanos en la ex-Yugoslavia. Asimismo, la Asamblea General, en su Resolución 47/147 de 18 de diciembre de 1992, responsabilizó personalmente a los violadores de derechos humanos e hizo un llamado para que éstos sean juzgados. La Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa hizo lo mismo, el 7 de noviembre de 1991 solicitó una atención especial para los responsables individuales de las violaciones de derechos humanos e hizo un llamado para que se determinaran rápidamente las pruebas necesarias para juzgar a los criminales de guerra. También los negociadores de la ONU, M. Vance y Lord Owen desde el inicio de su gestión fueron de la idea de que era necesario sentar las responsabilidades de los culpables de las violaciones masivas de derecho internacional humanitario.

La competencia del Tribunal internacional para la ex Yugoslavia comprende la facultad para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991, de conformidad con lo dispuesto en su estatuto.

Organización del Tribunal

El Tribunal Penal Internacional estará constituido por: las Salas, que consistirán en dos Salas de Primera Instancia y una Sala de Apelaciones; el Fiscal y una Secretaría, que prestará servicios a las Salas y al Fiscal.

Las Salas estarán integradas por 11 Magistrados, 3 en cada una de las Salas de Primera Instancia y 5 Magistrados en la Sala de Apelaciones.

Al redactarse el Estatuto se previó la creación de una Unidad de Víctimas y Testigos, dadas las características que ya se conocían de los crímenes cometidos en la guerra en la antigua Yugoslavia y de los cuales las víctimas eran en un 90% civiles inocentes. Se organizó la Unidad bajo la dirección y supervisión de la Secretaría y se

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

le encomendó prestar la asistencia necesaria a las víctimas y a los testigos, particularmente en los casos de agresiones y crímenes sexuales de las que han sido víctimas miles de mujeres y muchos hombres en esa guerra. Por múltiples razones no ha funcionado con los objetivos que le asigna el artículo 22 del Estatuto, en el cual por primera vez en un cuerpo de normas internacionales, se incluye el derecho de las víctimas y los testigos a ser protegidos.

Derecho aplicable

El Tribunal Internacional debe respetar el principio de *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ese sentido debe aplicar el derecho internacional humanitario convencional, así como el derecho internacional aplicado en los conflictos armados que está contenido en los siguientes instrumentos internacionales: Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de guerra. La Convención de La Haya (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra de tierra y sus respectivos anexos de 18 de octubre de 1907; la Convención sobre la prevención y la represión del crimen de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945, que se toma para explicar el fundamento legal de la categoría de "crímenes contra la humanidad". Nótese que no hay referencia a los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.

De acuerdo con el artículo 2 del Estatuto del TPIY (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia), "los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable" constituirán "violaciones" (infracciones) graves de los Convenios de Ginebra de 1949:

- a) Homicidio intencional;
- b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud;
- d) Destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria;
- e) Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga;
- f) Privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías;
- g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil;
- h) Toma de civiles como rehenes.

Las violaciones de las leyes o usos de la guerra están contempladas en el artículo 3º del Estatuto del Tribunal Internacional, y son:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios;

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares;
- c) Los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos;
- d) La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos, u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a estos;
- e) El pillaje de bienes públicos o privados.

El genocidio está contemplado en el artículo 4° del mismo Estatuto y establece que se entenderá cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial;
- d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Finalmente, los crímenes de lesa humanidad están contemplados en el artículo 5° del Estatuto del TPIY, que se hayan cometido contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.

Competencia del Tribunal

Competencia ratione loci: el Tribunal es competente para conocer de los crímenes cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales (Artículos 1 y 8 del Estatuto).

Competencia ratione temporis: admitir la competencia del Tribunal sobre crímenes de guerra imprescriptibles que hubiesen sido cometidos en cualquier tiempo en la

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

antigua Yugoslavia, era incompatible con el fundamento jurídico de su creación, el Capítulo VII de la Carta. Esto condujo a escoger una fecha a partir de la cual el Consejo había constatado que las violaciones al Derecho Internacional Humanitario había constituido una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Fue un razonamiento simplista y algo arbitrario (las violaciones al Derecho Internacional Humanitario serían, en todo caso, anteriores a la fecha de su constatación). El Secretario General se fundamentó en los términos de la Resolución 808 (1993) e interpretó que el primero de enero de 1991 era la mejor fecha. Quedó así establecido en el artículo 8 del Estatuto.

Competencia ratione materiae: la competencia ordinaria del Tribunal determina que conocerá únicamente de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario.

Garantías procesales

El procesado goza de la presunción de inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, la proporcionalidad de la pena a la propia culpa; el *non bis in idem*. También goza de todas las garantías procesales propias de los modernos procedimientos penales¹.

Las garantías del imputado y del condenado son el fundamento y complemento de todo catálogo actual de derechos humanos.

Criterios para la imposición de condenas

El Estatuto y las Reglas establecen a continuación las penas que podrán ser impuestas al procesado por la Sala de Primera Instancia.

Regla 101². Penas

- A. Las personas procesadas podrían ser sentenciadas a prisión hasta por el resto de su vida.
- B. En la determinación de las sentencia, la Sala de Primera Instancia tomará en cuenta los factores mencionados en el artículo 24 (2) del Estatuto, así como factores tales como:
 - I. Cualquier circunstancia agravante;
 - II. Cualquier circunstancia mitigante, incluyendo la cooperación sustancial con el Fiscal por la persona procesada antes o después de la condena;
 - III. La práctica general en cuanto a las sentencias de prisión en los Tribunales de la Antigua Yugoslavia;

¹ Clara Szczeranski, *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos-otra clase de delitos*, Fondo de Cultura Económica, Primera edición, Chile, 2004, pp. 21.

² La Regla 101 citada ha sido modificada en la actualidad, se suprimió el inciso C y D, en diciembre de 2000.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- IV. El alcance a que cualquier pena impuesta por una Corte de cualquier Estado sobre la persona procesada por los mismos actos que ya fueron cumplidos. Como los referidos en el artículo 10 (3) del Estatuto.
- C. La Sala de Primera Instancia indicará si múltiples sentencias serán cumplidas consecutivamente o concurrentemente.
- D. La sentencia deberá ser pronunciada en público y en la presencia de la persona procesada, sujeto a la sub-regla 102 (B).
- E. El cumplimiento será reconocido a la persona procesada por el periodo, si lo hubo, durante el cual estuvo detenida, previa a su entrega al Tribunal o previo al juicio o apelación.

La práctica de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia no delimita las fuentes sobre las que la Sala de Primera Instancia podrá basarse en alcanzar su determinación de la sentencia apropiada para el procesado.

Así, la Sala de Primera Instancia podría recurrir a la práctica de sentenciar de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia, exceptuando lo que el Estatuto, el Derecho Internacional, o consideraciones especiales, incluyendo la naturaleza especial y los propósitos que el Tribunal Internacional requieran otra cosa.

El artículo 24 (1) del Estatuto limita al Tribunal Internacional a penas de prisión o confiscación de propiedades/ bienes adquiridos injustamente. Por consiguiente, para crímenes que, en los Tribunales de la Antigua Yugoslavia, recibirían la pena de muerte, el Tribunal Internacional deberá imponer únicamente penas de prisión, pero impondrá una pena máxima de prisión de por vida en su lugar, consistente con la práctica de Estados en los cuales está abolida la pena de muerte y con el compromiso de los Estados de abolir progresivamente la pena de muerte, de acuerdo al Segundo Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dirigido a la abolición de la pena de muerte. De este modo no viola el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Por consiguiente, la práctica de sentenciar de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia a la fecha de la comisión de los delitos por los cuales Dusko Tadic fue encontrado culpable, en las prácticas en vigor a la fecha de la adopción del Estatuto por el Consejo de Seguridad en 25 de mayo de 1993, además de cambiar aquella práctica de sentenciar porque hace necesaria la imposición de penas menos severas consistentes con los estándares internacionalmente reconocidos de derechos humanos, y los efectos del Estatuto y el Derecho Internacional más generalmente, han sido considerados.

Respecto a la práctica de sentenciar de los Tribunales de la Antigua Yugoslavia, el artículo 41 (1) del Código Penal de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (ex Yugoslavia) –RSFY- establece varios factores que deberán ser tomados en cuenta en la determinación de sentencia:

El Tribunal ponderará la pena que será impuesta al perpetrador de un crimen dentro de los límites legales del castigo para dicho delito, teniendo en mente el propósito de la pena y tomando en consideración todas las circunstancias que

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

influyeron a la gravedad de la pena y particularmente el grado de responsabilidad criminal; motivos para la comisión del delito; la intensidad de la amenaza o daño al objeto protegido; circunstancia de la comisión del delito; la vida pasada del perpetrador (procesado); las circunstancias personales del procesado y su conducta después de la comisión del delito; además de otras circunstancias referentes al procesado.

Los artículos 42 y 43 también abordan y limitan las instancias en las que la mitigación especial de las penas que podrán aplicarse. Más allá del Código Penal de la RSFY, de acuerdo con el artículo 24 (2) del Estatuto, la Sala de Primera Instancia, debe igualmente tomar en cuenta “factores semejantes a la gravedad del delito y las circunstancias individuales del procesado”. Por consiguiente, la Sala de Primera Instancia tendrá en cuenta las reglas anteriores del Código Penal de la RSFY para determinar la sentencia de Dusko Tadic, junto con otros asuntos de mitigación y agravantes, usados en los Tribunales alrededor del mundo, como ha sido considerado apropiado por la Sala de Primera Instancia, así como las circunstancias individuales de Dusko Tadic.

La Sala de Primera Instancia también consideró penas impuestas por crímenes contra la humanidad por otros Tribunales Internacionales y Tribunales Militares Nacionales y sobre leyes nacionales. Todo esto se reflejó en las sentencias impuestas.

Establecimiento de la responsabilidad penal individual³

De acuerdo con el derecho internacional, el origen de la responsabilidad internacional se basa en la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el cual se compone de un elemento subjetivo, la imputación a un sujeto de derecho internacional y, de otro, objetivo, a saber, la violación de una obligación exigible al primero.

Si se quiere atribuir un hecho internacionalmente ilícito es necesario que el sujeto imputado cuente con una cierta capacidad criminal en el mismo ámbito. Esto lo puede lograr, *motu proprio* (como particular), o al actuar como agente de *facto* de una entidad que goza de subjetividad internacional, por ejemplo, el Estado. En el caso que nos ocupa, la Sala de Primera Instancia remota en detalle el contexto inherente al conflicto, desde el punto de vista histórico, geográfico, administrativo y estratégico; desde lo general, el proceso de desintegración de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (ex Yugoslavia) y, hasta lo más particular, la situación en el opstina (distrito) de Prijedor, lugar en que ocurrieron los hechos imputados al acusado.

Las reglas internacionales no siempre requieren el mismo grado de control sobre grupos armados o particulares para el propósito de determinar si un individuo que no tiene el estatus de funcionario estatal en concordancia con la legislación interna

³ Rafael A. Prieto Sanjuán, *Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, Universidad Javeriana, Primera edición, Colombia, 2005, pp. 187.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

puede ser considerado como órgano estatal de *facto*. La extensión del requisito de control estatal varía. El control requerido por el derecho internacional debe considerarse como existente cuando un Estado (o, en el contexto de un conflicto armado, la parte del conflicto) tiene un papel de organización, coordinación y planeación de las acciones militares del grupo militar, adicional a la financiación, entrenamiento y equipamiento o provisión de soporte operacional al grupo. Los actos realizados por el grupo o miembros de éste, deben ser considerados como agentes de *facto* de un órgano estatal sin importar cualquier instrucción específica, concerniente a la comisión de dichos actos por parte del Estado controlante.

El derecho internacional no requiere que los actos particulares en cuestión sean objeto de instrucciones específicas o directivas por parte de un Estado extranjero a ciertas fuerzas armadas, para que estas fuerzas sean entendidas como órganos estatales de *facto*.

Las expresiones capacidad, subjetividad y personalidad, son empleadas para referirse al titular de derechos y obligaciones en un determinado ordenamiento jurídico; virtudes que tradicionalmente han podido reivindicar los Estados y las organizaciones intergubernamentales en el derecho internacional. Sin embargo, en relación con el individuo, aún se debate en torno a su subjetividad internacional, desde la óptica de su capacidad sustancial (titularidad de derechos), o procesal (aptitud para reivindicarlos) y de su capacidad para responder penalmente ante instancias internacionales.

Los procesos y condenas pronunciadas por el TPIY permiten confirmar el principio de la responsabilidad penal individual reconocido por los juicios de Nuremberg y Tokio, así como por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Una es la responsabilidad penal del individuo, como particular o como funcionario del Estado y, otra, la responsabilidad del Estado como entidad colectiva o, eventualmente, la de un grupo irregular.

El TPIY se ocupa de la responsabilidad penal individual y no de los Estados, Repúblicas autoproclamadas, milicias armadas o grupos paramilitares, aunque haya tenido que profundizar en la responsabilidad estatal y en la imputación en particular para establecer la existencia de las infracciones graves que comúnmente se comenten en el transcurso de conflictos armados internacionales.

Para que se establezca y gradúe el nivel de responsabilidad, el Tribunal debe determinar la intencionalidad y el grado de participación.

En este caso, de Tadic, se constató una condición de intención, que comprende la conciencia del acto de participación unida a una decisión deliberada de participar en planear, instigar, ordenar, cometer o de otra manera, apoyar o inducir la comisión de un crimen.

La sala de Primera Instancia concluye que la ayuda y el apoyo comprende todos los actos de asistencia, sean palabras o actos materiales, que estimulen o presten sustento, siempre y cuando esté presente la intención. La sola presencia no basta, si

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

se presenta de manera ignorante o involuntaria. Sin embargo, si puede demostrarse o deducirse, por los elementos de prueba indirecta u otros, que la presencia tuvo lugar con conocimiento de causa y tiene un efecto directo y sustancial en la comisión del acto ilegal, es suficiente entonces fundar una conclusión de participación e imputar la culpabilidad criminal que la acompaña.

Para la configuración de un hecho internacionalmente ilícito, éste no solamente debe ser imputable a un sujeto con capacidad sustantiva y adjetiva en el plano internacional, sino que el acto imputado debe, efectivamente, constituir la violación de una obligación jurídica del mismo carácter, es decir, internacional.

El Derecho Internacional Humanitario, como rama del derecho internacional público aplicable a los conflictos armados, comprende un derecho sancionatorio que exige la demostración de la transgresión de una obligación internacional en vigencia, sin importar su origen, convencional (fundado en un tratado) o consuetudinario (basado en una costumbre internacional).

a) Infracciones graves y violaciones de las leyes o usos de la guerra

En la tercera parte del fallo de primera instancia (del 14 de julio de 1997) encontramos una larga reflexión dedicada al examen de cada uno de los cargos presentados en la Resolución de acusación, de los hechos invocados por la Fiscalía, el posible papel o participación del acusado, los elementos de prueba y las conclusiones fácticas de la Sala.

En relación con las infracciones graves (Art. 2° del Estatuto del TPIY) y, después de establecer las condiciones generales de la existencia del conflicto armado y la comisión de los actos imputados en el contexto de aquel, la Sala de Primera Instancia procedería a examinar el carácter consuetudinario de este artículo, así como el concepto de “personas protegidas”, clave en la definición de las infracciones graves.

Las víctimas de los actos cometidos por los serbios de Bosnia quedaría sin la protección que les podría brindar los Convenios de Ginebra, en especial el IV, que “protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.

De acuerdo con la Sala de Apelación del TPIY, la relación de *facto* entre el ejército bosnio serbio y la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) quedó demostrada, y esto permite internacionalizar el conflicto, caracterizando ciertas infracciones como graves, pues las víctimas serían consideradas como personas protegidas en el sentido de la IV Convención de Ginebra.

b) Crímenes de lesa humanidad

No se requiere nexo alguno entre los crímenes de lesa humanidad y un conflicto armado según el derecho internacional consuetudinario; lo que cuenta es el ataque general o sistemático contra la población civil.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El sentido de población civil es importante para la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, pues es claro que la población amenazada debe ser de naturaleza predominantemente civil.

Si el autor tenía conocimiento actual o práctico que sus actos se estaban cometiendo de manera sistemática o generalizada, y no cometió su acto por razones personales sin estar relacionado con los ataques sobre la población civil, eso basta para tenerlo como responsable de los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, el autor debe saber que hay un ataque contra la población civil y que sus actos son conformes a la agresión, así como que los actos no se cometieron por motivos personales sin relación con el conflicto armado. La Sala de Apelación corrigió la infortunada equiparación entre “ataque a la población civil” y “conflicto armado”. Estos dos conceptos no pueden ser idénticos, porque entonces los crímenes de lesa humanidad, por definición, siempre tendrían lugar en un conflicto armado, mientras que según el derecho internacional consuetudinario esos crímenes también pueden ser cometidos en tiempos de paz.

El acto tiene que estar íntimamente relacionado al ataque a la población civil, esto es, debe encajar de manera precisa en el contexto de persecución de un grupo particular, y seguir estando no relacionado con el conflicto armado. Sería erróneo concluir en estas circunstancias que, desde que el acto no esté relacionado con el conflicto armado, se comete por razones puramente personales. Lo opuesto, también es cierto; si el acto, fue llevado a cabo por simples motivaciones personales, no implica que deba faltar de manera inevitable el nexo requerido con el ataque a una población civil.

Las condiciones de contexto general social y particularmente militar son circunstancias que interfirieron y condicionan el intelecto del ofensor material, su saber y su querer, su libertad de opción y su efectiva posibilidad de comportarse de otro modo, su información para evaluar críticamente lo que estaba sucediendo. Ello nos lleva a tratar de entender ante los crímenes de lesa humanidad en un contexto histórico específico, qué pasó, por qué pasó, qué pensaron quienes entonces actuaron y cómo motivaron sus conductas. Sin estas consideraciones no se podrá evaluar debidamente el dolo ni la culpabilidad del agente, con sus respectivos marcos motivacionales. La distinta gravedad de la culpabilidad de cada uno debe ser, también en estos crímenes, como lo exige el derecho, la única medida de la pena que a cada cual corresponda. Los paradigmas actuales en materia de responsabilidad penal obligan a considerar, antes de reprochar una conducta al sujeto activo de un delito, el grado de comprensión que tenía al momento de los hechos y la libertad de que dispuso para optar por una conducta ajustada a derecho. La naturaleza y la magnitud de la pena deben ser proporcionales a la culpabilidad de los responsables, deben responder a la medida de dicha culpabilidad. Las penas deben tener un sentido que obedezca a la realidad socio-cultural. La pena es un medio para asegurar el cumplimiento de las normas requeridas por el Estado. Las penas que rigen al Estado liberal y democrático deben tener las siguientes características: prevención

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

solo especial e individualizada al máximo posible, legalidad estricta, **proporcionalidad** y adecuación a los fines del bien común, que también son elementos indispensables en la búsqueda de la resocialización y la reinserción de los sujetos condenados. No hay que pasar por alto que ningún daño inferido al autor de un delito puede disminuir el dolor de las víctimas ni reparar el mal causado; sólo contribuye a disminuir irracionalmente la ira manteniendo latente el conflicto de fondo y criminalizando la reacción del Estado.⁴

El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es una suma de los principios de legalidad y de retributividad y tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.⁵

El vocablo alemán para “proporcionalidad” equivale literalmente a “moderación” de una relación, o sea al estado o cualidad de una relación en un punto medio, moderado; en todo caso implica la interacción “adecuada” a la medida entre dos objetos.⁶

En el caso de Duško Tadić, las condenas impuestas fueron apegadas con el sentido del contenido del principio de proporcionalidad. La primera sentencia que se le impuso el 14 de julio de 1997, se le encontró culpable de los cargos imputados por tratos inhumanos como un crimen contra la humanidad; por tratos crueles como una violación a las leyes o costumbres de guerra; por varios actos de persecución como un crimen contra la humanidad, incluyendo asesinato.

Resumen de las decisiones relevantes en el caso Tadić

TPIY, caso IT-94-1

Duško Tadić (“Prijetor”)

Resolución de acusación: Inicial, 13 de febrero de 1995. Última modificación: 14 de diciembre de 1995

Proceso: 7 de mayo al 28 de noviembre de 1996

Fallo de la Sala de Primera Instancia: 7 de mayo de 1997

Sentencia de condena: 14 de julio de 1997 (20 años de prisión)

Fallo de la Sala de Apelación: 15 de julio de 1999

Sentencia de condena adicional: 11 de noviembre de 1999 (25 años de prisión) en primera instancia

Sentencia de condena en Apelación: 26 de enero de 2000 (20 años de prisión)

⁴ Clara Szczeranski, *Culpabilidades y sanciones en crímenes contra los derechos humanos-otra clase de delitos*-, Fondo de Cultura Económica, Primera edición, Chile, 2004, pp. 154, 155, 281, 382-384.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Octava edición, Madrid, 2006, pp. 396.

⁶ Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, IJ-UNAM, Primera edición, México, 2007, pp. 38.

PROBLEMAS PENITENCIARIOS DE HOY Y DE SIEMPRE

Antonio SÁNCHEZ GALINDO

Nota Inicial

Este modesto trabajo está dedicado a la doctora Emma Mendoza Bremauntz para ser publicado en su libro-homenaje: *Mujer Mexicana de excepción*, licenciada y maestra en derecho. Doctora en economía, criminóloga, penitenciarista, autora de múltiples libros sobre la variedad de las materias que domina. Para mí no sólo amiga, sino hermana por ser hija de nuestro padre intelectual, el Doctor Alfonso Quiroz Cuarón, en cuya casa departíamos sus charlas siempre plenas de sabiduría. Cabe también resaltar su trayectoria como maestra emérita y primera Secretaria de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Como penitenciarista tuve el honor de que me acompañara en los trabajos siempre arduos de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, como directora del Centro Femenil de Readaptación Social, donde se desempeñó con inteligencia, humanismo y sobre todo con la honestidad y honradez que la caracterizan y son un ejemplo para todos lo que la amamos: sus amigos, sus familiares, pero sobre todo, las múltiples generaciones de alumnos que han recibido sus enseñanzas insustituibles. El participar en esta publicación es para mí un honor que me despierta el cariño perenne que le tiene todo el que la conoce.

Decir que la prisión se encuentra en crisis es un falso lugar común: la prisión, en la actualidad, es un caos: sea ésta preventiva o penitenciaria. Constancio Bernaldo de Quirós afirmaba que hasta finales del siglo XIX, la prisión había cumplido con sus fines:¹ el castigo mediante la pérdida de la libertad del penado. Continuaba diciendo que a partir de esa fecha esta institución entró en crisis: dejó de servir para lo que fue creada y empezó a funcionar deficientemente, creando incluso trascendencia penal.²

La verdad es que con este tipo de institución penitenciaria, por comodidad, sirvió para enclaustrar a toda clase de delincuentes en un proceso social ascendente, a cuya cúspide, aún no se llega: se ha carecido de imaginación para resolver el siempre difícil problema del control social dentro de otra forma que la del encierro. Es como

¹ Bernaldo de Quirós Constancio. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Textos Universitarios. México. 1953.

² *Ibidem ut supra*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

si a Sísifo no sólo se le cayera la piedra cada vez que alcanzara la cumbre, sino que además ésta fuese creciendo cada vez que tenía que empezare o otro ascenso.

Esto no quiere decir que no se hayan tratado de encontrar soluciones directas o bien alternas: Las ha habido desde fines del siglo XIX³ y a través del siglo XX y, por supuesto a últimas fechas, en el inicio del presente. Sin embargo, el temor y la resistencia al cambio han operado en definitiva impidiendo que las penas alternativas, los sustitutivos de la prisión, la justicia restaurativa y otros posibles formas de solución del problema entren a funcionar razonablemente, a fin de evitar el caos que engendra la sobrepoblación en las penitenciarías e instituciones preventivas, las cuales se han venido a constituir en verdaderas bombas de tiempo cuya explosión siempre se encuentra casi al punto, en espera de cualquier pretexto, para detonar. Y esto sucede en todas las prisiones del mundo. En México falta poco para que incluso, de nueva cuenta, los movimientos sociales abran las rejas de nuestras prisiones como sucede en el inicio de toda revolución, que en nuestro país ya se presiente. Lo que parecería lógico dado que la política criminológica actual de endurecimiento fascista fomenta esta tendencia.

Independientemente de lo anterior, la aparición e incremento del delito evolutivo, el crimen organizado y transnacional, el lavado de dinero y la crisis económica se proyectan como sensores del imaginario oficial y popular proyectándose en soluciones de extrema violencia al utilizarse a la fuerzas armadas y de marina, que se han enfrascado en una guerra de guerrillas cuyo fondo no tiene fin y que como el tonel de las Danaides ha desatado todos lo males sociales que una comunidad como la nuestra ya no puede soportar. Hay pánico social cuyo reflejo llega hasta las altas esferas del mismo gobierno que auspician el síndrome del pastor mentiroso al tratar de engañar a la población por conducto de los medios masivos de comunicación, lugar en donde se fraguan un control social de simulación en el que desea tapar el sol con un dedo, lo que produce únicamente una absoluta falta de credibilidad que sobrealimenta el miedo de toda la ciudadanía.⁴

Decimos lo anterior porque cuando llegamos a un momento en el que la solución es la de “sálvese quien pueda”, propiciada por el miedo. Y desgraciadamente lo único que el gobierno encuentra a la mano para resolver el problema, es el endurecimiento de todo el derecho penal: la retipificación, la repenalización, la recriminalización. Es decir: endurecer todo el derecho penal creando nuevos tipos penales, agrandando la penas y buscando nuevas formas de penalizar y suspendiendo, con disimulo y a veces hasta con cinismo, las garantías individuales y los derechos humanos.

Con una situación como la que se expresa líneas arriba, el resultado es sólo el hacinamiento, cada vez más inhumano, de los delincuentes en las prisiones,

³ Recuérdense los sustitutivos penales a que aludía Enrico Ferri.

⁴ Para apoyar lo anterior basta contemplar los encabezados de toda la prensa y los noticiarios de radio y televisión diariamente.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

provocando que todos los servicios sean insuficientes y que el fin de la pena privativa de libertad (si es en que en la actualidad tiene un fin porque lo que ahora proclama el artículo 18 Constitucional (la reinserción social) no es un fin propiamente dicho)⁵ sea inoperante: Esto quiere decir que la readaptación social era un mito y que la prisionalización fue una realidad.⁶

Además no se ignora, como decía el maestro Alfonso Quiroz Cuarón, que a enrarecimiento de servicios (lo que sucede con la sobrepoblación) corresponde el incremento en la corrupción.⁷

Encontrar la solución al problema penitenciario implica, consecuentemente, en primer término, el abatimiento de la sobrepoblación y del hacinamiento que ahora existe en todo el ámbito de la sociedad carcelaria de nuestro país, cambiando el sistema criminológico de llenar las prisiones y no saberlas desahogar adecuada y eficazmente. Pero ¿cómo hacer esto?

Existen dos vías: la de llenarlas cada vez con más lentitud y la de desalojarlas cada vez con mayor velocidad, hasta lograr un número ideal controlable.

Por una parte, para atender al primer aserto (alimentarlas con lentitud) debemos disminuir el catálogo de delitos graves y encontrar la forma en que, durante el proceso operen formas de tratar a los procesados en el exterior (sistemas de mediación, conciliación y de justicia restaurativa, el arresto domiciliario, el uso de medios electrónicos) que pongan un dique al acceso tumultuario que ahora sufre 80% de los reclusorios y centros de reinserción social...

Otra parte, es preciso que se disminuyan las penas, abandonar el coqueteo que se hace con la cadena perpetua, fijar en un máximo de treinta años para la pena privativa de libertad y volver al manejo que se tenía, hace años, de los beneficios de la libertad anticipada: libertad preparatoria, remisión parcial de la pena y prelibertad (ahora controlada hasta con pulseras electrónicas).

Una vez que se logre abatir la sobrepoblación y se cuente con número de internos, que sea manejable y que responda a las instalaciones de los reclusorios (porque, de otra suerte, se continuará con los mismos problemas, pero en aumento o se seguirán construyendo un número infinito de prisiones que nunca contendrá la población recomendable para el control adecuado) se podrán instaurar los sistemas idóneos para lograr que lo que ahora se denomina reinserción social tenga la eficacia que se

5 El texto anterior del mismo artículo si tenía un fin dentro de la pena privativa de la libertad, perfectamente definido.

6 En la actualidad y dado que la sobrepoblación anula todo intento de “reforma conductual del delincuente” la prisionalización se extenderá hasta el propio personal de las prisiones.

7 Esto nos lo repetía constantemente en clase y fuera de ella.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

desea para abatir la reincidencia delictiva que por el momento pone en ridículo a toda la reforma penal-penitenciaria.⁸

El ocio, junto a la sobrepoblación, es también un problema toral: El Estado se encuentra obligado a proporcionar trabajo a todos los internos penados. Sin embargo, este principio de obligatoriedad para que no únicamente no haya ocio, sino, además, que sirva para una capacitación para el momento de obtener la libertad, crear un fondo de ahorro para la familia, proceder al pago de la reparación del daño y para gastos diversos en el interior del reclusorio y, en ciertos casos, para el auxilio a la víctima del delito_ nunca se ha cubierto debidamente, ni siquiera cuando todavía no existía la abrumadora sobrepoblación que hoy impide el más mínimo movimiento positivo en el interior de las prisiones. La Ley obliga a dar trabajo al interno y en la realidad no se da ni con suficiencia ni con eficacia. Si penetramos a las zonas de trabajo lo que impera es la fabricación de las obsoletas artesanías.⁹

Pero el ocio, no se supera sólo con el trabajo, hay que atender a todo tipo de actividades educativas: la escuela formativa e informativa, el deporte, la religión, la recreación, la planificación de los nexos con el exterior, las visitas familiar, íntima y especial y el establecimiento de controles adecuados para que no se presenten los disturbios: buena alimentación y variada, sexo con responsabilidad, disciplina y respeto a los derechos humanos básicos: salud, nuevamente, trabajo y distracción (deportes, y desarrollo de las bellas artes: teatro, música, pintura, escultura y literatura).

Mientras se logra el número poblacional adecuado, es preciso establecer un sistema de control de conducta en situaciones críticas, especialmente por exceso de población masiva, con el auxilio de la interdisciplina: psicología, trabajo social y pedagogía, en correlación con el cuerpo de vigilancia, para evitar los disturbios que se fraguan por el exceso de población.

Es preciso dejar la prisión de máxima seguridad sólo para delincuentes organizados: narcotráfico, robo de autos, secuestro, ciertas formas de violación y corrupción y tráfico de personas para fines diversos, como la prostitución, la venta de órganos, etc. Los otros delitos podrán ser tratados dentro de las prisiones cerradas o por medio de los sustitutivos, la restauración, la mediación y la conciliación y la reclusión domiciliaria, las instituciones abiertas y los controles electrónicos.

No se puede escapar la sugerencia relativa a los medios de control electrónico: lo brazaletes para manos y pies, el trabajo a favor de la comunidad y las penas restaurativas.

⁸ De nada servirán todas las reformas que se ha efectuado y efectúen y continúa e tsunami de endurecimiento penal.

⁹ Recodemos como en el siglo X Juan Clímaco obligaba a los monjes en penitencia fabricar cestillos de hojas de palma, taller que todavía encontramos en múltiples de nuestros reclusorios.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

No obstante, el mayor trabajo que debemos hacer es el relativo a la prevención primaria y secundaria. Si nosotros logramos abatir la entrada a la prisión con medidas que impidan que las conductas proclives al delito sean controladas antes de que se realicen, habremos dado el paso definitivo para que la sobrepoblación se abra y podamos aplicar los sistemas de prevención terciaria o especial que nos ayudarán a evitar la reincidencia.

Para lograr lo anterior es preciso atender, como el dios Jano, a dos miradas: La externa y la interna.

La primera mediante la neutralización de los factores que tradicionalmente son criminógenos: La explosión demográfica, la expansión industrial, el uso indiscriminado de drogas, la pobreza extrema, el desempleo, la pérdida de valores, los patrones culturales negativos, los medios masivos de comunicación sin control y la corrupción.

Explosión demográfica: El crecimiento poblacional que ha llevado a muchos países al control familiar _un ejemplo es China por las drásticas medidas que ha tomado_ nos ha puesto en el dilema de seguir controlando la sociedad en forma adecuada o bien hundirnos en un caos irreversible del que no saldremos ilesos. Obviamente que a principios del siglo XX, cuando las tasas delincuenciales se encontraban al 1200 delitos por cada 100,000 habitantes, las prisiones podían albergar sin mucho esfuerzo a todos los delincuentes, tanto preventiva como penitenciariamente, pero ahora que las tasas se han incrementado geométricamente y que nuestra población es de millones de habitantes por kilómetro cuadrado, la delincuencia ha subido hasta un número que desborda las prisiones: hemos crecido más de lo que podemos controlar. Y si toda sociedad tiene que pagar su cuota por la mala planificación socioeconómica, esto agrava nuestra problemática. Primero fue poblar el mundo, ahora hay que despoblarlo.

La expansión industrial: Con el desarrollo industrial, se fueron creando núcleos de empresas que servían de atractivo para múltiples grupos que vivían del campo: Desafortunadamente, como sucede con los inmigrantes, no se les pudo dar empleo a todos los que atraídos por la industria dejaron su tierra en aras de mejorar económicamente. Lo peor es que no regresaron a su origen y se quedaron a construir las villas miseria: los cinturones de vicio y delincuencia que todos conocemos. Sin querer el desarrollo industrial sirvió y sirve, de factor criminógeno.

El uso indiscriminado de las drogas y el narcotráfico: A partir del siglo XIX el uso de las drogas se hizo, primero criticado, luego sancionado socialmente y, por último, se constituyó en delito. Esto _dejando a un lado un análisis profundo_ ha servido para que se establezcan países productores y consumidores (o ambas situaciones) que manejan múltiples intereses que redundan, entre otras cosas _además del intervencionismo de los nucleares sobre los periféricos_ llenar las prisiones de media y alta seguridad, con el consiguiente fomento de la corrupción a todos los niveles, por las altas cantidades de dinero que majan estos grupos. Su control, por diversos

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

medios, además de la probable legalización, es necesario para abatir la sobrepoblación corruptora. En torno a la droga deambulan conductas parasociales y antisociales. Mientras no se controle este problema universal, las instituciones penales seguirán padeciendo todo tipo de disturbios.¹⁰

La pobreza extrema: No todos los pobres delinquen, pero la pobreza extrema es mala consejera para observar conductas intachables ajenas a la antisocialidad. Todos los días escuchamos que dentro de los programas de desarrollo una de las prioridades es la de abatir la pobreza, empezando con la extrema. Empero, los modelos económico-sociales, principiando por el neoliberalismo, han demostrado ser grandes productores de pobreza y como consecuencias de conductas delictivas: El neoliberalismo engendra pequeños grupos de extrema riqueza y grandes de extrema pobreza. No quiero decir que los otros modelos sean perfectos.

El desempleo: Un aliado de la extrema pobreza es el desempleo y también lo es de la explosión industrial que no da para todos. También es bandera con que se maquillan campañas electorales y resultados de acciones políticas no clarificadas. Este factor criminógeno lo es en el exterior de la prisión y también en el interior. Sin trabajo se explica el delito, aunque no se justifique, tanto en el interior como en el exterior de las prisiones. Es también un factor de reincidencia: generalmente cuando un liberado abandona la prisión, el peso del estigma social cae sobre de él (la sociedad no perdona a pesar de que se haya compurgado la condena) y en una sociedad competitiva, estigmatizadora como es la nuestra, y con altas tasas de desempleo, al último que le darán un puesto en una empresa, es a aquél que tiene antecedentes penales.

La pérdida de valores: En alguna ocasión, Macluhan, el célebre comunicador, manifestó que el mundo sería una aldea universal, con la televisión, Pero más que esto ha resultado una ciudad perdida en los vicios: Una Sodoma Universal. La globalización ya sido por la confusión, una torre de Babel y la dispersión de los valores de cada núcleo social. Antes las religiones podían mucho en este aspecto, ahora, ya casi nadie cree en ellas. Lo hijos les exigen a los padres y los padres se han vuelto pusilánimes para imponer los valores en los que ellos fueron educados. Esta confusión axiológica hace ver al delito como acción justificada, sobre todo cuando las autoridades (padre, madre, maestros, policía, etc.) no sólo pregonan con el buen ejemplo, sino al revés se proyectan con mala conducta. A no dudarlo este un factor criminógeno sobre el cual tendremos, a la brevedad posible, que enfocar nuestras baterías preventivistas.

Los patrones culturales: Hay ocasiones en que los patrones culturales _que se nos han incorporado desde nuestros primeros años de vida_ tienen más fuerza que la ley.

¹⁰ Todos sabemos que el problema de las drogas dentro de las cárceles es incontrolable y que lo que es peor muchos de los capos detenidos (también por otros delitos) controlan y dirigen desde el interior de las prisiones sus operaciones.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Es preciso tener cuidado con nuestros hijos para que estos patrones dejen de funcionar, a veces, hasta como reflejo, en nuestros actos cotidianos. Es claro que con la globalización auspiciada por los medios masivos de comunicación, los patrones tradicionales han ido perdiendo fuerza, pero no del todo: Todavía no perdemos muchos de ellos: Basta con sólo citar uno; el machismo y sus actitudes.

Los medios masivos de comunicación sin control: Todos los días nos damos cuenta de las televisoras, el internet, la radio, los periódicos, las revistas fomentan una serie de conductas que a nivel subliminar penetran en la conciencia de los niños contaminándolos con ideas que son nocivas, dado el escaso criterio que poseen debido a su corta edad y que, como consecuencia, sirven de factor que creará subconscientemente, proclividad hacia conductas que pueden desembocar en delitos.

La corrupción: Actualmente, la corrupción desborda los muros de nuestros reclusorios y penitenciarias. Todo se cobra y todo se comercializa. No es nuevo. La corrupción siempre ha existido. Parece ser que los supuestos centros de readaptación social se convierten en lugares de corrupción social. Nos recuerda el cuento de Edgar Alan Poe, en el cual los enfermos mentales se posesionaron de la dirección del manicomio y atendían a los visitantes, mostrándoles a los dirigentes como si fueran los enfermos mentales que se sentían el director, los custodios, etc. En nuestras prisiones los empleados y funcionarios se corrompen es decir, se desadaptan de los valores morales: se prisionalizan y los internos no se adaptan. Por la corrupción las prisiones funcionan al revés: la sociedad carcelaria se impone a la sociedad propiamente dicha.

A ojo de pájaro examinemos los capítulos más frecuentes de la corrupción carcelaria:

Permisos para realizar negocios en el interior: En virtud de que la autoridad crea fuentes de trabajo para toda la población, los reclusos especulan en este sentido y justifican la puesta en marcha de negocios de todo tipo, al grado que, a ratos, muchos de nuestros penales parecen mercados persas, en los que se encuentra todo tipo de mercancías. Estos negocios tienen éxito, mientras no haya saturación, porque la cautividad favorece estas actividades que, por otra parte, se convierten en expendios de narcomenudeo. Desde luego, el clímax de la corrupción son las cuotas que los funcionarios y empleados cobran por otorgar el permiso para la existencia de estos comercios.

Privilegios: Lo anterior es una extensión de los permisos que se pueden otorgar por las mismas autoridades en favor de los internos, por no tener en cuenta que los habitantes de estas instituciones son todos iguales frente a ley y que no se pueden hacer distinciones que quebranten el principio. Las recomendaciones, el poder socioeconómico de algunos internos, las amenazas del narcotráfico, la presión de los familiares, son algunas de las presiones que a la autoridad débil pueden hacer que se incline por otorgar privilegios, cuando no, desde luego, sea porque la prisión se haya tomado como un negocio en sí mismo y el sueldo sea únicamente parte de los ingresos que se creen merecer.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La venta de celdas ahora que los espacios se encuentran enrarecidos por la sobrepoblación, el cobro a los familiares por obtener un buen lugar en la fila de entrada o salida, porque nos les revisen los alimentos y pertenencias y persona.

Cobrar por conseguir prostitutas o amigas para la visita íntima, por adelantar los estudios (y además para que salgan favorables) cuando se puede disfrutar de un beneficio establecido en la ley, por conseguir un trabajo en talleres, por permitir la venta y distribución de alcohol y drogas, por no realizar la fajina, por no pasar lista en dormitorios, por obtener dinero del fondo de ahorro, cuando existe.

Independientemente de lo anterior también se comercia corrompidamente, con los nombramientos, con las sanciones, con las concesiones a los proveedores, con la alimentación, con la salud, con salidas no permitidas. En fin con todo, porque todo es susceptible de corromperse.

Cuando hay sobrepoblación hay corrupción, pero estos elementos negativos unidos rompen toda la estructura penitenciaria y hacen no la crisis, como se ha dicho repetidamente, sino el caos penitenciario, en el que todos los disturbios se encuentran a flor de piel y dañan no sólo a la sociedad carcelaria sino a la sociedad en general: Los disturbios en prisión son el reflejo de una sociedad decadente en la que el régimen de derecho pasa a segundo o tercer término y el delito pasa a ser la estructura de la sociedad.

Las soluciones:

Primera: Abatir la sobrepoblación mediante una política criminológica integral que no tenga miedo al humanismo y que sin llegar a extremos que, prohíben impunidad, abatan el endurecimiento penal en que actualmente nos encontramos y que disminuyan los máximos de las penas hasta un tiempo razonable, cuando más treinta años, y que concedan los beneficios de anticipación de la libertad en todos los casos, a excepción de delitos que pertenezcan al crimen organizado, secuestro, violación y corrupción de infantes y violación tumultuaria.

Segunda: Abatir al máximo la corrupción con una doble mirada: sanciones y premios, mejoramiento de los sueldos, motivación al personal, cese y consignación de empleados infieles y corruptos, control de dinero en el interior de las prisiones, mejoramiento de instalaciones para que sean detectados los momentos en que la vigilancia se corrompe (circuitos cerrados, supervisión con personal selecto y de confianza, revisión a familiares, sin afectar la dignidad ni los derechos humanos, visitas de trabajo social a los domicilios de los empleados, funcionarios y personal de custodia).

Tercera: Evitar el ocio: Ya hemos dicho que nunca se han puesto a funcionar plena y adecuadamente, los talleres, o zonas de trabajo, de las instituciones penales, ya sean preventivas o penitenciarias. Anteriormente, habíamos dividido el trabajo de prisión en industrial, semindustrial, agropecuario, artesanal y servicios. En la actualidad deberíamos agregar, si es que queremos conservar lo agropecuario y las artesanías, el trabajo dentro de la evolución tecnológica de la actualidad. Y debemos analizar esto

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

con sumo cuidado: Hay que repetirlo e insistir: el trabajo penitenciario y la capacitación para el mismo debe tener significación plena en el exterior y no sólo debe valer para evitar el ocio _ lo que ya sería bastante en las actuales circunstancias de desastre que viven nuestros reclusorios_ que engendra una serie de conductas anómalas dentro de la propia prisión y fomenta disturbios: **Trabajo de prisión que no vale en el exterior (dentro de la libertad) no readapta ni resocializa sólo entretiene, lo que no es malo para los efectos de la seguridad, pero no es bueno para la liberación: no sirve.**

Dentro de este mismo capítulo debería incorporarse, la empresa privada, perfectamente controlada por la administración penitenciaria para que pudiera absorber a los mejores empleados de la institución carcelaria, en el momento en que obtengan su libertad. Esto si el mercado de la pública no puede cautivarse. El problema del trabajo debe estar resuelto desde antes de que se regrese a la libertad, ya que de otra manera, el rechazo natural de la sociedad, por el fenómeno de la estigmatización, provocará que en un lugar, como es el nuestro, que el liberado no encuentre empleo y por lo mismo justifique la reincidencia o, en el mejor de los casos, la parasocialidad.

Cabe mencionar que no somos partidarios de la privatización de las prisiones, sobre todo de una privatización sin un control inteligente y severo del Estado. Porque la empresa privada, en la actualidad, con el imperio del neoliberalismo, lo único que le importa es la sobreexplotación del ser humano, en un regresión intolerable para las prisiones porque lo que importa en ellas el ser humano como producto social de mejoramiento y no la producción de objetos de mercado.

No sólo la empresa privada (ésta bajo los lineamientos apuntados), y la pública deben participar en la tarea de dar trabajo al ciento por ciento de los internos, también deben intervenir los sindicatos, las asociaciones religiosas y políticas. Todos estos elementos, perfectamente estudiados, previamente al inicio de las actividades laborales de prisión, dentro de la mercadotecnia más depurada, para que en ningún momento se acumulen los productos y esto creen una inflación dentro de los ánimos y la economía de la sociedad carcelaria.

Cuarta: la educación: Capítulo de especial atención dentro de nuestra reestructuración penitenciaria, es el que refiere a la formación e información que todo ser humano que la viva tiene que realizar en los ahora largos periodos de privación de libertad que tendrán, por fuerza, que hacerse menos largos y adecuados.

Quinta; la formación deberá integrarse de tal forma que se pueda participar, dentro de una especialización pedagógica, para que los reclusos adquieran un nivel profesional o de técnico calificado, que les permita vivir con decoro en el exterior cuando alcancen su plena o parcial libertad. Teniendo tanto tiempo pueden inscribirse a los internos dentro de las carreras tradicionales o nuevas, que ahora existen, con de las facilidades que se alcanzan en la enseñanza abierta, para lo cual deberán realizarse los convenios que sean necesarios Y, desde luego, nunca decir en

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los documentos que se expidan a favor de los estudiosos encarcelados, que estuvieron penados y presos, para que se evite la estigmatización a que hemos hecho referencia.

Sexta: la información. Ésta deberá favorecerse de tal manera que quienes viven prisioneros, se encuentren cotidianamente adaptados al exterior con el incesante transcurrir histórico que sucede fuera, pero tratando de evitar las informaciones de tipo criminógeno, hasta donde esto sea posible, con objeto de no incentivar sus tendencias delictivas. No hay que olvidar que los medios masivos de comunicación se han convertido por una falta de control en los más tremendos factores que originan delitos, no sólo en el capítulo de la infancia sino, de igual forma, en las etapas posteriores.

Séptima; Establecimiento de organismos de prelibertad semilibertad y libertad condicionada: Los Patronatos para liberados, deberán funcionar con eficacia, supervisando el buen desempeño de los primeros días en libertad, ya en el trabajo, ya dentro de la familia. Estas mismas posintituciones ayudarán a los penados que caigan dentro de los sustitutivos penales, y la justicia restaurativa, cuando haya lugar. Por esto, también harán participar, dentro de su labor a las empresas pública y privada, y asociaciones de todo tipo que colaboren en la reinserción social y eviten, coadyuvando con sus acciones, la reincidencia: fantasma social, que siempre se encuentra presente.

Octava: La seguridad: Es necesario retomar las riendas de la institución atendiendo a todos los lineamientos de seguridad. Abandonar la figura acomodaticia del autogobierno. Mientras no se tomen verdaderamente y no únicamente de dicho_ las riendas de la seguridad institucional por las autoridades de cada uno de nuestros institutos penales, vanos serán, de igual forma, los esfuerzos que se hagan para administrar adecuadamente nuestras prisiones y hacerlas funcionar como lo desean los fines de la pena.

Lo anterior nos lleva a la necesidad de hablar de la seguridad estructural, de la sistémica, la volitiva y la funcional, en referencia con las instalaciones, el personal, el presupuesto, el cambio de los reglamentos, la modernización de alarmas y controles, la aplicación de nuevos instrumentos electrónicos de control y la clasificación: Esta deberá ser técnico-científica y no herir los derechos humanos de los internos.

Sin embargo, deben prohibirse, las instituciones de máxima seguridad para los delincuentes más problemáticos, los del crimen organizado y los delitos graves que hemos mencionado, para que las de media y mínima seguridad puedan tener un clima adecuado en el que se establezcan los sistemas que pueden cumplimentar, cuando menos, el 18 Constitucional.

Novena: El Personal: No está por demás insistir en el personal, pero con una mirada integral, para lo cual sugerimos la creación de **un sistema nacional de control del personal penitenciario**, con objeto de que aquellos que hayan caído dentro de la corrupción o el delito franco, no vayan a seguir incorporándose en otras entidades federativas a su sistema penitenciario. **Estímulos**

Décima: Creación de una política unitaria de Prevención del delito y Tratamiento carcelario: La unificación de los criterios _esto va más allá del principio de legalidad_ criminológicos penitenciarios a nivel nacional para que sobre ellos y con las particularidades de cada Estado o región, cada entidad federativa y la propia federación, creen su principio de ejecución penal autónomo.

Décima Primera. Las instituciones Femeninas: Algo que siempre olvidamos los hombres penitenciaristas son las instituciones de mujeres. Lugares que ofrecen particularidades ajenas a las prisiones masculinas y que por lo mismo deben ser contempladas con una óptica especial y distinta. El Maestro Javier Piña y Palacios siempre nos lo recordó cuando realizábamos el cambio de Lecumberri (la vieja penitenciaría del porfiriato) a las nuevas instituciones preventivas (hoy ya también entrando en la vetustez): “Las instituciones penales de las mujeres deben ser distintas de las de los hombres, más suaves, más humanas y al mismo tiempo que deben atender a su configuración biopsicosocial distinta de la nuestra”. Y la verdad es que muy poco se ha atendido hasta la fecha su recomendación. Las prisiones de las mujeres deben evolucionar más que las de los hombres no sólo por la sencilla razón de la diversidad, de lo distinto a lo masculino, sino porque en ellas habitan con pena trascendente, sus hijos -en nuestro caso hasta los seis años- lo que debe ser atendido para evitar una criminogénesis oficial.

Las prisiones de las mujeres ya están en muchos casos también sobrepobladas y por consecuencia adoleciendo de los mismos problemas que la de los hombres, pero dentro de su enfoque propio, pero no por eso menos importante. Mientras la política criminológica de nuestros días no atienda el problema carcelario femenino por su punto de mira machista y violenta el problema de la delincuencia femenina (antes mínimo) se irá equiparando cada vez más, en cantidad y calidad al del hombre. No podemos dejar que esto siga sucediendo. El reproche generacional será más intenso.

Estamos conscientes de que la tarea de la renovación y reestructuración penitenciaria no es -no va a ser- fácil y de que debemos contar con una voluntad política definitiva, porque, de otra suerte, estaremos -como estamos- aplicando constantemente apósitos inservibles sobre nuestros cancerosos tumores en la ejecución penal penitenciaria y, de igual forma, en quienes viven nuestras prisiones preventivas.

Consideremos que en la antigüedad se juzgaba a una sociedad, por la forma en que se encontraban sus prisiones: tengamos el suficiente valor de hacer de las nuestras lugares decorosos donde se respeten los derechos humanos las garantías individuales y se cumplan los requisitos mínimos a que se refieren los documentos nacidos de las congresos y reuniones de la Organización de las Naciones Unidas sobre la materia. Sólo así no seremos juzgados y condenados por las generaciones futuras.

Bibliografía:

Álvarez Ramos Jaime. Justicia Penal y Administración de Prisiones. Editorial Porrúa S.A. México.2007

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- Barros Leal César. La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos (Viaje por lo Senderos del Dolor) Editorial Porrúa, Naciones Unidas (ILANUD), Facultad de Derecho de la UNAM. México. 2009.
- Bergamini Miotto Armida. Temas Penitenciarios. Editora Revista dos tribunais LTDA. Sao Paulo Brasil. 1992.
- Bernaldo de Quirós Constancio. Lecciones de Derecho Penitenciario. Textos Universitarios, México. 1953.
- Buscaglia Eduardo y Samuel González Ruiz (coordinadores) Reflexiones en torno a la Delincuencia Organizada. ITAM e INACIPE. México, 2005.
- Fernández Muños Dolores Eugenia. La Pena de Prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla. Universidad Autónoma de México. 1993. México.
- Laveaga Gerardo (coordinador).65 propuestas para mejorar el Sistema Penal en México. INACIPE. 2006. México
- Macedo de la Concha Rafael. (Coordinador) Delincuencia Organizada. INACIPE. 2003, México.
- Mendoza Bremauntz Emma. Delincuencia Global. M.E.L. Editor. 2005. Argentina.
- Rivera Beiras Iñaki (coordinador) Mitologías y discursos sobre el castigo (Historia del presente y posibles escenarios) Anthropos. España. 2004.

EL CATEO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA 10ª ÉPOCA DE LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Rodolfo SÁNCHEZ ZEPEDA

Cuando uno, como juzgador, como resolutor, dicta alguna resolución en sede judicial, muchas veces se nos presentan sendos problemas, algunas de las veces por falta de tiempo, ya que en muchos de los casos las resoluciones están sujetas a una temporalidad, y en materia de medidas cautelares en materia penal, evidentemente, a un plazo muy corto. Como ejemplo podríamos poner la solicitud y el libramiento de una orden de cateo; tales dudas inciden en si lo resuelto se encuentra realizado de la mejor forma posible, o si se encuentra acorde con la Constitución, las leyes que de ella emanan y, evidentemente, si están de acuerdo con los tratados internacionales, a efecto de ejercer el control de convencionalidad¹. Máxime que a la fecha nuestra carta magna se encuentra ajustada literalmente a ello², sin que obste decir que antes de tal reforma ya se atendían tales aspectos de manera puntual³, al haberse ubicado los tratados internacionales tan sólo por debajo de nuestra Constitución Federal.⁴

¹ Registro No. 164611, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Mayo de 2010, Página: 1932, Tesis: XI.1o.A.T.47 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.” PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO

² *Cfr* Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011

³ Registro No. 192867, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Noviembre de 1999, Página: 46, Tesis: P. LXXVII/99, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal".

⁴ Registro No. 172650, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Página: 6, Tesis: P. IX/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Ante ello, diremos brevemente que el control de convencionalidad no es otra cosa que el respeto y aplicación conforme de algún tratado internacional suscrito por el Estado mexicano, a efecto de ejercer su jurisdicción y competencia, en el caso de los jueces, conforme a éste; de ahí que tales juzgadores, en cada caso concreto sometido a su potestad, deben atender, actualmente, no sólo al control de constitucionalidad y legalidad, *sino también el control de convencionalidad, so pena de ver cuestionada su actuación y mandatos ante órganos de naturaleza supranacional.*⁵

Es decir, se trata de verlo como quién controla y como quién es el controlado, conforme a las normas internacionales suscritas por el Estado participante.

Actualmente, nuestro país, como parte integrante del continente Americano (llámese sistema regional, ya que el universal es el originado en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, no obstante que existen otros regionales, tales como el africano y europeo), se encuentra regulado por al menos cuatro instrumentos sobre derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Regresando al cateo, diremos que el artículo 16 constitucional indica que nadie puede ser molestado, entre otros, en su domicilio, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No obstante, dicho numeral, en su párrafo décimo primero, prevé una excepción a esa garantía de seguridad jurídica, al indicar que en toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, de manera escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Cabe señalar que la orden de cateo resulta ser un acto de molestia, al restringir de manera provisional o preventiva un derecho, con el objeto de proteger determinados

dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional."

⁵ Cienfuegos Salgado, David, *Revista Lex, difusión y análisis*, Tercera Época, Número 175, Enero de 2010, http://www.revistalex.com.mx/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=16&Itemid=18

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

bienes jurídicos, tal y como lo ha sostenido nuestro máximo tribunal en la jurisprudencia sustentada para tal efecto.⁶

La práctica de dicho cateo, o allanamiento de domicilio con orden judicial, como también es conocido, se encuentra reservado únicamente a los momentos en los cuales, en algún inmueble, pudiesen existir indicios que hagan presumir que en dicho lugar se encuentran los objetos materia del delito que se investiga en la averiguación previa respectiva.

El cateo en cita se encuentra previsto en una ley federal, en el caso, el Código Federal de Procedimientos Penales, donde en sus artículos 61 y 63, dispone que cuando en la averiguación previa el ministerio público considere necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente a solicitar por cualquier medio la diligencia, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que se buscan o han de asegurarse, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia.

⁶ Jurisprudencia 40/96, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 5, Tomo IV, julio de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, “ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.”

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Los jueces competentes para ello, en materia federal, son los jueces de distrito especializados en materia penal, en términos del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y en adición a ello, actualmente, los Jueces Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, con competencia en toda la República y residencia en el Distrito Federal, en términos de los Acuerdos Generales 75/2008 y 6/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

Del contenido de los preceptos citados (61 y 63), se advierte que los requisitos para librar una orden de cateo son:

1. Que exista una averiguación previa;
2. Que sea a solicitud del representante social;
3. Que se exprese el objeto y necesidad del cateo, ubicación del lugar a inspeccionar y los objetos que se buscan o han de asegurarse; y,
4. Que existan indicios o datos que hagan presumir, fundadamente, que en el lugar en que deba efectuarse la diligencia, se encuentran los objetos materia del delito que sirvan de base para la comprobación del mismo.

En caso de llegar a obsequiarse dicho allanamiento, las formalidades para llevar a cabo la diligencia respectiva, son que al inicio de la diligencia el ministerio público designará a los servidores públicos que le auxiliarán en la práctica de la misma, y que al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa por la autoridad que practique la diligencia.

También, que los servidores públicos designados por la representación social federal, para auxiliarse en la práctica de la diligencia, no podrán fungir como testigos de la misma, ya que de hacerlo, que evidentemente sería bajo su más estricta responsabilidad, la diligencia podría carecer de valor probatorio en su momento procesal oportuno, esto es, para el caso de que el ministerio público, en el proceso, pretenda utilizar como medio de prueba la diligencia de cateo.⁷

⁷ Según el criterio donde se analizó el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales anterior a las reformas de veintitrés de enero de dos mil nueve, es decir, la jurisprudencia 1ª./J.83/2008, sustentada por la Primera Sala de nuestro Alto Tribunal, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 74, Novena Época, del tenor literal siguiente “DILIGENCIA DE CATEO Y PRUEBAS QUE FUERON OBTENIDAS EN LA MISMA. CARECEN DE VALOR PROBATORIO, CUANDO LA AUTORIDAD QUE LA PRACTICA, DESIGNA COMO TESTIGOS A LOS POLICÍAS QUE INTERVINIERON MATERIALMENTE EN LA EJECUCIÓN DE LA MISMA. De la interpretación del artículo 16, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, de contenido similar a la norma constitucional de mérito, se desprende que la autoridad que practica la diligencia de cateo, ante la ausencia o negativa de designación de testigos por parte

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Expresa también el artículo 194 del citado código, que tratándose de delitos graves, la petición de cateo deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata en un plazo que no exceda de las veinticuatro horas siguientes a que la haya recibido; en caso contrario, el agente del ministerio público estará en posibilidad legal de recurrir al superior jerárquico para que éste resuelva en un plazo igual; y para el caso de delincuencia organizada, la solicitud debe ser resuelta en el término de doce horas, en términos del artículo 15 de la ley en dicha materia.

Cabe recordar, con base en lo dispuesto por el artículo 63 del Código Federal de Procedimientos Penales, que para decretar la práctica de un cateo, bastará la existencia de indicios o datos que hagan presumir, fundadamente, que el inculcado a quien se trate de aprehender se encuentra en el lugar en que debe efectuarse la diligencia, o que se encuentran en él los objetos materia del delito, el instrumento del mismo, libros, papeles u otros objetos que puedan servir para la comprobación del delito o de la responsabilidad del inculcado.

Ahora, uno de los fenómenos que se pueden presentar al atenderse una solicitud de cateo, es el relativo a que si bien pueden actualizarse los requisitos legales antes citados (es decir, la existencia de una averiguación previa, que la solicitud provenga del ministerio público, que se haya expresado el objeto y necesidad del cateo, la ubicación del lugar y los objetos que se buscan, y que existan indicios que presuman, fundadamente, que en ese lugar se encuentran los objetos materia del delito investigado), también es que ello no se ajuste a la finalidad pretendida por el representante social, o que la diligencia pretendida se advierta, al menos *a priori*, es decir, con una lógica simple y sencilla, excesiva en su pretensión.

En ese momento es cuando surgen las ideas de acudir a otros instrumentos diferentes a nuestras codificaciones instrumentales, ya que en éstas únicamente se advierte un control de legalidad, con lo cual estaríamos pasando por alto, posiblemente, la propia Constitución (recientemente reformada el 10 de junio de 2011)⁸, la jurisprudencia, los tratados internacionales así como la doctrina.

del ocupante del lugar cateado, puede designar con tal carácter a cualquier persona que asista a la diligencia. Si bien es cierto que esta facultad de la autoridad ministerial no se encuentra expresamente acotada o limitada por el Poder Constituyente, también lo es que, dado el carácter intrínseco de la figura de testigo, tercero ajeno a la actividad o hecho sobre el cual va a dar noticia con plena independencia y libertad de posición, la designación debe recaer en personas que no hayan tenido participación directa en la ejecución de la orden de cateo, pues sólo así podrán relatar hechos ajenos que les constan. En esa circunstancia, si la designación como testigos por parte de la autoridad ministerial, recae en elementos de la policía que no han participado materialmente en su desahogo, entonces la diligencia de cateo y las pruebas obtenidas de la misma, tienen valor probatorio, lo que no acontece si los policías designados intervienen en la propia ejecución de ésta.”

⁸ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Ello no quiere decir que un juez natural, aun cuando sea federal, vaya a ejercer un control difuso de las leyes, lo cual, hasta este momento, se encuentra prohibido por la jurisprudencia⁹ (la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentra trabajando en este momento, para emitir los criterios respectivos que modifiquen tal acerto); es decir, a los juzgadores que actúan como jueces de instancia no les es permitido ejercer el control de la constitucionalidad directa de lo dispuesto en una norma general, pues ello implica verificar si lo previsto en ésta se apega a lo establecido en un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que esto resulta ser una facultad que se encuentra reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación, que actúan en su calidad de jueces constitucionales.

En este sentido, cuando se presenta una solicitud como la comentada, es decir, atípica, de entre una de tantas opciones, es momento de apoyarse, de primera mano, de la doctrina, lo cual no pugna con la técnica para resolver controversias, según así nos ha indicado nuestro máximo tribunal¹⁰, ya que se acude a ella como fuente de

como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...

⁹ Registro No. 193435, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Agosto de 1999, Página: 5, Tesis: P./J. 74/99, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional: "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto."

¹⁰ Tesis visible a página 448, Tomo XIII, 9ª Época, mayo de 2001 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta: "DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS. En el sistema jurídico mexicano por regla general, no se reconoce formalmente que la doctrina pueda servir de sustento de una sentencia, pues el

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

consulta con la finalidad de dar coherencia a los argumentos torales que sustentarán la respectiva resolución, en cumplimiento a los principios de fundamentación y motivación que todo acto de autoridad requiere, y con base, además, en los principios generales del derecho, en salvaguarda de la garantía de seguridad jurídica del gobernado; situación que, además, bien puede complementarse con la jurisprudencia a fin de resolver el problema planteado.

Ahora, para el caso que nos ocupa, es decir, cuando se actualicen los requisitos legales, pero además, en el caso concreto, se contravengan los principios fundamentales (como mandatos de optimización)¹¹, es momento de “apartarse” de la legalidad para ejercer el control de convencionalidad.

Pongamos en la mesa el ejemplo concreto: Supongamos que se solicita autorizar una orden de cateo para asegurar una planta endémica que se encuentra en el domicilio de algún investigador experto en botánica, que se encuentra a la vista de todos por encontrarse en su jardín, el cual también se encuentra a la vista de la población por encontrarse en la parte frontal del domicilio; que la tiene en su poder por haberla encontrado por accidente en el campo, y dado lo frágil que sería encontrarse expuesta a cielo abierto, la tiene bajo su cuidado para que no se deteriore; que previo a ello la policía le haya solicitado la entrega del espécimen; que el requerido les haya dicho que se encuentra en trámites para enviarla a la entidad gubernamental

artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las reglas respectivas, en su último párrafo, sólo ofrece un criterio orientador, al señalar que "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."; mientras que en su párrafo tercero dispone que "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.". Sin embargo, es práctica reiterada en la formulación de sentencias, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, así como interpretar que la regla relativa a la materia penal de carácter restrictivo sólo debe circunscribirse a ella, permitiendo que en todas las demás, con variaciones propias de cada una, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad como propia de los juicios del orden civil. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior y que la función jurisdiccional, por naturaleza, exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento, considerando que todo sistema jurídico responde a la intención del legislador de que sea expresión de justicia, de acuerdo con la visión que de ese valor se tenga en el sitio y época en que se emitan los preceptos que lo vayan integrando, debe concluirse que cuando se acude a la doctrina mediante la referencia al pensamiento de un tratadista e, incluso, a través de la transcripción del texto en el que lo expresa, el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, debe analizar, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen”.

¹¹ Carbonell, Miguel (coordinador), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, CEDH de Aguascalientes, 2008, pp. 11 y 12.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

respectiva para su cuidado, lo cual no ha concluido en razón de los múltiples papeleos que hay que preparar y sobre todo atender en términos de la legislación existente, pero que en cuanto dicha dependencia, única facultada para ello, se lo indique, la entregará inmediatamente, dado los protocolos que se tienen que seguir para ello a efecto de evitar la exposición innecesaria del espécimen.

Ahora, el juzgador, una vez que analiza los requisitos legales de la solicitud de cateo, advierte que éstos se actualizan, pero también estima que la diligencia solicitada no resulta acorde con la finalidad pretendida.

Es momento de acudir a nuestra norma fundamental y a los tratados internacionales signados por nuestro Estado, que amparen los derechos fundamentales de las personas.

Para ello tenemos que el Artículo IX de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dispone:

“Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio”.

El diverso artículo XXVIII determina:

“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

Por otra parte, en los artículos 2 y 17, puntos 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone:

Artículo 2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 17.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Y por último, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 11, puntos 2 y 3, y 21, punto 1, determinan:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

...2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

...Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

En este sentido, y tomando como base, primeramente, nuestra norma fundamental (*...nadie podrá ser molestado en su... domicilio...*, etcétera), y secundariamente los tratados internacionales antes citados así como, en una de sus vertientes, a la doctrina y jurisprudencia, al momento de pronunciarnos respecto la solicitud de cateo respectiva, nos debemos apoyar en la teoría general de las medidas cautelares, las cuales indican que los requisitos mínimos que debe cubrir una orden de cateo, es decir, los principios y subprincipios que deben observar¹², a efecto de evitar el exceso en el ejercicio del poder, son los siguientes:

- a). Proporcionalidad (principio). Que es cuando el acto de molestia, en este caso el cateo, solo se justifica cuando su practica sea necesaria, idónea y adecuada para logran el fin que se persigue.
- b). Idoneidad (subprincipio). En el cual el cateo debe ser el medio adecuado para lograr el fin que se persigue, sin que sean afectados los derechos fundamentales de los implicados; y,
- c). Necesidad (subprincipio). Consistente en que no existan otros medios menos limitativos para satisfacer tal fin.

Estudio que, incluso, podría encontrarse apoyado, por identidad de razón jurídica, en la tesis aislada de la Novena Época, visible a página 2346, Tomo XXIV, Agosto de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, cuyo rubro y texto son los siguientes:

“SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS DEBE NEGARSE SI EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO ES PREFERENTE AL DEL PARTICULAR. Cuando dos derechos fundamentales entran en colisión, se debe resolver el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o subprincipios siguientes: a) idoneidad, la cual es la legitimidad constitucional del principio adoptado como preferente, por resultar ser el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el objetivo pretendido; b) necesidad, consistente en que no exista otro medio menos limitativo para satisfacer

¹² *Ídem.*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

el fin del interés público y que sacrifique, en menor medida, los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios; o sea, que resulte imprescindible la restricción, porque no exista un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin deseado y que afecten en menor grado los derechos fundamentales de los implicados; y c) el mandato de proporcionalidad entre medios y fines implica que al elegir entre un perjuicio y un beneficio a favor de dos bienes tutelados, el principio satisfecho o que resulta privilegiado lo sea en mayor proporción que el sacrificado. Esto es que no se renuncie o sacrifiquen valores y principios con mayor peso o medida a aquel que se desea satisfacer. Así, el derecho o principio que debe prevalecer, en el caso, es aquel que optimice los intereses en conflicto y, por ende, privilegiándose el que resulte indispensable y que conlleve a un mayor beneficio o cause un menor daño. Consecuentemente, tratándose de la suspensión debe negarse dicha medida cautelar cuando el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular, ya que el derecho o principio a primar debe ser aquel que cause un menor daño y el que resulta indispensable privilegiarse, o sea, el que evidentemente conlleve a un mayor beneficio”

Al respecto, debemos recordar que los citados principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos, la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto (*no es posible beneficiar a una persona sin perjudicar a otra*). Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas.¹³

Por ello, una vez que se analiza la petición y la finalidad del cateo que se llegue a solicitar, es que se debe resolver con base en la “Ley de la ponderación” (como una pieza esencial del neoconstitucionalismo), que indica que “*Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser de la importancia de la satisfacción del otro*”¹⁴, con lo que bien se puede llegar a la conclusión de que no se acredita la necesidad del citado allanamiento, por poder actualizarse la violación al principio de proporcionalidad, al no ser el medio idóneo para los fines pretendidos, pues de obsequiarse se estaría autorizando un exceso en el ejercicio del poder, llegando también a violentar el subprincipio de intervención mínima, con una notable desproporción entre lo que se busca y lo que se pretende obtener.

¹³ *Íbidem*, p. 13.

¹⁴ *Ídem*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Esto porque la finalidad de autorizar la medida cautelar de cateo, lo es para lograr el aseguramiento de objetos vinculados a la probable comisión de un delito, el cual casi siempre tiene una naturaleza furtiva (lo que no sucedería en el caso concreto, al encontrarse la planta a la vista de todo público, incluso de las autoridades), como podrían ser drogas, armas, sustancias ilícitas o cualquier otro objeto que, por su origen, exista la necesidad del sujeto activo del delito de tenerlos fuera del ámbito público de apreciación y constatación.

Ello porque al analizar la petición de cualquier medida cautelar, se debe identificar la tutela cautelar penal a partir del contenido de la acción penal pretendida, y apreciar los efectos y funciones de la medida cautelar, a efecto de analizar la exigencia de la necesidad, la vinculación del sujeto pasivo y la necesidad de que deba comparecer en el proceso, la existencia de la *notitia criminis*, el riesgo de desaparición del sujeto pasivo, así como los instrumentos destinados a facilitar la obtención de los medios de prueba.¹⁵

Esto en estricto cumplimiento a la garantía de seguridad jurídica, que implica la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, papeles, familia, posesiones y derechos (lo que es secundado por los tratados internacionales antes transcritos), serán respetados por la autoridad, ya que la seguridad jurídica resulta ser un derecho público subjetivo a favor del gobernado, que puede oponerse a los órganos estatales para exigirles que se sujeten a un conjunto de requisitos previos a la emisión de actos que pudieran afectar su esfera jurídica, para que estos no caigan en la indefensión o la incertidumbre jurídica, con lo cual se hace posible la previvencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones.¹⁶

De tales premisas, podríamos concluir con claridad, que la petición que se hubiese realizado para recuperar la citada planta endémica, sería notoriamente improcedente por no cubrir los requisitos mínimos a que aluden los citados principios, dado que no resultaría ser el medio idóneo para obtener y rescatar dicha planta¹⁷, en virtud de que para recuperarla no se requiere un allanamiento como el que se solicita, ya que podrían existir diversos medios menos “agresivos” que estuvieran al alcance del ministerio público para hacerlo, en términos de la

¹⁵ Pujadas Tortosa, Virginia, *Teoría general de medidas cautelares penales, peligrosidad del imputado y protección del proceso*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 45, 46, 47, 70, 76 y 91.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías de seguridad jurídica*, 2ª. Edición, México, 2005, pp. 11 y 13.

¹⁷ *Cfr* Carbonell, Miguel, *Op. Cit.*, pp. 115 y 116. Así, el medio idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado al fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

legislación aplicable a cuerpos endémicos; máxime que dentro de sus facultades de investigación, puede aplicar, previamente, cualquier tipo de sanciones o medidas de apremio que prevé la codificación procesal penal, ya sean pecuniarias o administrativas, para lograr lo pretendido, es decir, existen medios menos lesivos para lograr lo que pretende con el cateo solicitado.

Esto porque el principio de proporcionalidad cumple una función indispensable para garantizar el postulado constitucionalista de limitación del poder público. Sencillamente, es un procedimiento que los jueces constitucionales (y actualmente cualquier juez, en términos de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011), deben ejercer para garantizar a los ciudadanos el máximo goce de sus derechos fundamentales y evitar una arbitraria vulneración por el legislador quien, como cualquier otro órgano constituido, no puede estar por encima de la constitución ni tener poderes limitados de los que abuse caprichosamente.¹⁸

En este sentido, ante la inexistencia de los requisitos fundamentales mínimos para decretar la medida de cateo, los cuales se traducen en la idoneidad, proporcionalidad e intervención mínima, lo que procedería, atento al principio de la excepcionalidad de la medida, que se refiere a que sólo habrá de adaptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del gobernado¹⁹, sería negar el cateo solicitado, a efecto de respetar el principio de proporcionalidad y observancia del diverso de necesidad, al existir otros medios de investigación del delito y del delincuente.²⁰

Con base en todo lo anterior, y en específico con las reformas que se han dado actualmente a la Constitución General de la República los días 6 y 10 de junio de 2011, podemos afirmar con claridad que estamos, prácticamente, es decir, de facto, en la 10ª Época de la Jurisprudencia mexicana, ya que existe una *vacatio legis* de 120 días y un año, respectivamente, para que el Congreso de la Unión expida las reformas legales correspondientes.

Esto porque resulta de todos conocido, que cada “Época” se inicia después de que se hacen reformas o adecuaciones importantes a nuestra Carta Magna, que incida directamente sobre la forma de actuar de los órganos encargados de emitir jurisprudencia, llámese Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito

Las reformas existentes hasta ahora, que dan orientación a lo anterior, son las siguientes:

¹⁸ Carbonell, Miguel, *Op. Cit.*, pp. 281.

¹⁹ Querant Joseph, Joan, *Justicia Penal: Delitos y Garantías*, México, Ubijus, 2009, pp 7 y 19.

²⁰ *Ibidem*.pp 21 y 22.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

A). En la reforma de 10 de junio de 2011, relacionada con la materia que nos ocupa, donde se aprobó el decreto por el que se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se refiere, substancialmente, a que:

- 1). Los derechos humanos, expresamente, serán protegidos con base en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, los que se interpretarán de conformidad con éstos; y,
- 2). Los decretos expedidos por el Ejecutivo que restrinjan o suspendan derechos humanos, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

B). De la reforma a la Carta Magna, que tiene vinculación directa a la Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011, donde se reformó su artículo 94, para modificar el párrafo ubicado actualmente en octavo lugar; se incorporó un nuevo párrafo para quedar en séptimo lugar y se incorporó otro nuevo párrafo para quedar en noveno lugar. Se reformaron los artículos 103, 104, y el 107 de la siguiente manera: el párrafo inicial; las fracciones I y II; el inciso a) de la fracción III; las fracciones IV, V, VI y VII; el inciso a) de la fracción VIII; las fracciones IX, X, XI, XIII, XVI y XVII y se derogó la fracción XIV, se desprenden al menos los siguientes tópicos:

- 1). Se establecerán Plenos de Circuito, a efecto de que resuelvan contradicciones de tesis sustentadas dentro del ámbito de su competencia.
- 2). Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que violen los derechos humanos.
- 3). Los Tribunales de la Federación conocerán de todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.
- 4). Se reconoce el interés legítimo individual o colectivo para acudir al juicio de amparo.
- 5). Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.
- 6). Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora, y en caso no existir adecuación a la norma, la propia Corte emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad (excepto en materia tributaria).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Como se puede apreciar de lo anterior, se encuentran en la mesa todos los ingredientes listos para que la 10^a Época entre a la escena nacional y a la vida jurídica, a razón de los cambios sustanciales en la defensa de los derechos humanos y la forma adjetiva de protegerlos mediante el juicio de amparo, pues tan sólo falta la expedición de las normas relativas y que, evidentemente, nuestro Máximo Tribunal dicte el acuerdo general respectivo donde de a conocer tan importante y trascendente suceso, el más grande de la historia jurídica de nuestro país (por cierto), y al efecto de “el banderazo de salida oficial”.

Toda esta apreciación cobra vigencia y vinculación con el estudio materia de este trabajo, donde a manera de ejemplo se abordó la escena relativa a cómo puede resolverse, en sede judicial, una solicitud de cateo, atendiendo al respeto de los derechos humanos con base en el control de convencionalidad²¹ y al principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales, es decir, la esencia misma de la citada reforma constitucional. ¡Bienvenida la 10^a Época en la Jurisprudencia mexicana!

²¹ Registro No. 165074, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, Marzo de 2010, Página: 2927, Tesis: I.4o.A.91 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mergadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.” CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

EL NUEVO RÉGIMEN PENITENCIARIO EN MÉXICO

José Luis TRUJILLO SOTELO

El presente trabajo no pretende hacer un referente histórico de lo que es y ha sido el Régimen Penitenciario Mexicano, existen sin duda autores que dan amplias cuentas de lo que ha sido en los diferentes periodos de la historia penitenciaria en México, recientemente se han publicado trabajos indiscutiblemente profundos en lo relativo a la historia penitenciaria en nuestro País. *José Patricio Patiño Arias Nuevo Modelo de Administración Penitenciaria, México 2010, Edit. Porrúa.*

Con el presente trabajo lo que se pretende es dibujar las bases que darán origen a una nueva Ley Federal de Ejecución de Penas que sustituya a la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados vigente desde el año 1971.

En la actualidad se requiere una nueva Ley Federal de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (que en mi opinión debiera ser General y de aplicación obligatoria en todos los Estados de la República) que adecue e implemente el contenido de la reforma constitucional de junio de 2008 y de manera particular lo relacionado con la ejecución de la pena y la reinserción social de los sentenciados expuesta en el nuevo contenidos de los artículos 18 y 21 párrafo tercero de nuestra carta magna.

Tratare de exponer las diferentes posturas que se presentaron ante el Congreso de la Unión por los diferentes actores y partidos que en él participan con miras a lograr la expedición de la nueva ley reglamentaria de los artículos referidos en el párrafo anterior.

El interés de los juristas mexicanos en materia penal en la actualidad se refleja en el contenido de las reformas constitucionales en materia penal publicadas el 18 de junio del año 2008, en las que se establecen las nuevas disposiciones jurídicas que regularan el proceso penal mexicano incluyendo a los artículos 18 y 21 de la Constitución Política Mexicana relativo a la pena privativa de libertad y la ejecución de la misma.

La reforma Constitucional de junio de 2008 se propone cambiar nuestro proceso penal, substituyendo al que actualmente nos rige identificado por gran parte de los estudiosos del derecho como inquisitorio, por otro de corte acusatorio, garantista y oral.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Los estudiosos del derecho, catedráticos, investigadores, persecutores del delito, aplicadores de la justicia y ejecutores de la pena, están o deben estar interesados en conocer, analizar y en su caso proponer los nuevos esquemas jurídicos que deberán aplicarse para regular este nuevo esquema penal propuesto y aprobado por el Poder Legislativo.

De estas reformas constitucionales en algunos casos los términos acordados para su ejecución vencieron el 19 de junio del año 2011, como es el caso de la reforma constitucional en materia penitenciaria que obliga en el artículo 5° transitorio del decreto que la pública, a la implementación de un nuevo modelo jurídico en materia de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En un primer momento es obligación moral y jurídica del titular del Poder Ejecutivo Federal presentar los proyectos de reforma jurídica necesarios que deban dar sustento a las reformas constitucionales en la materia que nos ocupa, pero es obligación del Congreso de la Unión cumplir en tiempo con la expedición de las leyes reglamentaria de los artículos de la Constitución Política que hayan sido reformados, es obligación del legislativo adecuar la legislación vigente en todas aquellas áreas de sistema penal que lo requieran, considerando el desarrollo natural y progresivo que la convivencia social exige, que por cierto en los últimos años en materia jurídico-penal ha sido de mucho dinamismo.

Ante la ausencia de una inactividad legislativa oportuna estaremos siempre corriendo el riesgo de vivir en regímenes jurídicos desfasados y en consecuencia fuera del estado de derecho que tanto se pregona, es urgente que vencidos los términos que se refieren en las reformas constitucionales estos se cumplan y se publiquen las leyes reglamentarias cualesquiera que estas sean, y por supuesto se ejecuten he instrumenten los procedimientos jurídicos necesarios que le den vigencia y sustentabilidad, de lo contrario solo estaremos viviendo un régimen jurídico de simulación e ilusionismo colectivo.

El caso más palpable para el tema que nos ocupa es precisamente la implementación de los procesos jurídicos en materia de ejecución de penas y medidas de seguridad que se refieren en la reforma constitucional de junio de 2008 y que deberán estar contenidos en una ley reglamentaria, llámese Ley de Ejecución de Penas, Ley de Normas Mínimas para Sentenciados y Procesados o como se acuerde; no obstante lo anterior hasta el 19 de junio del año 2011 no se habían aprobado en el Congreso Federal menos aun en los Congresos Estatales, salvo aquello que antes de la reforma constitucional de 2008 ya contaban con un procedimiento basado en el modelo penal acusatorio y oral en el que se contiene entre otras cosas lo relativo a la ejecución de penas y medidas de seguridad, introduciendo en sus legislaturas lo relativo a la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria o Juez de Ejecución de Penas que nos obliga la reforma en el tercer párrafo del artículo 21 constitucional y que en el ámbito federal parece no haber interés de los legisladores.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Independientemente de los retrasos e ineficiencias del Poder Legislativo para la implementación de las leyes reglamentarias de los artículos constitucionales reformados, es necesario abordar el estudio de lo que se propone por el gobierno federal y los partidos políticos representados en el congreso como nuevo modelo del régimen penitenciario en el país; es reconocido por los propios legisladores y los responsables de la administración de la estructura penitenciaria en el ámbito federal que en los términos como hoy funcionan los penales son considerados por la sociedad y por ellos mismos como escuelas del crimen. En un diagnóstico presentado por la Subsecretaría de Sistema Penitenciario Federal dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública intitulado *Estrategia Penitenciaria 2008-2012* se establece “Dada la situación del sistema penitenciario mexicano, las cárceles no han podido cumplir con los supuestos para la reinserción que establece la Constitución. Se limitan a ser espacios de contención, donde la dignidad de las personas –internos familiares y personal penitenciario—desaparece; el cumplimiento de las condenas no satisface a la sociedad, ni repara el daño ocasionado a las víctimas; y se nulifican las oportunidades necesarias para la reinserción social de los internos y la existencia de un marco jurídico ambiguo e insuficiente, los centros se han convertido en un eslabón más de la cadena delictiva, popularmente conocidos como escuelas del crimen”. *Estrategia Penitenciaria 2008-2012 Secretaría de Seguridad Pública; subsecretaría del Sistema Penitenciario Federal. México Diciembre, 2008.*

A continuación se exponen los datos carcelarios registrados “a julio de 2009, los mismos proyectan que la población de los 441 centros penitenciarios del país era de 218 mil 865 internos; de los cuales 129 mil 513 (59.17%) contaban con sentencia, mientras que el resto, 89 mil 352 (40.83%) se encontraban sujetos a proceso. La capacidad total instalada en esa fecha era de 167 mil 346 espacios, lo que implicaba un déficit de alrededor de 30.79% y la imposibilidad de mantener debidamente separados a los internos procesados de los sentenciados.

En el Cuarto Informe de Labores de la Secretaría de Seguridad Pública, se observa que al mes de julio de 2010, el Sistema Penitenciario Mexicano se integró por 429 centros de reclusión, con una capacidad de 176,911 espacios.

Señala el gobierno federal en su diagnóstico que los problemas asociados con la sobrepoblación se ven agravados por la dispersión de la infraestructura penitenciaria, lo que provoca desequilibrios en la distribución de la población de internos y el uso inadecuado de la infraestructura existente: 199 (46%) de los centros de reclusión del país experimentan sobrepoblación, lo cual limita la capacidad de impulsar esquemas efectivos de reinserción social; 91 instalaciones penitenciarias del país (21.21% de la infraestructura) concentran el 50% de la población penitenciaria (Baja California, Distrito Federal, Jalisco, Estado de México, Puebla y Sonora), mientras que el restante 50% se ubica en 401 centros (93.5%).

Al mes de enero de 2011, la sobrepoblación del Sistema Penitenciario Mexicano fue de 21.7%, lo que representa un déficit de 39,501 espacios, por lo que con el programa de construcción de nuevos espacios penitenciarios implementados en el país y la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

reducción de la población penitenciaria del fuero federal, este déficit es 1.28 puntos porcentuales menor al existente en diciembre de 2010.

De igual forma y tan sólo en el mes de enero de 2011, se registraron 64 incidencias en el Sistema Penitenciario del país que involucran a 130 personas: 2 auto agresiones, 19 decesos, 2 huelgas de hambre, 4 suicidios, 1 homicidio, 33 riñas y 3 fugas”. *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones y se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación enviado por el titular del Poder Ejecutivo Federal al congreso de la Unión para su discusión, aprobación y publicación el 14 de abril de 2011.*

En el primer trimestre de 2011 el sistema penitenciario federal además de los Penales Federales que ya funcionaban con antelación (CEFERESO 1 Altiplano, CEFERESO 2 Occidente, CEFERESO 3 Noreste, CEFERESO 4 Noroeste, Complejo Penitenciario Islas Marías y CEFEREPSI), cuenta con nuevas o remodeladas instalaciones que están bajo su administración y responsabilidad Guasave Sinaloa, Huimanguillo Tabasco, >SEFERESO 6 Sureste<, Guadalupe victoria Durango <CEFERESO Nor-Noreste 7> Villa Aldama Veracruz <CEFERESO 5 Oriente> y se encuentran en proceso de apertura los penales federales en Papantla Veracruz y el de Monclova Coahuila.

Considerando lo anterior no debemos dejar de estudiar y entender en sus términos la reforma constitucional en materia penitenciaria, recordemos que hoy por disposición constitucional se establece un régimen de excepción para los procesados y sentenciados que se encuentren relacionados con la comisión de delitos bajo el esquema jurídico que los identifica con la delincuencia organizada y que en mucho obedece la nueva arquitectura que se esta ejecutando en las nuevas instalaciones penitenciarias federales próximos a abrirse.

Con esta nueva infraestructura se propone primero dar vigencia al contenido del artículo 18 constitucional que se refiere en el párrafo siguiente y segundo recluir al grueso de los sentenciados del fuero federal en instalaciones propias de ese nivel de gobierno, sacándolos de los penales estatales donde hoy se encuentran reclusos más de 40 mil de estos internos, buscando evitar con ello que las autoridades estatales sigan culpando a la federación de los desmanes que se provocan en el centros de reclusión estatal según los primeros, desmanes provocados por los presos del fuero federal y no por la ineficiencia de las autoridades penitenciarias del ámbito estatal.

El nuevo texto constitucional aprobado en la reforma constitucional de 2008 establece *Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

Como se puede observar se eleva a rango constitucional la creación de centro de reclusión especiales con una normatividad y operatividad distinta a la del resto de los centros de reclusión, donde deberán albergarse a los procesados y sentenciados relacionados con la delincuencia organizada, no se pretende en este estudio analizar la viabilidad jurídica del contenido de la reforma en esta materia, no se pretende estudiar si esta reforma se encuentra apegada a las disposiciones jurídicas contenidas en los instrumentos internacionales a los que México está comprometido, hay quienes niegan validez de esta disposición constitucional y la ubican como un régimen de excepción y en consecuencia contraria al espíritu de la propia Constitución Política que nos rige.

Lo cierto es que esta es la disposición constitucional vigente y en consecuencia es la que deberá aplicarse en materia penitenciaria, razón que obliga al Titular del Poder Ejecutivo y al Congreso de la Unión a legislar y emitir la ley reglamentaria del artículo 18 constitucional en relación directa con el párrafo tercero del artículo 21 de este mismo ordenamiento jurídico.

En materia de derechos humanos con la última reforma constitucional aprobada en esta materia obliga a los legisladores a considerar lo expuesto en el artículo 18 de nuestra carta magna que establece “el Sistema Penitenciario se organizara sobre la base del respeto de los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir observando los beneficios que para el prevé la ley.

Las mujeres compurgaran sus penas en lugares separados a los destinados a los hombres para tal efecto”. Lo anterior en relación directa con lo expuesto en el artículo primero constitucional que en esta reforma plantea “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse salvo los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece”. *Decreto por el que se modifica la denominación de Capítulo I del Título Primero y se reforman diversos artículos de la Constitución Política Mexicana publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.*

El reconocimiento expreso de la autoridad y los legisladores de las deficiencias y riesgos que implica mantener a las cárceles en el actual estado en que se encuentran sumado a la reforma constitucional, oblige a replantear el problema, se presento ante

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

el Congreso de un Unión diversas iniciativas de reforma de lo que debiera ser el nuevo modelo penitenciario en México.

El 7 de septiembre de 2010 Alejandro Gertz Manero, del Grupo Parlamentario de Convergencia presentó la iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley Sobre Ejecución de Penas y Readaptación Social de Sentenciados en el que propone crear condiciones carcelarias más humanas que tengan como base la reparación del daño, educar al sentenciado para incrementar sus conocimientos, generar ingresos con su trabajo y reintegrarlo a la sociedad, después de cubrir a la víctima el monto de los daños causados con su conducta. Propone hacer de las cárceles centros de trabajo, educación y auténticas unidades de capacitación y producción para alcanzar la readaptación social; que los primodelinquentes que hayan delinquido ocasionalmente, tengan beneficios de libertades anticipadas y trabajo comunitario, siempre y cuando no pertenezcan a la delincuencia organizada, establecer una institución específica que preste atención a los liberados y externados, reconocer la dignidad de la persona, que los establecimientos estén organizados y dirigidos bajo principios y normas que instituyan con absoluta transparencia las atribuciones de los órganos de dirección, técnicos, de administración y seguridad, propone prohibir las prácticas de autogobierno, la operación de actividades ilícitas de los delinquentes desde el interior de las propias cárceles, igualmente establece en su iniciativa que las autoridades de los centros de readaptación social quedarán sometidas al sistema de control y vigilancia de toda institución pública para abatir la corrupción.

Propone instrumentar el Servicio Profesional de Carrera, personal técnico especializado altamente calificado, plantea que se clasifiquen las cárceles en máxima, media y mínima seguridad y a los presos en alta, media y baja peligrosidad. En su propuesta las cárceles de máxima seguridad serían destinadas a los reos peligrosos, con posibilidades de readaptación a través del trabajo industrial carcelario, además de Instrumentar las industrias penitenciarias en las cárceles de media seguridad que permita la autosuficiencia de estas.

Por su parte la diputada Adriana Sarur Torre el 23 de noviembre de 2010 presentó la iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley Reglamentaria del Artículo 18 Constitucional en materia del Sistema Penitenciario en el que considera necesaria la participación del sector privado en el Sistema Penitenciario a quien según su propuesta se le encomendará la custodia de los reos en el interior del centro de reclusión y tendrá a su cargo el control de acceso de personal y productos en el exterior, se contara en las instalaciones penitenciarias con áreas de producción comercial, como parte de la pena y el tratamiento de readaptación, el servicio médico será proporcionado por la empresa prestadora de Administración Penitenciaria.

El trabajo se prevé que sea remunerado, con estricto respeto a los derechos humanos y laborales del interno, señala la prohibición de pago en efectivo, expone además que por ningún motivo se deberá pagar un sueldo menor al trabajador penitenciario que

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

por la misma actividad que los trabajadores en libertad percibieran. Considera necesaria la participación más activa de la sociedad.

Propone un proceso de clasificación más claro así como homologar los criterios de operación entre los diferentes centros de reclusión, señala que el Director del Centro Penitenciario tenga solo funciones administrativas básicas y de seguridad y no tenga injerencia alguna sobre el tratamiento de los internos. Por lo que se refiere al tratamiento de reinserción señala que este inicia a partir de la recepción del procesado.

Otra novedad incluida es la referente propuesta es la creación del Oficial del Caso. Entre sus funciones señala la de seguimiento de las actividades diarias del interno, la concentración de información relacionada con las áreas en las que este convive, registro de información referente a incentivos y sanciones para el interno, trabajo de colaboración de este en el cumplimiento del programa de reinserción, así como la integración del expediente de evaluación semestral del interno. También tiene injerencia en la determinación e imposición de sanciones y de estímulos. Asimismo será quien deberá mantener informado al Juez de Ejecución de Sentencia de los avances y demás circunstancias relacionadas con el proceso de reinserción social y propone que deberá depender directamente de la Subsecretaría del Sistema Penitenciario Federal y no del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social.

Plantea la creación de la figura del Oficial de Vigilancia el cual tendrá a su cargo el seguimiento puntual de la vida del interno durante la etapa de preliberación.

El 17 de marzo de 2011 las diputadas Paz Gutiérrez Cortina y Josefina Vázquez Mota, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional presentaron ante el pleno de la Cámara de Diputados un proyecto de decreto identificado como Ley Federal de Atención para las Mujeres en Reclusión, en este plantean crear un nuevo ordenamiento jurídico con el objeto de establecer la organización, operación y administración del sistema penitenciario, respecto de las mujeres en reclusión, para garantizar sus derechos humanos en condiciones de igualdad y no discriminación, seguridad, disciplina, y orden. Procurar con el tratamiento al que sean sometidas, lograr su reinserción social y la prevención de la comisión de delitos de las mujeres en reclusión, contar con espacios idóneos para las mujeres en reclusión, sus hijas e hijos. Proporcionarles los servicios médicos y psicológicos necesarios y estancias dignas.

Por su parte el diputado Edgar Armando Olvera Higuera del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional en una iniciativa de reforma presentada ante el pleno planteo la creación del juez de ejecución de sentencias, para alcanzar los siguientes objetivos :Primero observar la legalidad de la ejecución de las sanciones penales, segundo controlar y vigilar el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario, tercero solucionar las controversias que se susciten entre la autoridad penitenciaria local y los particulares. Además según esta propuesta el Juez de Ejecución conocerá y

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

otorgara los beneficios de preliberación, libertad preparatoria, reducción de la sanción y remisión parcial de la pena; resolverá el recurso de reclamación de los internos contra sanciones disciplinarias; acordara las peticiones de los internos respecto al régimen y tratamiento penitenciario; además de realizar visitas de verificación. Se refiere que dicha autoridad jurisdiccional deberá mantenerse al margen de los aspectos administrativos. La actividad del juez deberá ser garantía del cumplimiento de la pena y el de asegurar los derechos humanos a través de una vía exclusivamente judicial, eliminando discrecionalidades de la autoridad administrativa como hoy sucede, sin reglas claras de seguridad jurídica, de defensa y respeto y cumplimiento del debido proceso.

Por su parte el Diputado José Luis Ovando Patrón, del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, igualmente plantea incorporar a la nueva legislación la figura jurídica de un Juez que vigile y controle la ejecución de las sentencias en las cárceles, atribución que es hoy propia del Poder Ejecutivo, velando por la observancia en la legalidad de la ejecución de las sanciones penales, el control y vigilancia del cumplimiento adecuado del régimen penitenciario, así como en la solución de las controversias suscitadas entre la autoridad penitenciaria y el sentenciado. Garantizar los derechos humanos de los internos. Igualmente plantea que deberá normar lo referente a la ejecución de las sanciones no privativas de libertad, como lo es la sanción pecuniaria; el tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad; las sanciones privativas y restrictivas de derechos; la suspensión, destitución e inhabilitación, además de velar por los derechos y obligaciones de los internos en los Centros Federales de Reinserción Social y establecer el Servicio Civil de Carrera Penitenciaria.

La Diputada Dolores de los Ángeles Nazares Jerónimo, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática afirma que las cárceles y reclusorios del país, son verdaderas “universidades del crimen”. Propone que los internos ocupen su tiempo productivamente y que contribuyan a los gastos que genera su estancia en prisión; participen en actividades educativas, culturales, recreativas y deportivas lo que contribuirá a su reinserción social. Para ello, la propuesta que presento regula a las autoridades en Materia de Ejecución de Sanciones Penales, sus funciones y atribuciones así como el personal penitenciario que participe en la custodia de los internos, quienes deberán estar debidamente capacitados y certificados, pues su trabajo es de alta responsabilidad y eventualmente de alto riesgo además de desarrollar las bases sobre las cuales deberá partir y sustentarse el tratamiento de reinserción social del sentenciado y los beneficios penitenciarios como el tratamiento en libertad, el trabajo en favor de la comunidad, semilibertad, la multa, libertad condicional y sanciones restrictivas de derechos, atribuyéndole al Juez de Ejecución la vigilancia y control de la legalidad en la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas.

Por su parte el Ejecutivo Federal el 14 de abril de 2011 presento a la Cámara de Diputados una Iniciativa con proyecto de decreto por el que se debe expedir la Ley

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones y se reformaría la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se establece en la propuesta la necesidad de contar con una Ley que norme el diseño, organización, operación y funcionamiento de la infraestructura penitenciaria federal, a la par de establecer criterios generales para que las instalaciones y el personal penitenciario sean los idóneos para aplicar el nuevo modelo de reinserción social plasmado en la reforma de junio de 2008 al artículo 18 de nuestra Constitución Federal bajo un régimen de disciplina estricto pero respetuoso de los derechos humanos, facilitando, a la vez, una administración eficiente, transparente, acorde con el nuevo sistema penal acusatorio adversarial, en el que se privilegian medidas alternas a la reclusión que contribuyan a la disminución de la población penitenciaria, terminar con la discrecionalidad de la autoridad administrativa en el otorgamiento de los beneficios preliberacionales, dejándose tal responsabilidad al Juez de Ejecución quien llevará a cabo la modificación y duración de las penas, procurar la reparación del daño a la víctima del delito conservar las obligaciones que son propias del Poder Ejecutivo, fundamentalmente la dirección, administración y el desarrollo de las tareas resocializadoras, teniendo en los grupos técnico-interdisciplinarios un instrumento profesional para acreditar la evolución del proceso de reinserción y proporcionar al Juez de Ejecución y al Agente del Ministerio Público los elementos para su buen proceder.

Plantea que sea la administración penitenciaria la responsable material de la ejecución penal en los términos prescritos por la sentencia, aplicar el procedimiento de clasificación y reclasificación, entregar al Juez la información técnico-jurídica para la realización del cómputo de la duración de las penas; autorizar el acceso a particulares y autoridades a los Complejos, Centros e Instalaciones Penitenciarias; imponer las sanciones a los Internos por violación al régimen de disciplina; ejecutar, controlar y vigilar las sanciones privativas de la libertad que imponga la autoridad jurisdiccional competente; entre otras; al Juez de Ejecución le corresponde, según la propuesta a través de sus resoluciones, que no se modifique el cumplimiento de las penas impuestas en la sentencia y en la Ley y garantizar el pago de la reparación del daño, debiendo permanecer dicha autoridad jurisdiccional al margen de los aspectos administrativos, propone que la autoridad penitenciaria y judicial intervendrán en el mismo procedimiento de ejecución, pero respetando su competencia, sin la existencia de una relación de subordinación.

Se proponen nuevos niveles de seguridad y custodia, destacando los niveles 5, máxima y 6 súper máxima, en los que se internarán a secuestradores y otros miembros de la delincuencia organizada así como a internos del fuero común a quienes se les apliquen medidas de vigilancia especial y especiales de seguridad. Igualmente se propone en el proyecto regular las zonas territoriales de los complejos y centros penitenciarios federales, que comprenden áreas de seguridad y protección que no podrán ser ocupadas por particulares. Plantea un nuevo Sistema de Reinserción a través de un método de clasificación objetiva, para determinar los

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Niveles de Atención Técnica Interdisciplinaria, aplicada mediante Programas de Reinserción y Tratamientos, con base en el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. Se propone el desarrollo de un programa de industria penitenciaria que permita reparar el daño causado a la sociedad, contribuya a la manutención de sus familias, genere un ahorro personal y facilite para la reinserción del sentenciado a la comunidad.

Se plantea regula el tema de las mujeres en reclusión, así como elabora un catálogo de obligaciones y derechos de los internos procesados y sentenciados y que los correctivos disciplinarios y el procedimiento legal para su imposición e impugnación estén previamente determinados y legalmente publicitados.

Se establece en la propuesta el procedimiento jurisdiccional de ejecución en el cual estará representado el sentenciado por un defensor público o privado, para el ofrecimiento y desahogo de pruebas que sirvan de fundamento al juez de ejecución para dictar las resoluciones respectivas para la negativa o concesión de sustitutivos o beneficios así como el derecho de interponer recurso de alzada. Se plantea establecer la carrera penitenciaria, refiere la iniciativa que el personal penitenciario será sujeto a procedimientos de reclutamiento, selección, ingreso, formación, certificación, permanencia, evaluación, promoción y conocimiento; así mismo contempla el régimen disciplinario que aplicará las sanciones en el caso de incumplimiento al catalogo de deberes del personal penitenciario que será sustanciado por un Consejo de Desarrollo Penitenciario.

La Comisión de Seguridad Pública en la Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3251-II, viernes 29 de abril de 2011, publica un primer proyecto de decreto que expone a su juicio lo que debería contener la nueva Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, considerando para ello lo expuesto en las iniciativas de reforma referidas en los párrafos anteriores.

Recordemos que el artículo quinto transitorio de la reforma de junio de 2008, estableció un plazo de tres años, como máximo, para que los sistemas penitenciarios, a nivel federal y local, puedan hacer los cambios en su normatividad y en su implementación a fin de que los reclusos puedan gozar de los nuevos derechos que les otorga la Constitución, derecho a la salud y al deporte, así como el cambio del sistema de readaptación por el sistema de reinserción.

La Comisión de Seguridad Pública como referente para la propuesta de ley que presentara al Pleno del Congreso considero la estructura del sistema penitenciario federal para su propuesta, tomando en consideración que es el que mejor funciona por su infraestructura, capacidades y atribuciones. Considero como premisa sustantiva según el dictamen presentado, garantizar la seguridad y el respeto a los derechos humanos de los internos. Se plantea que en un futuro mediato, esta Ley Federal del Sistema Penitenciario y Ejecución de Sanciones, que se encuentra en proceso de aprobación sea replicada a nivel estatal, pero tomando en cuenta las particularidades que existen en cada una de las Entidades Federativas para ello se

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

aprovecharía la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario institución jurídica surgida en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública en la que participan los representantes del sistema penitenciario nacional y que permitiría implementar las reformas jurídicas bajo un mismo criterio jurídico esta sería la vía idónea para canalizar las reformas que se proponen en la nueva Ley Federal del Sistema Penitenciario y Ejecución de Penas. Se reflexiona que trabajar a la inversa, implicaría un gasto de recursos y tiempo innecesarios, además de que no permitiría el desarrollo de un modelo penitenciario uniforme y homologado entre la federación y los estados.

Se establece en este proyecto que tiende a ser el nuevo modelo de Ley Reglamentaria del artículo 18 constitucional en relación con el artículo 21 párrafo tercero de este mismo ordenamiento jurídico que el Poder Ejecutivo sería el responsable jurídico para atender la ejecución de las penas privativas y restrictivas de la libertad y las medidas de seguridad; y, el Poder Judicial, responsable de atender la modificación y duración de las penas. Al Juez le corresponde según esta propuesta realizar el cómputo de la duración de las penas o medidas de seguridad tomando en consideración la información técnico-jurídica que le proporcione el órgano ejecutor; modificar las penas; aplicar la ley más favorable a los sentenciados, modificando la pena, cuando les resulte benéfica; tramitar y resolver los incidentes promovidos en materia de modificación y duración de las penas así como el procedimiento jurisdiccional de ejecución; a la autoridad penitenciaria le competiría según esta propuesta: aplicar el procedimiento de clasificación y reclasificación; entregar al Juez la información técnico-jurídica para la realización del cómputo de la duración de las penas; autorizar el acceso a particulares y autoridades a los Complejos, Centros e Instalaciones Penitenciarias; imponer las sanciones a los Internos por violación al régimen de disciplina; ejecutar, controlar y vigilar las condiciones de la libertad que imponga la autoridad jurisdiccional competente; entre otras.

Esta propuesta de ley que esta consensada al menos en la Comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Diputados y que sin duda quedara aprobada por el pleno y posteriormente turnada a el Senado de la República para su aprobación refiere que el nuevo Sistema Penitenciario Federal, contara para su administración con la operación de complejos penitenciarios, centros e instalaciones penitenciarios, mismos que tendrán diversos niveles de seguridad y custodia, I mínima y II mínima restrictiva, que contara con puertas con bisagra y celdas sin seguridad y sin control de apertura, módulos comunitarios o estancias unitarias; niveles III media y IV, alta que contara con puertas con bisagra, celdas y cerraduras de alta seguridad, módulos y estancias unitarias o compartidas, con llaves de alta seguridad, y nivel V máxima y VI súper máxima que contara con puertas y celdas con sistema electrónico y centro de control, módulos y estancias unitarias, no comparten espacios con población, puertas dobles, se abren una a la vez y por control remoto y la seguridad externa incluye esclusas controladas con control remoto, dispositivos con sensores y detectores.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Se propone homologar los niveles de seguridad para construir una de las bases fundamentales de la infraestructura penitenciaria nacional, que permitirá la adecuada implementación de la Técnica Interdisciplinaria que requiera el interno de conformidad con los niveles de intervención, basados en los Programas de Reinserción y Tratamiento, sobre la base de los ejes que permitirá su reinserción social, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.

Se establece regular las zonas territoriales de los complejos y centros penitenciarios federales, que comprenden áreas de seguridad y protección que no podrán ser ocupadas por particulares, recordemos que en la actualidad la mancha urbana ha invadido territorio que por seguridad debieran ser exclusivo de los centros de reclusión.

Se propone establecer un método de clasificación objetiva, para determinar los Niveles de Atención Técnica Interdisciplinaria, aplicada mediante Programas de Reinserción y Tratamientos, se pretende disminuir al máximo la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias en la determinación de los niveles de seguridad y custodia que requiere un procesado o sentenciado al ingresar a prisión y con ello disminuir los niveles de corrupción que con este motivo se presenta actualmente. Se dice que esta clasificación se realizara mediante la utilización de valoraciones técnicas por los especialistas de las áreas de salud mental, médica, educativa y laboral, analizar el historial delictivo del interno para determinar el nivel de custodia al que será asignado en el complejo o centro penitenciario federal. Aplicación a los internos la Atención Técnica Interdisciplinaria (programas de reinserción y tratamientos) que permita determinar su evolución o involución, lo que sentaría las bases para hacer la propuesta de permanencia, aumento o disminución en el nivel de custodia y seguridad que deberá aplicársele.

Se establece Implementar los instrumentos jurídicos y procedimientos necesarios que permita a los sentenciados próximos a obtener su libertad participar en los Programas de Preliberación, para orientarlos en tiempo a su transición a la sociedad. Establecer programas de libertad vigilada a través de un Plan de Supervisión de la autoridad penitenciaria.

El proyecto de ley contiene el desarrollo de un programa de industria penitenciaria que permita al sentenciado reparar el daño causado a la sociedad, contribuya a la manutención de su familia, genere un ahorro personal y le otorguen recursos que faciliten su reinserción a la comunidad. Se propone establecer un catálogo de obligaciones y derechos de los internos procesados y sentenciados, pero también de manera particular se regule el tema de las mujeres en reclusión. Adicionalmente, el proyecto enuncia la enumeración de los correctivos disciplinarios y el procedimiento legal para su imposición, se trata de disminuir al máximo la discrecionalidad de la autoridad carcelaria en este rubro y por ende disminuir la violación constante de los derechos humanos de los internos que en estos lugares es un fenómeno cotidiano y difícil de comprobar, además de garantizar el orden, control y la disciplina al

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

interior de los complejos y centros penitenciarios federales. Se pretende el establecimiento de un procedimiento jurisdiccional de ejecución de la pena único diferenciado solo por los niveles de seguridad y custodia que se proponen bajo el nuevo modelo penal acusatorio, garantista y oral.

Se plantea la carrera penitenciaria, es decir, un sistema obligatorio y permanente conforme al cual el personal penitenciario será sujeto a procedimientos de reclutamiento, selección, ingreso, formación, certificación, permanencia, evaluación, promoción y conocimientos así como un régimen disciplinario en el que se aplicarán las sanciones a los servidores públicos del sistema penitenciario en el caso de incumplimiento al catálogo de deberes que se tenga preestablecido.

Como resultado del análisis hecho al sistema penitenciario nacional y de manera particular al federal se establece como acuerdo a través de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública del congreso solicitar a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público las partidas presupuestales necesarias que garanticen la implementación de este nuevo modelo.

En relación a la propuesta de la diputada Adriana Sarur Torre , del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México, la Comisión de Seguridad Pública respecto a permitir la inversión privada no sólo para la construcción de cárceles, sino también para la administración y operación interna, como efectivamente ocurre en otras latitudes, se considero que dicha propuesta no sólo vulnera el concepto actual de “seguridad pública”, como función exclusiva del Estado Mexicano, sino que obliga a una revisión más profunda desde el ámbito constitucional y de la seguridad nacional que superan los fines del presente dictamen. Sin embargo en la propuesta aprobada por la comisión se permite la participación privada en aquellos servicios que de manera “indirecta” contribuye al funcionamiento y operación de los complejos, centros e instalaciones penitenciarias y de manera particular en lo relativo al impuso de la industria penitenciaria, que termine con la producción artesanal que hoy caracteriza a los centros de reclusión.

Visto lo anterior es importante señalar que en el proyecto de la Comisión de Seguridad Pública no está del todo claro cuál será el procedimiento que deba seguirse por los internos y sus familiares en el caso de que les sea violentados sus derechos humanos, según la propuesta es ante la propia autoridad penitenciaria donde se substanciara el procedimiento y se resolvería la inconformidad que se promueva, sin embargo en este nuevo esquema y apelando al derecho comparado, el Juez de Ejecución de Penas que se propone y que nos obliga el párrafo tercero del artículo 21 constitucional debería ser el responsable de subsanarla, sus facultades no puede solo limitarse a la contabilidad del término que exige la norma jurídica para que un interno pueda lograr un beneficio de libertad anticipada, la vida carcelaria según se desprende del espíritu de la reforma es judicializar la ejecución de la pena y en esto es determinante no solo el otorgamiento de los beneficios, sino el proceso mismo al que se somete a un interno para lograr el fin último que se establece en la disposición constitucional contenida en el artículo 18 de nuestra carta magna que

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

consiste en lograr la plena reinserción social del interno a la sociedad, disminuyendo al máximo la posibilidad de su reincidencia en otro hecho delictivo.

Para lograr el cumplimiento de esta disposición dentro del modelo penitenciario que se ha adoptado en nuestro país se deberá someter al sentenciado a un tratamiento técnico penitenciario individualizado en el que se le proporcionen los elementos necesarios que le permita reincorporarse a la sociedad sin el riesgo de delinquir nuevamente, tratamiento técnico que estará formulado bajo cinco grandes ejes establecidos igualmente en la Constitución Política, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. El juez de ejecución por supuesto que debe tener autoridad suficiente para supervisar que el dispositivo constitucional de reinsertar socialmente al sentenciado bajo el tratamiento técnico penitenciario se cumpla.

La presuntas violaciones a los derechos humanos que se comentan en los centros penitenciarios a solicitud del interno o de oficio a través de las visitas ordinarias y extraordinarias que se realicen deben desahogarse ante el Juez de Ejecución de Penas, quien debe ser el encargado de velar que se cumplan las disposiciones jurídicas existentes en la materia tanto del ámbito nacional como en el internacional (artículo 1º constitucional vigente), a lo que hoy producto de las reformas en la materia estamos obligados. Lo anterior sin menoscabo del derecho que tiene el interno a promover ante los organismos defensores de los derechos humanos en términos de su propia legislación lo que a su derecho convenga pudiendo incluso acudir a los organismos internacionales de los que México sea parte.

Pretender limitar la intervención del Juez de Ejecución de Penas al ámbito de el otorgamiento de beneficios de libertad anticipada y a garantizar la reparación del daño de la víctima como se propone es contravenir el desarrollo que en esta materia se ha logrado en el ámbito internacional.

No se trata de cambiar para seguir igual, no es correcto simular una nueva legislación donde el objetivo primordial sea limitar los derechos humanos de los internos, disfrazando con un lenguaje progresista e innovador el verdadero espíritu de la reforma, que es o pareciera ser el endurecimiento de las autoridades carcelarias en la ejecución de la pena.

No niego la necesidad de endurecer la ejecución de la pena para aquellos que sean considerados un verdadero riesgo para la estabilidad social, pero pretender endurecer la ejecución de la pena por el puro hecho de haber sido procesado y sentenciado por un delito contenido dentro de la Ley federal de Delincuencia Organizada sin un análisis claro de la personalidad del sentenciado o procesado, su participación en la comisión del delito, su historial delictivo etc. es una violación flagrante al estado de derecho, peor aún, si estas personas no puedan acudir al Juez de Ejecución de Penas que se propone para modificar o suspender alguna disposición administrativa dictada por la autoridad ejecutora, esto sería un

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

verdadero retroceso en el nuevo procedimiento penal acusatorio que se contiene en nuestra carta magna.

La máxima autoridad en esta nueva etapa del sistema penitenciario mexicano sin duda como lo es en la mayoría de países avanzados debe ser el Juez de Ejecución de Penas y no como se propone, que este sea una sola figura decorativa que de sustento a la disposición expuesta en el párrafo tercero del artículo 21 constitucional, el espíritu de esta disposición esta directamente concatenada con las disposiciones de este mismo ordenamiento jurídico relacionadas con la defensa de los derechos humanos y el debido proceso.

Recientemente tuve la oportunidad de revisar el proyecto del nuevo Código Federal de Procedimientos Penales que se propone por el Consejo de Coordinación para la Implementación de Sistema de Justicia Penal del Gobierno Federal dependiente de la Secretaría de Gobernación y lamentablemente en el capítulo relativo a la Ejecución de Sanciones es muy triste ver sus limitaciones en materia de ejecución, remite a la Ley de la materia para su ejecución y aplicación, no se establece procedimiento alguno y eso es verdaderamente preocupante. Se refiere en el proyecto:

TÍTULO X

EJECUCIÓN DE SANCIONES Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

CAPÍTULO I

Ejecución de sanciones penales

Artículo 580.

Remisión a la ley de ejecución

“En todo lo relacionado con la ejecución de las penas y las medidas de seguridad se observarán las disposiciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano y en la ley de la materia”.

Como se observa deja como norma prioritaria en esta materia a la Ley Federal de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que es justamente la que se expone como proyecto en el presente trabajo y como se ven las cosas en el Congreso de la Unión será este en su esencia el que se apruebe en el congreso por lo que los legisladores deben tener cuidado de no aprobar una nueva Ley de Ejecución de Penas para que todo siga igual.

En materia de profesionalización y servicio profesional de carrera a pesar de ser elementos que se refieren reiteradamente en los diagnósticos que se acompañan a las propuestas de reforma para la nueva Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en el cuerpo mismo del proyecto de reforma presentado al pleno del Congreso por la Comisión de Seguridad Pública estos rublos no son estructuralmente abordados, se dejan solo en declaraciones generales que demuestran el poco interés que los legisladores tienen en esta materia, un nuevo

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

esquema de administración penitenciaria sin un esquema claro de profesionalización del personal en activo y el de nuevo ingreso incluyendo por supuesto a los altos mandos de dirección aunado u una certeza laboral de quienes trabajan en el sistema penitenciario difícilmente garantizara su eficacia al pretenderlo implementar, el factor humano es el elemento sustantivo de cualquier reforma que se pretenda implementar y más aun en las áreas de seguridad pública. Es urgente en esta materia el diseño e implementación del Programa Rector de Profesionalización al que obliga la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Otro aspecto que considero se debe tomar en cuenta en la integración, aprobación y publicación de la nueva normatividad en materia de ejecución de penas y medidas de seguridad es lo relativo a la sobrepoblación carcelaria, fenómeno que hoy representa el mayor riesgo de inestabilidad de los centros de reclusión federales y estatales (no perdamos de vista que más de 40 000 internos del fuero federal se encuentran reclusos en cárceles estatales) e imposibilita todo esfuerzo que tienda a implementar cualquier programa de tratamiento técnico interdisciplinario que permita con el consentimiento del sentenciado lograr su adecuada reinserción social.

Para abatir este fenómeno se debe implementar un programa emergente en el que se platee como objetivo principal en el corto plazo disminuir la sobrepoblación carcelaria, tanto con los procesados que no han sido condenados como en los sentenciados, sobre todo aquellos que por el delito que cometieron y las circunstancias que rodean al mismo y el tiempo transcurrido puedan obtener su libertad sin que representen un riesgo para la sociedad.

Se debe revisar la situación jurídica de los inimputables, enfermos terminales, adultos mayores que puedan ser objeto de un beneficio de libertad anticipada y de oficio aplicarla en ellos.

La reforma jurídica en materia penitenciaria es un asunto delicado y con poco conocimiento jurídico en la materia, es sin duda de la mayor relevancia y urgencia elaborar los instrumentos jurídicos que regulen este nuevo procedimiento de ejecución de penas y medidas de seguridad que se obliga en los nuevos contenidos de los artículos 18 y 21 de la Constitución Política vigente, preservando en todo momento los derechos humanos de los internos y las garantías necesarias que se derivan de la implementación en nuestro país de un nuevo modelo penal acusatorio garantista y oral, con el que se propone dejar atrás viejas prácticas sustentadas en criterios autoritarios y discrecionales de la autoridad responsables en la toma de decisiones en el área de ejecución de la pena representada en la actualidad por el Poder Ejecutivo y que hoy según el proyecto pretende reproducirse con el mismo esquema pero bajo un nuevo lenguaje.

Es un avance estar discutiendo un nuevo modelo de administración penitenciaria en el país, tenemos una gran oportunidad para promover una reforma jurídica lo suficientemente clara que garantice la gobernabilidad en los centros de reclusión, la disciplina y el orden pero que igualmente garantice el respeto a los derechos

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

humanos de los procesado y sentenciados que se encuentren reclusos en ellos, no podemos por desconocimiento o comodidad renunciar a la oportunidad histórica que tenemos de incorporar el sistema de ejecución de penas al nuevo modelo penal acusatorio, bajo los principios y modalidades que se establecen en la reforma constitucional aprobada en el mes de junio del año 2008.

LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DEL JUEZ DE CONTROL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Óscar URIBE BENÍTEZ

Sumario. I. Introducción. II. Funciones constitucionales del juez de control. III. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, instituyeron el sistema penal acusatorio, en el cual se le dio una mayor participación al poder judicial, no solamente en el proceso, sino antes y después del mismo; es decir, en la averiguación previa, para el control del Ministerio Público; y en la ejecución de las penas, para modificar y determinar la duración de las mismas.

Esta dilatación del poder judicial, vino acompañada de una diversificación de jueces con funciones específicas en determinadas sedes. Ciertamente, pues se estableció la figura del juez de control; se continuó con la del juez del conocimiento, de la causa o de la audiencia preliminar a la de juicio; se adicionó la figura del juez de la audiencia de juicio, así como la del juez ejecutor de las penas. Con esto, como sucedió en la historia de la jurisdicción, se volvió a descomponer en tres facultades: notio, iudicio e imperium. La notio o conocimiento de un asunto que se somete para resolverlo, la realizan el juez de control, el de la causa o el de la audiencia preliminar a la de juicio; la iudicio, que es la facultad de juzgar, se reservó al juez de la audiencia de juicio, excepto en el proceso abreviado o de terminación anticipada, en el que el juez de control o de la audiencia preliminar a la de juicio dicta la sentencia; y el imperium, el poder de ejecutar lo juzgado, si bien está encargado al poder ejecutivo, el juez de ejecución de penas, la vigila y controla.

En esta expansión del poder judicial, se puede afirmar que el juez de control es el centro de gravedad de la legalidad en el sistema penal acusatorio, en razón de las funciones constitucionales que tiene asignadas frente a la libertad deambulatoria y otros derechos fundamentales del individuo, así como frente a las garantías de éstos, habida cuenta de que puede restringir unos y otras, pero solamente en los casos y con las condiciones que la propia Constitución establece, según lo dispone su artículo 1,

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

párrafo primero. Por este motivo, en el capítulo II, nos abocamos al estudio de tales funciones: en la investigación administrativa que realiza el ministerio público, con respecto a las medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que debe resolver a solicitud del representante social, así como en relación a ciertas decisiones de éste, durante o al finalizar la investigación administrativa, que son impugnadas. Asimismo, analizamos las funciones que tiene conferidas en el procedimiento de preparación del proceso penal y en el mismo proceso penal, en el cual sigue controlando al ministerio público pero ahora en sus peticiones concernientes al desistimiento de la acción penal y suspensión del proceso penal, que realiza como parte en el proceso penal; finalmente, exponemos sus funciones de sustanciar las audiencias preliminares a la de juicio y de órgano decisor en los procesos con terminación anticipada. En el capítulo III, se describen las fuentes consultadas.

II. LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DEL JUEZ DE CONTROL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Para una mejor comprensión de las funciones constitucionales del juez de control, es oportuno señalar las etapas del sistema penal acusatorio, a saber:

- a) Procedimiento de investigación administrativa;
- b) Procedimiento de preparación del proceso;
- c) Primera audiencia preliminar a la de juicio;
- d) Segunda audiencia preliminar a la de juicio;
- e) Audiencia de juicio;
- f) Audiencia de sentencia y explicación de la misma a las partes; y
- g) Ejecución de la pena.

En la confección de este sistema penal acusatorio, según los dictámenes correspondientes a las reformas constitucionales en comento, se partió de que lo óptimo en el ámbito federal y local, es decir, si se cuenta con recursos económicos suficientes, es que intervengan en las etapas a) y b), los jueces de control; en las etapas c) y d), el juez ordinario, conocido como juez del conocimiento, de la causa, natural, de instrucción, etc.; en las etapas e) y f), el juez de juicio; y en la etapa g), el juez de ejecución de penas. Es decir, la participación en el sistema penal acusatorio de cuatro jueces: el de control, el de audiencias preliminares, el de la audiencia de juicio y el de ejecución de penas.

Sin embargo, también se previó que en los supuestos de escasez de recursos económicos, índices delictivos altos, índice poblacional elevado y vasta extensión geográfica en la que se perpetran los delitos, el juez de control intervenga en las etapas a) a la d); el juez de la audiencia de juicio, en las etapas e) y f); y el juez de ejecución de penas, en la etapa g). En este contexto, estamos en aptitud de abordar el estudio de las funciones constitucionales de los jueces de control.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

1. Funciones constitucionales del juez de control en el procedimiento de investigación administrativa En el procedimiento de investigación administrativa que realiza el ministerio público, intervienen los jueces de control con la función precisamente de controlar a aquél en sus funciones de investigación de delitos y resoluciones de reserva, de no ejercicio de la acción penal y de no desahogo de alguna diligencia.

La función de controlar al ministerio público en el procedimiento de investigación administrativa, se desprende del artículo 16, párrafo décimo cuarto, constitucional, al establecer:

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

En seguida, procederemos a abordar los deberes judiciales que constituyen la función de controlar la actividad investigadora del ministerio público.

A. Resolver las medidas cautelares solicitadas por el Ministerio Público o la víctima u ofendido Entre los procesalistas mexicanos no existe uniformidad acerca de los conceptos de medida cautelar, providencia precautoria y menos aún, por su reciente utilización, de técnicas de investigación. Por ejemplo, Sergio García Ramírez, nos expone las nociones que de ellas tienen los juristas italianos Chiovenda y Carnelutti, sin mencionar las providencias precautorias a efecto de diferenciarlas con las medidas cautelares, sino que por el contrario las funde en éstas, de lo que podemos inferir que las considera una misma cosa, incluidas las hoy denominadas técnicas de investigación, pues señala como medidas cautelares la detención; la prisión preventiva; la libertad provisional, en su modalidad caucional y bajo protesta; la libertad previa o administrativa; el arraigo del inculpado; el arraigo y examen anticipado de testigos; las precauciones para el examen del inculpado y de testigos; las precauciones en la confrontación; las precauciones para que no se interrumpan los servicios públicos; las medidas en la aprehensión de ciertos funcionarios; las medidas precautorias reales: el embargo, el depósito, la hipoteca, la fianza, el aseguramiento de objetos, la intercepción de correspondencia, la intercepción telefónica y otros medios de indagación; y medidas de cateo de residencias diplomáticas. Esta lista bajo el rubro de medidas cautelares, las desprende de la Constitución, del Código Procesal Penal Federal y de la Ley de Extradición Internacional.¹ Esta falta de distinción de García Ramírez, la sigue sosteniendo en sus comentarios a la reforma constitucional, al señalar que no es pertinente –prima facie- la distinción que se hace entre medidas cautelares y providencias precautorias,

¹ García Ramírez, Sergio, *Derecho procesal penal*, 5ª edición, México, Editorial Porrúa, 1989, pp. 571-630.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

porque ambas abarcan actos restrictivos provisionales del disfrute de bienes jurídicos, en aras del buen desarrollo del procedimiento principal.²

Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle Favela, refieren que *las medidas cautelares calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso*. Asimismo, señalan que dichas medidas se pueden tomar con anterioridad a la iniciación del proceso como durante toda la tramitación del mismo, en tanto se dicta la sentencia firme que le ponga fin o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa. Precisan que en el proceso penal existen las medidas cautelares relativas a la prisión preventiva y libertad provisional, en su modalidad caucional y de protesta.³

Juan Palomar de Miguel, solamente se refiere a las medidas cautelares como *las que se adoptan preventivamente en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para que la resolución del mismo pueda ser más eficaz*.⁴

Marco Antonio Díaz de León, únicamente aborda las providencias precautorias, como *la resolución que dicta el juez con el objeto de garantizar la eficacia de la sentencia que emita, como por ejemplo el embargo*.⁵

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, sí diferencian entre medidas cautelares y providencias precautorias. Las primeras, son *aquellas establecidas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo (Couture, Vocabulario Jurídico)*. Las providencias precautorias son *las resoluciones judiciales destinadas a garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte en un proceso, tales como el arraigo y el secuestro de bienes*. Y por técnica, señalan *el conjunto de procedimientos de que se sirve una ciencia o un arte, así como la habilidad para mejorarlas*.⁶

Pese a la tendencia de nuestros juristas mexicanos, de no diferenciar entre medidas cautelares y providencias precautorias, así como actualmente técnicas de investigación, se marcó un hito opuesto en la reforma al artículo 16, párrafo décimo cuarto, constitucional. Por ello, en la actualidad surge la importancia del distingo, a

² García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 61.

³ Fix Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo III (I-O), México, UNAM, 2007, pp. 2484 y 2485.

⁴ Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, tomo II (J-Z), México, Editorial Porrúa, 2000, p. 982.

⁵ Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal*, tomo II, México, Editorial Porrúa, 1986, p. 1409.

⁶ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, 25ª edición, México, Editorial Porrúa, 1998, pp. 369, 409 y 424.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

efecto de saber cuál es el derecho fundamental y la garantía individual que se restringirá o limitará en cada caso. Lo óptimo, constitucionalmente hablando, hubiese sido que en la reforma al sistema penal acusatorio se señalaran en forma precisa y sistemática las medidas cautelares, las providencias precautorias y las técnicas de investigación, en virtud de que el artículo 1 constitucional, dispone que en los Estados Unidos Mexicanos *todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece*. En este sentido, las restricciones o límites a los derechos fundamentales y a las garantías individuales, no debe señalarlas una ley secundaria, sino únicamente la Constitución, la cual permitiría construir los conceptos de medida cautelar, providencia precautoria y técnica de investigación; o bien, arribar a la conclusión de que no existen diferencias.

Los derechos fundamentales que prevé nuestra Constitución, están garantizados por sus artículos 14 y 16; es decir, por las garantías de audiencia y de legalidad, que impiden se prive de la libertad, propiedad, posesiones o derechos a los habitantes de este país, a menos que previamente se haya seguido juicio ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Asimismo, impiden que se realicen actos de molestia en la persona, familia, papeles o posesiones de los habitantes de nuestro país, excepto cuando exista mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Es decir, los derechos fundamentales objeto de garantía son la libertad, la propiedad, la posesión y en general todos los demás derechos susceptibles de ser perturbados por actos de molestia o privativos de esos derechos.

En cuanto al derecho fundamental de la libertad, la Constitución prevé como medios restrictivos del mismo, los siguientes:

- La detención, realizada por cualquier persona o autoridad administrativa, en el caso de delito *in fraganti* (Artículo 16, párrafo quinto);
- La detención ordenada por el ministerio público en caso urgente (Artículo 16, párrafo sexto);
- La retención ordenada por el ministerio público hasta por 48 horas o su duplo en casos de delincuencia organizada (Artículo 16, párrafo décimo);
- El arraigo de persona, decretado por la autoridad judicial a petición del ministerio público, en tratándose de delitos de delincuencia organizada, hasta por 40 días, el cual puede ser prorrogado sin exceder de 80 días (Artículo 16, párrafo octavo, constitucional);

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- La detención ratificada por la autoridad judicial, en caso de urgencia o flagrancia (Artículo 16, párrafo séptimo, constitucional);
- La orden de aprehensión girada por la autoridad judicial (Artículo 16, párrafo tercero, constitucional);
- La orden de cateo emitida por la autoridad judicial a petición del ministerio público, tratándose de aprehensión de personas que se encuentren en el lugar cateado (Artículo 16, párrafo décimo primero, constitucional);
- El auto de vinculación a proceso dictado por la autoridad judicial, el cual justifica la detención del inculpado desde que le es puesto a su disposición (Artículo 19, párrafo primero, constitucional);
- La prisión preventiva decretada por la autoridad judicial, a solicitud del ministerio público o de oficio (Artículos 18, párrafo primero, y 19, párrafo segundo, constitucional);
- La revocación de la libertad de los individuos vinculados a proceso, decretada por la autoridad judicial (Artículo 19, párrafo tercero, constitucional); y
- La pena de prisión impuesta por la autoridad judicial (artículos 20, apartado B), fracción IX, párrafo tercero; y 21, párrafo tercero, constitucionales).

De los anteriores medios constitucionales, privativos de la libertad personal deambulatoria o de locomoción, los que emite la autoridad judicial con restricción de la garantía de audiencia, son el arraigo de persona; la detención ratificada, en casos de urgencia y flagrancia; la orden de aprehensión; la orden de cateo, para aprehender personas; el auto de vinculación a proceso; la prisión preventiva; y la revocación de la libertad de los individuos vinculados a proceso.

Ahora bien, de los anteriores medios constitucionales que emite la autoridad judicial a solicitud del ministerio público, en el procedimiento de investigación administrativa que éste realiza, son el arraigo de persona y el cateo para aprehender personas. Luego entonces, los jueces de control están facultados para dictar estos dos medios constitucionales; pero ¿En qué consisten estos medios constitucionales?

El arraigo de persona, está previsto en el artículo 16, párrafo octavo, constitucional, y regulado en el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en el Título Segundo relativo a la investigación de la delincuencia organizada, Capítulo Segundo, denominado de la Detención y Retención de Indiciados. Del análisis de dichos preceptos legales, podemos afirmar que el arraigo de persona es una resolución dictada por la autoridad judicial federal, a solicitud del ministerio público de la federación, en los casos previstos en el artículo 2 de dicha ley, en la que se autoriza detener y retener a una o varias personas integrantes de una organización criminal, en el lugar, por el tiempo, en la forma y medios para realizarlo señalados

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

por el solicitante, porque es necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista algún riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que el arraigo pueda exceder de 40 días, a menos que se prorrogue pero sin que exceda de 80 días.

El cateo está previsto en el artículo 16, párrafo décimo primero, constitucional y regulado en los artículos que integran el Capítulo VII del Título Primero, del Código Federal de Procedimientos Penales; del análisis a dichos artículos, podemos advertir, que es una resolución dictada por la autoridad judicial federal o del fuero común cuando no hubiere la anterior, a solicitud del ministerio público de la federación en la averiguación previa de un delito, en la que se señala su objeto y su necesidad, la ubicación del lugar a inspeccionarse y la persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse y los objetos que se buscan o han de asegurarse.

Así pues, estamos en aptitud de señalar que el arraigo de persona y el cateo para aprehender personas, son medios que puede solicitar el ministerio público en su función de investigación, al juez de control, para que autorice la detención y retención de una persona en un lugar y por un tiempo determinados, o bien la aprehensión de una persona que se puede localizar en el lugar objeto del cateo, sin que exista previo juicio. Estas medidas constituyen una privación del derecho fundamental de la libertad personal deambulatoria, el cual pese a que está protegido por la garantía de audiencia, es factible la restricción de ese derecho fundamental y de la garantía de audiencia, a través de los dos medios mencionados y contemplados en la propia Constitución, por así autorizarlo el artículo 1, párrafo primero, de la misma.

Con lo anterior, podemos señalar como características del arraigo de persona y cateo para aprehender persona, las siguientes:

- Constituyen resoluciones judiciales que emite el juez de control;
- Son solicitadas por el ministerio público;
- Se dictan antes del proceso penal, o sea, en el procedimiento de investigación administrativa que realiza el ministerio público;
- Recaen las resoluciones en la persona del inculpado;
- Ordenan la privación de la libertad personal deambulatoria del inculpado;
- Restringen el derecho fundamental de la libertad personal deambulatoria, así como la garantía de audiencia del inculpado;
- Coadyuvan y controlan la función investigadora del ministerio público; y
- La finalidad de ambas, es que el ministerio público cuente con elementos probatorios suficientes para que ejercite acción penal con detenido.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Pero, ¿Cuál es la naturaleza jurídica del arraigo de persona y del cateo para la aprehensión de persona: medidas cautelares o providencias precautorias?

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la palabra *Medida* significa disposición, prevención; *Cautelar*, proviene de cautela que significa prevenir, precaver. Y en cuanto a las providencias precautorias, el primer vocablo significa disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin; y precautoria que precave o sirve de precaución; es decir, prevenir un riesgo, daño o peligro.

Los anteriores conceptos no tienen una distinción precisa, sino por el contrario parecen lo mismo; sin embargo, un criterio orientador lo brinda la Constitución en el artículo 20, apartado B), relativo a los derechos de la persona imputada, en cuya fracción IX, párrafo segundo, se refiere al plazo máximo de 2 años de la prisión preventiva, en el sentido de que si cumplido éste no se ha pronunciado la sentencia, ordena que será puesto en libertad el procesado, *sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares*. Asimismo, el artículo 19, párrafo segundo, constitucional, al disponer que el ministerio público sólo podrá solicitar al juez *la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para...*

Es decir, la prisión preventiva, es considerada en nuestra Constitución como una medida cautelar, la cual tiene en común con el arraigo de persona y cateo para aprehender a una persona, la privación de la libertad personal deambulatoria. En este sentido, podríamos considerar que los medios examinados constituyen medidas cautelares.

Para la construcción del concepto de medida cautelar, no hay que soslayar que el artículo 20, apartado C), relativo a los derechos de la víctima o del ofendido, fracción VI, constitucional, contempla el derecho de solicitar las medidas cautelares y providencias precautorias necesarias para *la protección y restitución de sus derechos*.

De conformidad con los anteriores razonamientos jurídicos, estamos en aptitud de afirmar que la medida cautelar es la resolución emitida por el juez de control, a solicitud del ministerio público con motivo de su función investigadora, o por el ofendido o víctima, para la protección de sus derechos, por medio de la cual se ordena la privación del derecho fundamental consistente en la libertad personal deambulatoria del inculpado, con restricción de su garantía de audiencia, con la finalidad de que el ministerio público, el ofendido o la víctima estén en condiciones de ejercitar la acción penal.

Es oportuno mencionar, que con este concepto no se pretende afirmar que la víctima u ofendido tiene derecho a solicitar el arraigo de persona, pues éste como opera en tratándose de delitos de delincuencia organizada, le compete exclusivamente al ministerio público de la federación, según vimos en nuestra Constitución y en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

B. Resolver las providencias precautorias solicitadas por el Ministerio Público o la víctima u ofendido El concepto que hemos construido de medida cautelar, nos da la pauta para

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

que por cuestión de una metodología lógica y jurídica en la construcción del concepto de providencia precautoria, se excluya de éste el derecho fundamental de la libertad personal deambulatoria del inculpado y su restricción, sin perjuicio de lo que disponga la Constitución.

En este sentido, otro criterio orientador lo podemos encontrar en nuestra tradición jurídica, concretamente en el Código Federal de Procedimientos Civiles en vigor desde 1943, en cuyo Título Cuarto, Capítulo Único, artículo 389, se establece que dentro del juicio o antes de iniciarse éste, pueden decretarse, a solicitud de parte, las siguientes medidas precautorias:

- I. Embargo de bienes suficientes para garantizar el resultado del juicio, y
- II. Depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre los que verse el pleito.

Con lo cual confirmamos que las providencias precautorias no deben recaer en la persona, es decir, en el derecho fundamental de la libertad personal deambulatoria, sino en todo caso en los bienes del inculpado, es decir, en los de su propiedad o en los que tenga en posesión lícita o ilícita.

De los artículos que constituyen el sistema penal acusatorio, el 22, párrafo segundo, constitucional, después de prohibir las penas que menciona, se refiere a las que recaen en los bienes del inculpado, en el sentido de que:

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.

Dicho precepto constitucional, prevé los conceptos de *aplicación de bienes* para el pago de responsabilidad civil por delito; el *decomiso* en caso de enriquecimiento ilícito; la aplicación a favor del Estado de *bienes asegurados*; y la *extinción de dominio de bienes*. Este último, es un procedimiento autónomo del de materia penal, por lo que lo excluimos para efectos de la construcción del concepto de providencia precautoria. Para entender los anteriores conceptos es indispensable distinguirlos, lo que intentaremos a continuación.

El anterior texto constitucional parte en el primer supuesto, para el pago de la responsabilidad civil por delito, de la aplicación de bienes de una persona; es decir, que sean de su propiedad. En el segundo supuesto, también parte de la hipótesis de que sean de su propiedad, pero adquiridos con una riqueza obtenida ilícitamente. Y en el último caso, de bienes asegurados, que al no distinguir si son o no propiedad del inculpado, se infiere que pueden ser de su propiedad o no.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Para poder aplicar los bienes propiedad del inculpado, en el pago de responsabilidad civil por delito; decomisar los bienes del inculpado por enriquecimiento ilícito; y aplicar los bienes asegurados a favor del Estado, es necesario que antes de imponerse estas penas, se asegure la eficacia de éstas. En efecto, por esta razón el artículo 16, párrafo décimo cuarto, constitucional, faculta al ministerio público para solicitar providencias precautorias al juez de control, lo cual debe hacer durante su función investigadora.

El artículo 22, párrafo segundo, constitucional, no denomina la figura jurídica, excepto la del decomiso, por medio de la cual se va a asegurar la eficacia de las penas relativas a la aplicación de los bienes del inculpado, o de los que no lo son pero que se llegaran a asegurar, o sea, de los recabados o de los que se tuvo la tenencia en la investigación practicada por el ministerio público. Es decir, no señala si es a través del embargo, depósito, etc., pero lo cierto es que permite que en la investigación de los delitos por el ministerio público, éste solicite al juez de control providencias precautorias, las cuales se tendrán que referir al aseguramiento de los bienes propiedad del inculpado o de terceros. Pero ¿cuál es la razón de ello?

Respecto al aseguramiento de bienes propiedad del inculpado, por medio de la providencia precautoria, nos dan la respuesta los artículos 16, párrafo décimo tercero, y 20, apartados A), fracción I, y C), fracción VI, constitucionales, en los que el denominador común es garantizar los derechos de la víctima u ofendido, a través de la reparación del daño. En este sentido, tanto la víctima u ofendido, como el ministerio público están facultados para solicitar el aseguramiento de los bienes propiedad del inculpado.

Con relación a los bienes propiedad del inculpado, pero cuya procedencia lícita no pueda justificar, el propio artículo 22, párrafo segundo, parte segunda, constitucional, señala que serán objeto de decomiso. Es decir, se le va a privar de esos bienes y consecuentemente del derecho sobre ellos, pero la Constitución no dispone el destino de los bienes decomisados. Sin embargo, es una forma de privar de dichos bienes al inculpado, cuyo interés del Estado es no permitir que algún servidor público se enriquezca de manera ilícita.

Y en cuanto a los bienes afectos al delito, ya sean propiedad del inculpado o de terceros, el mismo artículo 22, párrafo segundo, parte segunda, constitucional, señala que estando asegurados y no son reclamados, o sea, estando abandonados, pasarán a favor del Estado. Estos bienes, pueden ser los que utilizó el inculpado para cometer el delito o los que obtuvo al perpetrar éste, cuyo aseguramiento tendría como finalidad resguardar los medios probatorios con los que se acredita la comisión del delito y la participación en el mismo del inculpado, así como permitir la devolución de los bienes del sujeto pasivo del delito, lo que significaría asegurar parcialmente la reparación del daño ocasionado por el sujeto activo del delito.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales, considera que cuando el ministerio

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

público asegura los instrumentos del delito, las cosas que son objeto o producto de él, y aquéllos en que existan huellas, no transgrede el artículo 21 constitucional, pues tal aseguramiento *se asemeja a una medida precautoria* en atención a que tiene por finalidad proteger los instrumentos y objetos con que se cuenta para la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, evitando que éste los oculte o destruya; impedir que el probable responsable se sustraiga de la acción de la justicia, así como garantizar la eventual reparación del daño o el cumplimiento de la pena de decomiso que en su caso se dicte, lo que evidentemente no contraviene lo dispuesto por el citado numeral de la Carta Magna, pues tal medida está comprendida dentro de la facultad de investigación y persecución de los delitos que dicho dispositivo legal otorga al Ministerio Público.⁷

El anterior criterio asemeja el aseguramiento de bienes que realiza el ministerio público, al de una medida precautoria, en virtud de que tanto las medidas cautelares como las providencias precautorias, las dicta la autoridad judicial.

Pese a la reforma constitucional del sistema penal, el aseguramiento de bienes por el ministerio público que se asemeja, según la Corte, a una providencia precautoria, subsistiría respecto a los bienes afectos al delito, ya sea los utilizados para su comisión o el producto del mismo, como por ejemplo un arma de fuego y dinero en efectivo sustraído a la víctima, lo cual no obsta para que el ministerio público o la víctima u ofendido soliciten al juez de control dicte providencia precautoria, a efecto de asegurar la completitud de la reparación del daño y multa, así como evitar la destrucción u ocultamiento de los bienes afectos al delito que se investiga.

En cambio, para efecto de asegurar el decomiso de los bienes que incrementaron sustancialmente el patrimonio de un servidor público, sin acreditar la procedencia lícita de los mismos, es menester que el ministerio público solicite al juez de control la providencia precautoria relativa al aseguramiento de dichos bienes. Y respecto de los bienes asegurados por el Ministerio Público, de manera similar al de la providencia precautoria, así como los asegurados por mandato judicial, que no sean reclamados, o sea, abandonados, se aplicarán a favor del Estado (ingresarán a su patrimonio). En todo caso, si el ministerio público retiene algún bien por considerar que es un medio de prueba de la comisión de un delito y de la participación del inculpado en el mismo, deberá solicitar al juez de control la providencia precautoria consistente en el aseguramiento de dichos bienes. Y si tiene noticia de otros relacionados con el delito, deberá solicitar al mismo juez otra providencia precautoria o la medida cautelar del cateo sobre bienes.

De lo anterior, podemos expresar que la providencia precautoria es una resolución que dicta el juez de control, a solicitud del ministerio público en el procedimiento de investigación administrativa, o de la víctima u ofendido, por virtud de la cual se

⁷ Tesis P. CXLV/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, septiembre de 2000, p. 31.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ordena el aseguramiento de bienes, de manera provisional, con restricción del derecho fundamental de la propiedad o el de posesión lícita sobre bienes del inculpado, o de terceros de los que tiene la tenencia, así como con restricción de la garantía de audiencia, con el objeto de conservar el material probatorio, de asegurar la reparación del daño ocasionado a la víctima u ofendido, de asegurar la eficacia de la imposición de la pena de decomiso, o bien, para el caso de que no fueren reclamados los bienes asegurados, se apliquen en favor del Estado.

En cuanto a la administración y destino de los bienes asegurados no reclamados y decomisados, se encarga la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, según su artículo 1, fracciones I y IV.

C. Resolver las técnicas de investigación solicitadas por el Ministerio Público Mencionamos con antelación que la técnica es el conjunto de procedimientos de que se sirve una ciencia o un arte, así como la habilidad para mejorarlas. En otras palabras, la técnica es la aplicación de la ciencia o arte, de una manera hábil. En cambio la investigación, es una actividad intelectual y experimental, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

En ese sentido, las técnicas de investigación son el conjunto de procedimientos para el uso de artefactos, sustancias o el empleo de formas de proceder, inventados o descubiertos por la ciencia o el arte, que arrojan información visual, auditiva, confirmatoria, etc. Ejemplos de las técnicas de investigación, lo son la interceptación de llamadas telefónicas por cable o inalámbricas; las videograbaciones; la colocación de artefactos para la escucha de conversaciones, de localización y ubicación de personas o cosas; la utilización de medios electrónicos para el rastreo de localización de personas y recopilación de información; la aplicación o sustracción de sustancias químicas en personas u objetos, para identificarlas, detectar su vinculación o confirmar su participación; la intervención de policía encubierto, con el uso de artefactos para videograbar imágenes con sonidos, etc., todo ello relacionado con la investigación de algún probable delito.

Estas técnicas de investigación inciden en los derechos fundamentales relativos a la intimidad, privacidad o confidencialidad de las comunicaciones privadas, previstos en el artículo 16, párrafo décimo segundo, constitucional; a la imagen de la persona y a su intimidad, contenidos en el párrafo segundo del precitado artículo constitucional.

Luego entonces, podríamos considerar que las técnicas de investigación consisten en la resolución emitida por el juez de control, a solicitud del ministerio público, por virtud de la cual se autoriza la utilización de procedimientos, objetos inventados o descubiertos con base en la ciencia o el arte, así como de policías encubiertos, con el fin de recopilar medios probatorios en la investigación de un delito, a fin de establecer que éste se ha cometido y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en él, a quien en mérito a dicha resolución judicial le son restringidos sus derechos fundamentales de la intimidad y privacidad o

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

confidencialidad de las comunicaciones privadas; y de ser el caso, también sus derechos a la imagen de su persona y de su intimidad, pero en todos ellos también con restricción a su garantía de audiencia.

D) Controlar las resoluciones que emita el Ministerio Público, durante o al finalizar su investigación El artículo 20, apartado C, fracción VII, constitucional, relativo a los derechos fundamentales de la víctima u ofendido, establece, entre otros, el de impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del ministerio público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Del anterior precepto constitucional, se advierte que el ministerio público durante su investigación de algún delito o al culminarla, puede emitir diversas resoluciones. Durante su indagatoria puede resolver en forma expresa o tácita no desahogar alguna diligencia; y al terminar su investigación, puede resolver la reserva de la misma o el no ejercicio de la acción penal. Resoluciones que están sujetas a control judicial, al punto de que la impugnación en contra de las mismas por la víctima u ofendido constituyen un derecho fundamental de ésta. El artículo constitucional expresado, si bien prevé que de dicha impugnación conocerá la autoridad judicial, es indudable que se refiere al juez de control, ya que fue creado precisamente para controlar las funciones del Ministerio Público.

Efectivamente, en la página 24 del dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus consideraciones, al abordar el artículo 16, precisamente a los jueces de control, señala que otra atribución de este juez *sería conocer las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para controlar su legalidad...se determina procedente incluir jueces denominados de control que se responsabilizarán de ...asimismo, resolver las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público....*⁸

Otra determinación o resolución importante del ministerio público, durante o al finalizar su investigación de algún delito, lo es la utilización de los criterios de oportunidad, previstos en el artículo 21, párrafo séptimo, constitucional, los cuales deberán estar también sujetos a control judicial, toda vez que en el referido dictamen, en su página 36, al expresar los criterios de oportunidad, se menciona que se preserva la posibilidad de impugnación del no ejercicio de la acción penal ante las autoridades judiciales. Ciertamente, ya que si los criterios de oportunidad son respecto al no ejercicio de la acción penal, es obvio que si no se ejercita ésta con motivo del uso de dichos criterios, es impugnable tal resolución, ya que dicho

⁸ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados*, [11 de diciembre de 2007], disponible desde: <http://gaceta.diputados.gob.mx>

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

dictamen refiere que se preserve la posibilidad de impugnar el no ejercicio de la acción penal.

2. Funciones constitucionales del juez de control en el procedimiento de preparación del proceso La materia de este control lo es la procedencia del ejercicio de la acción penal y el pedimento del libramiento de orden de aprehensión, realizados por el ministerio público como consecuencia de la culminación del procedimiento de investigación administrativa.

De conformidad con el artículo 21, párrafo segundo, constitucional, le corresponde al ministerio público el ejercicio de la acción penal ante los tribunales, lo cual implica que el resultado de su investigación administrativa arrojó la reunión de los requisitos exigidos por el artículo 16, párrafo tercero (en la reforma de 18 de junio de 2008, era párrafo segundo), constitucional, para solicitar a la autoridad judicial el libramiento de la orden de aprehensión, a saber: la existencia de una denuncia o querrela de un hecho que la ley señala como delito, sancionado con pena privativa de libertad, así como datos que establezcan que se cometió ese hecho y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Los citados preceptos constitucionales se refieren a los tribunales y a la autoridad judicial; sin embargo, dado que para el ejercicio de la acción penal se deben colmar los anteriores requisitos, cuyo efecto es el libramiento de la orden de aprehensión, es incuestionable que el control de la procedencia del ejercicio de la acción penal y su efecto en caso de comprobarse, o sea, la procedencia del libramiento de orden de aprehensión, están a cargo del juez de control, por tratarse esta última de una medida cautelar que se apoya en el ejercicio de la acción penal; medida cautelar que debe resolver el juez de control, según lo dispone el artículo 16, párrafo décimo cuarto (en la reforma de 18 de junio de 2008 era párrafo décimo tercero), constitucional, a petición del ministerio público; ello, sin perjuicio de que el ejercicio de la acción penal y la solicitud del libramiento de la orden de aprehensión, las solicite la víctima u ofendido, en los casos previstos en la ley, según lo disponen los artículos 21, párrafo segundo, parte segunda, y 20, apartado C), fracción VI, constitucionales.

Si el juez de control no libra la orden de aprehensión, es porque consideró improcedente el ejercicio de la acción penal, dado que no satisfizo los requisitos exigidos en el artículo 16, párrafo tercero, constitucional.

El juez de control está facultado para controlar la vinculación del inculpado al proceso penal, así como su detención y prisión preventiva, durante la primera audiencia preliminar a la de juicio. El artículo 19, párrafo primero, constitucional, establece que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el inculcado lo cometió o participó en su comisión.

En el supuesto de que el ministerio público haya ejercitado la acción penal; es decir, consignado con detenido, o bien la policía haya cumplimentado la orden de aprehensión, en ambos casos el inculcado queda a disposición de la autoridad judicial, en calidad de detenido, la cual en el plazo señalado debe justificar dicho status por medio de un auto de vinculación a proceso; en caso contrario, por medio de un auto ordenar su libertad.

Obsérvese que el artículo 19, párrafo primero, constitucional, menciona a la autoridad judicial como aquella a la que le corresponde dictar dicho auto. Esta imprecisión, ya que no se menciona si es el juez de control o el juez de la audiencia preliminar a la de juicio, obedece al marco constitucional flexible a que se refiere el consabido dictamen en su página 24, en razón de que no se visualiza a corto plazo que en cada ciudad haya jueces de control, jueces que preparen el juicio, jueces para los juicios y jueces para la ejecución de sanciones penales; por lo que en cada entidad se deberá diseñar su organización judicial.

Ahora bien, respecto a la prisión preventiva, si al juez de control le corresponde resolver las peticiones del ministerio público acerca de medidas cautelares, entre las que se encuentra la prisión preventiva, es claro que si ésta la debe resolver dentro del plazo de setenta y dos horas contadas a partir de que le fue puesto a disposición el inculcado, también previamente y dentro del mismo plazo debe resolver sobre si lo vincula a proceso. No es lógico que un inculcado esté a disposición al mismo tiempo de un juez de control y de un juez de la causa, para que el primero resuelva sobre la prisión preventiva y el segundo sobre la vinculación a proceso, ya que puede haber contradicciones si el juez de la causa no vincula a proceso y el juez de control dicta prisión preventiva; es decir, no se puede estar en prisión preventiva sin estar vinculado a proceso. Razones por las cuales, para que exista congruencia en los autos de vinculación a proceso y de prisión preventiva, los debe dictar una misma autoridad judicial, que como hemos visto puede ser el juez de control o el juez de la causa, según la organización que se adopte en cada entidad federativa y en la federación.

Si al juez de control le corresponde dictar los autos de vinculación a proceso y de prisión preventiva, también le corresponde, en caso de que solamente haya vinculado a proceso al inculcado, revocar la libertad de éste, en los casos que determine la ley, los cuales deben corresponder a los señalados en la Constitución para restringir el derecho fundamental de la libertad deambulatoria y la garantía de audiencia.

En esta primera audiencia preliminar a la del juicio, el juez de control debe observar los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, así como los generales, previstos en la Constitución en el artículo 20, apartado A), según su fracción X.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

3. *Funciones constitucionales del juez de control, relativas a sustanciar las audiencias del proceso, preliminares a la de juicio* Los artículos constitucionales que constituyen el sistema penal acusatorio, no señalan en forma expresa a los jueces de control la función de sustanciar las audiencias del proceso, preliminares a la de juicio, sino solamente se refieren a la autoridad judicial o juez. Sin embargo, en el consabido dictamen, en su página 24, se señala que se determina precedente incluir jueces denominados de control, que se responsabilizarán de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales de cateos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión, y las demás que requieran control judicial, asimismo, resolverán las impugnaciones contra las determinaciones del ministerio público, y *realizarán las audiencias procesales preliminares al juicio* conforme a los principios del sistema acusatorio, de conformidad con las reglas de organización que al efecto se emita por cada poder judicial.

Por estas razones en los artículos que integran el sistema penal acusatorio, no se alude concretamente al juez de control sino a la autoridad judicial o juez, para efecto de que de acuerdo a la organización judicial que se diseñe, el juez de control pueda sustanciar las audiencias preliminares a la del juicio o bien el juez de la causa. La primera audiencia preliminar, para resolver si vincula al proceso al inculcado y si lo mantiene preso preventivamente; la segunda audiencia preliminar, para recibir los medios probatorios ofrecidos por las partes; para resolver la admisión o no de ellos; y ordenar la preparación de los medios probatorios que lo requieran.

También el juez de control en esta segunda audiencia preliminar a la de juicio, debe observar los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, así como los generales, previstos en la Constitución en el artículo 20, apartado A), según su fracción X.

4. *Funciones constitucionales del juez de control en el proceso penal, para controlar las peticiones del Ministerio Público, en su carácter de parte, consistentes en el desistimiento de la acción penal y suspensión del procedimiento* El desistimiento de la acción penal y la solicitud de suspensión del proceso penal, cuando no esté satisfecha la reparación del daño, que realice el ministerio público como parte en el proceso penal, son susceptibles de impugnarse ante los jueces de control, por así preverlo el artículo 20, apartado C, fracción VII, constitucional, en relación con las consideraciones vertidas en la página 24 del dictamen mencionado en párrafos precedentes, en las que se señala como funciones de los jueces de control, entre otras, las de conocer las impugnaciones precisadas.

5. *Funciones constitucionales del juez de control, para declarar la terminación anticipada del proceso; desahogar y valorar las pruebas de manera libre y lógica; y dictar la sentencia que corresponda* El artículo 20, apartado A), fracción VII, constitucional, establece que incoado el proceso penal, si no existe oposición del inculcado, se puede decretar su terminación anticipada en términos de la ley. Asimismo, señala que si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, de manera voluntaria y con

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. Así también, remite a la ley en la que se establecerán los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

Sobre el particular, el multirreferido dictamen, en su página 31, señala que se prevé una excepción para el caso en que el imputado renuncie expresamente a su derecho a un juicio oral y acepte el hecho que se le imputa a cambio de algún beneficio legal; y que en tal caso, será juzgado por el juez de control con los antecedentes que arroje la investigación del ministerio público.

Con las anteriores consideraciones del dictamen, se explica el porqué la fracción del precepto constitucional transcrito, no se refiere al juez de control sino a la autoridad judicial, porque en dicho dictamen, como hemos visto, se creó un marco flexible en el que puede figurar el juez de control o el juez de la audiencia preliminar a la de juicio, para decretar en forma anticipada la terminación del proceso y dictar la sentencia respectiva.

Pero para dictar la sentencia respectiva, debe desahogar y valorar las pruebas, no en la audiencia de juicio sino en la segunda audiencia preliminar. Es por ello, que el artículo 20, apartado A), fracción II, constitucional, dispone que *Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.*

En efecto, al señalar que en toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, está abarcando las que celebren los jueces de control o los de las audiencias preliminares a la de juicio, así como a los de la audiencia de juicio; los dos primeros jueces, pueden resolver anticipadamente el proceso, pero deben desahogar y valorar las pruebas de manera libre y lógica, a efecto de dictar la sentencia correspondiente.

III. BIBLIOGRAFÍA

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de derecho*, 25ª edición, México, Editorial Porrúa, 1998.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal*, tomo II, México, Editorial Porrúa, 1986.

FIX ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo III (I-O) México, UNAM, 2007.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio:

Derecho procesal penal, 5ª edición, México, Editorial Porrúa, 1989.

La reforma penal constitucional (2007-2008), México, Editorial Porrúa, 2008.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, tomo II (J-Z), México, Editorial Porrúa, 2000.

DEL LENGUAJE PARA SOMETER A LOS PUEBLOS

Clemente VALDÉS SÁNCHEZ

“El lenguaje político está diseñado para hacer que las mentiras parezcan verdades, el asesinato respetable, y dar la apariencia de solidez al viento”

George Orwell¹

I. De la dominación sobre los pueblos

La historia universal es la historia de los hombres que han dominado a sus pueblos y de quienes han sometido a otros países. Ellos son, en la inmensa mayoría de los casos, los hombres que han hecho la historia. Por esto decía Camus que *“el escritor no debe ponerse al servicio de aquellos que hacen la historia, sino al servicio de quienes la padecen”*.²

En lo que se llama la prehistoria la dominación no tiene reglas ni palabras, es, simplemente, el uso de la fuerza sobre el cuerpo, la vida y los bienes de los demás. La historia comienza con la institucionalización, es decir, con la implantación de nombres y formas y la creación de un sistema, una administración, para apropiarse del trabajo, de los bienes y los servicios de una población subordinada.

Como parte de la consolidación del dominio, los hombres que tienen el poder inician la institucionalización que consiste en la creación de instituciones (magistraturas, organismos y ministerios) encabezadas por sirvientes del soberano, es decir, por dependientes servidores de él a fin de distribuir las funciones de la administración para facilitar la obediencia de los sometidos orientándolos en el cumplimiento de sus

¹ *“Political language is designed to make lies sound truthful and murder respectable, and to give an appearance of solidity to pure wind.”* *Politics and the English Language*, Horizont, April 1946, in *The Collected Essays, Journalism and Letters of G. Orwell*, Vol. IV (1945-1950), Secker & Warburg, London (1968) pp. 127-140.

² *“l'écrivain ne peut se mettre aujourd'hui au service de ceux qui font l'histoire: il est au service de ceux qui la subissent”*. Albert Camus, *Discurso en Estocolmo al recibir el premio Nobel de literatura el 10 de diciembre de 1957*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

deberes y afianzar el dominio del gobernante presentando un cuadro de organización aparentemente despersonalizada para manejar mejor a sus súbditos.

En la última sección de la gran obra inconclusa de sociología que Max Weber comenzó a publicar en 1920, a pocos meses de su muerte,³ aparecen sus escritos, muchos de ellos sólo esbozos, de “*Sociología de la dominación*”. En ellos Weber comenta lo que es el proceso de institucionalización como “un cuadro administrativo” señalando que toda dominación sobre una pluralidad de hombres requiere de un modo normal, si bien no absolutamente siempre, de un cuadro administrativo; es decir, la confianza en la actividad de un grupo de hombres dependientes del “*Señor*” que ejecutarán sus ordenes generales y sus mandatos concretos.

El dominio de unos cuantos hombres sobre las mayorías se ha apoyado a través de los tiempos en cosas diferentes. Por principio, claro está, se apoya en la fuerza militar que, por una parte sirve para someter a los habitantes y por la otra, desde la perspectiva de los sometidos, les ofrece seguridad, como protección contra los ataques de enemigos internos y externos. Según John Stuart Mill, en su notable ensayo “Sobre la Libertad” (*On Liberty*), ésta es la primera de las motivaciones de la obediencia y la primera razón de ser de los gobiernos: “*Para impedir que los miembros más débiles de la comunidad fuesen devorados por los buitres, era indispensable que un animal más fuerte los protegiera de los demás*”.⁴

Al hablar de las motivaciones de la dominación, Weber menciona entre ellas a la costumbre, el afecto, los valores, la creencia cotidiana en las tradiciones que rigieron desde tiempos lejanos, la santidad, el heroísmo o ejemplaridad de una persona y las ordenaciones por ella creadas o reveladas, pero “de acuerdo con la experiencia ninguna dominación se contenta voluntariamente con tener como probabilidades de su persistencia motivos puramente materiales, afectivos o racionales con arreglo a valores; todas procuran despertar y fomentar la creencia en su *legitimidad*”.⁵ Es en apoyo de esta legitimidad que se inventan los nombres de entes imaginarios superiores a los hombres: *la Patria, los reinos, el Imperio, la Soberanía, el Estado y la Nación*; es también la razón por la que los gobernantes y sus empleados se convierten en *poderes y autoridades* y es también para eso para lo que se implantan símbolos y se

³ La edición de la obra reconstruida por el editor Johannes Winkelmann fue traducida y publicada en español por el Fondo de Cultura Económica, México, inicialmente en 1944 y después en una segunda edición en 1964, ambas con el título *Economía y Sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*.

⁴ John Stuart Mill, *On Liberty*. “To prevent the weaker members of the community from being preyed upon by innumerable vultures, it was needful that there should be an animal of prey stronger than the rest, commissioned to keep them down”. Chapter I, Introductory.

⁵ Max Weber, *Economía y Sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*, Tomo I, Capítulo III Los Tipos de Dominación, 1. Las formas de legitimidad, páginas 170 y siguientes de la publicación de la obra en español por Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires (1964). La primera edición en alemán fue publicada en 1922 con el título *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

hacen desfiles, homenajes y, sobre todo, es para apoyar su legitimidad que los gobernantes hacen leyes y constituciones que supuestamente reflejan la voluntad de la población; aun cuando los habitantes, fuera de votar por quienes se dicen representantes de ellos, no tengan absolutamente nada que ver con esos textos.

Desde la dominación primitiva por la imposición inmediata de la fuerza hasta la creación de las formas, las palabras y los departamentos con los que la dominación se institucionaliza, transcurren miles de años. Al paso de los siglos, al consolidarse el dominio sobre los habitantes, una vez que comienza a implantarse una administración pública y se extienden los territorios sobre los que se ejerce el poder, los hombres que tienen el dominio sobre ellos empiezan a utilizar palabras que denotan su autoridad. En Europa se hacen llamar *reyes* y llaman *reinos* a los territorios en los que ejercen su poder militar. Así, para el año 511, a la muerte de Clodoveo, en lo que ahora es el territorio de Francia se establece el reino de Orleans, el de Reims, el de Soissons, el de Paris y el de Bourgogne. Para el año mil todos esos *reinos*, salvo el de Bourgogne, habían desaparecido pues habían pasado a formar parte del nuevo reino de Francia, mientras que al suroeste de Europa se empieza a hablar del reino de León, del reino de Navarra y del Califato de Córdoba; en las islas al norte toma forma el reino de los pictos y de los escotos, en la península de Jutlandia se forma el reino de Dinamarca y en el este de Europa se forma el reino de Hungría.

Los hombres que dominan a los pueblos han usado todo tipo de medios para mantenerlos sometidos. Además de los ejércitos formados por habitantes de las mismas comunidades, a los cuales se les ofrecen beneficios y privilegios que los distinguen de los demás o por soldados mercenarios como los que formaron las fuerzas armadas de muchos gobernantes en la historia, hay otros muchos medios para mantener sometidos a los pueblos. Los más conocidos y más repugnantes son los actos de violencia indeterminados que se dirigen a causar temor en las poblaciones; como son los secuestros, los encarcelamientos, las golpizas, las ejecuciones y las confiscaciones. Los más útiles por la amplitud de sus aplicaciones y la flexibilidad de sus interpretaciones son las leyes que fabrican los llamados representantes que no representan los intereses ni la voluntad de la población, y, naturalmente, las constituciones en cuya elaboración y aprobación en muchos países no tienen nada que ver los habitantes.

Las leyes para el castigo de los habitantes

Es en las constituciones y en las leyes en donde muchos de los gobernantes actuales establecen algunas de sus amenazas más efectivas para someter a la población, a los disidentes y a los opositores. Esto es lo que Weber llama “la dominación legal”.⁶ Por una parte, como dueños de la acción penal y del poder de citar, detener, arrestar, arraigar y mantener encarcelados a los individuos mientras se tramitan juicios que pueden durar varios años, los gobernantes presentan a los habitantes de todas las

⁶ Max Weber, Op. cit. Capítulo III, Los Tipos de Dominación.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

clases sociales una amenaza constante que sirve muy bien para evitar las críticas contra los empleados públicos principales. Por otra, como titulares de la acción fiscal, los gobernantes usan la amenaza de las extorsiones fiscales y el posible encarcelamiento por delitos fiscales contra aquellos que investigan, critican o denuncian las acciones de los hombres del gobierno. Para los opositores, los escritores y los periodistas se crean delitos a fin de encarcelarlos “legalmente” por las expresiones que emitan contra los hombres del gobierno acusándolos de “atacar la seguridad del Estado o de “actos contra la Constitución”,⁷ de “ofensas a la Nación o a las instituciones”,⁸ del delito de “sedición” (en el cual con frecuencia se incluye la resistencia de los subyugados a aceptar las órdenes o las acciones de sus empleados públicos convertidos ahora por virtud de la ley en *autoridades*),⁹ del delito de

⁷ En La primera Constitución francesa expedida el 3 de septiembre de 1791, ya iniciada la Revolución, todavía se hablaba de Francia como de un *Reino* (Artículo Primero, Título II) y se decían cosas tan absurdas como que *la Constitución era representativa* y que *los representantes eran el Cuerpo legislativo y el rey* (Art. 2 del Título III) y los únicos que podían votar para elegir electores que a su vez elegirían a los supuestos representantes ante el Cuerpo legislativo eran los *ciudadanos activos*, quienes para ser considerados como tales debían pagar al menos una cierta cantidad de contribuciones (*Payer une contribution directe au moins égale à la valeur de trois journées de travail*, Art. 2 del Título III, Sección II) y no ser sirvientes a sueldo (*N'être pas dans un état de domesticité, c'est-à-dire de serviteur à gages* (mismo Artículo). En la misma Constitución se establecía que en las ciudades de más de seis mil almas los electores de los supuestos representantes debían ser propietarios de un bien inmueble que produjera una renta igual al valor local de 200 jornadas de trabajo (*Dans les villes au-dessus de six mille âmes, celle d'être propriétaire ou usufruitier d'un bien évalué sus les rôles de contribution à un revenu égal à la valeur locale de deux cents journées de travail* Art. 7 del Título III, Sección II) y se decía ya que el Cuerpo legislativo tenía el poder de acusar y de perseguir en la Alta Corte nacional a aquellos que fueran consignados de atentado y de complot contra la seguridad del Estado o contra la Constitución. (*D'accuser et de poursuivre devant la Haute Cour nationale, ceux qui seront prévenus d'attentat et de complot contre la sûreté générale de l'Etat ou contre la Constitution*. Artículo Primero del Capítulo III, Sección Primera)

⁸ Así por ejemplo la *Ley de Imprenta mexicana* hecha por Venustiano Carranza como Jefe del Ejército Constitucionalista antes de que entrara en vigor la Constitución de 1917 prohíbe en su artículo 3º “Toda manifestación o exposición maliciosa hecha públicamente que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones del país o con los que se injurie a la Nación Mexicana o a las entidades políticas que la forman” y en el artículo 4º se aclara que “se considera maliciosa una manifestación o expresión cuando sea ofensiva”. La llamada Ley de Imprenta que se supone que reglamenta los artículos 6º y 7º de la Constitución mexicana contiene tal cantidad de estupideces que resulta increíble que siga formalmente vigente.

⁹ Una de las primeras leyes que hace el Congreso de los Estados Unidos es la *Ley de Sedición de 1798*, la cual fue elaborada por los federalistas para encarcelar “a cualquier persona que escribiera, imprimiera, expresara o publicara ... cualquier escrito falso, escandaloso o malicioso contra el Gobierno de los Estados Unidos, alguna de las cámaras del Congreso de los Estados Unidos o el Presidente de los Estados Unidos con la intención de difamarlo ... o atraer contra cualquiera de ellos desprecio o desprestigio, o promover el odio de la gente buena de los Estados Unidos o suscitar la sedición dentro de los Estados Unidos ...” (*any person shall write, print, utter or publish ... any false, scandalous and malicious writings against the government of*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

“*invitación a la rebelión*”, de los delitos de “*falta de respeto o crítica a las instituciones*” en los cuales cabe casi cualquier cosa, desde no inclinarse frente a la bandera hasta criticar a los jueces o a los cuerpos de policía formados por criminales.

También para los mismos destinatarios se hacen reglas en las leyes y las constituciones por las cuales se decreta, o simplemente no se distingue, que los hombres que dominan a los demás desde el gobierno, los llamados representantes que no representan a nadie, los jueces y los dirigentes de los partidos políticos, gozan de los mismos derechos y garantías establecidos para los sometidos y por lo tanto los delitos que cometan respecto de los cuales ellos mismos serían los únicos que podrían ejercitar la acción penal, en la medida en que ellos o sus grupos conserven el poder durante muchos años, dichos delitos prescriben igual que los delitos de los particulares y no pueden más tarde ser juzgados, además de que los hombres del gobierno – incluyendo en esta expresión a los presidentes, los ministros, los legisladores y los jueces – no pueden ser criticados por escritores y periodistas ya que éstos últimos pueden ser demandados por daño moral y perder su patrimonio. Curiosamente, en casi todos los países en los que los gobernantes hacen reglas para asegurar su impunidad hacen también leyes para ampararse con las reglas mínimas supuestamente hechas para proteger a los particulares, igualándose a éstos en ese aspecto, a fin de evadir su responsabilidad personal por daños de cualquier tipo a los particulares. Es así como se les hace pagar a todos los contribuyentes, por los daños económicos, físicos y morales que les causen los gobernantes a los particulares, entre ellos los procuradores penales y fiscales, los jefes de la policía y del ejército y los jueces en el ejercicio abusivo de sus funciones; para esto se utiliza lo que se llama “la responsabilidad patrimonial del Estado”, por la cual los hombres del gobierno pagan esos daños a nombre de un Estado imaginario que, obviamente, no tiene un solo centavo propio, con el dinero de los contribuyentes entre los cuales están los mismos particulares afectados.

La glorificación del poder

the United States, or the President of the United States, with intent to defame the said government, or either house of the Congress, or the said President, or to bring them or either of them, into contempt or disrepute; or to excite against them or either of them, the hatred of good people of the United States, or to stir up sedition within the United States ... for opposing or resisting any law of the United States ...). La citada ley ha servido de ejemplo de las prohibiciones despóticas que se imponen a los habitantes para evitar la crítica a la actuación de sus gobernantes y para los autores norteamericanos fue la causa principal de la derrota de los federalistas en las elecciones de 1800. Algunos de los casos más importantes que se juzgaron de acuerdo con la Ley de Sedición de 1798 se encuentran en el libro de Francis Wharton, *State Trials* (1849). Entre los estudios más completos sobre el tema están los de John C. Miller, *Crisis in Freedom* (1951); James M. Smith, *Freedom's Fetters - The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties* (1956); Leonard Levy, *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*, ch. 2 (1960)

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Junto con esos, hay otros medios de dominación que apelan a sentimientos diferentes. Algunos se dirigen a recordarles a los habitantes el poder y el derecho que tienen al poder los gobernantes, celebrando de manera obligatoria ciertos aniversarios: nacimientos de los reyes, implantación de un nuevo sistema político, batallas, escaramuzas o asesinatos. En Gran Bretaña la fiesta nacional es el cumpleaños de la reina; en Turquía la fiesta nacional es la instauración de la República; a la inversa, en la España de Franco la fiesta nacional era precisamente el levantamiento del ejército en contra de la República; en Cuba la celebración obligatoria es el asalto a un cuartel llevado a cabo por los hombres que mantienen el poder en la mayor parte de la isla desde hace más de cincuenta años.

Los símbolos, los lemas y los himnos son otros medios que sirven muy bien para mantener la sumisión de la mayoría de los habitantes. Las grandes banderas en las ciudades y la existencia de un día en el que “se celebra” a la bandera son muy útiles para que los subordinados identifiquen a los dominadores con la bandera que, a su vez, representa en la mente de los habitantes a la población entera. Las grandes marchas y las manifestaciones organizadas por los hombres que tienen el poder político en que los militares, los paramilitares y las masas simpatizantes gritaban lemas exaltando al führer en Alemania, al Duce en Italia y a Mao Tse-tung en China, mientras se cantaban los himnos apropiados, estaban llenas de banderas. Adolfo Hitler nos ha dejado la versión más aterradora de esta idea: “*No se puede gobernar exclusivamente por la fuerza. Es cierto, la fuerza es decisiva, pero igualmente importante resulta tener ese elemento psicológico que necesita el entrenador para dominar a sus animales. Ellos deben estar convencidos de que nosotros somos los vencedores*”.¹⁰

Algo muy importante en lo que James C. Scott llama “la dramaturgia del poder” (*the dramaturgy of power*) se escenifica en los desfiles militares que además de exhibir las tropas y el armamento que tienen a su disposición los hombres del poder, con su convocatoria a la población refuerzan la idea de unidad en torno a los hombres que tienen el mando sobre esas tropas. Scott menciona los desfiles del Primero de Mayo que organizaban los dirigentes del Soviet Supremo en la Plaza Roja de Moscú que eran un despliegue masivo de jerarquía y de fuerza, desde el orden de prioridad de los jefes en el estrado hasta el orden de aparición de los contingentes pasando por la exhibición del poderío militar de la URSS, todo lo cual creaba una impresión de poder y de solidaridad que tenía por objeto asombrar por igual a los miembros del partido, a los ciudadanos y a los enemigos extranjeros.¹¹

“Un desfile de este tipo es, en sí mismo, un cuadro vivo de la disciplina y el control centralizados. Por definición, su lógica supone que existe una inteligencia unificada que,

¹⁰ Citado en Gene Sharpe, *The Politics of Nonviolent Action*, part I of *Power and Struggle*, Porter Sargent, Boston (1973) p. 43

¹¹ James C. Scott, *Domination and the Arts of Resistance*, ed. Yale University Press (1990) Chapter Three, p. 46. Hay traducción al español publicada por Ediciones Era con el título *Los dominados y el arte de la Resistencia*, México (2007) pp. 72 a 76.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

*desde el centro, dirige todos los movimientos del “cuerpo” o, quizás de manera más adecuada, un partido leninista de vanguardia que constituye el cerebro pensante de la clase trabajadora. Los líderes ocupan sus lugares en lo alto, a lo largo del estrado, mientras, bajo su dirección, los subordinados, colocados en orden de prioridad del más al menos importante, marchan en la misma dirección y al unísono, y pasan revista.*¹²

*Los desfiles y las procesiones de este tipo son la forma más importante de reuniones autorizadas de los subordinados... La autoridad se pone en escena para impresionar a los subyugados... La expresión eficaz del poder y la autoridad tiene consecuencias en la medida en que contribuye a la realización de una profecía autocumplida. Si los subordinados creen en el poder de sus superiores, esa misma creencia ayudará a que éstos se impongan y, a su vez, aumentará su poder real”.*¹³

Todos estos medios forman lo que se llama el discurso político que no son simplemente las piezas oratorias de los hombres que tienen el poder sino la imagen completa que presenta el grupo o los grupos dominantes para conservar el dominio y que corresponde al conjunto de su actuación es decir a la totalidad de la apariencia que quieren dar y que, en mucho, es su autorretrato, esto es, la imagen de como ellos mismos se quieren ver: superiores y poderosos, pero al mismo tiempo generosos, compasivos y moralmente buenos.

Para alcanzar el poder se necesita el apoyo de los grupos minoritarios dominantes que en los sistemas liberales capitalistas son primordialmente los grandes empresarios, pero en otras sociedades pueden ser los líderes obreros, los líderes campesinos, los líderes religiosos o las tribus seminómadas que habitan en los desiertos. Del otro lado, del lado de los subordinados, para afianzar la sumisión, se requiere siempre un mínimo de aceptación o consentimiento de los grupos amplios de la población.¹⁴ Para lograr y conservar ese mínimo de aceptación los hombres del gobierno y los grupos dominantes utilizan medios que si bien son parecidos a los

¹² “By its very nature a parade of this kind is a living tableau of centralized discipline and control. Its logic assumes, by definition, a unified intelligence at the center which directs all movements of the “body” or, perhaps more appropriate, a Leninist vanguard party which provides the thinking brain for the working class. The leaders stand above and to the side while, at their direction, their subordinates, ranged in order of precedence from most to least, marching in the same direction and in time to the same music, pass by in review”. James C. Scott, *Domination and the Arts of Resistance*, pag. 60.

¹³ “Parades and processions of the kind described are the ultimate in authorized gatherings of subordinates. ...The performance of mastery is ostensibly staged for the impression it makes on subordinates ... The successful communication of power and authority is freighted with consequences insofar as it contributes to something like a self-fulfilling prophecy. If subordinates believe their superior to be powerful, the impression will help him impose himself and, in turn, contribute to his actual power”. James C. Scott, *Domination and the Arts of Resistance*, pp. 61, 49, 48.

¹⁴ Ver Barrington Moore Jr. *Injustice, The Social Bases of Obedience and Revolt* (1978) que es una de las obras más esclarecedoras sobre la docilidad de las mayorías como constante en casi todas partes del mundo y la resistencia y la rebeldía, habitual u ocasional, en otros lugares.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

anteriores, a diferencia de aquellos, no tienden a exaltar la superioridad y el derecho al poder de los gobernantes sino la solidaridad y la identificación de éstos con los hombres que trabajan en los campos, en las fábricas y en las minas ante los cuales se presentan como sus benefactores; esa es la función, por ejemplo, de las celebraciones del “día del trabajo” apoyadas o decretadas desde el poder y que muchas veces encabezan precisamente los jefes de gobiernos claramente aliados a los grandes empresarios y en ocasiones algunos de éstos mismos empresarios que marchan tomados del brazo con los líderes obreros encargados de controlar y reprimir a los trabajadores que dicen representar. Esa es también la razón de la creación de días especiales dedicados a recordar a ciertas figuras de los grandes grupos marginados en distintos países, tal como se hace en los aniversarios de la muerte de Martin Luther King en los Estados Unidos, en donde también existe un *Labour Day* meticulosamente esterilizado de cualquier relación con las luchas de los trabajadores en todas partes del mundo.

La represión y los robos a los habitantes

Fuera de unos cuantos casos excepcionales de hombres y mujeres en la historia de la humanidad que han ejercido el poder político en beneficio de los pueblos a los que gobiernan, casi todos los gobernantes en todas partes del mundo han tenido, desde siempre, como propósitos, cosas muy diferentes a la libertad y al bienestar de los seres humanos de sus respectivos países. Dejando de lado a los gobernantes de algunos de los países de los que se dice que son los más desarrollados y que se dedican a explotar a los países más pobres con la colaboración de los gobernantes y de los grupos empresariales de estos últimos y que muchas veces explotan también a grupos enormes de su propia población, la mayor parte de los hombres y mujeres en los órganos de gobierno en todo el mundo tienen como propósito llenar sus deseos de poder y satisfacer sus vanidades en la manifestación de los símbolos: la apariencia, la magnanimidad, el lujo, los homenajes, los honores, las saluciones y, naturalmente, el dominio sobre los demás. Unos, como manifestación de sus ilusiones infantiles, se disfrazan de altos militares y se llenan de estrellas, tal como lo hacen muchos gobernantes en países africanos. Otros se visten de sedas, se ponen gorros y bonetes y montan espectáculos de glorificación en tiendas de campaña, como lo hace por costumbre Muammar Khadafi en Libia. Otros más insultan públicamente a los habitantes que no les rinden homenaje y algunos de ellos asesinan a quienes los critican.

Todos los hombres que dirigen las grandes organizaciones políticas, sea que se presenten como estados o repúblicas, como monarquías o como entidades político-religiosas, practican el secreto como forma de gobierno y casi todos cambian las leyes y modifican las constituciones de sus países, siempre que pueden hacerlo, para que les sirvan aún mejor para dominar a sus pueblos. Un buen número de psicópatas que llegan a gobernar a sus pueblos secuestran, encarcelan, torturan y asesinan a sus opositores y muchos de ellos utilizan al ejército que supuestamente está encargado de proteger a la población contra los posibles ataques de fuerzas extranjeras,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

precisamente para someterla y evitar cualquier manifestación en contra de ellos y sus gobiernos, tal como lo hace en estos días Bashar Al Assad, en Siria. Junto con estos hechos que forman parte de la realidad de los sistemas políticos, en diferentes grados y de distintas maneras, la enorme mayoría de los gobernantes de todos los tamaños, presidentes, primeros ministros, gobernadores, alcaldes, y desde luego casi todos los legisladores, se dedican en la medida en la que pueden a robar a sus pueblos, tal como sucede en México y como en el año 2009 se descubrió que también sucede en Gran Bretaña en donde, por lo menos desde 2004, la mayoría de los honorables miembros de la Cámara de los Lores y de la Cámara de los Comunes, habían tenido como parte de sus ocupaciones presentar todo tipo de comprobantes improcedentes de gastos personales para que les fueran pagados con dinero de los contribuyentes. Entre los que se distinguieron en estos robos estaba el ex Primer Ministro Tony Blair y el Primer Ministro actual, David Cameron.¹⁵

En el negocio de explotar a sus pueblos no hay diferencias de fondo entre los distintos sistemas políticos. Los títulos con los que se presentan las formas de gobierno en sus documentos y declaraciones, en donde se hacen llamar: “estados democráticos”, “monarquías”, “estados sociales”, “repúblicas” democráticas, socialistas o religiosas, etc. no significan nada en lo que toca a la apropiación que hacen los gobernantes de los recursos naturales, la explotación del trabajo de la población y el robo del dinero de los contribuyentes.

Los abusos y el tamaño de los robos que llevan a cabo los gobernantes son muy diferentes según los países. La diferencia parece estar determinada por la concentración del poder en una persona o en una familia, por el grado de acceso a la información sobre el funcionamiento de las organizaciones públicas, por la decencia y la valentía de los hombres que manejan los medios masivos de comunicación y por la participación de la población en la vigilancia de los actos de los gobernantes. En lo que toca a los robos – es conveniente repetirlo – puede decirse que casi todos los gobernantes roban a sus pueblos en la medida en la que pueden hacerlo. A finales de 2009, la juez francesa Xavière Simeoni determinó abrir un juicio penal a Jacques Chirac quien fue presidente de Francia durante 12 años, acusado de haber creado 21 empleos ficticios para favorecer a algunos de sus seguidores y amigos cuando era alcalde de París entre 1992 y 1995, por lo cual en septiembre de 2010 el ex presidente aceptó reembolsar al gobierno de París la cantidad de 2,200,000 euros.¹⁶ Por su parte, Omar Bongo, presidente durante 42 años de Gabón, un pequeño país en África especialmente rico en petróleo y quien manejaba a través de sus familiares y sus amigos el Banco de Estados de África Central robó una cantidad enorme del dinero proveniente de la explotación del petróleo de su país y de los fondos del banco citado, de la cual, una parte, 500 millones de euros, los tenía depositados en el banco

¹⁵ Sobre la información respecto de los robos e intentos de robo de los honorables *Lords* y los miembros de la Cámara de los Comunes ver el diario británico *The Guardian* del 19 de junio de 2009.

¹⁶ Del diario *Le Monde* de 27 de septiembre de 2010

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

francés Société Générale.¹⁷ En otros países, por las defensas que han creado los presidentes, primeros ministros y otros altos empleados públicos para impedir indagaciones sobre el dinero que manejan, resulta imposible saber cuál es el monto de los robos que efectúan y únicamente se llegan a conocer los que cometen empleados de segundo nivel dentro de las organizaciones públicas. Así, en México, la Secretaría de la Función Pública en enero de 2011 destituyó a 14 empleados de segundo nivel en la empresa gubernamental Petróleos Mexicanos (PEMEX) por haber contratado el arrendamiento de varios buques para transportar el petróleo con un sobre precio de 23 millones de dólares y el 27 de mayo de 2011 un juez federal ordenó la aprehensión de un secretario judicial federal que trabajaba bajo las órdenes de otro juez federal por haberse descubierto que el empleado mencionado en menos de ocho años había depositado alrededor de 36 millones de dólares en diversos bancos del país.¹⁸

Excepto en unos cuantos países en los que los hombres del gobierno manejan la explotación de recursos minerales y energéticos a través de empleados públicos, que muy pronto se convierten en grupos privilegiados que viven parasitando al resto de la población, en la época actual, para dominar de manera segura a sus pueblos y explotar los recursos naturales, los gobernantes de todos los países requieren de la alianza o el apoyo de los grandes empresarios nacionales o extranjeros que ejercen un dominio indirecto sobre la población y obtienen los beneficios de la explotación del trabajo y de los recursos naturales.

Todos esos gobernantes, los que se dicen demócratas o liberales, los socialistas y los capitalistas, utilizan las grandes palabras que les ofrecen la Ciencia política y el Derecho para dominar a los pueblos: En Guinea Ecuatorial uno de los países más pequeños de África el cual tiene como base de su economía el petróleo que explotan las grandes compa as petroleras extranjeras, en donde no existe el menor respeto a los derechos humanos y ninguna participación de la población en el gobierno y en donde nunca ha habido un solo proceso electoral verdadero, casi la totalidad de la población vive en condiciones miserables permanentemente amenazada por el ejército del presidente Teodoro Obiang, quien llegó al poder en 1979 después de exterminar al 10% de la población y después de dar un golpe militar contra su t o de quien era el principal ejecutor de las masacres de grupos enormes de la población y de los asesinatos de sus opositores y donde la mayor parte del dinero procedente de las extracciones petrolíferas de ese país se ingresa a las cuentas bancarias que tienen los familiares de Obiang en bancos extranjeros.¹⁹ Ahí, en ese país, como en muchos otros, la Constitución hecha por los criminales que ejercen el gobierno, empieza por

¹⁷ De los documentos del Departamento de Estado de los Estados Unidos que se dieron a conocer a través de Wikileaks publicados por el diario *El País* del 29 de diciembre de 2010, p. 4 de la edición que se publica en México

¹⁸ Ver los diarios mexicanos del 28 de mayo de 2011.

¹⁹ *El País* del 29 de junio de 2010, p. 8

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

calificarse como una “*República*”, a continuación habla de “*su responsabilidad ante Dios*” y de “*la familia tradicional que es la base de la organización de la sociedad*”²⁰ y en el Artículo primero declara que: “*Guinea Ecuatorial es un Estado soberano, independiente, republicano, unitario, social y democrático, en el que los valores supremos son la unidad, la paz, la justicia, la libertad y la igualdad*”. Después establece una larga lista de “*garantías*” y la existencia de diferentes “*Poderes*” (Título segundo)²¹ y termina por reconocer “*la independencia del Poder Judicial*” (artículo 83) encargado de *la justicia que emana del pueblo y se ejerce en nombre del jefe de Estado*” (artículo 84) que es precisamente el mismo presidente Teodoro Obiang.

DE LAS PALABRAS PARA SOMETER A LOS PUEBLOS

Desde las épocas más remotas de la historia, los hombres que imponen su poder sobre los demás han utilizado, junto con otras muchas cosas y como algo especialmente útil, las palabras para dominarlos. Esas palabras fueron, primero, los nombres exclusivos de dioses imaginarios y sus órdenes, mandamientos y mensajes, cuya pronunciación estaba prohibida al común de la gente y reservada a los altos sacerdotes. Después, fueron las palabras que se decía estaban escritas en textos perdidos; más tarde, las palabras escritas en textos anónimos o falsificados en los que se establecía el poder de los príncipes sobre sus súbditos o la cesión de reinos y territorios y, finalmente, la creación de palabras nuevas o la distorsión de palabras existentes para justificar la dominación de los príncipes y los reyes sobre sus pueblos.

Es así como se crearon los viejos *reinos* como dominios naturales de los reyes; es así como se decretó *la soberanía* de esos mismos reyes sobre los territorios y sobre los hombres que en ellos vivían; es así también como se inventaron los *imperios* como seres imaginarios que tenían *imperium* (mando o poder supremo) “natural” sobre varios territorios y es así como se estableció la idea de la obediencia y la sumisión a “*los superiores*” que son *las autoridades* por mandato divino.

Las palabras sirven para comunicar todo tipo de ideas, sentimientos, emociones y relaciones; para citar y describir objetos reales y seres imaginarios, formas, figuras, historias, mentiras, leyendas, cuentos y poemas. Pero además las palabras han servido para ordenar y someter a los pueblos no sólo por la amenaza de causarles un daño a los individuos sino también para someterlos invocando entidades imaginarias más temibles aún que las penas concretas, porque se refieren a seres incomprensibles más poderosos, más fuertes y más avasalladores por ser abstractos e invisibles. En los últimos años del siglo XIX, precisamente en 1897, con el Jubileo (*Diamond Jubilee*) del reinado de la reina Victoria, se celebra la culminación y se consolida el concepto del “*Imperio Británico*” en cuyo nombre durante trescientos años los gobiernos

²⁰ Preámbulo de la Constitución de Guinea Ecuatorial de 1995

²¹ Constitución de Guinea Ecuatorial de 1995

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

ingleses habían iniciado y desarrollado la dominación brutal de otros pueblos, la exterminación de millones de hombres, mujeres y niños, el tráfico de esclavos negros,²² el comercio del opio²³ y la explotación de los habitantes de los países sometidos. A principios del siglo XX surgieron otros seres imaginarios específicos contruidos de palabras: En los países de Europa Oriental dominados por la Unión Soviética, la cual, a su vez, estaba bajo el control político de los gobernantes de Rusia, la palabra en la que se apoyaba el poder era “*el proletariado*”. En la época del Nacional Socialismo el sometimiento se efectuaba en nombre de *la Nación alemana*²⁴ a la que supuestamente pertenecían individuos de una sola raza, la raza alemana²⁵; los primeros capítulos de *Mein Kampf* están dedicados a exaltar esa imaginaria exclusividad racial en Alemania a diferencia del Imperio Austriaco formado por “una colección de razas”.

Todos ellos fueron seres imaginarios temibles y abstractos inventados por los hombres. Todos ellos, afortunadamente, han dejado de existir y únicamente se les recuerda en la historia de la infamia.

Desgraciadamente otros, más viejos, más abstractos, tan poderosos como aquellos, siguen viviendo en las constituciones, en las leyes, en los libros y en los diarios de todos los países y, por lo tanto, pueden seguirse apareciendo a las órdenes de individuos que inicialmente eran servidores públicos y que ahora actúan como sus amos. Unos, como *la Democracia y la República*, aparecen en acciones armadas de los gobiernos del país o en invasiones de gobiernos extranjeros supuestamente para defenderlas, matando a distintos grupos de habitantes. Otros sirven muy bien en los procesos penales para configurar delitos en nombre de la seguridad del *Estado* y de la defensa de la *Soberanía*. Otros, mucho más viejos y totalmente deformados, como *la Patria*, siguen siendo muy útiles para reclutar hombres y mujeres jóvenes para las guerras, para reprimir y matar a los grupos disidentes de la población civil, tal como se hizo en México entre los años 1968 y 1976; para espiar a los ciudadanos y secuestrar, torturar y encarcelar sin juicio a cientos de extranjeros, tal como lo hizo George W. Bush usando una ley que él hizo y que sigue vigente conocida como la *Patriot act* en los Estados Unidos. Otros más, como *la Nación*, mucho más modernos,

²² El tráfico de esclavos negros como uno de los negocios de Gran Bretaña, se inicia en 1663 con la fundación de la compañía llamada *the Company of Royal Adventurers of England Trading to Africa* por el rey Carlos II conocido como El Alegre Monarca (*The Merry Monarch*). De acuerdo con la *Royal Charter* por la que se constituyó dicha compañía ésta tenía el monopolio del comercio Africano, especialmente en lo que toca al comercio de esclavos.

²³ Fue la East India Company, una empresa oficial del gobierno británico, la que tenía el monopolio de la producción, el procesamiento y la exportación del opio en la India y que hizo de esa actividad un magnífico negocio durante todo el siglo XIX.

²⁴ “el propósito más elevado de la existencia humana no estriba tanto en defender un estado o un gobierno, como en preservar su carácter nacional” Adolf Hitler, *Mein Kampf*(Mi Lucha) Capítulo III.

²⁵ Adolf Hitler, *MeinKampf*, Capítulo III.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

nacen durante la Revolución francesa y rápidamente sustituyen a los habitantes dentro de los países y en su nombre se hacen exterminaciones masivas de los más débiles, tal como lo hicieron los militares serbios nacionalistas en los ataques contra la población de Sarajevo entre 1992 y 1995 y la matanza de más de 8000 campesinos desarmados en Srebrenica por ser musulmanes en julio de 1995 “*para hacer la limpieza étnica de la nación*” en Bosnia Herzegovina.

Todos estos seres imaginarios, igualmente intangibles e igualmente peligrosos, siguen existiendo y son invocados constantemente en muchos lugares del mundo para someter y explotar a los seres humanos, para justificar actos contra las libertades fundamentales y para sacrificar en su nombre a los habitantes de los países. Todos ellos están separados de una sociedad que se considera ajena y diferente y que, por lo tanto, puede ser sometida al conjuro de esas criaturas que ocupan el lugar de los dioses y los reyes antiguos y expresan su voluntad por medio de hombres y mujeres que han dejado de ser servidores de la población, los cuales, para justificar su dominio sobre los seres humanos, se ponen la máscara del Estado, se disfrazan de representantes de una nación indefinida, fingen ser la voz de la patria, y se presentan como los defensores de una soberanía, vaga, inexplicable y contradictoria como los misterios religiosos.

Hace 350 años, Hobbes, uno de los pensadores más controvertidos en la Ciencia política, en el capítulo 4 de la primera parte de su obra *Leviathan*, empezaba hablando del lenguaje (*Of Speech*) y de los engaños que se hacían con las palabras para dominar a los hombres y hacía notar que “*Los errores en la significación se multiplican por sí mismos a medida que la investigación avanza y conducen a los hombres al absurdo ... en la correcta significación de los nombres radica el primer uso del lenguaje y en las significaciones falsas o la falta de significación se apoya el primer abuso del cual proceden todas las hipótesis falsas e insensatas; en ese abuso incurren los hombres que adquieren sus conocimientos en la autoridad de los libros y no en sus propias meditaciones*”.²⁶ Más adelante, en el capítulo 11 de la primera parte del mismo libro, Hobbes destacaba que “*la ignorancia de la significación de las palabras, es decir, la falta de comprensión, dispone a los hombres no sólo a aceptar, confiados, la verdad que no conocen, sino también las insensateces de aquellos en quienes se confía*”.²⁷

²⁶ “For the errours of Definitions multiply themselves, according as the reckoning proceeds; and lead men into absurdities ... So that in the right Definition of Names, lyes the first use of Speech: and in wrong, or no Definitions, lyes the first abuse; from which proceed all false and senslesse Tenets; which make those men that take their instruction from the authority of books, and not from their own meditation”, Thomas Hobbes, *Leviathan*, Parte I, Chap. 4 (la transcripción se hace con la ortografía del original de 1651 en inglés)

²⁷ “Ignorance of the signification of words; which is, want of understanding, disposeth men to take on trust, not onely the truth they know not; but also the errors; and which is more, the non-sense of them they trust” Thomas Hobbes, *Leviathan*, Part I Of man, Chapter 11, primer párrafo del número (50) de la edición original (la ortografía corresponde a la de la edición original en ingles de 1651)

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

De las consideraciones más precisas que se han hecho sobre la falsedad de los seres inexistentes, la de Agustín de Hipona es, sin duda, una de la más claras: “*la falsedad no es otra cosa que tener por ser lo que no es*”.²⁸

Una de las primeras aplicaciones de las palabras para establecer y para conservar el poder de las clases dominantes sobre los grupos numerosos desde el principio de la historia fueron los “títulos” y los nombres por los que se reconocía a los hombres “superiores” a los que se les debía obediencia o reconocimiento. En la Edad Media los títulos y los nombres de las clases servían para distinguir a los pocos privilegiados que tenían poderes y derechos a fin de mantenerlos claramente separados del resto de la población formada por esclavos, siervos, campesinos y jornaleros, los cuales eran el pueblo vulgar (*vulgaris populus*) cuyos integrantes eran “hombres comunes” a los cuales en un documento del Emperador del año 810 se exhortaba a obedecer sin dilación las órdenes de todos sus superiores.²⁹ Los nombres y los títulos indicaban la posición social en la que estaban quienes los poseían en una escala que iba desde los artesanos burgueses que vivían en las ciudades y los *hombres libres* (que eran únicamente un número pequeño de la población y que se distinguían por poseer fundos) hasta el de *Majestad*, pasando por el de *caballero*, *señor*, *barón*, *condes*, *marqueses*, *duques* y *príncipes*.

Muchos años después, cuando los pueblos de Europa comienzan a expulsar a los reyes y se empiezan a formar las nuevas repúblicas falsamente populares en Francia y en los Estados Unidos, a finales del siglo XVIII, se crea la palabra *Nación* para designar algo que al principio pretendía significar la totalidad de los habitantes de una gran extensión la cual, según Sieyès, era “el cuerpo de asociados que viven bajo una ley común”³⁰ y, según Jefferson, era “todo el pueblo”.³¹ Casi al mismo tiempo se inventa el Estado como algo diferente de la sociedad y, como parte de él, se instalan los nuevos gobernantes de las falaces *repúblicas democráticas* que debían ser empleados leales al servicio de todos los habitantes pero que bien pronto, asociados a los grupos de la oligarquía en sus comunidades, se transforman en los déspotas modernos y se dedican precisamente a impedir la participación de los habitantes en el gobierno y a explotar a los pueblos.

²⁸ Agustín de Hipona, *Confesiones*, en el tomo segundo de las Obras Completas de San Agustín de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid (1986) cap. 15 página 291

²⁹ Este era el lenguaje de una célebre *capitular* expedida por Carlomagno en el año 810. F. L. Ganshof, « La fin du règne de Charlemagne », en *Zeitschrift für schweizerische Geschichte*, (1948), pp. 433-452, citado por Jan Dhondt en su libro *Das Frühe Mittelalter* (1967) publicado en español como el tomo 10 de la Historia Universal Siglo XXI, *La alta Edad Media*, p. 39

³⁰ Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers-état?*. “Qu'est-ce qu'une nation? Un corps d'associés vivant sous une loi commune ” “Le Tiers embrasse donc tout ce qui appartient à la nation; et tout ce qui n'est pas le Tiers ne peut pas se regarder comme étant de la nation. Qu'est-ce que le Tiers? Tout.” Fin del capítulo I

³¹ Thomas Jefferson , *Writings*, ed. de Ford, vol. X, p.270

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Se trata de la dominación de los gobernantes modernos que controlan las nuevas organizaciones políticas a las que engañosamente les llaman *repúblicas*, las cuales, cuidadosamente maquilladas, se presentan falsamente como organizaciones *democráticas representativas*. Para lograr ese dominio los déspotas modernos llamados *representantes* y los otros altos empleados públicos, convertidos en las nuevas *autoridades*, empiezan por fabricar constituciones e inventar grandes palabras o darles un significado diferente a las palabras antiguas para crear entes misteriosos y ambiguos, llenando con esas palabras las constituciones que ellos mismos elaboran a fin de consolidar su poder.

En la actualidad en algunos países que se dicen civilizados pero que tienen un gran gusto por los cuentos infantiles todavía existen *reyes, príncipes, infantes, condes y duques* decorativos, que, en general, son parásitos inofensivos. Desgraciadamente, los títulos de *realeza* no son decorativos en todos los países y aún existen monarquías que llevan a cabo actos de barbarie increíbles tal como sucede en Omán, en Zaire, en Bahrein, mientras en Arabia Saudita *el rey* es el titular de todas las funciones de gobierno y los decretos que emite él con la aprobación de su familia son la base de la legislación; la familia real está compuesta por siete mil personas, casi todos con el título de *príncipes* y, de acuerdo con los decretos del rey, esa familia es la propietaria de “el Estado” cuyo nombre, Arabia Saudita, es simplemente el nombre de la familia *Saud* aplicado a Arabia.

Al mismo tiempo en otros países, entre ellos muchos que se dicen republicanos, se conceden títulos nobiliarios y los gobernantes se dan unos a los otros nombramientos de grandes *almirantes, cordones y mariscales* de “*Ordenes*” de algún santo, que siempre ayudan a crear una imagen de poder y reconocimiento del poder en los pueblos que mantienen sometidos.

Además de los títulos y las leyes, los hombres del gobierno: presidentes, primeros ministros, senadores, diputados y gobernadores, y todos los hombre y mujeres de los partidos políticos dedicados en su mayoría primero a ganar elecciones y después a obtener privilegios, ventajas y dinero, utilizan ciertas palabras que forman un cuerpo de ideas vagas, imágenes fantásticas y conceptos abstractos que sirven muy bien para mantener el dominio sobre la mayoría de los habitantes a fin de explotarlos de la manera más provechosa con el menor uso de la fuerza.

Entre las palabras más usadas actualmente por los nuevos gobernantes en Europa occidental, en África y en América latina para someter a los pueblos están los *Estados* imaginarios, irresponsables, impersonales e invisibles para sustituir a los reinos antiguos; *la Patria* moderna, que después de pasar miles de años por un proceso de hipertrofia deformante se encuentra ahora al servicio de los hombres del gobierno; “*la soberanía*” expropiada a los reyes antiguos que finalmente resultó de gran utilidad para que los hombres que expulsaron a esos reyes y los dictadores que los substituyeron pasaran y sigan pasando por encima de todos los habitantes; “*la democracia*” cuyo significado original se ha deformado completamente; “*la Nación*” ambigua, engañosa e indefinida, y, naturalmente, “*la República*”, que fue el nombre

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de la forma de gobierno con la que la aristocracia controló la Roma antigua durante casi un siglo³², fue igualmente la palabra que usaron los grandes empresarios en Génova, Venecia y otros lugares para establecer el dominio de la oligarquía empresarial en esos territorios, fue asimismo el nombre del gobierno que le daba Jean Bodin a la monarquía francesa en 1576³³ y, finalmente, es la palabra que se sigue usando en las constituciones de muchos países y en las avenidas y las plazas públicas de multitud de ciudades por los nuevos gobernantes para engañar a los pueblos usando su nombre como sinónimo de gobierno participativo popular. Junto con esas grandes palabras mitológicas, hay otras igualmente provechosas: “*la representación política*”, cuyo significado han deformado los legisladores y otros empleados públicos para gobernar a espaldas de la población; “*los Poderes*”, como entes independientes formados por grupos de empleados y “*la autoridad*”, de la cual se han apropiado esos empleados públicos.

Una buena parte de los conceptos de la Ciencia política, del Derecho en general y del Derecho constitucional, especialmente los conceptos de entes imaginarios diferentes de los hombres, a los cuales se les atribuye voluntad propia como el Estado, la Nación, la República, la Corona, las instituciones gubernamentales convertidas en personas como el Parlamento, el Congreso, los ministerios y los estados de una Federación intangible, son cosas que poco o nada tienen que ver con las decisiones que toman los hombres y las mujeres que manejan a todos esos seres fantásticos, los cuales, en el mejor de los casos, son simplemente los nombres de los lugares o las oficinas detrás de las cuales están los individuos que tienen el verdadero poder público, el poder real que ejercen los hombres del gobierno todos los días sobre la población.

En este breve ensayo sólo me referiré a algunas de estas palabras sobre las cuales se construyen, de manera similar, en casi todos los países, las estructuras de dominación. Por la amplitud del tema y las limitaciones a las que quiero reducir este escrito, únicamente trataré de manera muy sintética los engaños que envuelven algunas de éstas palabras, especialmente *la Patria, la democracia, la soberanía, la República, la Nación y la representación política*, y solo haré algunas observaciones sobre la utilización de *El Estado* en la actualidad, pues se trata de un engaño mucho más amplio sobre cuya invención hace poco tiempo escribí un libro titulado precisamente *La invención del Estado*.

³² El volumen IX de *The Cambridge Ancient History* tiene por título precisamente *The Roman Republic 133-44 B.C.*

³³ Jean Bodin, *LES SIX LIVRES DE LA RÉPUBLIQUE*, edición facsimilar publicada por Fayard de la primera edición de 1576.

REFLEXIONES SOBRE DEONTOLOGÍA JUDICIAL

Efrén VÁZQUEZ ESQUIVEL

“El hombre se caracteriza por la ruptura con lo inmediato y natural que le es propia en virtud del lado espiritual y racional de su esencia. «Por este lado él no es por naturaleza lo que debe ser»; por eso necesita de la formación” (H. G. Gadamer).

1. El concepto deontología y el de «deontología judicial»

Lato sensu, el concepto de «deontología» se refiere al estudio del hombre moralmente considerado, estudio que para su más profundo alcance y profundidad precisa del dominio de la axiología (del griego *ἄξιος*, valioso, y *λόγος*, tratado). *Stricto sensu*, la deontología es el conjunto de reglas, normas, principios, presuposiciones y actitudes que regulan el ejercicio de una determinada profesión. Este concepto es nuevo, no es sino hasta la tercera década del siglo XIX cuando emerge en el ámbito de la filosofía utilitarista, su formulación se debe al filósofo inglés Jeremy Bentham (1748-1832). En *Deontología o ciencia de la moralidad*, publicada en 1834 después de su muerte, dicho concepto aparece como núcleo del tratamiento de lo que él denomina «ciencia de lo conveniente»¹.

En efecto, la deontología, en su origen reciente se ocupa de una moral fundada en la actitud o tendencia a perseguir el placer y a huir del dolor. Para Bentham, la deontología ha de prescindir de toda apelación a la conciencia y al «deber ser», a que se refieren los grandes filósofos de la modernidad, entre ellos Kant, pues de lo que se trata, desde la concepción del consciencialismo ético es de lograr la felicidad para un número mayor de personas. Su propósito, dice Bentham, “es enseñar al hombre la manera de dirigir sus emociones de modo que queden subordinadas, en cuanto es posible, a su propio bienestar”².

¹ Bentham, Jeremy (1834) *Deontology or the science the morality: in which thy harmony and co-incidence of duty and self-interest, virtue and felicity, prudence and benevolence*, Ed. Green, and Longinan, p. 21.

² Op. cit., p. 23 y ss.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Pero el hecho de que la deontología haya nacido como un concepto de la filosofía pragmática-utilitaria, visión que caracteriza la obra completa de Bentham, no significa que éste no adquiriera otro sentido desde otros enfoques filosóficos; o que no se pueda reflexionar desde las perspectivas axiológica, histórica y sociológica, sobre el objeto formal de estudio de la deontología, el cual se constituye, desde este último enfoque, por los «valores» socioculturales de naturaleza moral que tienen como origen y factor de determinación de su cumplimiento, de acuerdo a Durkheim, la fuerza del grupo de una determinada rama de profesionales. Estos valores, de acuerdo al aludido utilitarismo de Bentham, sirven al hombre para la búsqueda de la felicidad y el bien social.

Así, entonces, desde una perspectiva axiológica la deontología hoy se ocupa del estudio de los principios y normas de de naturaleza moral que establecen el «deber ser» de una determinada profesión: la profesión de juez, que es la que aquí interesa destacar, la de abogado, la de agente del ministerio público, notario, médico legista, entre muchas otras.

El propósito de estos principios y enunciados normativos, independientemente de que se encuentren o no escritos en un código de ética o en un decálogo, es proteger, preservar y estimular el desarrollo de los «valores esenciales» que determinan el perfil *ad hoc* exigible por la profesión científica en la que un determinado sujeto se desempeña, con el propósito de lograr el crecimiento humano del profesional, humanizar la profesión y, con todo esto, garantizar a la sociedad que la prestación de servicios profesionales, tanto en el sector privado como en el público, se apegue estrictamente a las reglas del decoro y a la ética profesional.

La impartición de justicia es una facultad exclusiva del Estado, sin importar que ésta se realice con la participación de particulares, como en el caso de los medios alternos de solución de conflictos; es también el servicio profesional prestado por el Estado que con mayor exigencia debe desarrollarse (y conviene que así se desarrolle) con honestidad. Es decir, con estricto apego a las reglas del decoro y a la deontología judicial. Ahora bien, la deontología judicial es parte de la *filosofía del jurídica* que se ocupa de la reflexión sobre los principios y normas éticas que regulan el *deber ser* del funcionario judicial, independientemente del rango en que se desempeñe en el ámbito del poder judicial; pero también es una disciplina que requiere de la explicación sociológica para indagar sobre la sociogénesis de los valores que estructuran, o mejor, que deben estructurar, la personalidad del buen juez.

2. Principios deontológicos universales y principios deontológicos sectoriales

Como se podrá apreciar, de la anterior aseveración se deduce que cada profesión tiene su propia deontología (o ética profesional), la cual, como se ha sostenido desde la perspectiva sociológica, surge del grupo que se desempeña en una misma rama profesional; o mejor aún, de la reflexión sobre el ejercicio de una «vida profesional colegiada», vinculada ésta necesariamente a una vida económica, lo que de una u otra manera influye en la configuración de la deontología.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Estamos, entonces, ante la presencia de normas, reglas y principios deontológicos «universales», válidos en todas las profesiones científicas; y normas, reglas y principios deontológicos «sectoriales», válidos sólo en una determinada profesión. Es por esto que la deontología judicial es exclusiva de las personas que se desempeñan en la función jurisdiccional, independientemente del lugar que se ocupe en el engranaje del poder judicial, desde el modesto actuario (que debe cumplir o cumplimentar las resoluciones judiciales emitidas por el juez), pasando por el secretario de estudio y cuenta, el juez común, hasta el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La deontología del abogado, agente del Ministerio Público, notario, profesor de derecho, abogado de empresa, etc., que aquí se deja de lado, con todo y sus semejanzas con la deontología judicial, es algo distinto.

¿Esto significa que los valores sean distintos en cada profesión? No, no es así. La honestidad, por ejemplo, que es un principio deontológico universal que posee el mismo sentido y rango en todas las deontologías. Los valores son los mismos, la diferencia entre las distintas deontologías estriba más bien en la manera como éstos se jerarquizan, de acuerdo al deber ser de cada profesión; y con base al deber ser de cada profesión, de acuerdo también a la importancia que socialmente se les atribuye para la determinación de la identidad del profesional.

Luego, entonces, si el deber ser de la judicatura es impartir justicia para mantener la sociedad en paz, pues sin paz se diezma la calidad de vida y no puede haber desarrollo social ni mucho menos desarrollo humano, entonces se tendría que pensar en el mejor perfil del juez para poder hacer posible la realización de ese deber ser.

Al respecto, no hay discrepancia en cuáles son los valores que integran el deber ser del juez, mismos que a la vez determinan su perfil e identidad, estos son, entre otros: 1. La justicia. Sería paradójico y contrario al deber ser del juez, un juez que careciera del valor de la justicia. 2. La honestidad. Un juez justo no puede ser deshonesto, valor indispensable para la realización de la justicia, ya que como refería Agustín Basave Fernández del Valle, sin honestidad no hay posibilidad de justicia. 3. La autonomía e independencia, pues si el juez elige sacrificar su autonomía e independencia a cambio de la dádiva o el sometimiento ciego al poder político, la justicia se convierte en un remedo de justicia. 4. La responsabilidad en su formación y actualización de conocimientos. Y no sólo en el derecho sino también en las disciplinas complementarias del derecho, sin lo cual el juez no podría ampliar sus horizontes en su función de juzgar.

Es muy importante la realización del valor de responsabilidad del juez en su permanente actualización, pues aun y cuando la posesión del valor de la justicia no esté en duda, si faltare el valor de la responsabilidad en la actualización de los conocimientos (y no solo de la ley sino de los conocimientos doctrinales y los de la jurisprudencia), el juez terminaría siendo injusto. Es igualmente importante la formación hermenéutica del juez. Pues sin formación hermenéutica cómo el juez ha de entender o interpretar estos valores y cómo los ha de aplicar.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Y de inmediato aparecen estas otras preguntas: ¿Cómo impulsar el estudio y la reflexión de la deontología judicial en nuestro medio para responder a la anterior pregunta; y para mejorar la calidad del servicio que el Estado a través del poder judicial proporciona a la sociedad? ¿Cómo formar deontológicamente a nuestros jueces y magistrados, y en sí a todos los integrantes del poder judicial? ¿Qué tipo de deontología judicial se necesita para poder alcanzar el aludido deber ser del juez? ¿O debemos dar por hecho que el sólo por ser juez se lleva en sí la deontología judicial?

La respuesta a cada una de estas preguntas exige serias meditaciones, algunas de ellas con base a resultados de investigación empírica. Aquí se dejarán para que sean pensadas, con miras al impulso de la deontología judicial. Ahora, para poner fin a esta exposición, se reflexionará sobre el acto axiagénico; pero antes, con el propósito de enfatizar la importancia del grupo de profesionales de una misma rama en la generación de valores, se retornará al tema de la sociogénesis de los valores.

3. Sociogénesis de los valores

El teórico de la sociogénesis de los valores que se sigue aquí es E. Durkheim. En este autor, los conceptos de «vida económica» y «profesión», relacionados al fenómeno de las agrupaciones profesionales y la división social del trabajo, se encuentran interrelacionados. Y si bien es cierto que la profesión se concibe como una actividad personal, individual, la formación práctica de los profesionales y su formación moral precisan de la integración de sólidos grupos de profesionales, fuertemente articulados, ya que es del grupo de donde surgen las reglas morales que regulan el ejercicio profesional; de ahí que sin la consolidación de grupos de profesionales, la profesión, como actividad económica, no se puede ejercer con estricto apego a normativas de la ética profesional, debido a la carencia o insuficiencia de fuerza y cohesión de esos grupos, lo que imposibilita tanto el surgimiento de normativas deontológicas como su aplicación a casos concretos.

A partir de este supuesto, Durkheim analiza la precariedad organizativa de los grupos profesionales de su tiempo, sostiene que bajo estas condiciones “la moral profesional no existe verdaderamente sino en estado rudimentario³”. Más adelante precisa lo siguiente, con referencia, obviamente, a las sociedades de Europa Occidental, que son las estudiadas por él en *De la división du travail social*:

Hay una moral profesional del abogado y del magistrado, del soldado y del profesor, del médico y del sacerdote, etc. Pero si se intenta fijar en un lenguaje un poco definido las ideas reinantes sobre lo que deben ser las relaciones del patrono con el empleado, del obrero con el jefe de empresa, de los industriales en competencia unos con otros o con el público, ¡qué fórmulas más vagas se obtendrían!⁴

³ Durkheim, E. (1999). *La división del trabajo social*, trad. Carlos G. Posada, Ed. Colofón, México (original en francés 1893), p. 8.

⁴ *Ob. cit.*

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Parte significativa de su preocupación teórica es explicar cómo en los núcleos de los grupos de profesionales surge un determinado tipo de normas morales que regulan sus prácticas y cómo, desde el aparato estatal, se detectan este tipo de necesidades y se producen leyes (o debieran producirse leyes) tendentes a organizar y regular el ejercicio de las profesiones.

La producción de leyes para la regulación del ejercicio profesional, aquí se sostiene con apoyo en Durkheim, es un complemento de la producción de normas morales (o de de ética profesionales) que se producen en los grupos de profesionales fuertemente consolidados, pues siempre el círculo de la moral es más amplio que el del derecho; pero esas normas morales, o de ética profesional, si en verdad son efectivas para la regulación de las distintas actividades profesionales, no pueden ser las mismas para todas las profesiones. Esto es así porque como quedó antes señalado, la deontología de cada una de estas profesiones: la de abogado, la de juez, la de notario o la de médico o arquitecto..., es distinta.

Es decir, en cada profesión jurídica la manera de sentir y de pensar el derecho es distinta; en cada profesión jurídica las actitudes, hábitos, creencias, convicciones, costumbres, pautas de conducta, etc., son distintas. Esta es la base teórica que sirve para establecer la diferencia entre principios deontológicos universales, válidos para todas las profesiones, y principios deontológicos sectoriales, válidos para cada profesión.

4. El acto moral no es formal

De acuerdo a lo antes visto y contrario a lo que se suele creer, no basta ni es suficiente con hacer la proclama de un código de ética profesional surgido del acuerdo de un grupo de profesionales de una determinada profesión científica, para que éste, por sí mismo, adquiera vida en la comunidad de profesionales. Supóngase que para garantizar la eficacia y correcta formulación del hipotético y proclamado código de ética profesional, éste ha sido traído de otro continente y de otra cultura, ¿será posible, con esto, garantizar su correcta formulación y eficacia? No, porque esto no tiene nada que ver con el acto generador de valor.

Tampoco es suficiente con predicar los valores en la forma que algunas sectas religiosas lo hacen, a saber, casa por casa, haciendo llamados a las conciencias para que se aparten del mal y sigan el camino del bien para lograr la salvación del alma. Todo esto, por sí mismo, desde el punto de vista axiogénico no genera valor alguno.

Esto es así en razón de que el acto generador de valor, es decir, el acto axiogénico, no es formal, sino factual. Esto es, si la prédica no se hace acompañada del ejemplo (y no sólo en las más grandes y paradigmáticas acciones de la vida, sino en todos nuestros pequeños actos de la vida cotidiana que se refieren a los otros), entonces las palabras no cobran vida, no sirven para generar valor porque las palabras pierden su sentido. Algo más, la validez de un acto axiogénico radica en que éste genera formas

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de vida social⁵ que hacen crecer al ser humano como ser social, como puede ser, por ejemplo, la vida democrática, conducirse con la verdad, etc.

Todos los días, en el trabajo, en la escuela, en el tribunal o en cualquier otra parte, se pueden producir actos axiogénicos. Reflexionando con los colegas sobre los pros y los contras de una determinada decisión judicial; escuchando y aceptando críticas; reflexionando sobre las críticas, señalando errores al prójimo y aceptando nuestros errores que otros nos señalan; reflexionando sobre lo que hacemos y lo que no hacemos.

Si todo esto se hace se estará ante un acto societal, no sólo acto social; el acto societal es el que verdaderamente transforma al hombre, porque es el único que hace posible que los valores sean parte de su ser.

5. La reflexibilidad que exige el acto moral

Cuando Critón propuso a Sócrates la huida de la cárcel para burlar la muerte, pues al día siguiente tenía que beber la cicuta como pena impuesta por el tribunal que lo juzgó manipulado por sus poderosos acusadores, éste responde: “Mi querido Critón, tu solicitud es muy laudable si es que concuerda con la justicia; pero, por el contrario, si se aleja de ella, cuanto más grande es se hace más reprensible”⁶.

A lo anterior añade Sócrates con mayor fuerza: “Es preciso examinar, ante todo, si debemos hacer lo que tú dices [...]; porque no es de ahora, ya lo sabes, la costumbre que tengo de sólo ceder por razones que me parezcan justas después de haberlas examinado detenidamente”⁷.

He aquí un caso paradigmático de «elección» y «reflexibilidad» que exige la realización del acto moral. Por lo que sin elección y reflexión, sin el análisis de los *pros* y los *contras* de las diferentes opciones, entre las cuales se debe elegir una de ellas, no hay acto moral. La reflexión, si es que se convierte en acto moral, debe ser antes de la realización del acto, no después.

El buen juez, en su relación con los justiciables y los abogados, se enfrenta cotidianamente alternativas que tienen algo que ver con la ética profesional. Y este enfrentamiento precisa de la reflexibilidad. La reflexibilidad es un proceso dialógico, con uno mismo, con un texto, o entre dos o más sujetos, por medio del cual se logra la comprensión de los valores. La reflexión sirve para explicitar lo que en el horizonte del texto o del otro aparece como implícito.

En el caso de quienes por mandato de ley se desempeñan en la función jurisdiccional (de *jurisdictio*, decir el derecho o interpretar el derecho), la capacidad reflexiva que se realiza en el ámbito de la ética profesional no consiste en memorizar lo que el legislador establece en el texto de la ley; en repetir memorísticamente lo

⁵ Iglesias, Severo, *Valores y sociedad*, Tiempo y Obra, México, 2000, p. 88 y ss.

⁶ Platón, *Diálogos, Crítón o del deber*, estudio preliminar de Francisco Larroyo, Porrúa, Sepan Cuantos, México, 1998.

⁷ *Ibidem*.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

que está escrito, sino en saber «pensar» para determinar racionalmente hasta dónde se extiende el sentido del texto de la ley, dependiendo del horizonte del texto y de las circunstancias en las que se ha de aplicar la ley. Esto es, el acto moral es sólo aquel que se deriva de la acción del sujeto con capacidad reflexiva, sin la cual no podrá haber diferenciación entre el acto moral e inmoral.

Se retornará a Sócrates, para concluir artículo.

¿Qué hubiera pasado si Sócrates elige la propuesta de Critón de evadir la cárcel, en donde se le tenía guardado para aplicársele la pena que se le impuso? ¿Qué hubiera pasado si éste, valiéndose de medios indignos, como la súplica de perdón a sus acusadores y al tribunal que lo juzgó, muere mucho tiempo después en su cama de una enfermedad natural?

¿Qué hubiera pasado si Sócrates elige retractarse de su doctrina, si elige decidir cambiar su concepción formalista de justicia por una concepción realista de justicia, como la que con posterioridad asumió Aristóteles, con lo cual de seguro podía haber justificado su huida de la cárcel?

Si todo esto hubiera sucedido, la huida de la cárcel no sería un acto axiogénico, generador de valores. Y hoy Sócrates no sería el apóstol de la verdad y la congruencia entre lo que se dice y lo que se hace. El mundo de hoy, en particular en nuestra sociedad, precisa de la realización de actos axiogénicos, aunque no sean de la dimensión del que realizó el fundador de la mayéutica. Reflexionar como juez en la agrupación profesional sobre una experiencia profesional propia o ajena, desde la perspectiva ética y moral, es ya generar un acto axiogénico o generador de valor.

LA POLICÍA EN UN PLAN DE POLÍTICA CRIMINAL EN EL DISTRITO FEDERAL

Alfredo VELÁZQUEZ RODRÍGUEZ

*Con infinito agradecimiento Dra. Emma Mendoza Bremauntz
“Por su leal e incansable lucha para humanizar las instituciones.”*

*“Ab imo pectore” “No sólo el mérito, también la lealtad conserva la persona”
Pantalis, en “Fausto” de Goethe.*

*“No ya castigar, sino corregir.”
Francesco Carrara.
“...antes de corregir, prevenir”*

INTRODUCCIÓN

Es conocido el problema de inseguridad que padece nuestro país y en particular la Ciudad de México, es menester de este trabajo el abordar el tema desde una perspectiva crítica y por demás propositiva. La situación que hoy vive la capital de la República, es por la mayoría conocida e inclusive en algún momento hemos sentido esa sensación de inseguridad, de temor o miedo a ser víctima de algún delito, y peor aun, víctima del abuso de algún miembro de los cuerpos de seguridad del Estado.

Comenzaremos por dar al lector un panorama de lo que es y significa la Policía, como cuerpo de seguridad estatal, su justificación como parte del engranaje de una Política de Estado. Daremos un repaso por lo que se entiende como los medios de control social, cómo estos mecanismos creados por la sociedad influyen en el comportamiento de los individuos dentro de la misma; veremos cómo el autocontrol del individuo, la sociedad, la familia, la escuela y la religión funcionan como medios de control. Cuáles son las instituciones gubernamentales que ejercen control sobre los sujetos que han violado la ley, cómo van pasando desde la policía, la instancia judicial, hasta llegar a la prisión.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Necesario un paréntesis, en la percepción que la ciudadanía tiene de la inseguridad, de la policía como institución y del policía como servidor público, para comprender cual es el alcance de esta función estratégica del estado para mantener el orden social.

Conoceremos qué es la Política Criminal, para qué sirve que el Estado trace una directriz en esta materia, conocer qué es y cómo la Prevención es una parte fundamental en la lucha contra el fenómeno delincencial, cómo se divide ésta en Primaria, Secundaria y Terciaria y cuáles son las funciones de cada una de estas para frenar y disminuir la delincuencia. Veremos un panorama general de lo que podría ser un Plan de Política Criminal, cómo se compone y observaremos que la coordinación de todas las instancias de gobierno, es la mejor solución en el trazado de una política de cambio.

Por último diremos cómo encaja la Policía en ese Plan de Política Criminal, donde la participación activa, tanto del elemento policíaco, como de la propia comunidad, donde éste último se despeña como, son las mejores alternativas que se tienen, no para erradicar, sino para disminuir la tasa de comisión de delitos y violaciones a las disposiciones gubernativas y de policía.

1. POLICÍA.- Comencemos por una cuestión conceptual, a efecto de evitar confusiones y que delimitemos exactamente el concepto que deseamos estudiar:

1.1 CONCEPTO.- Proviene del latín *politia*, organización política, administración, que a su vez deriva del griego *politeia*, perteneciente al gobierno de la ciudad.¹ Existe una gran divergencia entre la Doctrina, en la que se afirman dos posiciones en lo que se refiere a la Policía, la primera de ellas se refiere a que es una función propia del Estado, la de brindar seguridad y protección a sus gobernados y la segunda, habla propiamente de lo que son los cuerpos de seguridad, como la Policía.

Sin entrar en un debate innecesario, definimos las anteriores acepciones como:

1.2 POLICÍA COMO FUNCIÓN.- Es la manifestación del poder estatal, que solo compete a éste salvaguardar la Seguridad Pública El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas atribuciones.^{2 3}

¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. – Porrúa, México, 1998, Págs. 2453 y 2454.

² Párrafos noveno y décimo del artículo 21 de la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos: “La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

1.3 POLICÍA COMO INSTITUCIÓN.- Es el ejercicio propio de la función exclusiva del Estado, para salvaguardar la Seguridad Pública, “es consecuencia de un acto de soberanía, encaminado al sostén del Estado, de sus instituciones jurídicas u orgánicas; es un organismo rector de la convivencia humana dentro de un marco de orden justo, para regular los actos fundamentales que garanticen la vida, la economía y, en fin, el pacífico desenvolvimiento humano”⁴ La Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, reconoce como Cuerpos de Seguridad Pública a la Policía Judicial del Distrito Federal, a la Policía Preventiva, con todas sus unidades y agrupamientos y, a la Policía Complementaria que se encuentra integrada por la Policía Auxiliar, la Bancaria e Industrial.⁵

La policía, siempre pertenece y pertenecerá al Estado; es una potestad jurídica; quienes la ejercen son parte integrante del personal que realiza las funciones del Estado⁶. Si bien es cierto que la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal sujeta en el ámbito de su competencia a la Policía Judicial⁷, también lo es que se acota al

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres ordenes de gobierno deberán de coordinarse entre sí para cumplir con los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

- a) La regulación de la selección, ingreso formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios en ámbito de sus respectivas atribuciones.
- b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.
- c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.
- d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública.
- e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines”. Información tomada del Sitio Oficial de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

³ A decir del profesor Colín Sánchez, “*es la potestad jurídica que tiene el Estado para afirmar el derecho individual y colectivo, velando por el orden, la seguridad pública y, en general, por el respeto a lo establecido en los ordenamientos jurídicos contra las causas que lo perturben.* COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Porrúa, México, 16ª Edición, 1997, Pág. 264.

⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Op. cit. 265.

⁵ Cfr. Artículos 3º y 5º de la mencionada ley.

⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Op. cit. 265.

⁷ El artículo 21 constitucional en su párrafo primero, no guarda definición alguna sobre la policía judicial, menciona: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función...”. Mas sin en cambio, el

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

mencionar que la misma se rige por su propia Ley Orgánica⁸, su Reglamento y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

2. LOS MEDIOS DE CONTROL SOCIAL.- Siendo el Estado, aquel ente que mantiene el monopolio del uso de la fuerza, empero de la fuerza como tal en todo su imperio, pero con obvedad, que ésta sea racional y por sobre todo legitimada. Al hablar de legitimación estatal, afirmamos que toda la normatividad de una sociedad tiene un fin, que es el orden social. Es un presupuesto de la vida en sociedad de los seres humanos, los cuales en el transcurso de su evolución han creado reglas, normas, leyes e instituciones, precisamente para mantener ese orden social y se les ha denominado medios de control social⁹, por lo que se pone de manifiesto que dentro de su estructura podemos encontrar diversos componentes, como lo son:

2.1 EL AUTOCONTROL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL.- Una postura que rompe con los esquemas tradicionales de la doctrina, al afirmar que existe una primera dimensión, donde el autocontrol influye como medio de control social,

artículo 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, incluye el cambio de nomenclatura, por el de Policía de Investigación, como parte de su organización.

⁸ Cfr. Artículo 26 de la Ley Orgánica de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, en su sitio oficial, señala que tiene las siguientes atribuciones:

- I.- Mantener el orden y la tranquilidad públicos en el Distrito Federal;
- II.- Investigar elementos generales criminógenos que permita llevar a cabo acciones preventivas;
- III.- Auxiliar al Ministerio Público cuando se requiera su colaboración para que la representación social ejerza sus facultades de investigación y persecución de delitos;
- IV.- Proteger y auxiliar a los Órganos de Gobierno del Distrito Federal, cuando para el ejercicio de sus funciones sea requerida para ello;
- V.- Prestar auxilio a dependencias y órganos desconcentrados de la Administración Pública del Distrito Federal, órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales y Órganos Autónomos, cuando lo requieran para el cumplimiento de sus funciones;
- VI.- Vigilar y proteger los espacios públicos y de acceso al público en el Distrito Federal;
- VII.- Vigilar lugares estratégicos para la seguridad pública del Distrito Federal;
- VIII.- Actuar en coordinación con otras instituciones de seguridad pública e instancias de gobierno, federales, estatales o municipales, cuando las necesidades del servicio lo requieran;
- IX.- Realizar funciones de control, supervisión y regulación del tránsito de personas y vehículos en la vía pública.
- X.- Realizar acciones de prevención de faltas administrativas y comisión de delitos ambientales en suelo urbano y suelo de conservación, así como en áreas de valor ambiental y áreas naturales protegidas de la competencia del Distrito Federal, en coordinación con la Secretaría del Medio Ambiente del Distrito Federal para tal efecto.

⁹ Javier Grandini cita a Luis Gerardo Gabaldón el cual entiende al control social como “el conjunto de instancias y acciones públicas y privadas, genéricas y específicas, orientadas a la definición, individualización, detección, y/o manejo de la supresión de conductas calificadas como delictivas o desviadas según se encuentren o expresamente prevista en un cuerpo normativo formal como posibles de sanción”, Criminología, Apuntes, Preguntas y Respuestas, Distribuidora y Editora Mexicana, 2ª Edición, México, 1998, Pág. 31.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

habla de una instancia mental, es decir, el sujeto pone sus propios límites, “*actúa como su propio policía*” y modula su actuar.¹⁰ “La eficacia de cualquier control social depende, en última instancia, del autocontrol del individuo sobre sus propios deseos y comportamientos.”¹¹

2.2 CONTROL SOCIAL PREVENTIVO.- “Es un proceso de aprendizaje por parte de todos los individuos de las cualidades y las aptitudes adecuadas a sus roles específicos requeridos para el mantenimiento y legitimación del orden constituido de las relaciones de producción, de propiedad y de poder de nuestra sociedad.”¹²

2.3 MEDIOS INFORMALES DE CONTROL SOCIAL.- Constituido por la familia, escuela, clubes deportivos, es decir, el entorno social donde se desenvuelve el individuo, (considerado como persona susceptible a convertirse, ya sea, culposa o dolosamente en delincuente). Factores importantes y de gran impacto en el desarrollo de un individuo, “El medio familiar y escolar, y la parcela social en que el niño esta enclavado, influyen o imbuyen su psique con normas, ejemplos, modelos, libertades o limitaciones, con imágenes que le dificultan o ayudan a situarse en la existencia.”¹³

2.3.1 FAMILIA.- Es aquí donde el juego de inhibiciones y estímulos, crearan en él individuo el condicionamiento de la conducta de éste. Aquí se aprenderán las normas de trato social y el niño asimilará la figura de la autoridad representada por el padre de familia, quien mediante su superioridad física e intelectual se convierte en la figura admirada, respetada y a la vez temida; así como la transmisión de patrones de autoridad. La carencia de alguno de estos factores de disciplina serán factores desencadenantes o propiciadores de una conducta débil, la cual podrá en lo futuro constituir un individuo, el cual no tenga respeto por ninguna figura de autoridad; sea el padre de familia, el policía, el patrón, el superior jerárquico en el empleo, etc.¹⁴

10 “...consiste en que el individuo actúa como su propio policía. Se abstiene de cometer actos reprobables, se corrige a sí mismo y se presenta ante los demás como una persona respetable. El control se interioriza en su conciencia y juzga su conducta.” TORRENTE, Diego, *La Sociedad Policial*, Universidad de Barcelona y Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 1997, Pág. 93.

11 TORRENTE, Diego, *Op. cit.*, Pág. 93.

12 BARATTA, Alessandro, Reflexiones alrededor de la teoría del poder en Michael Foucault, en Cuadernos de Posgrado, Serie a, número 7, E.N.E.P. Acatlán, U.N.A.M., Pág. 74.

13 Cfr. MORENO GONZÁLEZ, Rafael, *Ensayos Médico Forenses y Criminalísticos*, Porrúa, México, 1997, 4ª. Edición, Pág. 159.

14 Teresa Millares, cita a Horkheimer. “La personalidad autoritaria valora todo lo masculino, ella misma es agresiva, dura y violenta, rechazando todo lo femenino (falta de autentica relación con la madre). Ello lleva a una intolerancia hacia los demás que no son igualmente fuertes y poderosos, rechaza todo lo diferente dándole las características de despreciable; la mujer, las emociones, la pobreza, la falta de conocimientos son despreciables por ser distintos, inferiores”. *El Pensamiento Criminológico II*, Pág. 47.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

2.3.2 ESCUELA.- Lugar en el cual se reproducen y se reafirman valores que se traen de la familia, nuevamente existe una figura superior, el Maestro, el cual dentro del desarrollo de su clase va imponiendo, tanto el conocimiento, como una serie de actitudes, de comportamiento y de lenguaje, que no admiten crítica o disenso. Algunos afirman que la escuela constituye un filtro de exclusión social, ya que se ha difundido la creencia de que aquel que no tiene escuela, no tiene currículo y sino tiene conocimientos académicos es rechazado, provocando con ello que los que se encuentren dentro de las aulas de clase sean sujetos “normalizados”.¹⁵

2.3.3 RELIGIÓN.- La repetición constante de los rituales que hay en todas las religiones existentes, provocan en el individuo que se acople a las reglas y va creando en él una identidad de grupo, colaborando en el mantenimiento del orden social.¹⁶ La predominancia de la religión católica, en México, ha estado de manifiesto y ha provocado “consenso en torno a la doctrina religiosa y a la uniformidad de la práctica religiosa contribuyen a la solidaridad de la sociedad”.¹⁷ Por otra parte Chino y resalta que “...las diferencias religiosas pueden provocar hostilidad e incluso conflictos abiertos”.¹⁸

2.4 MEDIOS FORMALES DE CONTROL SOCIAL.- Formado tanto por sistema de justicia penal, es decir el Ministerio Público, el Juez (en sentido amplio; jueces, magistrados, ministros), el sistema penitenciario; sea preventivo, como de ejecución; como por la Policía, sea en este caso la Preventiva, (la cual actúa hasta la comisión de infracciones administrativas o de la comisión de delito y remitirá este conocimiento a la autoridad competente para el caso; así mismo tiene una función preventiva “moralizadora”, esto es debe conminar al ciudadano común a la no realización, inhibición, de ciertas conductas nocivas para la sociedad y para él mismo), o la Ministerial o investigadora, encargada de realizar ésta última, ya sea por orden del Ministerio Público o de algún órgano jurisdiccional).¹⁹ Estos entrarán en acción,

¹⁵ Cfr. MIRALLES, Teresa, Op. cit., Págs. 47 y 48.

¹⁶ “... la religión estimula a menudo, aunque no siempre, una aceptación de las normas prevalecientes y las relaciones sociales establecidas”, CHINOY, Ely, La Sociedad, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 16ª Reimpresión, 1992, Pág. 308.

¹⁷ CHINOY, Ely, Op. cit. Pág. 308.

¹⁸ CHINOY, Ely, Op. cit. Pág. 308. De igual forma pone de manifiesto que “Tanto el protestantismo como el catolicismo han desempeñado a menudo un papel conservador en Europa y América, sosteniendo de diversas maneras el orden social existente. Pero, bajo ciertas circunstancias, han contribuido también –o al menos han estado estrechamente vinculados- a cambios sociales radicales y se han visto envueltos en intereses y demoleedores conflictos sociales.” Pág. 310.

¹⁹ “La forma en que se selecciona e institucionaliza a esas personas en cárceles, tribunales, hospitales, centros psiquiátricos, asilos de ancianos u otros centros ilustra el grado de tolerancia de una sociedad...”, TORRENTE, Diego, La Sociedad Policial, Universidad de Barcelona y Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 1997, Pág. 97.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

cuando los primeros han fallado, pero lo hará en un ámbito más duro y “legalista”, porque infringió la norma prescrita por la ley y altero el orden social.²⁰

2.4.1 POLICÍA²¹.- Es la manifestación del poder del Estado, es la Institución, encargada de mantener el orden social. Se le reconoce su origen militarizado y burocrático, lo que ha llevado a un, a veces, infranqueable distanciamiento con la sociedad²² y que en la realidad de México, nos hace ver graves deficiencias en su actuación, ya que no hay unificación en los criterios de actuación, lo que genera en los elementos policíacos un fenómeno de criminalización, es decir, estereotipos y que generalmente se encuentran asociados con las clases económicamente menos favorecidas. El policía de sector o de patrulla, se encuentra íntimamente relacionado a esto, es su realidad diaria, ocurre en su mente un elemento de catalogación y selección de las personas que ponen o pueden poner en peligro el orden social, el cual es su deber mantener.²³

Es bien conocido que, en el Distrito Federal, la policía tiene una meta de remisiones a las diferentes instancias gubernamentales, mismas que solo sirven para bases de datos estadísticas y que son susceptibles de ser manipulados para fines meramente políticos. Por las mañanas el elemento al recibir las novedades, se le indica que están cerca o lejos de la cuota mensual de detenciones, por lo que deben de “aflojar o apretar” en su empeño para lograrla. Ante esto, el policía en caso de estar lejos de su meta, tiene definidas las personas que representan peligro el orden social y que le ayudarán a cubrir la meta política impuesta, serán pues los indigentes, jóvenes de zonas marginadas, trabajadores sexuales, vendedores ambulantes, trabajadores en

²⁰ “El Estado depende tanto de esa fuerza legitimadora de la disciplina, que despliega todo su programa de control formal hacia los estamentos débiles en los que no ha hecho mella la disciplina. La crisis de disciplina que vive la juventud de las zonas marginadas se ha erigido en la gran crisis de legitimación de la fuerza del Estado y el programa de represión se amplía hacia ese foco de crisis.” MIRALLES, Teresa, en *El pensamiento Criminológico II, Estado y Control*, Temis, 1983, Pág. 47.

²¹ “La policía es un subsistema del sistema político y éste a su vez es un tipo especial del sistema social en donde se correlacionan los derechos, las obligaciones, demandas, reglas de control, líneas de seguridad pública, ayuda, obediencias a la ley, los reglamentos y las normas, para establecer en ese conjunto de acciones y efectos el orden y la paz pública. Puede afirmarse que como función esencial este subsistema policial o de carácter social se distinguen por los valores específicos con todas aquellas necesidades o exigencias que como medidas son el componente de una sociedad, sin olvidar los colores, los regionalismos, las costumbres, y en forma especial los bienes de altísimo grado jurídico...”, Martínez Garnelo, Jesús, *Seguridad Pública Nacional*, Ed. Porrúa, México, 1999, Pág. 47.

²² Vr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, en *El pensamiento Criminológico II, Estado y Control*, Temis, 1983, Pág. 67.

²³ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Págs. 63-73.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

vía pública, visitantes del interior de la República, homosexuales, manifestantes, etc.
24

2.4.2 INSTANCIA JUDICIAL.- Un sector más del aparato estatal donde llegan todos los que previamente han sido seleccionados o estigmatizados, y desgraciadamente, la mayoría, no cuentan con los recursos económicos necesarios para costear los gastos de una adecuada defensa y representación de sus intereses ante esta instancia y frente a la acusación del Ministerio Público.²⁵ Harto difícil es el papel de los juzgadores, servidores públicos que tienen en sus manos la decisión de colocar una etiqueta en un ser humano, mismos que son los encargados de dar sentido y coherencia a la aplicación de las normas, leyes y reglamentos, en pocas palabras, son aquellos que deciden si una persona es culpable o no de la comisión de una conducta considerada como antisocial o desviada, la cual rompió el orden social y desestabilizó la seguridad de la comunidad, aparejando entonces la imposición de una pena o sanción por dicha conducta.²⁶ *“La criminalidad como realidad social, no es una entidad preconstituida respecto de la actividad de los jueces, sino una cualidad atribuida por estos últimos a ciertos individuos, los cuales resultan así seleccionados y luego incluidos en las formas de registro de la criminalidad (estadísticas oficiales).”*²⁷

Esta instancia no está exenta de las presiones sociales y a que la perspectiva de la mayor parte de la ciudadanía no sea la más favorable, ya que se dice que la actuación de los juzgadores no es limpia y que la impartición de justicia es para los ricos, es decir, donde sólo se buscan hacer efectivos los intereses de la clase dominante.²⁸

2.4.3 PRISIÓN.- Entendida como el lugar de compurgación de penas y no como pena en si. Para Cuello Calón la prisión es el establecimiento penal donde permanecen en, mayor o menor grado, privados de su libertad, sometidos a un determinado régimen de vida, y, por lo común, sujetos a la obligación de trabajar. “Es un sitio donde se ejecuta la sentencia de un sujeto condenado con pena privativa de libertad, por haber cometido un delito que previamente se establezca.”²⁹

²⁴ AZAOLA, Elena, Elena, Imagen y autoimagen de la policía de la Ciudad de México, Ediciones Coyoacan, México, 1ª Edición, 2006, Pág. 48.

²⁵ “...haciendo uso del poder para definir que suponen las decisiones judiciales, es posible atribuir al control jurídico-penal y, en particular, al que ejercen los jueces, una vasta competencia en la estigmatización de quienes resultan seleccionados mediante la acción de estos procesos de aplicación del derecho.” BERGALLI, Roberto, en El pensamiento Criminológico II, Estado y Control, Temis, 1983, Pág. 79.

²⁶ José María Rico, nos dice “Hoy día se considera que el proceso de sentencia no es únicamente un acto judicial formal, sino también un acto humano y social”. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica contemporánea, Editorial Siglo XXI, México, 6ª Edición, 2006, Pág. 49.

²⁷ BERGALLI, Roberto, en El pensamiento Criminológico II, Estado y Control, Temis, 1983, Pág. 79.

²⁸ Cfr. BERGALLI, Roberto, op. cit. Págs. 82-85.

²⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. – Porrúa, México, 1998, Págs. 2546.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En la realidad, al igual que ciertas instancias reproducen patrones positivos, ésta a través de muchos años se ha encargado de reproducir e inclusive especializar a las personas que se encuentran ahí privadas de su libertad, dejando de cumplir con el fin para el cual se interna al individuo, su readaptación social.³⁰ “Cuando se afirma que la cárcel significa el fracaso de la actuación de las instancias informales se está haciendo especial referencia al fracaso de la autoridad como figura atractiva y valorativa. Por ello, el individuo sometido a la instancia carcelaria es considerado desde un inicio como un sujeto rebelde, indisciplinado y por ende ‘peligroso’ para el orden social mantenido por una sociedad disciplinada. De ahí que el objetivo primero de la cárcel sea el de disciplinarlo”.³¹

Reyes Calderón afirma que: “La prisión es un medio de control social al servicio de quienes detentan el poder del Estado”.³² Ahora, en este punto, debemos de ver la prisión como pena, ya que ésta primeramente debe ser establecida como tal y con anterioridad al hecho delictivo dentro del cuerpo normativo. Es la primera instancia en quien puede ser considerado como delincuente o infractor de la ley, respuesta a las necesidades de control social, llamada Defensa Social, que no es otra cosa que la política de defensa de la clase dominante y poseedora, sobre la marginada.^{33 34}

Pero aun a pesar de que esta institución se encuentra en “crisis”, no tenemos en el discurso político y mucho menos en la realidad, alternativas pertinentes y viables en su aplicación, a fin de evitar el abuso de la misma, por lo anterior, no tendremos más, que tratar de hacerle un medio más humano y por sobre todo dotado de técnica, buscando plenamente aquello que buscan las instituciones públicas, el orden social.³⁵ ”... *debemos ser justos con la prisión, que es tan sólo un reflejo de la crisis en general de la justicia penal*”, menciona Rodríguez Manzanera.³⁶

³⁰ “El *boom* penitenciario, basado en la esperanza readaptadora, que ocupó nuestra atención en la todavía no lejana década de los setenta, es hoy un rotundo fracaso, evidenciado por el hacinamiento, la promiscuidad y la corrupción, lo que resulta más agobiante por el abuso de la prisión por parte de nuestro sistema judicial y por el carácter exclusivamente represivo de esta medida punitiva”, GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Política Criminológica Mexicana*, Editorial Porrúa, México, 2ª Edición, México, 2000, Pág. 2.

³¹ MILLARES, Teresa, en *El pensamiento Criminológico II, Estado y Control*, Temis, 1983, Pág. 96.

³² REYES CALDERÓN, *Criminología*, Pág. 359

³³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Política Criminológica Mexicana*, op. cit., Pág. 13.

³⁴ Pavarini menciona que dentro de la interpretación conflictiva de la sociedad. “La ley representa sólo los intereses de quienes tienen el poder de producirla, sin ninguna consideración para quien no tiene este poder es el de mantenerlo y acrecentarlo también a través de la ley; la ley no sirve así sólo a los intereses de quien manda sino que sirve también al interés superior de conservar el poder para quien lo posee. Y el poder se conserva y se defienden los intereses de quien lo posee defendiendo como criminales o desviados aquellos comportamientos que entran en conflicto con estos intereses. PAVARINI, Massimo, *Control y Dominación*, Editorial Siglo XXI, México, 8ª Edición, 2003, Pág. 138.

³⁵ Alessandro Baratta menciona a manera de crítica que: “Lo que se ha indicado en relación con los límites y con los procesos contrarios a la reeducación, que son característicos de la cárcel, se integra con un doble

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Los medios de control social en nuestro país, al igual que las estructuras sociales, son muy frágiles y endeble, ya que en ocasiones fallan o no cumplen su misión. La sociedad al igual que la tecnología, que los ecosistemas y el propio ser humano, muta, es decir cambia; es por ello que el Estado no puede permanecer ajeno a la realidad actual, debe de adoptar políticas y estrategias distintas a las de antaño, que si bien dieron resultados, no necesariamente en la actualidad triunfarán. No se trata de decir que todo lo hecho anteriormente no sirve, sino más bien que debemos revisar lo que ha funcionado, ajustarlo y adaptarlo a los nuevos tiempos y complementarlo con nuevas estrategias de control.³⁷ Decía Beccaria, *“Las experiencias y la razón han demostrado, que la probabilidad y certeza de las tradiciones humanas se disminuyen a medida que se apartan de su origen. ¿Pues como resistirán las leyes a la fuerza inevitable del tiempo de la pasiones, si no existe un estable monumento del pacto social?”*.³⁸

3. PERCEPCIÓN CIUDADANA.- No hay mejor forma de evaluar el desempeño de cualquier servicio, que la opinión pública, por ello la industria privada constantemente se encuentra realizando sondeos sobre las preferencias que tienen los consumidores de sus productos; empero, no con ello quiero decir que lo que se refiere a las actividades estatales se debe privatizar, sino que hasta cierto punto se ha reconocido el valor de la opinión del ciudadano, como en las Estadísticas Nacionales sobre Inseguridad, mismas que fueran realizadas por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre Inseguridad (ICESI)³⁹, esfuerzos plausibles, pero insuficientes para conocer a profundidad el problema de la inseguridad, ya que solo se basan en encuestas y cuestionarios. Se hace necesario focalizar y acercar a las instituciones a la ciudadanía, ya que si bien es cierto que los datos estadísticos sirven para diseñar y lanzar estrategias, planes y programas, también lo es, que el problema que hay sobre inseguridad es todavía un tanto más complejo.

3.1 DE LA INSEGURIDAD.- Es necesario definir el extremo opuesto de la Inseguridad. Seguridad, a decir de Martínez Garnelo, es un principio y una forma de control funcional denominado seguridad pública, adecuándolo tanto en la protección de los súbditos como parte de la riqueza del territorio del Estado, como en la

orden de consideraciones, que afectan todavía más radicalmente el carácter contradictorio de la ideología penal de reinserción. Estas consideraciones se refieren a la relación general entre cárcel y sociedad. Esta relación es, ante todo, una relación entre quien excluye (sociedad) y quien es excluido (detenido). Toda técnica pedagógica de reinserción del detenido choca con la naturaleza misma de esta relación de exclusión. No se puede excluir e incluir al mismo tiempo.” En *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Editorial Siglo XXI, Argentina, 1ª Edición, 2002, Pág. 196.

³⁶ *La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Prisión*, Editorial Porrúa, México, 2ª Edición, 1999, Pág. 133.

³⁷ “Un mito sobre el control social es la creencia de que el castigo disuade al agresor.” TORRENTE, Diego, *La Sociedad Policial*, Univ. De Barcelona y Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 1997, Pág. 97.

³⁸ BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Porrúa, México, 13ª Edición, 2003, Pág. 24.

³⁹ Vr. sitio Oficial del Instituto Ciudadano de Estudios sobre la inseguridad A.C. <http://www.icesi.org.mx>.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

protección de su instrumental gubernamental (leyes, bandos, estancias administrativas, y especialmente en la regularidad pacificada de la vida social y política llamada desde entonces orden público.⁴⁰

Ahora el aspecto negativo, la Inseguridad, es decir la falta o ausencia de seguridad. Hay diferentes factores que influyen en que la percepción de este fenómeno llegue a grados preocupantes, como la falta o deficiencia del servicio de energía eléctrica en el alumbrado público, la acumulación de basura en las calles, produciendo malos olores, fauna nociva, además de dañar la imagen urbana y propicia la reunión de grupos delincuenciales o pandillas, algunos mencionan que el nivel de vida o la posición económica también inciden en esta percepción.^{41 42}

La gente al sentirse desprotegida tiende a recurrir a medios ilícitos para su protección, como el comprar un arma fuego, el caso más común, el mercado negro, exponiéndose a que dicha arma tenga desperfectos y pudiese ocasionarles un daño al ser accionada, se encuentre relacionada con alguna investigación judicial, o bien que por el simple hecho de ir y adquirirla, así como el portarla representen la probable comisión de un delito. Debería mejor ofertarse una campaña de concienciación ciudadana, para que conozcan cuales son los mecanismos adecuados para obtener un permiso para poseer y/o portar un arma de fuego, consecuencias legales, cursos de mantenimiento y limpieza del equipo, ya que la mayoría de los incidentes relacionados con armas de fuego, se pudiesen evitar si el que la maneja contara con la información básica de seguridad.⁴³

3.2 DE LA POLICÍA COMO INSTITUCIÓN.- La idea que prevalece en la mente de los habitantes de la Ciudad de México, es la de una Institución vetusta y corrupta, que se encuentra secuestrada por la corrupción, el compadrazgo y el favoritismo. Cuantas veces no hemos escuchado por la calle, en el transporte público, en un

⁴⁰ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, Seguridad Pública Nacional, Págs. 44 y 45.

⁴¹ "...el nivel de desconfianza en el sistema también pareciera estar relacionado con el hecho de que el país vivió (Costa Rica), durante muchas décadas, niveles de calidad de vida muy altos que garantizaban altos niveles de confianza en el sistema democrático y en el aparato estatal. Esa situación cambió con la crisis económica de los 80, la cual se ha mantenido por década y media, y que derivó en un deterioro de los programas sociales, como la salud y la educación... Todo esto hace que el costarricense perciba con mayor desilusión la situación del país y que **se estimule la sensación de inseguridad**". FOURNIER, Marco Vinicio, en el Sitio Web de Dialogo Centroamericano, Centro para la Paz y la Reconciliación de la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano con el Apoyo de la Fundación Ford, Panel IV, con la participación de Elías Carranza, Marino Sagost Somarribas, Marco Vinicio Fournier y Carlos Arias.

⁴² REYNOSO DÁVILA, Roberto, menciona que "El incremento del índice delictivo obedece a causas complejas, como los problemas económicos y la deficiencias educativas y de rezagos culturales; pero es también consecuencia de la ineficacia y retraso de los cuerpos de seguridad pública". Penología, Ed. Porrúa, México, 2003, Pág. 426.

⁴³ "...la tendencia de la población de armarse, que a su vez, ha implicado un aumento en las tasas de homicidios y de los accidentes con armas de fuego." Marco Vinicio Fournier, op. cit.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

restaurante y por sobre todo en las charlas de nuestro propio hogar, que la Policía de la ciudad es una de las instituciones más corruptas. A partir de las experiencias propias y de las personas cercanas a cada uno de nosotros hemos ido creando una idea de una Institución, que en lugar de estar cercana a la población que debería de proteger, cada día se aleja más y más.

3.3 DEL POLICÍA COMO SERVIDOR PÚBLICO.- La percepción que se tiene de inseguridad por parte de la ciudadanía, el temor a salir a las calles, así como la imagen que de la policía se tiene es por demás escabrosa. Pero aún así debemos de entrarle de frente, como hemos dicho líneas arriba, la imagen de la Policía se va construyendo en nuestra mente por la experiencia, y hoy día una que ha cobrado demasiada importancia, la que llega por los medios masivos de comunicación.

Podríamos enumerar casos y llenar más varias, donde el descrédito que siente y percibe el ciudadano sobre el policía es por demás evidente, pero el fin de este trabajo es el de aprender de esas lecciones y proponer una actuación apegada a la normatividad, con ética y espíritu de servicio, con dignidad y seguridad en el elemento policíaco.⁴⁴

4. LA POLICÍA EN UN PLAN DE POLÍTICA CRIMINAL EN EL DISTRITO FEDERAL.- La propia Constitución organiza el Estado en un modelo de Estado Social del Derecho, donde toda actuación estatal deberá de estar justificada en un ordenamiento legal, es decir que se encuentre legitimado.

Jorge Carpizo ve al Poder Ejecutivo, como un ramo de la soberanía, y se puede decir que es el eje sobre el que gira toda la máquina política, que recibe de él todo su movimiento y acción, pues de nada sirven las mejores leyes ni las sentencias más justas y acertadas, si aquellas no se ejecutan, y éstas no se ponen en práctica. La actividad y la fuerza son los atributos esenciales de éste poder que jamás podrá constituirse de otra manera. El poder Ejecutivo tiene por medios directos o indirectos en sus manos la política internacional, hacendaría, monetaria y crediticia, educativa, laboral, agraria y de seguridad social.⁴⁵ Las cuestiones sobre seguridad pública, no solo atañen cuestiones de policía, sino también económica, administrativas, de salud, laborales, etc.

4.1 POLÍTICA CRIMINAL, CONCEPTO.- Podríamos entrar en una discusión con la doctrina sobre si es una ciencia o un arte; nosotros la tendremos como ambas. Para nosotros es una ciencia sintética, ya que de su amplio estudio llegaremos al conocimiento para instaurar una adecuada política al respecto. Es un arte, postura hasta cierto punto filosófica, porque se dice que el hacer política es un arte y el servir al pueblo un privilegio. Según Castellanos Tena es: *“Una ciencia mediante la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito”*. Precisando que: *“En realidad,*

⁴⁴ Un excelente estudio de la Imagen Policial en el Distrito Federal, se puede consultar en Imagen y Autoimagen de la Policía de la Ciudad de México, realizado por Elena Azaola, vr. Bibliografía.

⁴⁵ CARPIZO, Jorge, Estudios constitucionales, Porrúa, México, Pág. 305.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

*ésta disciplina no es sino el aprovechamiento práctico por parte del gobierno, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social.”*⁴⁶

Se pone de manifiesto que se reconoce como una función declarada del Estado, para dictar las disposiciones necesarias, a efecto de preservar el orden social y mantener en la ciudadanía una sensación de seguridad.⁴⁷

Una concepción más cercana a la praxis, es la que nos ofrece Reyes Calderón, al afirmar que “...entiende por *Política Criminal a la parte o capítulo de la Criminología que se ocupa de las actitudes institucionales que se adoptan, han adoptado o deben adoptarse para combatir las conductas delictivas o desviadas*”.⁴⁸ Nos permite corroborar que se trata de funciones estatales, llevadas a la realidad por las Instituciones del Estado, y que no necesariamente deben de enfocarse a lo que se refiere con las conductas delictivas, sino que va más allá, manifestando las conductas desviadas, es decir, todas aquellas que contravengan el orden social, que no necesariamente se entienda como algún tipo de enfermedad.

Podemos decir entonces que al ser el Estado el rector de las políticas de toda índole que se presentan dentro del mismo, y que dentro de esas se encuentra la política criminal a seguir.⁴⁹ “Es pues la Política Criminal la que señala, por una parte, cuando ha de entrar en juego el derecho penal y, por otra, cuál debe ser la configuración concreta del mismo para cumplir su función específica en el ámbito de la política social encaminada a luchar contra la criminalidad”⁵⁰ María de la Luz Lima concibe a la Política Criminal como “Un instrumento de cambio social que busca romper la incomunicación que existe entre los planificadores de diversas actividades y sectores buscando dirigir todo hacia una resultante: la Justicia Social.”⁵¹

⁴⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Porrúa, 1997, Pág. 29.

⁴⁷ WAISANEN F. B. y LASSO WILLIAM R., mencionan que “Conforme ocurre la modernización, con su concomitante urbanización, y conforme mayor número de individuos se incorporan a lo Reisman ha calificado de ‘Multitudes Solitarias’, la búsqueda de la ‘Seguridad’ va de los individuos a las organizaciones establecidas (en grado predominante a las organizaciones políticas), en Sociología de la Seguridad Social, Instituto de Investigaciones Sociales de la U.N.A.M., XIV Congreso Nacional de Sociología, México, 1963.

⁴⁸ REYES CALDERÓN, José Adolfo, Criminología, Cárdenas Editor y Distribuidor, 3ª Edición, México, 2001, Pág. 437.

⁴⁹ “La Política Criminal debe ser diseñada en el contexto del desarrollo nacional, adecuando prioridades y estrategias en el marco racional de los recursos disponibles, tomando en cuenta las proyecciones socio-económicas y políticas del país.” 1er. Coloquio de Política Criminal en América Latina, INACIPE, Pág. 142.

“...la inserción de la Política Criminal en el campo de la Política, cabría decir que aquella hace referencia al conjunto de actividades del Estado encaminadas a reducir- ya no a eliminar- la criminalidad.” DE SOLA DUEÑAS, El pensamiento criminológico, Vol. II, Estado y Control, Temis, Colombia, 1983, Pág. 245.

⁵⁰ DE SOLA DUEÑAS, Ángel, en el Pensamiento Criminológico II, (estado y control), Temis, Colombia, 1983, Pág. 245.

⁵¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, Criminología, Porrúa, México, 1993, Pág. 113.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Es de esta manera que llegamos a decir que la Política Social ⁵² o la Política de Desarrollo Nacional del Estado, es un concepto más amplio el cual contiene a la Política Criminal, la cual no está fuera del contexto global de la política de Estado; debiendo ésta última guardar relación entre todos sus componentes.⁵³

4.2 PREVENCIÓN, CONCEPTO.- La prevención del delito, desde una perspectiva criminológica, comprende las diversas medidas para evitar o atenuar el delito.⁵⁴ De forma genérica es *“la protección general del hombre en la colectividad, su desarrollo social y sobre todo su desarrollo económico y de convivencia cotidiana con su familia y sus semejantes”*.⁵⁵

*“Es la parte de la política criminal que tiene por objeto minimizar la concurrencia de la criminalidad, la cual ésta constituida por una gran gama de actividades que van desde el alumbrado público para evitar que el criminal aprovechándose de los sitios oscuros, lleve a cabo sus actos desviados, hasta el conjunto integral de un Estado, país o región atendiendo factores como la educación, el empleo, la salud y vivienda para que los factores descendentes de conducta desviada no desemboquen en actos criminales”*⁵⁶ Es la materialización de una preocupación que debe existir en un Estado que se precie de ser democrático, donde todos los factores y actores se encuentren dentro del plan de trabajo, que todas las acciones, planes y programas tiendan a alcanzar el bien común, llevando implícito el atacar los factores desencadenantes de las conductas consideradas como delitos o faltas.

A decir de Hilda Marchiori, entre las principales razones del estudio y aplicación de las medidas preventivas se pueden mencionar, las siguientes:

- a) El incremento de una delincuencia agravada en sus modalidades delictivas y la aparición de nuevas formas de criminalidad.
- b) Los daños ocasionados a las víctimas y a la sociedad.
- c) La impunidad en el accionar de los delincuentes. Criminalidad organizada.
- d) La alta vulnerabilidad de las víctimas.
- e) Los altos costos económicos y sociales que provoca la delincuencia.

⁵² Szabo, Denis, dice que “La Política en materia Criminal es la pariente pobre de la Política Social”. Criminología y Política en materia Criminal, México, Editorial Siglo XXI, Pág. 169.

⁵³ GARCÍA RAMÍREZ, citado por Rodríguez Manzanera, dice que: “Para hacer una Política Criminológica, de defensa social adecuada, de una visión global de la sociedad en un momento y en unas circunstancias determinadas, es necesario insertar a la Criminología en el complejo de todas las ciencias, insertar al delincuente en la comunidad de sus hermanos y plantear a la Política Criminal dentro del cuadro de una Política General con la que se persiguen la libertad, la justicia individual y social y el desarrollo provechoso para todos los hombres y todos los pueblos.” Criminología, pp. 121 y 122.

⁵⁴ MARCHIORI, Hilda, Criminología, Editorial Porrúa, México, 1ª Edición, 2004, Pág. 157.

⁵⁵ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, Seguridad Pública Nacional, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 1999, Pág. 220.

⁵⁶ MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, op. cit., Pág. 227.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- f) El colapso institucional policial y de la administración de justicia.
- g) El fracaso del sistema penitenciario en la recuperación individual y social del delincuente.
- h) La carencia de una asistencia y ayuda a las víctimas del delito.
- i) El fracaso de las penas tradicionales, vinculadas a la reincidencia delictiva.
- j) La carencia de investigaciones sobre criminalidad que permita el conocimiento de las formas de delincuencia por regiones y la implementación de medidas preventivas.
- k) Carencia de personal especializado en los proyectos y la aplicación de medidas de prevención asociadas a políticas sociales.⁵⁷

Para la Organización de las Naciones Unidas, la prevención se encuentra estructurada así:⁵⁸

- Prevención Primaria.- Antes del delito.
- Prevención Secundaria.- Después del delito.
- Prevención Terciaria.- Dirigida a los individuos sentenciados y deben ser objeto de rehabilitación o resocialización.

4.2.1 PREVENCIÓN PRIMARIA.- “Toda actividad de carácter general que tiene un fin de saneamiento social que se espera evite o reduzca la incidencia de fenómenos delictivos y de los que producen riesgos a la comunidad.”⁵⁹

La prevención primaria identifica las condiciones del ambiente físico y social que proporcionan oportunidades para el delito o precipitan los actos criminales.⁶⁰ Parte de vital trascendencia, ya que son la base del trabajo de prevención, aquí es donde el Estado tiene que poner especial énfasis del trabajo con la comunidad, debe crear condiciones que en vez de precipitar situaciones criminógenas, precipiten el desarrollo de la comunidad, implementando la construcción de centros educativos, de desarrollo comunitario, bibliotecas, casas de cultura, fomentar el desarrollo de fuentes de empleo, espacios y centros de diversión y esparcimiento, sean plazas comerciales o bien zonas deportivas, etc.

4.2.2 PREVENCIÓN SECUNDARIA.- Es la que se ejerce sobre personas de las que se pueda afirmar la posibilidad o la probabilidad de cometer delitos o de adoptar un género de vida que las pueda hacer especialmente peligrosas.”⁶¹ Es el conjunto de la

⁵⁷ MARCHIORI, Hilda, Op. cit., Págs. 157 y 158.

⁵⁸ REYES CALDERÓN, Criminología, Pág. 439.

⁵⁹ REYES CALDERÓN, Op. cit., Retoma las definiciones planteadas por la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.). Pág. 507.

⁶⁰ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, cita a Steven Lab, en Derecho Penitenciario, Editorial Mc. Graw Hill, México, 1ª Edición, 1998, Pág. 18.

⁶¹ REYES CALDERÓN, Op. cit., Pág. 507.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

prevención general y la especial, ésta se centrará en la identificación de condiciones que favorezcan condiciones criminógenas y las influencias en estas condiciones.

La doctora Emma Mendoza, reconoce que Lab atribuye a la prevención secundaria cuestiones como la identificación y la predicción de problemas individuales, es análisis del delito para enfocarse a las donde tenemos una alta incidencia delictiva y a la solución de disputas vecinales, cambios comunitarios y en el sistema de justicia penal, en las escuelas, así como trabajo directo con grupos de jóvenes conflictivos.⁶² Ya que han acaecido las conductas delictivas, el Estado debe de identificar dónde ocurren, con qué frecuencia y en qué intensidad se presentan las conductas delictivas o infracciones a la ley, para así observar qué hay y qué hace falta en alguna comunidad en específico, cambios en las escuelas, mediación vecinal, presencia nociva de pandillas o grupos organizados, toxicomanías, etc. Y en ese sentido proponer y realizar los cambios estructurales en la comunidad. El papel preventivo controla los medios de comunicación, la planeación urbana y el diseño y construcción de edificios, busca cambios tanto comunitarios, como en el sistema de justicia penal.⁶³

4.2.3 PREVENCIÓN TERCIARIA.- “Es la que propone evitar que personas que ya han delinquido o incurrido en actividades especialmente peligrosas, persistan en su conducta socialmente nociva.”⁶⁴

Se ocupa de la prevención de la reincidencia de la policía y otros agentes del sistema penal. Es decir la adopción de sanciones informales, como la amonestación policial, aplicación de multas y/o fianzas, pasando por la reparación del daño a la víctima y por último al haber fracasado todo lo anterior la prisión. Ya estando en ella se debe buscar el tratamiento del individuo, tratando de influir en su proceso de readaptación o resocialización social, desgraciadamente la realidad se reduce a las medidas represivas.⁶⁵

El maestro Elías Neuman, dice que dentro de la Prevención Terciaria se debe buscar llegar a la aplicación de medidas alternativas y sustitutivas de la prisión⁶⁶, lo que quiere decir que debemos evitar el abuso de la pena de prisión, optando en este particular los órganos encargados de impartir justicia por la aplicación dentro de sus sentencias, del todo el catalogo de penas y medidas de seguridad que se contempla en Código Penal para el Distrito Federal.

⁶² MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. cit. Pág. 19.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ REYES CALDERÓN, Op. cit., Pág. 507.

⁶⁵ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. cit. Pág. 19.

⁶⁶ NEUMAN, Elías, Mediación Penal, Editorial Universidad, Argentina, 2ª Edición, 2005, Pág. 28.

4.3 PLAN DE POLÍTICA CRIMINAL⁶⁷.- Éste plan de Política Criminal, puede basarse, más no constreñirse en cuatro principios:

1. El replanteamiento del desarrollo socioeconómico, es decir de las políticas de Desarrollo Social, y como ya se ha mencionado, ésta lleva implícita la Política que en materia Criminal se debe implantar;
2. Revisión y adecuación del sistema de justicia penal a la realidad actual;
3. Regular los contenidos en los medios masivos de comunicación y;
4. La participación, más activa de la comunidad en la toma de decisiones.

DESARROLLO SOCIOECONÓMICO.- El gobierno que trate de implantar este tipo de estrategias debe tomar en cuenta que no se trata sólo de fenómenos aislados, que la criminalidad tiene un origen multifactorial y que es necesario combatirla por todos esos frentes. Se ha reconocido que los factores económicos inciden en el crecimiento de la delincuencia, como la falta de empleo, el no poder acceder a los servicios básicos de salud, no contar con los recursos económicos para sufragar los gastos de la educación de los hijos, etc. El poder público está sujeto al presupuesto, y de ésta forma se podrán o no echar a andar las políticas públicas necesarias para el desarrollo de la comunidad. Debemos de tomar lo bueno de lo ya hecho, complementarlo, hacerlo no solo más eficiente, sino eficaz.

Antes del presupuesto se debe de realizar una coordinación de entidades, instituciones o secretarías, para coordinar los esfuerzos y así llegar al fin común, el bienestar social. No concibo al gobierno capitalino como paternalista y sobre protector de la comunidad, como hasta ahora lo ha hecho, la gente no necesita limosna, necesita oportunidades de desarrollo, pero desgraciadamente cierto sector de la población ha abusado de las bondades de estos programas, que desgraciadamente son esfuerzos aislados y no coordinados. (Plan de becas, asistencia a grupos vulnerables, como madres solteras, tercera edad, ayuda para útiles escolares, gratuidad en los servicios de salud, etc.). No se trata de gastar, sino de invertir en beneficio de la población.

REVISIÓN Y ADECUACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL.- Es deber reconocer que al igual que la realidad, el fenómeno delincencial cambia. Por lo que resulta menester entender que lo que antes tuvo éxito, no necesariamente continuará dando buenos resultados. Primero se debe estudiar, cuál será el costo beneficio, de tal o cual reforma o cambio dentro de la estructura de la Política Criminal, sea al nivel que sea, donde, la coordinación, es la clave.

⁶⁷ “La política criminal no puede basarse en la manipulación del sistema, sino en programas que tengan a su frente los derechos humanos como inspiración y acción doctrinal. En la elaboración del o los programas puede seguirse con las formulaciones habituales sobre prevención primaria, secundaria y terciaria, a condición de que se estudien los procesos de criminalización y las formas de victimización de los controles formales de la punición estatal (ley, policía, justicia, ejecución penal).” NEUMAN, Elías, Op. cit., Pág. 28.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Se ha demostrado la existencia de una “legislomanía” en nuestro país y en particular en la capital, deja bastante claro, que endurecer las penas, no es la solución para combatir el fenómeno de la criminalidad. Deben entrar en un contacto más estrecho y dinámico con la realidad de su Distrito Electoral, recoger el real sentir de los habitantes y llevarlo ante su fracción política y defenderlo en las discusiones parlamentarias.

El Ejecutivo, el cual tiene a su cargo la función de la Reinserción Social, debe de mostrar que en los Centros de Reclusión, no solo se trata de contener a los individuos que se hayan sujetos a un proceso penal o bien que estén compurgando una pena privativa de libertad. Mientras se logran instaurar mecanismos o medios alternativos a la prisión, se debe buscar que ésta, sea lo más humana posible, que ofrezca un manejo técnico y profesional de la pena de prisión. Que se dejen de ver las prisiones como Universidades de la delincuencia, donde se reproducen patrones negativos y fomentan relaciones criminógenas. Por otro lado compete al Ejecutivo, el enviar propuestas de reforma a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, a efecto de que el Derecho Penal y la imposición de una pena privativa, sean la ultima ratio de los medios de reacción social, donde se instauren de manera efectiva medios alternativos, como Institutos de Mediación Penal, jueces de ejecución, control y vigilancia de las penas privativas de libertad, dependientes del Poder Judicial, de igual forma en lo que se refiere a los sustitutivos o beneficios de libertad anticipada, estos sean otorgados de manera mas transparente, y que efectivamente los tratamientos posteriores a la reclusión colaboren con los individuos en su reinserción a la sociedad.

El Ministerio Público, donde se hace necesario que su actuación sea por sobre todo adecuada a la norma, que se cumplan los tiempos que marca nuestra propia constitución, que no haya detenciones ilegales, que realmente realicen todas aquellas diligencias necesarias para evidenciar que se encuentran acreditados los elementos del tipo penal correspondiente, así como la probable responsabilidad penal de una persona. Empero, también se debería dotar al ministerio público de facultades de mediador, sabemos que la realizan, pero como un medio para quitarse de la carga de trabajo, conminan a las personas a que arreglen sus diferencias, como en los casos de daño en propiedad por transito de vehículos o bien en los de lesiones hechas en riña, entre otros, que ésta labor sea procedimental y no algo informal.

La Policía, tratando de no agotar la propuesta de este trabajo, baste decir que la actuación policial es vital, en el sistema de justicia penal, ya que son sus elementos los primeros en la cadena que se cierne sobre el individuo. Son los servidores públicos que deberían de velar por la seguridad pública y mantener el orden. Son ellos la primera cara del aparato estatal, no sólo deben de mantener una buena imagen, sino que también su actuar debe de estar apegado en todo momento a la ley. Que la actuación policial sea firme, pero no inhumana. Es pertinente que se revisen, actualicen o se expidan manuales operativos de la policía, que tengan certeza jurídica y técnica, que la regulación policial no se encuentre diseminada en

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

diferentes cuerpos normativos. Dotar no sólo de mejores salarios, material y equipo, sino de conocimientos técnicos y profesionales, para un adecuado manejo y control de situaciones cotidianas, como las de riesgo.

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, no sólo se debe de centrar en realizar los procesos y emitir las correspondientes sentencias, debe buscar que las sentencias en materia penal sean lo mas adecuado al sujeto que infringió la ley, buscando en la medida de lo posible que la pena privativa de libertad se la última consecuencia de su actuar. Que sean observadas en todo momento las garantías del debido proceso y ser en todo momento imparcial. Debe además tener íntimo contacto con los otros dos poderes de gobierno, para que conozcan sus opiniones respecto a tal o cual ley, si ésta es adecuada o no a la realidad de nuestra sociedad. Se dice que no hacen falta buenas leyes, sino buenos jueces. Capacitación y actualización constante de los impartidores de justicia, que día a día posean una mejor técnica y conocimientos científicos para llegar a una mejor decisión en el ámbito de su competencia.

MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN.- El Estado deberá de mantener contacto con ellos, no para pedir favores políticos, sino para realizar una difusión adecuada de los planes y programas que existen en la ciudad, de cómo la gente puede acceder a ellos y los requisitos que debe de cubrir.

De igual forma los medios deben de mantener su actitud crítica hacia cualquier instancia, sea del gobierno o no, deben de ser objetivos en el contenido de sus notas y tener cuidado de la información que ofertan al público. La percepción de muchos fenómenos, como el de la criminalidad y la inseguridad, son extrapolados por los medios de comunicación, la gente tiene derecho a ser informada, pero de forma coherente. Cuantas veces no hemos sentido miedo y esa sensación de malestar en nuestro propio hogar cuando escuchamos u observamos los noticiarios y estos exacerban las notas relativas a la violencia, la delincuencia organizada, entra uno en pánico y tiene uno el deseo de no salir más de casa. Si ponemos un poco mas de atención veremos que inclusive ponen música de fondo que comienza a provocar temor, el tono de voz que utiliza el comunicador es casi gritando y alardeando, los colores en la pantalla generalmente son el rojo o el amarillo. En lo que toca a los periódicos, se destacan aquellos de bajo costo para el público, que han encontrado la fórmula perfecta para mantener una alta aceptación y por ende un alto índice de ventas, los cuales ofrecen en primera plana un acto de violencia, acompañado de fotografías de contenido sangriento, en la última página o contraportada colocan algún acontecimiento deportivo importante, generalmente relacionado al futbol y sino hay nada relevante en esa materia, colocan fotografías de personas del sexo femenino, con muy poco cuidado hacia el público, sobre todo el infantil y juvenil. Deben los medios revisar sus contenidos y ofrecer no solo notas rojas o amarillas a su público, sino notas y noticias de calidad, sean estas deportivas, políticas, culturales, etc. La calidad no está peleada, con la cantidad de ventas o nivel de audiencia.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

PARTICIPACIÓN CIUDADANA.- El Estado debe de promover el desarrollo de estrategias que promuevan los intereses de la comunidad, en los asuntos de su residencia, buscando hacerlo mediante diversas materias o áreas de interés social, a saber culturales, deportivos, recreativos, económicos, etc., para que una vez que se captó su interés, involucrarlos en la toma de decisiones.

Quien mejor que la gente que reside en las partes primarias de la sociedad, (calles y colonias), conoce las carencias y necesidades del sitio. Crear, fomentar y fortalecer los mecanismos de contacto entre los servicios que presta el gobierno con la gente, permitirá captar las necesidades y disminuir el tiempo de atención de la respuesta. La ciudadanía sabe si hay pandillas o bandas organizadas en su colonia, conoce a sus miembros o sufren sus atropellos, robos o extorsiones, ubican donde hace falta el servicio de agua potable, el de energía eléctrica, donde se cometen los delitos más comunes, sea porque falta el alumbrado público, porque está el “hueso” de un auto o por la poca frecuencia en el servicio de limpia que ha propiciado el acumulamiento de basura, provocando la fauna nociva y una imagen sucia de las calles de su comunidad. Saben si es necesario un puente peatonal o vehicular, un semáforo o bien un reductor de velocidad (tope) para los automóviles. La ciudadanía percibe perfectamente la presencia policíaca, al igual que la delincuencia, es por ello, necesario conocer si observan que el patrullaje y vigilancia es el adecuado.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Parte fundamental de la Prevención en el Plan de Política Criminal que se propone, es que aquellos que detentan el poder, entiendan que no se trata de gastar sino invertir en la prevención, que los factores que hacen que la criminalidad estalle no son solo personales, sino que existen factores económicos y sociales, que inciden en los individuos.

El policía, en la sociedad mexicana, ha perdido su valor, no como individuo, sino como imagen de respeto. Los jóvenes ya no perciben que estos individuos que día a día, se juegan la vida, realmente lo hagan. Se tiene la idea del policía corrupto, del gordo, del flojo, etc. Hoy se piensa, cuando se te acerca un elemento policíaco, “¡ya me viene a quitar dinero!, ¿cuánto quiere?”, etc. Esto es grave, la sociedad está perdiendo el respeto por sus instituciones, tiene la impresión de que no sirven para nada.

Esta participación preventiva, no se debe limitar solo a la nomenclatura que se le da a la corporación en el papel, debe ir más allá. El policía debe tener ánimo de servicio y espíritu de sacrificio por su comunidad. Debe tener cierto perfil, debería de proceder del mismo sector, en el cual labora. Esto implicaría que conoce su sector, conoce a la gente que ahí vive, así como los puntos conflictivos que se deben atender en dicho sector.

Se le debe conceder un amplio criterio de actuación al policía preventivo, que tenga la facultad de intervenir y solucionar situaciones que se presenten en su sector, que

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

funja como amigable componedor o mediador, que tenga tanto conocimientos en mecánica, de valuación de daños, así como legales y de derechos humanos.

Encuentro puntos clave en donde es necesario que el Ejecutivo local ponga especial atención, ávida cuenta que de no atenderles pueden ser factores criminógenos que precipiten la actividad delincriminal en los Policías y por el contrario, si se les incentiva redundará en un mejor desempeño de sus labores, para garantizar el orden social y así mantener en equilibrio la seguridad pública.

SALARIO. Dejar de andar diciendo que no es el suficiente, que se les pague lo justo, teniendo en cuenta que día a día se juegan la vida.

SERVICIOS DE SALUD. Para el policía y para su familia, que no tenga la necesidad de recurrir a los servicios privados y de esa forma distraiga sus recursos económicos y con ello busque medios alternativos para obtener más, como la corrupción o el subempleo, como comúnmente lo hacen, bien se emplean como taxistas o bien se integran a grupos u organizaciones delincuenciales.

EQUIPO Y UNIFORMES. Dotarles con una mayor periodicidad, el equipo indispensable para cumplir con su función, como son las armas, fornituras, toletes o porras, chalecos antibalas de buena calidad y que no se encuentren caducados, vehículos, transportes y uniformes nuevos, adecuados y en buen estado para cada una de las agrupaciones o unidades con que cuenta la Secretaría de Seguridad Pública.

JORNADA LABORAL. Es necesario revisar las jornadas de trabajo de los elementos policíacos, ya que muchas de las veces se les ordena que permanezcan mas tiempo del habitual o bien se les imponen arrestos, que se convierten en factor estresante y perjudican su desempeño. En las últimas administraciones han desfilado por el cargo de Secretario de Seguridad Pública de la Capital varias personas, las cuales según su posición ha cambiado los turnos de trabajo, sean 12 x 12, 24 x 24 o bien 24 x 48 refiriéndonos primero a las horas de jornada laboral y segundo a las horas de descanso. Hay que escuchar la opinión de los expertos en la materia de manejo de recursos humanos y administración de tiempo, lo que permitirá establecer una adecuada jornada laboral, en la cual el elemento se encuentre alerta y atento en todo momento y reaccione de forma adecuada a las situaciones que se le presenten.

ESTÍMULOS Y RECOMPENSAS. Establecer una cultura de servicio civil de carrera, que tengan la seguridad que su buen desempeño tendrá una justa y adecuada retribución, que no solo se les entreguen medallas y estímulos económicos simbólicos, el ascenso dentro del escalafón policial debe implicar un aumento en las prestaciones de los elementos de la policía.

CAPACITACIÓN. Constante y de calidad, debiendo incluir acondicionamiento físico, técnicas de sometimiento de individuos violentos, manejo y control de situaciones de crisis, métodos de negociación y mediación; academias en cuestiones de reglamento, legislación penal, gubernativas y de policía, así como de respeto a los derechos humanos.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

CERTEZA JURÍDICA Y APOYO LEGAL. Que la regulación en materia de policía, no se encuentre dispersa en diferentes cuerpos normativos, que sea más asequible para el elemento conocer sus funciones y atribuciones para el correcto desempeño de su labor, y en caso de estar sujeto a investigación, por una probable responsabilidad con motivo de sus funciones, se cuente con un departamento legal comprometido con llevar su defensa de forma adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

- AZAOLA, Elena, Elena, **Imagen y autoimagen de la policía de la Ciudad de México**, Ediciones Coyoacán, México, 2006.
- BARATTA, Alessandro, **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**, Editorial Siglo XXI, Argentina, 2002.
- BECCARIA, **Tratado de los delitos y de las penas**, Porrúa, México, 13ª Edición, 2003.
- BERGALLI, Roberto, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, GONZÁLEZ Z, Carlos, MILLARES, Teresa, DE SOLA DUEÑAS, Ángel, VILADAS, Carles, **El Pensamiento Criminológico II**, (Estado y Control), Editorial Temis, Colombia, 1983.
- CARPIZO, Jorge, **Estudios constitucionales**, Porrúa, México. 6ª Edición, 1998.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**, Porrúa, México, 37ª Edición, 1997.
- CHINOY, Ely, **La Sociedad**, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 16ª Reimpresión, 1992.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**, Porrúa, México, 16ª Edición, 1997.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO**, Coedición Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. y Editorial Porrúa, México, 1998.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, **Política Criminológica Mexicana**, Editorial Porrúa, México, 2ª Edición, México, 2000.
- GRANDINI GONZÁLEZ, Javier, **Criminología Apuntes, Preguntas y Respuestas**, Distribuidora y Editora Mexicana, 2ª Edición, México, 1998.
- MARCHIORI, Hilda, **Criminología**, Editorial Porrúa, México, 2004.
- MARTÍNEZ GARNELO, Jesús, **Seguridad Pública Nacional**, Editorial Porrúa, México, 1999.
- MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, **Derecho Penitenciario**, Editorial McGraw Hill, México, 1998.
- MORENO GONZÁLEZ, Rafael, **Ensayos Médico Forenses y Criminalísticos**, Editorial Porrúa, México, 1997, 4ª. Edición

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

NEUMAN, Elías, **Mediación Penal**, Editorial Universidad, Argentina, 2ª Edición, 2005.

PAVARINI, Massimo, **Control y Dominación**, Editorial Siglo XXI, México, 8ª Edición, 2003

REYES CALDERÓN, José Adolfo, **Criminología**, Cárdenas Editor y Distribuidor, 3ª Edición, México, 2001

REYNOSO DÁVILA, Roberto, **Penología**, Editorial Porrúa, México, 2ª Edición, 2003.

RICO, José María, **Las Sanciones Penales y la Política Criminológica contemporánea**, Editorial Siglo XXI, México, 6ª Edición, 2006.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, **Criminología**, Editorial Porrúa, México, 1993.

SZABO, Denis, **Criminología y Política en materia Criminal**, México, Editorial Siglo XXI.

TORRENTE, Diego, **La Sociedad Policial**, Coedición Universidad de Barcelona y Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 1997.

WAISANEN F. B. y LASSO WILLIAM R., **Sociología de la Seguridad Social**, Instituto de Investigaciones Sociales de la U.N.A.M., XIV Congreso Nacional de Sociología, México, 1963.

SELECCIÓN DE DOCUMENTOS EN INTERNET

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En el Sitio Oficial de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (03/01/2010, 23:58 HRS).

Ley Orgánica de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal. En el Sitio Oficial del Gobierno del Distrito Federal. <http://cgsservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/r12302.pdf> (04/01/2010, 00:17 HRS).

Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, En el Sitio Oficial del Gobierno del Distrito Federal. <http://cgsservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/592.pdf> (04/01/2010, 00:11 HRS).

Dialogo Centroamericano, Centro para la Paz y la Reconciliación de la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano con el Apoyo de la Fundación Ford, Panel IV, con la participación de Elías Carranza, Marino Sagost Somarribas, Marco Vinicio Fournier y Carlos Arias. San José, Costa Rica, No. 28, Febrero – Marzo 1998. <http://www.ciponline.org/dialogue/9803es05.htm> (04/01/2010, 00:21 HRS).

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, En el Sitio Oficial del Gobierno del Distrito Federal. <http://cgsservicios.df.gob.mx/prontuario/vigente/2397.pdf> (04/01/2010, 01:06 HRS).

Instituto Ciudadano sobre Estudios sobre la Inseguridad. <http://www.icesi.org.mx> (04/2010, 02:27 HRS).

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

LAS GARANTÍAS PENALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1857, EN PERSPECTIVA JUISCOMPARATISTA¹

E. Raúl ZAFFARONI

1. Consideraciones previas

Es llamativa la precisión y cierta originalidad de las disposiciones que en materia de garantías penales y procesales penales contiene la Constitución de 1857 y, más aún, la impresión de que en esas disposiciones se percibe un cierto impulso a perfeccionarlas y ampliarlas.

Dicho más claramente y conforme a las reglas de la experiencia parlamentaria, donde los textos suelen ser producto de acuerdos y negociaciones, la sospecha que deja la lectura de los artículos referidos a las garantías es que en el proceso de negociación se hicieron sacrificios, que hubo una tendencia a volcar más garantías, que aparece contenida. Seguramente esos escarceos -comunes a la vida parlamentaria- tuvieron lugar en los trabajos de la comisión, por lo que no quedan constancias de ellos y, por lo general, los debates en plenario se refieren sólo a aspectos ya proyectados.

Tal vez algún indicio de ellos pueda hallarse en diarios y memorias personales, a los que por razones de distancia no tengo acceso. Por tal motivo, centro mi atención en el derecho constitucional comparado, para proceder a la valoración de esas disposiciones en el marco del constitucionalismo del siglo XIX, a efectos de verificar si mi hipótesis de mayor riqueza, precisión y parcial originalidad de ese texto se justifica o no.

Es claro que no es posible emprender esta tarea sin comenzar por ubicar a la Constitución de 1857 en el contexto local de su tiempo, o sea, sin un breve análisis

¹ Este texto es “in extenso” el que hemos expuesto abreviado como “Lectio Doctoralis” en ocasión del otorgamiento del Doctorado “honoris causa” por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, el día 27 de octubre de 2006. Dijimos en esa ocasión que nos sería materialmente imposible devolver a México todo lo que nos ha dado, tanto en lo profesional como en lo personal, deuda que se remonta a muchos años y que cobra para nosotros tal importancia que, a buen seguro, sin el apoyo de los maestros, colegas y amigos mexicanos no hubiésemos persistido en este rumbo. Entre esos amigos, sin duda, se encuentra la Profesora Dra. Emma Mendoza. Por ello, no sólo adherimos con este modesto trabajo al justo homenaje que se le ofrece por sus abundantes calidades académicas, sino también por la deuda personal de gratitud y amistad que sería imposible soslayar.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de los materiales de debate de que disponemos y de la consiguiente gestación de esas disposiciones según ellos, sin otro valor que el de una introducción, debido a las apuntadas limitaciones de fuentes de información.

2. El significado de la Constitución Federal de 1857.

La Constitución de 1857² no es ajena a la vigente, desde que el 9 de julio de 1916 Venustiano Carranza ordenó una reimpresión resumida de la insustituible obra de Francisco Zarco³, con lo cual se acredita la importancia que este texto tuvo en la preparación de la Carta de Querétaro. No sobra tampoco recordar que el art. 1º del *Programa de la Revolución Mexicana* de Emiliano Zapata proponía *restaurar el imperio de la Constitución de 1857*⁴.

Sin duda que los choques de liberales, moderados y conservadores en el seno del Congreso de 1856⁵ debe haber llamado la atención de los constituyentes de 1917, en particular sobre las posiciones de los primeros. Si bien el Congreso Constituyente tuvo en su seno una gama considerable de opiniones, hubo un predominio de los progresistas y, *aunque los puros eran una minoría, llevaron la voz cantante*⁶.

Además de que la obra de Zarco es el mejor testimonio que nos queda sobre lo sucedido en el Congreso de 1856, porque sin ella no habría historia de este Congreso⁷, no debe olvidarse que él mismo participó activamente en la elaboración del texto constitucional y fue nada menos que el autor del *Discurso Preliminar* de la Constitución Federal⁸, aprobado unánimemente y sin discusión el 5 de febrero de 1857⁹. En él se reivindica un marcado *jusnaturalismo político liberal* en el sentido de

² La edición oficial reza: *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada y jurada por el Congreso Nacional Constituyente el 5 de febrero de 1857*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, Calle de los Rebeldes núm. 2, 1857. Su texto también en: Manuel Dublan y José María Lozano, *Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Edición Oficial, México, 1877, págs. 384-399.

³ Francisco Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, *Estudio preliminar* de Antonio Martínez Báez. Índices de Manuel Calvillo, El Colegio de México, 1956, cfr. en *Estudio preliminar*, pág. XXX.

⁴ Laura Espejel, Alicia Olivera y Salvador Rueda, *Emiliano Zapata. Antología*, México, 1988.

⁵ Las críticas conservadoras continuaron incluso restablecida la República después de la intervención francesa y el Imperio (v. Jorge Adame Goddard, *La crítica a la Constitución Mexicana de 1857 hecha por los católicos conservadores durante los años de la República Restaurada*, 1867-1876, en “Revista de Investigaciones Jurídicas”, Escuela Libre de Derecho, México, año 4, n° 4, 1980, págs. 353-370.

⁶ Josefina Zoraida Vázquez, *Liberales y conservadores en México: diferencias y similitudes*, en http://www.tau.ac.il/eial/VIII_1.

⁷ Cfr. Emilio Rabasa, *La evolución constitucional de México*, México, 2004, pág. 255.

⁸ Sobre ello, Rabasa, *idem*, pág. 241.

⁹ Cfr. Martínez Báez, *Estudio*, en Zarco, pág. XXI; el *Discurso* en el mismo, pág. 1290.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

que los derechos que consagra son anteriores a la ley¹⁰. En directa referencia a nuestra materia dice: *no habrá leyes retroactivas, ni monopolios, ni prisiones arbitrarias, ni jueces especiales, ni confiscación de bienes, ni penas infamantes, ni se pagará por la justicia, ni se violará la correspondencia, y en México, para su gloria ante Dios y ante el mundo, será una verdad práctica la inviolabilidad de la vida humana, luego que con el sistema penitenciario pueda alcanzarse el arrepentimiento y la rehabilitación moral del hombre que el crimen extravía*¹¹.

Es claro que la Constitución fue pensada sobre el modelo de republicano y representativos¹² y, por ende, sus autores no podían menos que mirar hacia el texto que sirvió mundialmente de base a todos los modelos republicanos del siglo XIX, o sea, a la Constitución de los Estados Unidos. Precisamente, la prensa conservadora criticaba que el Congreso hubiese iniciado las sesiones de discusión de la Constitución el 4 de julio de 1856, lo que atribuía a la admiración de los liberales por el modelo norteamericano, procurando de ese modo descalificarlos por extranjerizantes. Estos reaccionaron y Olvera no dejó de señalar que era mera coincidencia, pero a renglón seguido Ponciano Arriaga expresó que en definitiva era un feliz augurio, puesto que *la independencia de los Estados Unidos es un grandioso acontecimiento en la historia del género humano y en los fastos de la libertad, que ha influido benéficamente en la suerte del mundo*¹³.

De cualquier manera, no puede negarse la originalidad de la Constitución en múltiples aspectos y la referencia al texto norteamericano no pasa de ser la necesaria en cualquier constitución republicana del siglo XIX. Recordemos que el siglo XVIII fue el momento en que el constitucionalismo *muestra su máxima creatividad en el plano de las ideas y de las soluciones prácticas con la Revolución americana y con la francesa; después en los siglos XIX y XX tendremos solamente una imitación de los grandes modelos (inglés, francés, americano) o simples variaciones en temas que tienen ya su gramática bien consolidada*.¹⁴

Reafirma la evidencia de esta originalidad la circunstancia de que la Constitución de 1857 se inscribe en el marco de una dinámica histórica propia de México, que desde sus orígenes se había ensangrentado en una tremenda lucha política entre un centralismo conservador y un federalismo liberal, consolidándose éste apenas a

¹⁰ El mismo concepto sostendría años posteriores el constitucionalista José María del Castillo Velasco, *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano*, México, 1871, pág. 15.

¹¹ *Discurso*, en Zarco, pág. 1291.

¹² Así se proyectaba en el imaginario de la época (cfr. Salvador Cárdenas Gutiérrez, *La Construcción del imaginario sobre la "República Representativa" en la folletería mexicana: 1856-1861*, en <http://www.historiamexicana.colmex.mx>).

¹³ Cfr. Zarco, pág. 456, sesión del 4 de julio de 1856.

¹⁴ Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, 1998, pág. 24.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

partir de 1867¹⁵, regido por la Constitución de diez años antes. No puede pasarse por alto que todas las constituciones de México surgieron del derrocamiento de dictaduras: de la dictadura colonial nace la de 1824, de la santanista la de 1857 y de la porfirista de de 1917¹⁶.

La Constitución de 1824, que aunque era federalista distaba de ser un modelo liberal¹⁷, fue reemplazada por las leyes constitucionales de 1836, que intentaba en su Segunda Ley Constitucional introducir el control de constitucionalidad mediante un organismo extrapoder o cuarto poder, que es el poder conservador, según el modelo de poder moderador de Benjamín Constant¹⁸, aunque algunos opinan que era el de Sieyes¹⁹.

En 1847, ante la urgencia que imponía la guerra civil, el Congreso Constituyente entonces reunido había decidido restablecer la Constitución de 1824 con las reformas establecidas en los treinta artículos del *Acta Constitutiva y de Reformas* del 21 de mayo de 1847, cuyo artículo 25, en verdad, introducía la más trascendente de las disposiciones: el amparo²⁰.

La Constitución de 1824, con su referencia dispersa a los derechos²¹, su remisión genérica a los derechos del hombre y su extraño cruce entre la Constitución de los Estados Unidos y la de las Cortes de Cádiz²², pasó a ser bandera de los moderados, es

¹⁵ Cfr. Oscar Cruz Barney, *Historia del Derecho en México*, México, 2004, pág. 644,

¹⁶ Cfr. Emilio Rabasa, *La evolución constitucional de México*, México, 2004, pág. 249. Del Castillo Velasco (op.cit., pág. 10) decía que *México triunfando del poder del monarca español se había hecho independiente, consumando la revolución de Ayutla se hizo libre*.

¹⁷ Puede verse la crítica que le formula por la intolerancia religiosa nuestro Juan Bautista Alberdi, aunque exagera las consecuencias de sus restricciones a la inmigración, contraponiéndola a la Constitución uruguaya de su tiempo (*Organización Política y Económica de la Confederación Argentina*, Besanzon, Imprenta de José Jacquin, 1856, pág. 18).

¹⁸ Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle, nouvelle édition*, París, 1836; como poder *conservador* lo consagraron expresamente las constituciones imperial del Brasil (art.98) y monárquica portuguesa (art. 71), los textos en Joaquim Pires Machado Portella, *Constituição Política do Império do Brazil*, Rio de Janeiro, 1876, pág. 74.

¹⁹ Cfr. Oscar Cruz Barney, op.cit., págs. 651/659.

²⁰ Cfr. Oscar Cruz Barney, op. cit., pág. 665; sobre este texto y las ideas de Mariano Otero, Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, México, 1989, pág. 122.

²¹ Cfr. Josefina Zoraida Vázquez, op. et loc. cit. El art. 30 disponía: *La Nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano*. El art. 31 consagraba la libertad de escribir, imprimir y publicar ideas políticas, sin previa censura, siguiendo de cerca el art. 4º de la Constitución de Cádiz (*Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, edición facsimilar, Valladolid, 2001).

²² Eminentes actores de la gestación del texto de 1824, como Miguel Ramoz Arizpe y Guridi Alcocer, fueron también diputados en las Cortes de Cadiz, cfr. Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, México, 2004, pág. 20.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

decir, de los nuevos conservadores o *liberales tibios* que en buena medida respondían al presidente Ignacio Comonfort y a los que se oponía fervientemente el *padre de la Constitución*, Ponciano Arriaga²³ quien, no obstante, fue vencido por 54 votos a 51, aprobándose el proyecto de volver al texto de 1824. No obstante, el conservador Arizcorreta, que en ese momento presidía el Congreso y pretendía remitir lo resuelto a una comisión especial, a instancias de las protestas de los perdedores, lo envió a la comisión de Constitución, que estaba integrada por Arriaga, Olvera, Mata y otros liberales, donde éstos tenían mayoría y jamás produjeron despacho, con lo cual lo resuelto quedó bloqueado.

Es claro que la preferencia por la Constitución de 1824 obedecía a la cuestión religiosa, dado que esa Constitución era intolerante en materia religiosa. Arriaga encabezó la resistencia a esta regresión, que se consumaba con la participación de dos diputados que a la vez eran ministros de Comonfort y que acudieron expresamente para votarla, pronunciando un furibundo discurso en la sesión del 4 de setiembre de 1856²⁴.

El Congreso de 1856 fue resultado directo del *Plan de Ayutla* del 1º de marzo de 1854 y su reforma, diez días más tarde, por el Plan de Acapulco, elaborados a la hora de iniciar el levantamiento contra Santa Anna, quien salió de México en agosto de ese año, haciéndose cargo de la presidencia Juan Álvarez hasta diciembre de 1855, en que por razones de salud fue reemplazado por Ignacio Comonfort, quien la desempeñó al tiempo del Congreso Constituyente²⁵ y del que se ha dicho que fue *el primero en jurarla y el primero en abjurarla*.²⁶

La Constitución Federal de 1857 estuvo vigente –al menos formalmente- durante sesenta años exactos, o sea, desde el 5 de febrero de ese año hasta el 5 de febrero de 1917.

Entre sus disposiciones más notables se halla el amparo, legislado en los artículos 101 y 102²⁷ y el artículo 128, que es el producto de una larga experiencia de golpes de estado y análogo al introducido en la Constitución Nacional argentina apenas en 1994²⁸.

²³ Cfr. Emilio Rabasa, *La evolución*, cit., pág. 255.

²⁴ Zarco, pág. 819; también ver Ricardo J. Zavada, *El pensamiento político de Ponciano Arriaga*, México, 1968.

²⁵ Cfr. Oscar Cruz Barney, op. cit., pág. 669. Los planes de Ayutla y de Acapulco en Zarco, op. cit., págs. 7 y 9 respectivamente.

²⁶ Cfr. Emilio Rabasa, *La evolución*, cit., pág. 257.

²⁷ V. Emilio Rabasa, *El artículo 14 Estudio Constitucional y El juicio Constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, México, 1955, págs. 238, 351 y sgts. ; Ignacio Burgoa, op.cit., págs. 123 y sgts.

²⁸ Art. 128: *Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aún cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por un trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

3. Los protagonistas del debate sobre las garantías penales y procesales penales.

Las disposiciones de la Constitución que hacen directamente a las garantías penales y procesales penales son las contenidas en los artículos 13° a 24°, pudiendo agregarse el artículo 6° (artículo 13° del proyecto de la comisión).

Un análisis de la naturaleza del que emprendemos en este texto, con la perspectiva histórica de ciento cincuenta años es objetable considerando que en la práctica se ha verificado la negación de todas estas garantías, la reducción de la Constitución a un papel sin efectiva vigencia, el establecimiento de una dictadura real y una Constitución virtual, la marginación de la amplia mayoría del pueblo del ejercicio de la soberanía, etc.

Por supuesto que no desconocemos las vicisitudes históricas de México, el juicio negativo que sobre la Constitución tenía el mismo Lerdo de Tejada -que la consideraba ineficaz²⁹-, el de Justo Sierra -que pensaba que era un *bello poema*³⁰- ni tampoco la racionalización positivista *spenceriana* con que se pretendía legitimar el desconocimiento de las normas constitucionales³¹, que, por otra parte, era común a casi toda Latinoamérica con variables locales. Pero lo cierto es que la Constitución de 1857 fue el texto formalmente vigente en los tiempos de la versión mexicana de nuestras *repúblicas oligárquicas*, constituyendo el componente de *mala conciencia* de la oligarquía hegemónica.

Sabemos que quienes la violaban sostenían la imposibilidad de su vigencia en razón de una pretendida incapacidad del pueblo mexicano, o sea que procuraban justificar el desconocimiento de los derechos del pueblo imputándolo a una presunta inhabilidad de éste para ejercerlos. En las postrimerías del régimen *porfirista*, un legislador, en monografía laureada, sostenía que *por desgracia nuestros legisladores al expedir nuestras leyes fundamentales, desconocieron por completo la incapacidad del pueblo*

gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta. El artículo 36 de la Constitución Argentina, introducido en la reforma de 1994, dice en su parte pertinente: *Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. / Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. / Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. ... Pueden considerarse antecedentes de esta disposición los arts. 23 de la Constitución de Bolivia y el art. 10 de la Constitución del Perú, que provienen de textos anteriores.*

²⁹ Cfr. Emilio Rabasa, *La Constitución y la Dictadura*, México, 1999, pág. 90.

³⁰ Del mismo, *La evolución* cit., pág. 248

³¹ V. Leopoldo Zea, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1943.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

*para adaptarse al régimen democrático y esto ha traído consigo el desprestigio de las leyes y los males que son su consecuencia.*³²

Sin embargo, los constituyentes de 1857, como todos los que participan de ese género de actos fundacionales –y en alguna medida conocemos de primera mano esa responsabilidad- lo hacen conforme a ciertas ideas e imaginando un futuro que en ocasiones contrasta con lo que realmente sucede, porque la dinámica del poder lo impide o distorsiona por completo.

No obstante, las ideas de las personas que sancionan las leyes fundamentales de un estado no son indiferentes ni deben subestimarse, porque dejan huellas en la historia sobre las que a veces se vuelve después de muchos años³³. En ocasiones son los que señalan los caminos correctos, que luego se pierden en descaminos de la política real con altísimos costos humanos y materiales, pero a los que siempre conviene mirar cuando llega nuevamente el momento de la razón. ¿Cómo pensaron? ¿Qué imaginaron? ¿Qué principios son los que conservan actualidad y cuáles los detalles o circunstancias meramente coyunturales? ¿Hasta qué punto no estamos diciendo lo mismo y, más aún, hasta qué punto no estamos incurriendo en los mismos errores?

La historia no es una mera colección de hechos pasados, sino sólo de los hechos pasados, de la *res gestae*, que incide en nuestra vida actual y, en este sentido, el pensamiento y la imaginación de quienes llevan a cabo los actos fundacionales cobran siempre importancia actual.

Para comprender aunque sea en parte, algo de esto, es menester tener en cuenta quiénes fueron los actores del debate sobre las garantías penales y procesales penales en el Congreso de 1856/1857. No todos los diputados lo hicieron y, por cierto, se destacan principalmente quienes eran los ideólogos de la Constitución y del Congreso. No por conocidos debemos omitir sus nombres y recordar su importancia política e ideológica, pues casi todos ellos fueron personalidades notorias de gran significación, como el propio *Francisco Zarco*, de quien es obligada la cita porque – como hemos dicho- fue quien dejó el mejor testimonio de los debates, como correspondía a su intensa labor periodística, literaria y política³⁴, en la que con posterioridad llegó a ser ministro de relaciones exteriores e interino de gobernación del presidente Benito Juárez, aunque murió a la temprana edad de cuarenta años en 1869³⁵.

³² Ricardo García Granados, *La Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma en México, Estudio histórico-sociológico*, México, 1906, pág. 132.

³³ El valor de la Constitución como mensaje lo destaca Carlos F. Guerra, *Un ensayo sobre la Constitución Mexicana de 1857*, en “Boletín”, Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Univ. de Guanajuato, n° 19, julio-setiembre de 1985.

³⁴ Sus obras completas abarcan veinte volúmenes, sobre ello Enrique Krauze, *Mexicanos eminentes*, México, 1999, pág. 33.

³⁵ Cfr. Martínez Báez, *Estudio en Zarco*, pág. XXXI.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Ponciano Arriaga (1811-1863) tenía tal prestigio que fue electo diputado al Congreso Constituyente por el Distrito y por los estados de México, Michoacán, Zacatecas, San Luis Potosí, Puebla y Jalisco³⁶. Había nacido en San Luis Potosí y fue presidente de la comisión de Constitución y también del congreso³⁷. Más arriba hemos hecho referencia a la demoledora respuesta que dio a la tentativa conservadora de imponer la Constitución de 1824, que desagradó profundamente a Comonfort. Con razón se lo considera como el principal ideólogo de la Constitución.

Isidoro Olvera (1815-1859), electo diputado por el Distrito y por los estados de México y Jalisco, natural de México, médico a los diez y seis años, fue otro de los liberales del Congreso, precursor del agrarismo, desterrado en dos ocasiones por liberal, presentó un proyecto para acabar con el latifundio. Fue el primer presidente de la comisión de Constitución del congreso de 1856.

José María Mata (1819-1895) fue electo diputado por México y Veracruz. Oriundo de Xalapa, se graduó de médico³⁸, actuó como médico militar habiendo sido ascendido a general durante la intervención francesa, luego fue embajador de Benito Juárez en los Estados Unidos y su Secretario de Hacienda y de Relaciones Exteriores, desempeñó misiones en Europa y volvió a ser embajador en los Estados Unidos en 1870.

Ignacio Luis Vallarta (1830-1893) fue electo diputado por Jalisco, su estado natal. Era a la sazón muy joven, habiéndose destacado únicamente por una monografía sobre la pena de muerte y por desempeñarse como secretario del gobernador. Con posterioridad al Congreso tuvo gran actuación política y fue gobernador de su estado, pasó luego a México como secretario de gobernación, de relaciones exteriores y presidente de la Corte Suprema, donde emitió varios votos interpretando la Constitución que lo hicieron famoso, retirándose en 1882³⁹.

Ignacio Ramírez (1818-1879) fue otra de las personalidades importantes de la época que participaron en el Congreso y en el debate. Nacido en San Miguel Allende, Gto., fue abogado, periodista. Se hizo famoso con el pseudónimo de *El Nigromante*. Fue ministro de justicia de Juárez, desterrado durante el imperio, al regresar fue ministro de la Suprema Corte. Hombre de letras, fue miembro de la Academia de Letrán⁴⁰.

³⁶ Cuando un diputado era electo por varios estados debía elegir uno de ellos y en las restantes vacantes entraban los suplentes (cfr. Emilio Rabasa, *Historia*, cit., pág. 69).

³⁷ Electo por 76 votos sobre 79 (cfr. Emilio Rabasa, *Historia*, cit., pág. 79).

³⁸ Sobre los médicos que participaron en el Congreso, Alfredo De Micheli-Serra, *Médicos y cirujanos en el Congreso Constituyente (1856-1857) y en la Guerra de Reforma (1858-1860)*, en "Gac. Méd.Méx.", enero/febrero 2001, vol. 137, n° 1.

³⁹ V. sus *Cuestiones constitucionales*, México, 1894-1895.

⁴⁰ V. sus *Obras*, México, 1889; en el mismo año, Ignacio M. Altamirano, *Biografía de Ignacio Ramírez*, México, 1889.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Guillermo Prieto (1818-1897), electo diputado por los estados de México, Puebla y Jalisco, fue un eximio periodista liberal, además de poeta y dramaturgo famoso en los últimos años del siglo, usaba el pseudónimo *Fidel*. Fue senador y ministro de hacienda⁴¹.

Hubo otras personalidades de menor significación en los debates, como *Mariano Arizcorreta* (1801-1858), diputado conservador por México, que luego fue gobernador del estado. *Simon Garza y Melo* (1828-1875), diputado por Coahuila, fue abogado y gobernador interino de Nuevo León en 1866. *Francisco de P. Cendejas*, diputado por el Distrito y los estados de Michoacán y Guerrero también intervino en el debate, al igual que el diputado por Oaxaca *José Antonio Gamboa* y el diputado conservador por Tehuantepec, *Joaquín García Granados*.

Con intervenciones especialmente antiliberales y hasta marcadamente retrógradas - aunque reiteradas hasta la actualidad por todos los autoritarismos- participaron los diputados por Jalisco *Espiridión Moreno* y por Puebla *Joaquín Ruiz*, que luego fue procurador general de la Nación en 1867 y en 1877 y magistrado supernumerario de la Corte Suprema⁴², como también Marcelino Castañeda (1806-1877), diputado por Durango, abogado que fue gobernador de su estado, que había sido ministro de justicia y una de las más connotadas figuras del partido conservador⁴³.

No tuvo intervención en los debates *José María Lafragua*, quien al tiempo del Congreso se desempeñaba como ministro de gobernación del presidente Comonfort, pese a que luego integró la comisión presidida por Martínez de Castro, que junto con Manuel Zamacona⁴⁴ y Eulalio María Ortega⁴⁵ redactaron el código penal. Lafragua (1813-1875), que era natural de Puebla, fue también ministro de Benito Juárez y de Lerdo de Tejada y embajador en España. Además de su intervención en el código penal, fue prácticamente el autor del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, destacándose también como literato e historiador.

⁴¹ V. Malcolm MacLean, *Vida y obras de Guillermo Prieto*, México, 1960.

⁴² V. sobre esto y otros datos citados en el texto, Emilio O. Rabasa, *La evolución*, cit.; del mismo, *Historia*, cit.; *Diccionario Porrúa de Historia, Biografía y Geografía de México*, México, 6ª edición, 1995; Aurelio Zúñiga Nájera, *La Constitución Mexicana de 1857*, Toluca, 1957; Miguel de la Madrid Hurtado, *El pensamiento económico en la Constitución de 1857*, México, 1986; Mauricio Oropeza y Segura, *Reflexiones en torno a la historia del Derecho Constitucional Mexicano*, en "Revista de Investigaciones Jurídicas", Escuela Libre de Derecho, año 4, nº 4, 1980, págs. 213-230; Rodolfo Lara Ponte, *Los Derechos Humanos en la Constitución Mexicana de 1857*, en "*Jus fugit*", *Revista Interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, Universidad de Zaragoza, 1994.1995, vol. 3-4, pág. 141 y sgts.

⁴³ Cfr. *Diccionario cit.*, I, 647.

⁴⁴ Manuel María de Zamacona y Murphy (1826-1904), natural de Puebla, fue embajador, Secretario de Relaciones Exteriores en 1861, periodista, opositor a Juárez, aunque éste luego lo nombró embajador en los Estados Unidos y ministro de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁵ Fue uno de los abogados defensores de Maximiliano en el proceso en que se lo condenó a muerte.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

El propio *Antonio Martínez de Castro* fue diputado al Congreso de 1856/1857 por Sonora, su estado natal, pero curiosamente no tuvo intervención alguna en los debates de los artículos que nos interesan y, pese a que luego fue Ministro de Justicia e Instrucción Pública de Benito Juárez, no se lo suele mencionar entre los diputados destacados en el Congreso⁴⁶. En verdad, el código penal de 1871 no parece estar muy en consonancia con los principios que la Constitución de 1857 establecía en los artículos que nos ocupan, tanto por su extraña clasificación de los bienes jurídicos de la parte especial -dado que es el único código penal conocido que la encabeza con los delitos contra la propiedad⁴⁷- y por conservar la pena de muerte⁴⁸ como por la conciencia clasista que puso de manifiesto Martínez de Castro al rechazar la propuesta de Lafragua, cuando éste propuso como atenuante *pertenecer el delincuente a la clase más desvalida de la sociedad*⁴⁹. Sin duda, Lafragua se adelantaba a la línea que inaugurarían en Europa las famosas sentencias del presidente Magnaud⁵⁰, en tanto que Martínez de Castro lo hacía respecto de las torpezas de Garofalo.

5. El debate en el Congreso Constituyente.

El Proyecto de la Comisión de Constitución fue presentado al Congreso en la sesión del 16 de junio de 1856, en la que Ponciano Arriaga dio lectura al dictamen⁵¹. Respecto de los artículos sobre garantías penales y procesales hubo discusiones sobre

⁴⁶ Cfr. Daniel Cosío Villegas, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, México, 1980, pág. 77.

⁴⁷ Sobre el código penal de 1871, llamado código *Martínez de Castro* o *código Juárez*, puede verse: Celestino Porte Petit, *Evolución legislativa penal en México*, México, 1965; José María Lozano, *Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, 1874; Oscar Cruz Barney, op. cit., pág. 722; E. Raúl Zaffaroni, *La ideología de la legislación penal mexicana*, en “Revista Mexicana de Justicia”, n° 85, abril-junio de 1985, págs. 45 y sgts. (53).

⁴⁸ Martínez de Castro argumentaba, a trece años de la vigencia de la Constitución, que era necesario mantener la pena de muerte por no existir un verdadero sistema penitenciario (Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes Penales Mexicanas*, México, 1979, I, pág. 344; en igual sentido, José María Lozano, op. cit., pág. 439). No tardaría en conocerse la traducción local de la obra de Mittermaier, *La pena de muerte considerada según las investigaciones de la ciencia, los progresos de la legislación y los resultados de la experiencia*, Traducida al español por Manuel Rivera y Río, México, 1873.

⁴⁹ Al respecto expresó, en los términos elitistas del más puro positivismo spenceriano del que rápidamente se harían cargo los intelectuales porfiristas : *Si se admitiera esa circunstancia como atenuante, habría que aplicarla en todos los casos, porque casi todos los delitos se cometen por la clase a que se refiere la fracción propuesta. El remedio de los delitos no es sólo disminuir las penas, sino multiplicar los medios de instruir al pueblo, principalmente en lo moral* (INACIPE, *Leyes Penales Mexicanas*, cit., I, pág. 289).

⁵⁰ *Les jugements du Président Magnaud réunis et commentés par Henry Leyret*, París, 1904; Henry Leyret, *Les nouveaux jugements du Président Magnaud*, París, 1903. Las sentencias de Magnaud se nutren de conceptos originales de Jean Paul Marat: *Plan de legislación criminal*, Estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 2000; sobre Marat, Olivier Coquard, *Marat, o amigo do povo*, Sao Paulo, 1996. Ignoramos si Lafragua conocía el *Plan* de Marat o si su propuesta respondía a pura inspiración liberal.

⁵¹ Cfr. Zarco, págs. 306-329; el texto del proyecto, idem, págs. 329-324.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

temas menores, pero las más notorias fueron respecto: (a) del juicio por jurados; (b) de la prohibición de leyes retroactivas; (c) de la prohibición de los grillos, cadenas o grilletes; (d) del principio acusatorio y (e) de la pena de muerte.

(a) El art. 24º cláusula 4ª del proyecto de la comisión de Constitución decía: *que se le juzgue breve y públicamente por un jurado imparcial compuesto de vecinos honrados del estado y distrito donde el crimen ha sido cometido. Este distrito deberá estar previamente determinado por la ley.*

Ponciano Arriaga hizo una extensa defensa del jurado, como institución esencialmente democrática⁵². Isidoro Olvera había leído en la misma sesión en que se presentó el proyecto de la comisión un voto particular en el cual disentía, entre otras cosas, con el juicio por jurados⁵³, lo que anunciaba el extenso debate que habría de producirse en el Congreso⁵⁴. Cuando se discutió en particular el art. 20 de la Constitución (que era el 24 del proyecto de la comisión), el diputado Langlois fue quien asumió la defensa del jurado en un extenso discurso⁵⁵, en tanto que Vallarta se manifiesta en contra con otro discurso de análoga extensión⁵⁶. José María Mata defendió al jurado y terminó rechazando los argumentos de la falta de cultura en el pueblo, afirmando que cuando nació en Inglaterra, éste era un país semibárbaro⁵⁷. Intervinieron varios diputados más a favor (Ampudia, García Granados, Gamboa) y en contra (Arizcorreta, Garza Melo) y, finalmente, el jurado fue rechazado por el estrecho margen de 42 votos a 40⁵⁸.

(b) En realidad puede decirse que la discusión referida a la prohibición de retroactividad de las leyes tiene valor histórico por un equívoco. Cuando se discutió el artículo 14 de la Constitución (que corresponde al 26 del proyecto de la comisión y que fue reformulado en el curso del debate), dada la redacción de la comisión, que entre otras cosas establecía que nadie puede ser privado de la vida, Gamboa entendió que se refería a la pena de muerte y se expresó en contra de ésta, proponiendo que el artículo disponga que a partir de 1860 quede derogada⁵⁹. El tema quedó en suspenso hasta discutirse el art. 33 del proyecto, referido expresamente a esa pena. El artículo

⁵² V. Zarco, pág. 316

⁵³ Idem, págs. 351-3

⁵⁴ Sobre los antecedentes del jurado previos al congreso de 1856, Emilio O. Rabasa, *El jurado popular en las Constituciones de 1857 y 1917. Antecedentes, secuencia y consecuencias*, en “*Liber ad honorem Sergio García Ramírez*”, UNAM, México, 1998, T. I., págs. 555 y sgts. (pág. 560).

⁵⁵ Idem, págs. 736-741.

⁵⁶ Idem, págs. 741-750.

⁵⁷ Idem, pág. 751

⁵⁸ Idem, pág. 753; cabe advertir que en ese tiempo era defendido ardientemente por Lieber y Mittemaier, aunque no parece que la obra del último haya llegado a conocimiento de los constituyentes de 1857, dada su aparición contemporánea con el Congreso. V. Francisco Lieber, *La libertad civil y el gobierno propio, traducido del inglés al español por Florentino González*, París-México, 1889, T. II, pág. 165 y sgts.

⁵⁹ Idem, págs. 754-757.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

reformulado, esto es, el 14 sancionado, se refiere a ley retroactiva, sin especificar si son sólo las de naturaleza penal, aunque así pareciera, dado que a continuación establece los principios de legalidad, irretroactividad y juez natural. No obstante, cabe observar que el art. 4º del proyecto de la comisión no se limitaba a las leyes penales, pues rezaba: *No de podrá expedir ninguna ley retroactiva, ex post facto, o que altere la naturaleza de los contratos.*

(c) El art. 27 del proyecto de la comisión establecía expresamente el principio acusatorio en toda su extensión: *A todo procedimiento del orden criminal debe proceder (sic.) querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del ministerio público que sostenga los derechos de la sociedad.* Marcelino Castañeda objetó que con ello se complicaba el proceso, pues se reducía al juez a la impotencia y se favorecía la impunidad de los delincuentes⁶⁰. Seguidamente, Ruíz calificó al artículo de pernicioso, porque con tal de conceder garantías al criminal postergaba los intereses de la sociedad. *Abolir el juicio de oficio por denuncia o delación –dijo– es favorecer la impunidad de los delitos y olvidarse de que los derechos del hombre deben estar sometidos a los intereses de la sociedad*⁶¹. De inmediato Mata le respondió afirmando que *para la escuela democrática la sociedad es para el hombre y no el hombre para la sociedad*⁶².

No obstante, en la votación el artículo fue rechazado y, por ende, quedó vigente la posibilidad de proceder penalmente de oficio.

Un escarceo tuvo lugar cuando se discutió la fracción I del art. 20, que en el proyecto de la comisión decía: *Que se le haga conocer la naturaleza del delito, la causa de la acusación y el nombre del acusador* (art. 24, inc. 2º del proyecto), lo que se reformó hasta aprobarse con la fórmula sancionada⁶³.

(d) Al discutirse el art. 29 del proyecto de la comisión (sancionado como art. 22 de la Constitución) se suprimieron las palabras los grillos, cadena o grillete. Esto fue resultado de un debate que ocupó casi toda la sesión del 22 de agosto de 1856⁶⁴. Ruíz, manifestando que *creía que la comisión no ha de querer sacrificar los intereses de la sociedad a la protección de los reos*, se declaró en contra de la abolición de los grillos por considerarlos necesarios para evitar fugas. Ignacio Ramírez defendió la prohibición propuesta, sosteniendo que no eran medios de aseguramiento sino de tormento y que él mismo los había sufrido como preso político. Cendejas defendió la misma posición y en respuesta a los argumentos sobre la criminalidad peligrosa, afirmó: *Ya que no se habla entre chinos, todo mexicano puede decir que, si se examina imparcialmente nuestra estadística criminal y se atiende a la falta de toda policía preventiva, se conoce que es falso que el pueblo de México tenga horribles instintos que lo inclinen al robo y al asesinato. Si otros países, como Francia o Inglaterra, suprimieran su excelente policía y quedaran en ese*

⁶⁰ Idem, pág. 758.

⁶¹ Idem, pág. 759.

⁶² Ibidem.

⁶³ Idem, págs. 733-736.

⁶⁴ Idem, págs. 760-764.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

*punto como México se encuentra, vería aumentar de una manera espantosa el número de crímenes*⁶⁵. El inefable Ruiz replicó que la comisión cuida más del hombre que de la sociedad, y esto es lo que le alarma, no viendo el modo de atender a la seguridad de las prisiones⁶⁶. Ramírez pareció perder la paciencia ante la insólita intervención de Ruiz y formuló la crítica más fuerte y política a las posiciones reaccionarias: *Con sentimiento nota que una parte de la asamblea, tratándose del pueblo y de los pobres, se olvida de todo sentimiento de humanidad y de justicia, les niega todo derecho, los insulta pintándolos incapaces de toda libertad y sólo les concede castigos y tormentos y se deja llevar de un repugnante espíritu draconiano. ¿Hay penas crueles y bárbaras? ¡Qué importa! Recaen sólo sobre el pueblo, sobre los pobres, y nosotros estamos seguros. Creer que todo prófugo de la cárcel ha de ir a cometer crímenes es lo mismo que pretender que el que una vez ha sido aprehendido jamás debe salir de la prisión*⁶⁷. Moreno, quien ya había propuesto dejar los grillos sólo para los delincuentes graves, acompañando a Ruiz en su tesis, retomó la palabra para decir que *alaba el celo que se manifiesta a favor de la humanidad, pero cree que parte de la humanidad son las víctimas de los malhechores, más dignas en verdad de la consideración de los legisladores. Agregó que en las cárceles no hay inocentes y que sólo en materia política hay persecuciones injustas. Se quieren conceder garantías al criminal y se olvida que los ladrones atan al pasajero, le quitan su cobija y lo maltratan. Extraña el modo de argüir del señor Ramírez, que, como juez, debe haber aprendido al menos la práctica y conocer la verdad de los hechos*. Afirmó que mientras no mejore la educación y no haya penitenciarias no queda otra solución y remató irónicamente afirmando que *cuando haya penitenciarias, mucho se complacerá en que, afianzada la seguridad de los reos, se les dé chocolate y se les trate del mejor modo posible*⁶⁸. Zarco se encargó de responderle, en una de sus mejores intervenciones, resaltando la frecuencia de las prisiones arbitrarias, entre otras cosas. No obstante, la prohibición fue rechazada por 46 votos contra 33.

(e) En el debate sobre la pena de muerte, sostenido el 26 de agosto de 1856⁶⁹, es curioso y a la vez un tanto hipócrita que nadie se haya manifestado abiertamente a favor de esta pena. Las objeciones que se formularon al proyecto de la comisión se refirieron a su falta de coherencia, pues las excepciones casi anulaban la prohibición. Isidoro Olvera volvió a atacar la pena de muerte con argumentos frenológicos, citando párrafos textuales de Gall. Los restantes diputados formularon diversas consideraciones, como la crítica de Prieto a su permanencia en lo militar, dado que se recluta por leva⁷⁰. Ignacio Ramírez sostuvo que era necesario el emplazamiento a los poderes constituidos, porque en cuanto se las suprima se improvisarían las

⁶⁵ Idem, pág. 761.

⁶⁶ Idem, pág. 762.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Idem, pág. 763.

⁶⁹ Idem, págs. 786-789.

⁷⁰ Idem, pág. 788.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

penitenciarias. En síntesis, los verdaderos partidarios de la abolición querían que se fijara un plazo para ésta, pues de lo contrario no se establecería nunca el sistema penitenciario, lo que en la práctica ocurrió. El artículo fue aprobado por amplia mayoría (69 votos a favor y 10 en contra) con la redacción proyectada por la comisión.

Como conclusión, de la lectura de este debate, puede observarse que se discutieron cuestiones ideológicas más que de detalle. La posición conservadora (Ruiz, Castañeda y Moreno) no hizo otra cosa que postular los principios antiliberales o autoritarios de siempre, sostenidos hasta el presente por los partidarios de un derecho penal transpersonalista, lo que expresan con gran sinceridad, en especial cuando pretenden que el ser humano sea sacrificado ante el ídolo abstracto de *la sociedad*. En segundo término se ve muy claramente la posición antiliberal cuando se afirma que en la cárcel no hay inocentes, sino que todo preso es culpable por el mero hecho de estar preso, con lo que se adelanta la posición garofaliana de que la prisión preventiva debe ser una pena.

Algunas expresiones del debate –como la intervención de Ignacio Ramírez en la discusión sobre la cuestión de los grillos– apuntan en forma directa a cuestiones de clase y a la selectividad del poder punitivo de su tiempo, a la arbitrariedad policial y a la indefensión de las clases más pobres de la población, que eran en ese momento la inmensa mayoría. Es muy claro que las respuestas conservadoras identificaban con *la sociedad* sólo a su clase.

6. Textos constitucionales del siglo XIX.

Para valorar comparativamente las garantías contenidas en la Constitución de 1857 tomamos algunos de los textos constitucionales vigentes hasta fines del siglo XIX, anteriores y posteriores a 1857, de modo que nos posibilite ubicar en el constitucionalismo de ese siglo el grado de desarrollo en el pensamiento de los constituyentes que esas garantías ponían de manifiesto. Por consiguiente, a continuación *no hacemos un verdadero estudio comparativo exhaustivo, sino un análisis sobre la base de algunos textos que pueden considerarse representativos del estado del derecho constitucional comparado de la época en Europa y en América*, pues el objeto que perseguimos es sólo valorar las garantías de la Constitución de 1857 en ese contexto y destacar sus originalidades.

Para ello comenzamos, como es natural, por la Declaración de Virginia (1776)⁷¹, las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos (1791) y la Declaración Francesa (1789), para seguir con las constituciones Española de 1812, de los Países Bajos de 1815, de Baviera de 1818, del Imperio del Brasil de 1824, del Portugal de 1826, de la República Oriental del Uruguay de 1829, de Bélgica de 1831, del Cantón de Ginebra

⁷¹ No tomamos en consideración los textos del origen del constitucionalismo en Gran Bretaña (pueden verse en Joaquín Varela Suanzes, cit. infra, *Petition of Rights*, 1628, pág. 7; *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, pág. 11; *Bill of Rights*, de 1689, pág. 18; *Act of Settlement*, de 1701, pág. 26).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

de 1847, el Estatuto Constitucional de Italia de 1848, la Constitución de Prusia de 1850 y de la República Argentina de 1853. Los textos del siglo XIX posteriores a 1857 que tomamos en cuenta son: la Constitución del Perú (1860), de Grecia (1864), del Paraguay (1870), de Bolivia (1880), de Colombia (1886), de Costa Rica (1888), de Chile (1888), de Haití (1889) y de Honduras (1894).

Las fuentes documentales de los mencionados textos son:

M.E. Laferrière / M. A. Batbie, *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, París, 1869: Bélgica, pag. 66; Ginebra, pag. 102; Prusia, pag. 138; Baviera, pag. 219; Países Bajos, pag. 295; Portugal, pag. 488; Italia, pag. 511; Grecia, pag. 522; Brasil, pag. 589.

Nathaniel C. Towle, *A History and Analisis of the Constitution of the United States*, Boston, 1861: Articles in addition to, and amendment of, The Constitution of the United States of America, pag. 27.

V. Marcaggi, *Les origines de la Déclaration des Droits de l'homme de 1789*, París, 1912: Apéndice, *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen, adoptée par l'Assemblée Constituante du 20 au 26 août 1789*, pag. 227.

Joaquín Varela Suanzes, *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Madrid, 1998: Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, pag. 33; Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787, y sus diez primeras enmiendas aprobadas el 15 de diciembre de 1791, pag. 52; Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, pag. 97; Constitución Política de la Monarquía Española, de 19 de marzo de 1812, pag. 197; Constitución Belga, de 7 de febrero de 1831, pag. 269.

Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cadiz a 19 de Marzo de 1812, edición facsimilar, Valladolid, 2001.

Joaquim Pires Machado Portella, *Constituição Política do Império do Brazil confrontada com outras Constituições e anotada*, Rio de Janeiro, 1876.

Constitución de la Nación Argentina, Publicación Oficial, Imprenta del Congreso Nacional, Buenos Aires, 1936.

F. R. Dareste y P. Dareste, *Les Constitutions modernes. Recueil des Constitutions en vigueur dans les divers États d'Europe, d'Amérique et du monde civilisé*, París, 1891, tomo I: Bélgica, pag. 68; Países Bajos, pag. 89; Prusia, pag. 181; Baviera, pag. 202; Italia, pag. 597; Portugal, pag. 637.

Arturo B. Carranza, *Digesto Constitucional Americano*, Buenos Aires, 1910, Tomo I: Colombia, pag. 223; Perú, pag. 293; Chile, pag. 319; Bolivia, pag. 361. Tomo II: República Oriental del Uruguay, pag. 1; Haití, pag. 121; Paraguay, pag. 227; Honduras, pag. 285; Costa Rica, pag. 399.

Constituciones más antiguas en: P. A. Dufau, J.B. Duvergier, J. Guadet, *Collections des Constitutions et lois fundament. Des peuples de l'Europe et des deux Ameriques*, París, 1823.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Alberto Aquarone, Mario D'Addio, Guglielmo Negri, *Le costituzioni italiane*, Milano, 1958: Statuto del Regno di Sardegna, 1848, pág. 662.

7. Análisis comparativo.

Con la brevedad del caso, pasamos a la valoración comparada las principales disposiciones de la Constitución de 1857 referidas a las garantías penales y procesales penales.

(a) Art. 13: *En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción.*

Esta disposición es resultado del principio de igualdad y complementa el art. 2. Entre los textos vigentes al tiempo del Congreso de 1856, los tribunales especiales o extraordinarios estaban prohibidos en el párrafo 16 del art. 145 de Portugal, en el art. 71 de Italia, en el art. 7 de Prusia y en el art. 18 de Argentina. Entre los textos posteriores del mismo siglo, la prohibición expresa aparece en el art. 91 de la Constitución de Grecia, en el art. 20 de Paraguay, en el art. 9 de Bolivia, art. 38 de Costa Rica, art. 125 de Chile, art. 38 de Honduras, muchos de ellos precedidos por disposiciones análogas anteriores. Si bien se observa que la prohibición de jueces o comisiones especiales estaba bastante generalizada, resulta original el cuidado que el texto pone en la excepción referida a la justicia militar: la circunstancia de estar vinculado a la disciplina militar excluye todo sometimiento de civiles a estos tribunales, al tiempo que prescribe la fijación legal clara de los casos de esta competencia. No hay texto que se exprese en estos términos al respecto, de modo que opinamos que se lo introduce como consecuencia de la experiencia nacional.

(b) Art. 14: *No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido la ley.*

La prohibición de retroactividad de la ley penal y el principio de legalidad se hallan en todos los textos constitucionales, con mayor o menor claridad, tanto anteriores como posteriores a la Constitución de 1857, derivados de la prohibición de leyes *ex post facto* de la Constitución de los Estados Unidos y del art. 8 de la Declaración Francesa.

No obstante, la legalidad e irretroactividad de la ley penal tiene una característica propia en este artículo, que consiste en que no se limita a consagrar el puro principio de legalidad, sino lo que modernamente se llama la *legalidad estricta*. El adverbio *exactamente* llama la atención a este respecto y representa una originalidad que adelanta lo que muy posteriormente será bautizado como *legalidad estricta* por la doctrina jurídico penal.

La prohibición de retroactividad parece estar reducida a la ley penal en razón del contexto en que se la dispone, pero lo cierto es que la letra de la ley no la reduce a ese

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

caso. Se trata de un dispositivo poco usual en este aspecto, similar al art. 32 de la Constitución del Paraguay de 1870.

(c) Art. 15: *Nunca se celebrarán tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos; ni convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos que esta Constitución otorga al hombre y al ciudadano.*

Si bien el art. 2 de la Constitución de 1857 tiene nutridos antecedentes en todas las constituciones de su tiempo y posteriores que sancionan la abolición de la esclavitud (art. 15 de la Argentina, art. 17 del Perú, art. 25 del Paraguay, art. 3 de Bolivia, art. 22 de Colombia, art. 123 de Chile, etc.), la prohibición expresa de celebrar tratados internacionales que alteren de alguna manera el principio abolicionista respecto de extranjeros que pisen territorio mexicano y, más aún, que puedan lesionar alguna de las garantías constitucionales respecto de esas personas, es una incorporación original.

(d) Art. 16: *Nadie puede ser molestado en su persona, domicilio papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.*

En general, puede considerarse este artículo una síntesis de disposiciones más numerosas o amplias contenidas en textos del tiempo y posteriores, que no introduce novedades de valor en el constitucionalismo comparado (art. X de la Declaración de Virginia, art. 4 de la Constitución de 1791, art. 7 de la Declaración Francesa, arts. 187 y 306 de España, arts. 157, 158 y 159 de los Países Bajos, arts. 3 y 4 de Ginebra, art. 8 de Baviera, párrafos 6 y 7 del art. 145 de Portugal, art. 113 del Uruguay, art. 7 de Bélgica, arts. 26 y 27 de Italia, arts. 5 y 6 de Prusia,

Art. 18 de Argentina, art. 18 de Perú, arts. 4, 5 y 6 de Grecia, art. 20 de Paraguay, art. 5 de Bolivia, arts. 23 y 24 de Colombia, art. 40 de Costa Rica, arts. 126 y 127 de Chile, art. 14 de Haití, art. 30 de Honduras).

(e) Art. 17: *Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Ésta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.*

La prohibición expresa de la prisión por deudas no era tan corriente en los textos de la época. La proscripción de la fuerza o uso arbitrario de las propias razones tampoco aparece consagrado en estos textos. La disposición de los tribunales para administrar justicia tiene el antecedente del juicio rápido del art. 6 de la Constitución de 1791 y del art. 286 de la Constitución Española de 1812. La gratuidad de la justicia y la abolición de las costas, tampoco se registra en los textos comparados. En síntesis: sin perjuicio de reconocer en la lectura de otros textos algunas reglas de las que pueden derivarse las establecidas en este artículo, lo cierto

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

es que su factura parece de preferencia originaria de la Constitución de 1857, lo que es un claro mérito de los constituyentes, abarcando, un solo numeral cuatro principios: 1) prohibición de la prisión por deudas; 2) prohibición del ejercicio arbitrario de las propias razones; 3) prontitud y publicidad de la justicia y 4) gratuidad de la justicia.

(f) Art. 18: *Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquiera otra ministración de dinero.*

Siendo la prisión preventiva el gran problema de la justicia latinoamericana desde sus orígenes hasta la actualidad, son raras las disposiciones que en el mundo precisan condiciones y limitaciones. Si bien este artículo reconoce como antecedente el art. 9 de la Declaración Francesa y, sin duda, los arts. 293, 295 y 296 de la Constitución Española de 1812, que a su vez inspiraron lo dispuesto en el párrafo 8 del art. 145 de Portugal, con posterioridad pareciera que el derecho constitucional se olvida del problema, que reaparece en cuanto a la fianza en el art. 133 de Chile. Los dos primeros períodos del texto constitucional reconocen esos antecedentes, pero el último, o sea, la prohibición de la prisión por falta de algún pago, es original de los constituyentes de 1857 y, sin duda, responde a una experiencia nacional.

(g) Art. 19: *Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique por un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de ese término constituye responsable a la autoridad que la ordena o consiente, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten. Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes, y castigar severamente las autoridades.*

En este dispositivo insiste el constituyente sobre las cuestiones de la detención y la prisión preventiva. Las precisiones detallistas también tienen su origen en la Constitución Española de 1812 (arts. 293, 296, 297, 298 y 299). Las restantes constituciones de su tiempo no contienen dispositivos análogos al del texto liberal español. El art. 297 español, que dispone que las cárceles son para asegurar y no para molestar o castigar, claramente expresado también en el párrafo 20 del art. 145 de Portugal, proviene de Manuel de Lardizabal y está sintetizado en este dispositivo, teniendo una prescripción similar el art. 114 del Uruguay y el art. 18 *in fine* de Argentina. Con posterioridad al texto mexicano aparecen textos análogos en el art. 19 del Perú y en el art. 21 *in fine* de Paraguay. De cualquier manera, la referencia a *toda gabela o contribución* parece ser original de la Constitución.

No deja de ser curioso que el principal problema de constitucionalidad que plantea el sistema penal, que es la prisión preventiva, que abarca siempre a la mayoría de los presos y que hace que en la realidad la pena se cumpla antes de la condena judicial, invirtiendo el principio o presunción de inocencia, ocupe tan poco lugar en las leyes constitucionales. Quizá esto se deba a que los constituyentes siempre argumentan

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

por lo bajo razones de necesidad o emergencia. Lo cierto es que los constituyentes de 1857 siguieron el camino correcto.

(h) Art, 20: *En todo juicio criminal el acusado tendrá las siguientes garantías.*

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan.

Son diversos los textos que establecen garantías procesales en diferente medida (art. 8 de la Declaración de Virginia, art. 6 de la Constitución de 1791, arts. 300, 301 y 302 de la Constitución española de 1812, art. 161 de los Países Bajos, art. 3 de Ginebra, art. 126 de Portugal, arts. 112 y 115 del Uruguay, art. 72 de Italia, art. 18 y disposiciones estableciendo el jurado de Argentina, art. 92 de Grecia, arts. 20 y 21 del Paraguay, art. 10 de Bolivia). De toda forma se observa que las precisiones que formula este artículo provienen de la Constitución Española de 1812, pero los constituyentes les introdujeron expresiones que la perfeccionan y que son poco comunes en los textos constitucionales. Es dable afirmar que, en síntesis, completan, mejoran y superan a su modelo. La facilitación de los datos y el defensor de oficio – por lo menos- son dos innovaciones que es menester subrayar.

La previsión respecto del defensor de oficio, como la preocupación puesta de manifiesto en artículos anteriores acerca de que ninguna deuda impida la excarcelación de la persona, de que la fianza no sea desproporcionada y de que no puedan exigírsele pagos en la cárcel, muestran una preocupación seria por los pobres o sea, por los más vulnerables al sistema penal.

(i) Art. 21: *La aplicación de las penas propiamente tales es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podrá imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley.*

El principio de judicialidad de las penas proviene del art. 5 de la Constitución de los Estados Unidos de 1791 y se halla implícito en casi todos los textos del siglo XIX, pero no siempre se lo formula en forma explícita (art. 155 de los Países Bajos, art. 95 de la Argentina). La omisión de su formulación expresa deja abierta la puerta para una jurisdicción penal administrativa, que ha dado lugar a grandes dificultades interpretativas y a sostener la existencia de un derecho administrativo penal. La fórmula mexicana no es todo lo terminante que correspondería según los principios

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

liberales, porque deja una jurisdicción contravencional en manos de autoridades no judiciales, con el consiguiente riesgo. Es sabido que el control social punitivo se ejerce de modo principal mediante esta legislación de menor cuantía, que es la que se aplica a los *molestos* y a los disidentes y mediante la cual se controla policialmente a las clases subalternas.

(j) Art. 22: *Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales.*

Este artículo consagra en todas las constituciones un principio fundamental del derecho penal moderno, que es la eliminación de las penas crueles (art. 8 de la Constitución de los Estados Unidos de 1791, arts. 303, 304 y 305 de España, párrafos 17 y 18 de Portugal, art. 160 de los Países Bajos, arts. 12 y 13 de Bélgica, art. 10 de Prusia, art. 18 de la Argentina, art. 21 del Paraguay, art. 22 de Bolivia, art. 34 de Colombia, art. 136 de Chile, etc.).

Se trata de una aspiración de todo legislador liberal, lamentablemente nunca del todo concretada. Aunque hoy parece una obviedad, no lo es tanto, porque pese a la prohibición mundial, existe una marcada tendencia a la relegitimación de la tortura y, además, en la época y en tiempos incluso muy posteriores, vimos que se defendió el uso de grillos e hierros, lográndose que no se sancione su prohibición expresa en la Constitución y, además, muchos siguieron defendiendo penas corporales, en especial los azotes⁷². Si bien este artículo no es ninguna innovación y además no menciona la muerte civil ni establece el principio de intrascendencia de la pena (ambos consagrados en textos anteriores como los de España y Portugal), el debate demuestra –como hemos visto– la importancia que los liberales de 1857 asignaron al tema.

(k) Art. 23: *Para la abolición de la pena de muerte queda a cargo del poder administrativo el establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley.*

El art. 16 de la Constitución del Perú de 1860 limitaba la pena de muerte al homicidio calificado; el art. 18 de la Argentina, el art. 20 de Haití –al igual que otros– la prohíben expresamente sólo para causas políticas. Con posterioridad a la sanción de la Constitución de 1857, hubo por lo menos dos constituciones latinoamericanas que claramente repitieron con ligeras variantes su fórmula (art. 21 de Bolivia y arts. 29 y 30 de Colombia). El legislador constitucional de 1857 no logró abolir la pena de muerte en la Constitución y ni siquiera planteó el problema en esos términos en el

⁷² Ver Hippolyte Laurent, *Le fouet contre le crime, Etude d'histoire, de droit pénal et de pédagogie*, Lyon-París, 1913.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

proyecto de la comisión, sea porque no estaba convencido de la bondad de la abolición o, lo que es más probable, porque sabía que era una verdadera quijotada intentarlo en esa ocasión. De cualquier manera, como vimos, no faltaron voces en este sentido en el seno del Congreso.

(L) Art. 24: *Ningún juicio penal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia.*

Si bien las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de 1791 prohíben el doble juzgamiento, este artículo es en gran medida original de los constituyentes de 1857. Pocas dudas caben acerca de la experiencia práctica de quienes elaboraron estos principios, que les indicaba la inseguridad de procesos penales interminables y, más aún, de las innumerables instancias. La clara limitación a tres instancias no puede menos que ser resultado de esa nefasta experiencia. Lo mismo puede decirse de la prohibición de la absolución de instancia que, no obstante, permaneció vigente en muchos países de la región con el nombre de *sobreseimiento provisional*, instituto que permitía dejar al imputado en una situación de duda hasta prácticamente la prescripción de la acción penal, o sea que se declaraba a una persona *semiculpable*, dato que la perseguía en los informes policiales y judiciales hasta su extinción.

(LL) Art. 6: *La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito o perturbe el orden público.*

Preferimos ocuparnos en último término de este artículo, en el que se consagró la libertad de pensamiento y expresión, con la consecuencia penal de la prohibición de toda punición del pensamiento. Si su expresión no es punible, va implícito que menos aún puede serlo el pensamiento mismo: *cogitationis poenam nemo patitur*.

No obstante, cabe observar que este artículo no es el más feliz de la Constitución, porque las excepciones son sumamente peligrosas. En principio, según el texto, la manifestación de pensamiento es punible cuando *ataque la moral*, expresión que usa a secas, sin el aditamento de *pública* o análogo, con lo cual deja abierto el camino para la intromisión en la moral privada de los habitantes. En segundo término es redundante: exceptúa el caso de que *provoque algún crimen o delito*, sin enumerarlos, que es justamente de lo que se quiere dejar a salvo la manifestación del pensamiento. Perdió el constituyente de 1857 la oportunidad de plasmar el principio de autonomía moral de la persona que, sin lugar a dudas, compartía en plenitud, y que posteriormente recorrerá varios textos latinoamericanos⁷³.

8. Conclusiones

Como conclusión podemos afirmar que la hipótesis que quisimos verificar se confirma plenamente, o sea:

⁷³ Arts. 19 de Argentina, 23 de Paraguay, 50 de Costa Rica.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- (a) El texto de 1857, en materia de garantías penales y procesales penales, es uno de los más adelantados de su tiempo. Supera a la Constitución Española de 1812 y al texto argentino de 1853.
- (b) Si bien los liberales fueron derrotados en temas como el jurado, la supresión de los grillos, la consagración expresa del principio acusatorio y la abolición de la pena de muerte, el texto sancionado sigue siendo marcadamente liberal y progresista.
- (c) Está claro que los liberales no se ocupaban de las garantías penales como una cuestión periférica a su ideología, sino que las consideraban íntimamente vinculadas a ella y hasta de su esencia misma.
- (d) La precisión de las propuestas y algunas expresiones vertidas en el curso de los debates pone de manifiesto que se estaban tomando en cuenta experiencias nacionales y no meras copias de disposiciones extranjeras, por lo que el texto introduce novedades en el derecho constitucional comparado.
- (e) En igual sentido vale la pena observar que hay muy poca mención de fuentes comparadas, prácticamente el debate prescinde de citas extranjeras, lo que constituye otro dato de originalidad.
- (f) La preocupación por suprimir todo obstáculo al goce de las garantías en razón de pagos muestra la generosidad de quienes, perteneciendo a las clases hegemónicas en el marco de una sociedad estratificada, pensaban en el bienestar y la seguridad de los que pertenecían a las clases subalternas.

Entendemos, como conclusión general, que el texto referido a las garantías penales y procesales penales en la Constitución de 1857, tanto por su precisión como por su originalidad, debe ser adecuadamente revalorado en la historia del derecho constitucional comparado de la región y, en mayor medida aún, el pensamiento de los constituyentes liberales, que pone de manifiesto un idealismo respetuoso de la dignidad de la persona no meramente retórico, sino traducido en garantías, lo que no es fácil cuando se sabe que éstas están fundamentalmente destinadas a la protección de los humanos de las clases más desfavorecidas de la sociedad. En buena medida, el sentido social de los constituyentes liberales de 1857 anunciaba la evolución que tendría el constitucionalismo mexicano sesenta años más tarde y que le valiera su fama mundial.

EL SISTEMA PENITENCIARIO MEXICANO: REALIDAD Y RETOS

José ZARAGOZA HUERTA

Con ocasión del homenaje a la profesora Emma Mendoza Bremauntz

Introducción

En esta ocasión nos unimos al homenaje de una persona que ha destacado en entorno académico y aportado en forma inconmensurable al Derecho penitenciario mexicano. En efecto, la profesora Emma Mendoza Bremauntz ha entendido realidad imperante en el mundo de las prisiones mexicanas, y contribuido aportando soluciones a las mismas¹.

Cabe destacar que, en el caso mexicano, son insuficientes los estudios que de manera científica han abordado ésta rama de la ciencia del Derecho. Generalmente, los trabajos que pueden accederse son relatorías de experiencias de quienes han desarrollado alguna función funcional carcelaria; es decir, la praxis substituye a la científicidad y, en buena medida, aquí la razón por la cual, el sistema carcelario del país avanza paulatinamente; a ello, habrá que agregar el desinterés o poco interés social y de las nuevas generaciones educativas por este tema.

Frente a estas circunstancias, celebramos los aportes a esta temática por parte de la profesora Mendoza Bremauntz, toda vez que marca un camino a seguir para todo aquél que entienda que el mundo de las prisiones debe asimilarse al mundo en libertad, sólo así estaremos en condiciones de regresar a la sociedad personas conscientes de vivir respetando la Ley.

1. El sistema penitenciario en Mexicano: su realidad

Si la pena privativa de la libertad representó, en su momento, la dulcificación de las penas corporales, como consecuencia del Derecho penal Moderno humanista²,

¹ Sobre la obra de la profesora Mendoza Bremauntz puede consultarse: *Derecho penitenciario*, México, 1999, México, *passim*, la misma: “El régimen progresivo técnico en el penitenciarismo mexicano”, en *Criminogénesis*, núm. 0, 2006, p 141 y sigs.

² Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: “Una nota acerca del origen de la prisión”, en VV. AA., GARCÍA VALDÉS, C: (Dir.): *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Madrid, 1997, p. 399. Sobre este tema, vid.,

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

actualmente, se configura como: “una exigencia, si se quiere amarga, pero imprescindible”; así, lo ha dejado claro, el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares y artífice de la Reforma Penitenciaria Española, García Valdés³. Quizá la razón por la que se aluda a la crisis de la prisión, la encontramos descrita años atrás, en palabras de Salillas y Panzano quien mencionaba: “La cárcel formada por una necesidad social se ha desenvuelto en el abandono y siendo buena en el principio, la hicieron mala sus guardianes y sus huéspedes⁴. Situación que, en buena medida, resulta extrapolable a la realidad imperante en los establecimientos penitenciarios mexicanos.

A lo mencionado *supra* hay que agregar el hecho que las opiniones esgrimidas por los estudiosos de esta asignatura, así como las noticias que tenemos a través de los medios de comunicación de las prisiones mexicanas, nos llevan a cuestionarnos si la pena privativa de libertad sucumbe ante una serie de adversidades que, paulatinamente, se han venido incrementando.

En este sentido, podemos destacar entre otros factores negativos:

- La explotación laboral⁵
- La sobrepoblación⁶;
- La carencia de una clasificación penitenciaria⁷;
- La arquitectura penitenciaria y su disfunción⁸
- La dispersión normativa⁹;

ampliamente, BECCARÍA, C.: *De los delitos y de las penas*, ed. TOMÁS y VALIENTE, T., Madrid, 1969 (3ª reimp.), 1979, *passim*; GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Estudios Jurídicos*, México, 2000, p. 447 y sigs.

³ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: “La prisión, ayer y hoy”, en VV.AA., *Primeras Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1983, p. 113.

⁴ Cfr. SALILLAS Y PANZANO, R.: *La vida penal en España*, Madrid, 1888, p. 383.

⁵ Críticamente, vid. FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, 1976, *passim*, MELOSSI, D./PAVARINI, M.: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, México, 1980, *passim*. Comentando críticamente las tesis de los anteriores autores, ampliamente, vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Una nota..., op. cit., p. 403 y sigs.

⁶ Analizando esta problemática, entre otros, vid. LUNA ALTAMIRANO, J. G.: ¿Cómo abatir la sobre población en las cárceles? en *Criminogénesis*, núm. 0, 2006, p 141 y sigs; MORA MORA, L. P.: “Sobrepoblación penitenciaria y Derechos Humanos: La experiencia Constitucional”, en VV. AA., CARRANZA, E. (Coord.): *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, México, 2001, p. 58 y sigs.

⁷ CARRANCA y RIVAS, *Derecho penitenciario. Cárcel y penas en México*, 1981, p. 468; LEGANÉS GÓMEZ S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2009, *passim*

⁸ Vid. MENDOZA BREMAUNTZ, E.: *Derecho...*, op. cit., p. 87.

⁹ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S.: *La prisión*, México, 1975, p. 32; el mismo: *Manual de prisiones*, 4ª ed., México, 1998, p. 333-334.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- Las disconformidades y desconciertos que existen en el interior de la institución, por parte de quienes se encuentran reclusos¹⁰;
- El rol que desempeñan los medios de comunicación, mostrando la realidad de las prisiones (deficiencias), sin que a la fecha, se haya concienciado “plenamente” a la Comunidad de la importancia que tienen quienes se encuentran expurgando un pena privativa de libertad¹¹.

Paralelamente, existen otras causas (jurídicas) que inciden en la crisis de la prisión mexicana, tales como:

- La ausencia de una normativa unitaria garantista¹², que al propio tiempo, defina los principios que informan al sistema penitenciario, los derechos, las garantías y los deberes de los reclusos¹³;
- La falta de institutos jurídicos que impulsen y garanticen el proceso resocializador, destacándose a la fecha, la figura del Juez de ejecución penitenciaria.
- El manteniendo del registro de antecedentes penales¹⁴

Ahora bien, en nuestro criterio, existe una paradoja en la normativa penitenciaria mexicana, consistente en el hecho que la misma representó, en su momento, un modelo a seguir por el resto de las naciones Latinoamericanas e, incluso, por algunos países de Europa, al sentar en su texto constitucional (1917)¹⁵, las bases del sistema

¹⁰ Prueba de ello, es la desconfianza generalizada en los internos hacia los actos realizados por Poder Judicial y las Autoridades Penitenciarias, estas últimas dependientes del Poder Ejecutivo En este sentido, vid. GARCÍA ANDRADE, I.: *Sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas*, 2ª ed., México, 2004, p. 249 y sigs.

¹¹ No podemos ser ajenos al rol que juegan los medios de comunicación al transmitir la realidad poscarcelaria y que inciden en la opinión ciudadana, descalificando toda actividad resocializadora estatal, marcando a la propia sociedad lo que a esta interese influenciar, con lo que se descalifica todo lo realizado por las partes intervinientes en la secuela resocializadora, todo esto, debido a que la sociedad desconoce, y peor aún, no participa en el tratamiento penitenciario. Vid. BUENO ARÚS, F.: “Relaciones entre la Prisión y la Sociedad”, en *EGUZKILORE*, núm. 7, 1993. p. 27.

¹² Vid. ZARAGOZA HUERTA, J.: “Promulgar una Ley Federal Penitenciaria”, en VV.AA., TORRES ESTRADA. P. R./BARCELÓ ROJAS, D. A: (Comps.): *La reforma del Estado*, México, 2008, pp. 265 y sigs.

¹³ Vid. RODRÍGUEZ ALONSO, A.: *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3ª ed., Granada, 2003, pp. 15-16.

¹⁴ En criterio de Bueno Arús: “El registro de antecedentes penales responde a una concepción puramente defensiva del Derecho Penal. Su misión es facilitar información a los jueces para poder apreciar, en su caso, las agravantes de reincidencia y reiteración o la circunstancia de habitualidad, y a la Sociedad en general para impedir la atribución de cargos o puestos de trabajo o el disfrute de licencias administrativas a quienes hayan cometido delitos”. Cfr. BUENO ARÚS, F: “La Asistencia social carcelaria y poscarcelaria”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21, 1983, p. 788 y sigs.

¹⁵ Al respecto, vid. NÚÑEZ TORRES, M.: “La positivación de los Derechos Humanos”, en ZARAGOZA HUERTA, J./AGUILERA PORTALES, R./NÚÑEZ TORRES, M. (Aut.): *Los Derechos Humanos en la sociedad contemporánea*, México, 2007, p.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

penitenciario mexicano para, posteriormente, a través de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (1971)¹⁶, potenciar los fines de las instituciones penitenciarias mexicanas, teniendo en cuenta, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, elaboradas por las Naciones Unidas en Ginebra, en el año de 1955.

Consideramos, que tal aportación ha quedado desfasada; pues hoy en día, en el ámbito punitivo nacional, existe un distanciamiento entre la realidad y la norma; lo que redundará, en la ineficacia de la prisión mexicana (tengamos en cuenta, que la eficiencia de un sistema penitenciario se ratifica: con el respeto a los Derechos Humanos de los internos, los bajos índices de reincidencia, de corrupción y de quebrantamientos de permisos de salida¹⁷).

Por lo anterior y ante este “virtual” fracaso carcelario, el Estado mexicano, no debe mostrarse ajeno a dicha realidad. Contrariamente, sus autoridades deben atender y entender la importancia de la reincorporación social de los internos, como una política pública prioritaria, lo que repercutirá en la disminución de los índices de reincidencia y aumentará la credibilidad de la institución.

En esta tesitura, la moderna ejecución de la pena privativa de mexicana libertad tiene como prioridad la reinserción social del penado. Aquí, la importancia de que el Estado mexicano se sume a estos objetivos (lo que podemos corroborar con la relativamente reforma constitucional penal del año 2008)¹⁸.

Aunado a lo anterior, debemos proponer alternativas que, en apoyo a las autoridades gubernamentales, permitan potenciar, por un lado, la consecución del fin primario que impregna a las instituciones penitenciarias mexicanas que no es otro que el relativo a la resocialización, con independencia de que se logren otros fines secundarios, como: la retención y custodia de los detenidos presos y penados, así como la asistencia internos y liberados (objetivos, que deben ser garantizados por todo Estado de Derecho, y por otra parte, garantizar la efectiva protección de los Derechos Humanos de los internos durante la secuela resocializadora.

2. Los Derechos Humanos al interior de la prisión

En México, el reconocimiento, defensa e interpretación de los Derechos Humanos (positivación), es tema que, paulatinamente, ha ido evolucionando¹⁹. No obstante,

¹⁶ Sobre esta materia, vid., ampliamente, GARCÍA RAMÍREZ, S.: *La reforma penal de 1971*, México, 1971, *passim*, particularmente, p. 57 y sigs.

¹⁷ En este sentido, vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Penología*, 3ª ed., México, 2003, p. 217.

¹⁸ Al respecto, vid. CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA.: *Reforma constitucional de Seguridad y Justicia*, México, 2008.

¹⁹ En opinión de García Ramírez, Los Derechos Humanos se constituyen en nuestro tiempo como un asunto explosivo y expansivo que demandan sus propias garantías. Al respecto, vid. GARCÍA RAMÍREZ, S. *Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana*, México, 2002, p. 5.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

consideramos, que falta mucho por realizarse en esta asignatura²⁰; ello es comprobable, pues, mientras en otras latitudes, se alude a la existencia de derechos de tercera y/o cuarta generación²¹, en nuestro país, por el contrario, pareciera que nos encontramos en la primera etapa, aquella donde el individuo, el ciudadano, tenía que enfrentarse con la autoridad para mediante la lucha, arrancarle tales derechos²².

En efecto, en el ámbito nacional (*ad intra*) existen dos vías que, en cierta medida, garantizan tales prerrogativas. Así, podemos aludir, en primer lugar, a la vía jurisdiccional (Juicio de Amparo²³) y, en segundo plano, a la no jurisdiccional o subsidiaria (Queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos y/o Comisiones Estatales de Derechos Humanos²⁴).

En lo atinente al ámbito penitenciario nacional, podemos señalar que, en la mayoría de los casos, la defensa de los derechos de los reclusos, sucumbe ante los actos de las autoridades penitenciarias, toda vez que se carece de los institutos

²⁰ Así, lo ha entendido Cárdenas Gracia, quien señala que: "hacen falta instrumentos constitucionales y legales para la protección de intereses colectivos y difusos". Cfr. CÁRDENAS GRACIA, J.: "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico", en VV. AA., ESTRADA TORRES, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, 2006, pp. 62-63.

²¹ En este sentido, vid. LABRADA RUBIO, V.: *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos: fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Madrid, 1998, p. 63 y sigs. En palabras de García Ramírez, éstas generaciones se constituyen en: "la expresión de diversas generaciones revolucionarias que alimentan la expansión y el enriquecimiento de aquellos derechos o, dicho en otra forma, generaciones de exigencias emergentes y de libertades, facultades y prerrogativas vinculadas con éstos". Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S. Los Derechos..., op. cit., p. 15.

²² En esta tesitura, entre otros, vid. VON IHERING, R.: *La lucha por el derecho*, POSADA Y BIESCA, A. (Trad.): Madrid, 1881, pp. 2-3; GARCÍA RAMÍREZ, S. Los Derechos... op. cit., pp. 24-25; NÚÑEZ TORRES, M.: "Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI", en VV. AA., ESTRADA TORRES, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., pp. 154-155. En criterio de Corcuera Cabezut, en México, el desconocimiento de los medios de defensa de los Derechos Humanos resulta tan significativo que: "en la práctica profesional, en contadas ocasiones los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos son invocados por las partes en conflicto y tomados en cuenta por los jueces en la emisión de sus sentencias". Cfr. CORCUERA CABEZUT, S.: *Derecho constitucional y derecho internacional de los Derechos Humanos*, México, 2002, p. XIX.

²³ Realizando un análisis pormenorizado de esta institución genuinamente mexicana, vid., entre otros, FIX ZAMUDIO, H.: *El Juicio de Amparo*, México, 1964, *passim*. el mismo: *Estudio de la defensa de la Constitución*, México, 1991, pp. 97-111; CASTRO, J.: *Lecciones de garantías y amparo*, México, 1975, pp. 229-300; BURGOA ORIHUELA, I.: *El Juicio de Amparo*, 24ª ed., México, 2004, *passim*.

²⁴ Con respecto a esta materia, vid. QUINTANA ROLDÁN, C. F./SABIDO PENICHE, N. D.: *Derechos Humanos*, México, 1998, *passim*; CARPIZO, J.: *Derechos Humanos y Ombudsman*, México, 1998, *passim*; FIX-FIERRO, H.: "Comentarios al artículo 1º Constitucional", en VV. AA., "Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones"; Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Tomo V, México, 2000, pp. 7-8; COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (material para su divulgación), 2ª ed., México, 2004, *passim*.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

adecuados para la salvaguarda de los mismos; es decir, se deja a los internos en un completo abandono²⁵, olvidándose del mencionado fin primario de la prisión mexicana, la reinserción social, para aplicarse (permutarse) a éstos la justicia retributiva²⁶.

Además, debemos mencionar que: “pese a las declaraciones normativas que señalan que a los reclusos solo se les ha de privar de su libertad, todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran devaluados en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando los mismos se refieren a quienes viven en libertad”²⁷.

Estas circunstancias que se padecen en el interior de las prisión mexicana (abandono y devaluación de derechos de los penados), han motivado a algún sector de la doctrina penitenciaria nacional por considerarla como el lugar en el que, por antonomasia, se violan cotidianamente los Derechos Humanos²⁸, convirtiéndose su disfrute, en un lejano anhelo más que una realidad²⁹.

Por tanto, debemos actuar en forma conjunta, tanto autoridades gubernamentales, personal penitenciario y ciudadanía con el objetivos de eficientizar el sistema

²⁵ No obstante, el derecho de las personas a privadas de su libertad a ser tratadas humanamente y con el debido respeto a la dignidad humana, es una problemática que ha inspirado la elaboración de un número importantes de instrumentos normativos. Ampliamente, vid., entre otros, O'DONNEL, D.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, ZAVALA DEALBA, L. E. (Pres.): México, (reimp.2007), *passim*, particularmente pp. 200-203; PINTO, M.: “Mecanismos de protección internacional de los Derechos Humanos”, en VV. AA., *Jornadas sobre sistema penitenciario y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1997, p. 69 y sigs.

²⁶ Así, denominada por Zagreblesky, quien señala: “Según la justicia retributiva, el mal reclama el mal, el bien el bien; el delito pide una pena equivalente, la buena acción el premio correspondiente. Es una proyección de la idea del contrapeso o del trueque: La justicia como venganza o como reconocimiento”. Cfr. ZAGREBELSKY, G./MARTINI, C. M.: *La exigencia de justicia*, CARBONELL, M. (Trad.): Madrid, 2006, p. 37.

²⁷ Cfr. RIVERA BEIRAS, I.: “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos”, en VV. AA., RIVERA BEIRAS, I. (Coord.): *Tratamiento penitenciario y Derechos Humanos*, Barcelona, 1994, p. 47.

²⁸ En criterio de Roldan Quiñones/Hernández Bringas, la prisión mexicana carece de un humanismo, pues “solamente en los hechos ha predominado la brutalidad, la extorsión institucionalizada, la segregaciones en celdas de castigo, la sobre población degradante, la falta de alimento, y en general la ausencia de un régimen de derecho”. Cfr. ROLDÁN QUIÑONES, L. F./HERNÁNDEZ BRINGAS, M. A.: *Reforma penitenciaria integral. El paradigma mexicano*, México, 1999, p. 233.

²⁹ Vid. REYES ECHANDÍA, A.: *Criminología*, Colombia, 1987, p. 314. En esta línea argumental, vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, N.: “Cara y cruz de los Derechos Humanos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, núm. Extraordinario, Vol. 3, 1998-1999, pp. 89-102.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

penitenciario mexicano. Esto significa: instrumentar las vías indispensables para lograr eficazmente los fines que impregnan a las instituciones penitenciarias mexicanas, como son, la reinserción social del interno y la protección de los Derechos Humanos de los reclusos, pues éstos continúan siendo titulares de derechos (y obligaciones), con excepción de que les sean limitados los derechos que, expresamente se señalen en fallo condenatorio, así como del contenido de la sentencia³⁰.

3. Los retos del sistema penitenciario mexicano

Si el Estado Mexicano se erige en la actualidad como un Ente Social, Democrático y de Derecho³¹, consecuentemente justo; entonces, debe configurarse como el garante de los Derechos Humanos de los miembros que lo integran³². Esto significa que las autoridades gubernamentales deben instrumentar políticas públicas³³ dirigidas a impulsar el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de los hombres en libertad, así como de aquellos que se encuentran expurgando una pena de prisión³⁴.

³⁰ Así contemplado en el modelo español.

³¹ Al respecto, entre otros, vid. MIR PIUG, S.: *El Derecho penal en el Estado social democrático y de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 31-34; BESARES ESCOBAR, M. A.: “Los Derechos Humanos y la procuración de justicia”, en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. Especial 1, 1999, p. 313 y sigs. Analizando la crisis actual del Estado Democrático y de Derecho, vid. FIGUERUELO BUERRIEZA, A.: “Significado y funciones del Derecho constitucional”, en *Revista de investigaciones Jurídicas*, núm. 27, 2003, p. 72. Con una idea que analiza al mencionado Estado de Derecho, como una “cláusula institucional”, vid. NUÑEZ TORRES, M.: “Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI”, en VV. AA., ESTRADA TORRES, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., pp. 135-169.

³² Por ello, como comenta Rawls, “en una sociedad justa, la igualdad de ciudadanía se da por establecida definitivamente si los derechos fundamentales asegurados por la justicia y por el Estado no están sujetos ni regateos políticos ni cálculos de intereses sociales”. Cfr. RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, 2ª ed., México, 2006, p. 17.

³³ Con respecto a los retos que debe afrontar la nueva Administración Pública Federal, como garante de los Derechos Humanos de los ciudadanos, en México, vid. GONZÁLEZ ARÉCHIGA, B./TORRES ESTADA, P./DE LA CRUZ LEDEZMA, C./GABARROT ARENAS, M.: “Estrategias para un federalismo gobernable ciudadano”, en VV. AA., GONZÁLEZ ARÉCHIGA, B. (Coord.): *Políticas públicas para el crecimiento y consolidación democrática 2006-2012. propuestas para una gobernabilidad, el federalismo, el empleo con estabilidad y la igualdad de oportunidades*, México, 2006, *passim*.

³⁴ Al respecto, vid. BUENO ARÚS, F.: Estudio preliminar, en GARCÍA VALDÉS, C.: *La reforma penitenciaria española. (Textos y materiales para su estudio)*, Madrid, 1981, p. 8. Esto significa que la sociedad, a través de los órganos estatales, hace saber al recluso que éste continúa integrando a la misma, solo que se le prepara para su pronta vuelta en libertad. Por ello, el actual concepto de tratamiento penitenciario, previsto en los modernos sistemas carcelarios de occidente (caso español), se dirige a paliar las carencias del cautivo ofertándole las herramientas indispensables para que no haya un violento impacto al momento de egresar de la prisión. Cabe poner de relieve que el derecho de las personas

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Consideramos que en México, existe una desatención a la sociedad carcelaria³⁵ y sus personajes del cautiverio³⁶. Surge aquí, por una parte, la demanda social y, por otra, la necesidad estatal por instrumentar políticas que, en armonía, con los principios fundamentales penitenciarios³⁷, coadyuven, a garantizar³⁸ los mencionados Derechos Humanos de los reclusos³⁹, para ofertar las instituciones penitenciarias necesarias que en forma concatenada, contribuirán al exitoso proceso de reinserción social de los penados, toda vez que: “la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación del penado”⁴⁰.

Ahora bien, mencionar cuáles son los retos que debe superar el sistema penitenciario mexicano resulta demasiado pretencioso, máxime cuando el objeto de estudio es complejo, toda vez que se corre el riesgo de que aspectos subjetivos incidan en nuestro análisis. De aquí, la importancia de la ciencia.

Al aplicar el método científico, es posible determinar algunos aspectos que deben mejorarse en el mundo de las prisiones mexicanas, a diferencia de lo que sucede con otras aportaciones empíricas, que están fundamentadas subjetivamente, que generan confusión y desvirtúan la esencia de la propia ciencia penitenciaria.

³⁵ Vid. NEUMAN. E.: *La sociedad Carcelaria, Buenos Aires, passim.*

³⁶ GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, México, 1996, *passim.*

³⁷ En este sentido, vid. VILLANUEVA, R./LÓPEZ M. A./PÉREZ, M. L.: *México y su sistema penitenciario*, México, 2006, p. 34y sigs.

³⁸ Hacemos referencia al modelo garantista propuesto por Ferrajoli, vid. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, p. 851 y sigs.

³⁹ GARCÍA RAMÍREZ, S. Los Derechos..., op. cit., p. 23.

⁴⁰ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: “El sistema penitenciario, los Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional”, en VV. AA., RIVERA BEIRAS, I. (Coord.): *Tratamiento penitenciario*, Barcelona 1994, op. cit., p. 35. En esta línea argumental, el profesor Eraña Sánchez, establece que la readaptación social es una garantía pero a la vez una prestación gubernamental, que se contempla como un derecho constitucional del sentenciado, y que se tiene frente a la potestad estatal, para recamar la inserción en un régimen penitenciario regenerador. Vid. ERAÑA SÁNCHEZ, M.: “Comentario a la sentencia I.-20/2003 de la SCJN que convalida la Legislación Estatal de Penas Perpetuas (fácticas)”, en *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 36, 2006, p. 483; el mismo: “Reforma penal y constitución”, en *Sistema Penal*, Ed. Especial, agosto, 2007, p. 195. Con similares conceptos vid. AGUDELO BETANCUR, N.: “Francesco Carrara y Hans Welzel: La ciencia del derecho criminal como límite al control punitivo del Estado”, en VV. AA., MORENO HERNÁNDEZ, M./STRUENSEE, E./CEREZO MIR, J./SCHÔNE, W. (Comps.): *Problemas capitales del moderno derecho penal*, México, 2005, p. 230; BARBERO SANTOS, M. “Estado constitucional de derecho y sistema penal”, en VV. AA., MORENO HERNÁNDEZ, M. (Coord.): *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI. Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal*, México, 2001, p. 14. Críticamente, al fin de la readaptación social, vid. GONZÁLEZ PLACENCIA, L.: *Política criminal y sociología del control penal*, México, 2006, p. 166.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Así pues, el gran desafío para el Sistema Penitenciario Mexicano radica en dignificar la estancia prisional⁴¹. Para ello, resulta necesario que se lleven a cabo algunas modificaciones que señalamos en párrafos precedentes. No obstante, debemos indicar que para poder llegar a aportar nuestras propuestas con una base científica, hemos aplicado el método comparado del profesor Pegoraro⁴². Lo significa que llevamos a cabo una micro y macro comparación (atendiendo a principios fines e instituciones análogas) con un modelo carcelario pionero que, actualmente, marca pautas en los modernos sistemas carcelarios de occidente, al potenciar la resocialización⁴³ y la protección de los Derechos Humanos de los reclusos, como es el caso español⁴⁴, lo que nos ha permitido determinar que es posible extrapolar algunos

⁴¹ Como certeramente apunta Barros Leal: “La lucha por los derechos de los presos es un gigantesco desafío, tal vez uno de los mayores de los tiempos modernos. Vencerlo es una tarea en la que todos tenemos que involucrarnos”. Cfr. BARROS LEAL, C.: *Prisión. Crepúsculo de una era*, México, 2000, p. 21; en este sentido, vid. RAMÍREZ CALDERÓN, C. “Síntesis”, en VV, A., ESCOBAR, G. (Dir.): *Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, 2007, p. 546.

⁴² Vid. PEGORARO, L.: “Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales”, TORRES ESTRADA, P. (Trad.): en *Letras Jurídicas*, núm. 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, 2002, p. 17.

⁴³ Con independencia de la terminología que se utilice al aludir a este fin (resocialización, reinserción, reincorporación, readaptación social, etc.), lo que se pretende con este objetivo, es preparar al interno para su vuelta a la libertad, ofertándole durante su estancia en prisión las herramientas necesarias que le permitan reincorporarse lo menos frustrante a la sociedad. Con relación a esta temática, vid. BERGALLI, R.: *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976; en el mismo sentido, entre otros, vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. XXXII, Fascículo III, 1979, pp. 645-700; MUÑOZ CONDE, F.: “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979. pp. 91-106; MAPELLI CAFFARENA, B.: “Desviación Y resocialización”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 23, 1984, pp. 311-388; el mismo: Voz “Pena privativa de libertad”, en VV.AA., PELLISÉ PRATS, B. (Dir.): *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, 1989, pp. 447-450; REDONDO ILLESCAS, S.: “Entorno penitenciario y reinserción social”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 240, 1988, pp. 123-126; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “La prisión: historia, crisis, perspectivas de futuro”, en VV.AA., *Reformas penales en el mundo de hoy*. Madrid, 1984, pp. 139-153; BUENO ARÚS, F.: “A propósito de la reinserción social del delincuente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, pp. 59-69; BERISTAIN IPIÑA, A.: *El delincuente en democracia*, Buenos Aires, 1985, pp. 32-36; SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Madrid, 2000, pp. 147-149; TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Contenido de la pena de prisión. Sistema de cumplimiento”, en VV.AA., TAMARIT SUMALLA, J. M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. (Coords.): *Curso de Derecho Penitenciario*, Valencia, 2001, p. 34; SANZ MULAS, N.: “La sanción penal”, en VV.AA., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.): *Manual de Derecho penitenciario*, Salamanca, 2001, p. 37.

⁴⁴ Ampliamente, vid. ZARAGOZA HUERTA, J.: “El sistema penitenciario español como un referente obligado para los modelos mexicanos e iberoamericanos”, en VV.AA., FIGUERUELO BURRIEZA, A./GORJÓN GÓMEZ F. J. (Edits.): *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica. Libro homenaje a*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

institutos carcelarios ausentes en la normativa mexicana, pero presentes en el modelo ibérico⁴⁵.

En primer lugar, debe llevarse a cabo una participación más efectiva de los gobiernos Federal, estatal y municipal, pues no pueden mostrarse ajenos a la realidad que lacera a los reclusos, realizando políticas públicas que atiendan este rubro social, pues en definitiva, si actualmente la cárcel es una amarga necesidad también es el hecho que la prisión es una vergüenza para la humanidad.

En segundo término, debe introducirse una Ley Federal Penitenciaria que rija para todo el país, pues tratándose de derechos humanos, la Federación debe legislar al respecto, desplegando actividades de coordinación y no de subordinación con respecto los demás Estados y el Distrito Federal, con el propósito de “arrancar” a las Entidades Federativas y al Distrito Federal sus competencias de organización penitenciaria, de tal suerte que sea la Federación quien asuma dicho compromiso, promulgándose una Ley Federal Penitenciaria⁴⁶, que, desarrollando los preceptos establecidos en las Normas Mínimas mexicanas del año 1971 y unificando los principios, fines e instituciones carcelarias, acabará con la dispersión normativa que genera, confusiones y violaciones a los internos de la República Mexicana⁴⁷.

los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León, España, 2008, p. 291 y sigs; el mismo: *Derecho penitenciario español*, México, 2007, *passim*

⁴⁵ Al respecto, vid. SANZ DELGADO, E.: "Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVI, 2003, p. 349.

⁴⁶ Cabe mencionar, que encontramos algunos antecedentes: a) aludimos a iniciativa presentada por el entonces, Senador del Estado de la Baja California, el Sr. Amador Rodríguez Lozano, consistente en expedir un Código Federal de Ejecución de Sentencias; b) Iniciativa presentada por el Legislador, Alejandro Landero Gutiérrez (PAN), quien propone se expida la Ley del Sistema Federal de Ejecución de Sentencias que tiene por objeto regular la ejecución de las sanciones penales y organizar el sistema penitenciario bajo determinados aspectos como son: La intervención del juez en materia de ejecución de sentencias penales y del os órganos jurisdiccionales de la federación en la solución de las controversias que se susciten entre la autoridad penitenciaria federal y local. (*estatus*, no dictaminada).

⁴⁷ La falta de homogeneidad legislativa, y de uniformados, y racionales criterios de interpretación de las normas penitenciarias vigentes, son factores que sirven de abono a posibles situaciones de corrupción e intereses mezquinos en detrimento de los derechos de los internos. Al respecto, vid. OJEDA VELÁZQUEZ, J.: *Derecho de ejecución de penas*, 2ª ed., México, 1985, p. 202; en el mismo sentido, GONZALEZ BUSTAMANTE, J. J.: "Cómo es la nueva penitenciaría de México", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. XIII, 1990, p. 488; MENDOZA BREMAUNTZ, E.: *Derecho...*, op. cit., p. 254; VÁZQUEZ ESQUIVEL, E.: "El poder del imaginario y lo simbólico en la determinación de las ideas de justicia, autoridad y soberanía" en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Año 1, núm. 2, 2ª Época, 2007, p. 46. Aportando propuestas a la dispersión normativa penitenciaria mexicana, vid. ZARAGOZA HUERTA, J.: "Promulgar una Ley Federal Penitenciaria", en VV.AA., TORRES ESTRADA. P. R./BARCELÓ ROJAS, D. A: (Comps.): *La reforma del Estado*, México, 2008, pp. 265 y sigs.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En tercer estadio, debe implantarse una institución jurídica trascendental que aportaría beneficios al mundo prisional, como es la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria español, y cuyos fines que la fundamentan, podemos reducirlos a dos:

- a) fiscalizar la actividad penitenciaria y,
- b) garantizar los derechos de los internos

Dicho en otros términos, el Juez de Vigilancia se configura como la autoridad jurisdiccional que garantiza y controla el correcto funcionamiento de la relación de sujeción especial en los establecimientos penitenciarios,⁴⁸ es decir, el estricto cumplimiento del citado principio de legalidad ejecutiva plasmada en el artículo 2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁴⁹. Por ello, como certeramente apunta Figueruelo Burrieza: “en el moderno Estado de Derecho, es el juez y, en general la potestad jurisdiccional por él ejercida, la mejor garantía para la corrección y medida de los supuestos de delimitación de de los derechos”⁵⁰.

Debemos mencionar que en México, a la fecha y, no obstante lo preceptuado por la reforma constitucional penal del año 2008, se carece de dicho instituto ya que en la ejecución de la pena privativa de libertad, intervienen diversas autoridades dependientes del Poder ejecutivo.

Ante esto, qué mejor ocasión (la de este libro-homenaje) para pugnar por que se introduzca en las normativas penitenciarias del país dicho instituto pues su importación representará grandes ventajas, potenciándose con ello, el reconocimiento y la protección de los derechos de los reclusos y garantizándose el correcto cumplimiento de las actividades en los centros carcelarios.

En cuarto lugar, deben potenciarse algunas instituciones que por su propia naturaleza, sirven para paliar, en lo mayormente posible, las carencias de los reclusos, preparándolos para su pronta vuelta a la sociedad, así, por ejemplo, habrá de atenderse:

- El trabajo penitenciario, que a la fecha, es una asignatura pendiente pues solamente sirve como terapia ocupacional y, en el mejor de los

⁴⁸ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios..., op. cit., p. 241.

⁴⁹ Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Madrid, 1989, p. 270. Reiterando lo manifestado por García Valdés, Alonso de Escamilla señala que el nacimiento de la figura del Juez de Vigilancia responde fundamentalmente al principio de legalidad y de garantía de ejecución; añadiendo la autora citada, que el principio de legalidad constituye uno de los pilares básicos del Derecho Penal liberal y del Estado de Derecho. Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *El juez de vigilancia penitenciaria*, Madrid, 1985, p. 156. En este sentido, vid. CHIANG REBOLLEDO, M. E.: *Procedimiento ante el juzgado de vigilancia penitenciaria*, Barcelona, 2001, pp. 15-16.

⁵⁰ Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, A.: *La ordenación constitucional de la justicia en España*, Colombia, 1999, p.13.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

casos, solo puede ser medio de subsistencia del interno⁵¹. Conscientes de la realidad económica, consideramos que es posible atender este terreno olvidado por las autoridades mexicanas ofertando un trabajo asimilado al de la libertad con todos los derechos y obligaciones que el mismo conlleva, celebrando los convenios necesarios con distintas empresas del exterior y proporcionando los medios precisos para la consecución de tales fines.⁵²

- La instrucción y educación son derechos reconocidos, concebidos como elementos fundamentales para la futura reinserción social del interno. Este es uno más de los compromisos más, que debe asumir la legislación penitenciaria mexicana debiendo para tales efectos potenciar los derechos y garantías del acceso a la educación básica, secundaria, de pre grado y universitaria de los internos, mediante la autorización de celebración de convenios preferentemente con la Secretaría de Educación a través de sus diversas instituciones, preferentemente del lugar donde se encuentre ubicado el establecimiento penitenciario⁵³.
- La controvertida⁵⁴ visita íntima⁵⁵ o conyuga⁵⁶ es tema que poco o nada ha sido motivo de estudio ni atención de las autoridades penitenciarias⁵⁷, dejándose en el olvido a los internos solteros que no

⁵¹ Al respecto, vid. ARMANDO GÓMEZ, P.: “El trabajo”, en *Criminalia*, año XXXIV, núm. 5, 1968, pp. 261-267. Críticamente, vid. RODRÍGUEZ CAMPOS, I.: *Trabajo Penitenciario Mexicano*, Monterrey, 1987, *passim*

⁵² Al respecto, vid. ZARAGOZA HUERTA, J.: “El trabajo prisional: un derecho social, resocializador”, en VV.AA., AGUILERA PORTALES R. E./PRADO MAILLARD, J. L. (Comps.): *Derecho, Ética y Política como consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho*, México, 2008, p. 86 y sigs.

⁵³ ZARAGOZA HUERTA, J.: *El Sistema penitenciario mexicano*, México, 2009, P. 163 y sigs.

⁵⁴ Esta institución penitenciaria, resulta controvertida por cuanto a la viabilidad que puede ofrecer; al respecto, Marco del Pont señala que alrededor de la misma se han creado dos flancos, el primero, aquel integrado por quienes están a favor de la visita íntima, entre los que se destacan García Ramírez, Franco Guzmán, Sánchez Galindo, Malo Camacho, Jiménez de Asúa, Benigno di Tullio, Altmann, Santa Gadea, Laudet, Pettinatto, etc., y el segundo, formado por aquellos que no son partidarios de la misma, entre los que pueden señalarse, Cuello Calón, Von Hentig y Neuman, vid., al respecto, MARCO DEL PONT, L.: *Derecho penitenciario*, México, 1998, p. 490 y sigs.

⁵⁵ Carrancá y Rivas se decanta por la denominación de visita íntima, haciendo a un lado la relativa a la visita conyugal, pues ésta ofrece el inconveniente de que cónyuge es el casado legalmente, y resulta más amplio el concepto de visita íntima, ya que, en su realización, es posible la participación de otras personas como la concubina (o), etc. Vid. CARRANCÁ y RIVAS, R.: *Derecho...*, op. cit., pp. 493-494.

⁵⁶ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S.: *La prisión...*, op. cit., p. 86.

⁵⁷ García Valdés Alberto, primo hermano del Catedrático de derecho penal de la Universidad de Alcalá, Carlos García Valdés, comenta que las razones por las cuales ha existido desinterés por el tema de la sexualidad carcelaria, han sido, entre otras, las fuertes reticencias sociales hacia el estudio de tales cuestiones,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

pueden comprobar una relación íntima por un determinado tiempo, y menos aún, la oferta de relaciones para los reclusos homosexuales lo cual es inconcebible en un Estado democrático de derecho⁵⁸.

- No podemos dejar de un lado al último eslabón de la reinserción social del recluso. La asistencia pos penitenciaria, vínculo entre el acceso a la libertad y la inserción a la sociedad, tema que resulta ajeno a la realidad que acontece en México⁵⁹.

Finalmente, debe concientizarse a todo el funcionariado penitenciario con respecto a la trascendencia de su actividad, pues éste se consolida como el vigía del proceso resocializador, al grado de entender que su actividad se configura como un apostolado.

4. Bibliografía

- AGUDELO BETANCUR, N.: “Francesco Carrara y Hans Welzel: La ciencia del derecho criminal como límite al control punitivo del Estado”, en VV. AA., MORENO HERNÁNDEZ, M./STRUENSEE, E./CEREZO MIR, J./SCHÔNE, W. (Comps.): *Problemas capitales del moderno derecho penal*, México, 2005.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *El juez de vigilancia penitenciaria*, Madrid, 1985.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, N.: “Cara y cruz de los Derechos Humanos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, núm. Extraordinario, Vol. 3, 1998-1999.
- ARMANDO GÓMEZ, P.: “El trabajo”, en *Criminalia*, año XXXIV, núm. 5, 1968. BARBERO SANTOS, M. “Estado constitucional de derecho y sistema penal”, en VV. AA., MORENO HERNÁNDEZ, M. (Coord.): *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI. Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal*, México, 2001.
- BARROS LEAL, C.: *Prisión. Crepúsculo de una era*, México, 2000.
- BECCARÍA, C.: *De los delitos y de las penas*, ed. TOMÁS y VALIENTE, T., Madrid, 1969 (3ª reimp.), 1979.
- BERGALLI, R.: *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976.

así como el hecho de que la prisión ha sido considerada como lugar de castigo y los sujetos destinados a ella peligrosos y repletos de vicios, entre los cuales figuraban en forma destacada los de carácter sexual, por los que, desde esa simplificada visión de los hechos, parecía fuera de lugar dar importancia a los problemas sexuales reactivos a la institución carcelaria. Vid. GARCIA VALDÉS, A.: “Soluciones propuestas al problema sexual en las prisiones”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, p. 89.

⁵⁸ ZARAGOZA HUERTA, J.: El Sistema..., op. cit., p. 157 y sigs.

⁵⁹ ZARAGOZA HUERTA, J.: Ul. op. cit., p. 177 y sigs.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- BERISTAIN IPIÑA, A.: *El delincuente en democracia*, Buenos Aires, 1985.
- BESARES ESCOBAR, M. A.: “Los Derechos Humanos y la procuración de justicia”, en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. Especial 1, 1999.
- BUENO ARÚS, F.: “La Asistencia social carcelaria y poscarcelaria”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21, 1983.
- BUENO ARÚS, F.: “A propósito de la reinserción social del delincuente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985.
- BUENO ARÚS, F.: “Relaciones entre la Prisión y la Sociedad”, en *EGUZZILORE*, núm. 7, 1993.
- BUENO ARÚS, F.: Estudio preliminar, en GARCÍA VALDÉS, C.: *La reforma penitenciaria española. (Textos y materiales para su estudio)*, Madrid, 1981.
- BURGOA ORIHUELA, I.: *El Juicio de Amparo*, 24ª ed., México, 2004.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA.: *Reforma constitucional de Seguridad y Justicia*, México, 2008.
- CÁRDENAS GRACIA, J.: “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en VV. AA., ESTRADA TORRES, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, 2006.
- CARPIZO, J.: *Derechos Humanos y Ombudsman*, México, 1998.
- CARRANCÁ Y RIVAS, *Derecho penitenciario. Cárcel y penas en México*, 1981.
- CASTRO, J.: *Lecciones de garantías y amparo*, México, 1975.
- CHIANG REBOLLEDO, M. E.: *Procedimiento ante el juzgado de vigilancia penitenciaria*, Barcelona, 2001.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (material para su divulgación), 2ª ed., México, 2004.
- CORCUERA CABEZUT, S.: *Derecho constitucional y derecho internacional de los Derechos Humanos*, México, 2002.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “La prisión: historia, crisis, perspectivas de futuro”, en VV.AA., *Reformas penales en el mundo de hoy*. Madrid, 1984.
- ERAÑA SÁNCHEZ, M.: “Comentario a la sentencia I.-20/2003 de la SCJN que convalida la Legislación Estatal de Penas Perpetuas (fácticas)”, en *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 36, 2006.
- ERAÑA SÁNCHEZ, M.: “Reforma penal y constitución”, en *Sistema Penal*, Ed. Especial, agosto, 2007.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, p. 851 y sigs.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- FIGUERUELO BUERRIEZA, A.: “Significado y funciones del Derecho constitucional”, en *Revista de investigaciones Jurídicas*, núm. 27, 2003.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A.: *La ordenación constitucional de la justicia en España*, Colombia, 1999.
- FIX ZAMUDIO, H.: *El Juicio de Amparo*, México, 1964.
- FIX ZAMUDIO, H.: *Estudio de la defensa de la Constitución*, México, 1991.
- FIX-FIERRO, H.: “Comentarios al artículo 1º Constitucional”, en VV. AA., “*Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*”, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Tomo V, México, 2000.
- FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, 1976.
- GARCÍA ANDRADE, I.: *Sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas*, 2ª ed., México, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana*, México, 2002.
- GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Estudios Jurídicos*, México, 2000.
- GARCÍA RAMÍREZ, S.: *La prisión*, México, 1975.
- GARCÍA RAMÍREZ, S.: *La reforma penal de 1971*, México, 1971.
- GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, México, 1996.
- GARCÍA VALDÉS, A.: “Soluciones propuestas al problema sexual en las prisiones”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “La prisión, ayer y hoy”, en VV.AA., *Primeras Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1983.
- GARCÍA VALDÉS, C.: “Una nota acerca del origen de la prisión”, en VV. AA., GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.): *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Madrid, 1997.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Madrid, 1989.
- GARCÍA VALDÉS, C.: Una nota..., op. cit., p. 403 y sigs.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. XXXII, Fascículo III, 1979.
- GONZÁLEZ ARÉCHIGA, B./TORRES ESTADA, P./DE LA CRUZ LEDEZMA, C./GABARROT ARENAS, M.: “Estrategias para un federalismo gobernable ciudadano”, en VV. AA., GONZÁLEZ ARÉCHIGA, B. (Coord.): *Políticas públicas para el crecimiento y consolidación democrática 2006-2012. propuestas para una gobernabilidad, el federalismo, el empleo con estabilidad y la igualdad de oportunidades*, México, 2006.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- GONZALEZ BUSTAMANTE, J. J.: “Cómo es la nueva penitenciaría de México”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. XIII, 1990.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, L.: *Política criminal y sociología del control penal*, México, 2006.
- LABRADA RUBIO, V.: *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos: fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Madrid, 1998.
- LEGANÉS GÓMEZ S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2009.
- LUNA ALTAMIRANO, J. G.: “¿Cómo abatir la sobre población en las cárceles?” en *Criminogénesis*, núm. 0, 2006.
- *Manual de prisiones*, 4ª ed., México, 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: “Desviación Y resocialización”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 23, 1984.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: “El sistema penitenciario, los Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional”, en VV. AA., RIVERA BEIRAS, I. (Coord.): *Tratamiento penitenciario*, Barcelona, 1994.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: Voz “Pena privativa de libertad”, en VV.AA., PELLISÉ PRATS, B. (Dir.): *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, 1989.
- MARCO DEL PONT, L.: *Derecho penitenciario*, México, 1998.
- MELOSSI, D./PAVARINI, M.: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, México, 1980.
- MENDOZA BREMAUNTZ, E.: “El régimen progresivo técnico en el penitenciarismo mexicano”, en *Criminogénesis*, núm. 0, 2006.
- MENDOZA BREMAUNTZ, E.: *Derecho penitenciario*, México, 1999.
- MIR PIUG, S.: *El Derecho penal en el Estado social democrático y de derecho*, Barcelona, 1994.
- MORA MORA, L. P.: “Sobrepoblación penitenciaria y Derechos Humanos: La experiencia Constitucional”, en VV. AA., CARRANZA, E. (Coord.): *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, México, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F.: “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979.
- NEUMAN, E.: *La sociedad Carcelaria*, Buenos Aires, 1991.
- NÚÑEZ TORRES, M.: “La positivación de los Derechos Humanos”, en ZARAGOZA HUERTA, J./AGUILERA PORTALES, R./NÚÑEZ TORRES, M. (Aut.): *Los Derechos Humanos en la sociedad contemporánea*, México, 2007.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

- NÚÑEZ TORRES, M.: “Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI”, en VV. AA., ESTRADA TORRES, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo...*, op. cit.,
- O’DONNEL, D.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, ZAVALA DEALBA, L. E. (Pres.): México, (reimp.2007).
- OJEDA VELÁZQUEZ, J.: *Derecho de ejecución de penas*, 2ª ed., México, 1985.
- PEGORARO, L.: “Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales”, TORRES ESTRADA, P. (Trad.): en *Letras Jurídicas*, núm. 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, 2002.
- PINTO, M.: “Mecanismos de protección internacional de los Derechos Humanos”, en VV. AA., *Jornadas sobre sistema penitenciario y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1997.
- QUINTANA ROLDÁN, C. F./SABIDO PENICHE. N. D.: *Derechos Humanos*, México, 1998.
- RAMÍREZ CALDERÓN, C. “Síntesis”, en VV, A., ESCOBAR, G. (Dir.): *Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, 2007.
- RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, 2ª ed., México, 2006.
- REDONDO ILLESCAS, S.: “Entorno penitenciario y reinserción social”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 240, 1988.
- REYES ECHANDÍA, A.: *Criminología*, Colombia, 1987.
- RIVERA BEIRAS, I.: “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos”, en VV. AA., RIVERA BEIRAS, I. (Coord.): *Tratamiento penitenciario y Derechos Humanos*, Barcelona, 1994.
- RODRÍGUEZ ALONSO, A.: *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3ª ed., Granada, 2003.
- RODRÍGUEZ CAMPOS, I.: *Trabajo Penitenciario Mexicano*, Monterrey, 1987.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Penología*, 3ª ed., México, 2003.
- ROLDÁN QUIÑONES, L. F./HERNÁNDEZ BRINGAS, M. A.: *Reforma penitenciaria integral. El paradigma mexicano*, México, 1999.
- SALILLAS Y PANZANO, R.: *La vida penal en España*, Madrid, 1888.
- SANZ DELGADO, E.: "Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVI, 2003.
- SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Madrid, 2000.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

- SANZ MULAS, N.: “La sanción penal”, en VV.AA., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.): *Manual de Derecho penitenciario*, Salamanca, 2001.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Contenido de la pena de prisión. Sistema de cumplimiento”, en VV.AA., TAMARIT SUMALLA, J. M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. (Coords.): *Curso de Derecho Penitenciario*, Valencia, 2001.
- VÁZQUEZ ESQUIVEL, E.: “El poder del imaginario y lo simbólico en la determinación de las ideas de justicia, autoridad y soberanía” en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Año 1, núm. 2, 2ª Época, 2007.
- VILLANUEVA, R./LÓPEZ M. A./PÉREZ, M. L.: *México y su sistema penitenciario*, México, 2006.
- VON IHERING, R.: *La lucha por el derecho*, POSADA Y BIESCA, A. (Trad.): Madrid, 1881.
- ZAGREBELSKY, G./MARTINI, C. M.: *La exigencia de justicia*, CARBONELL, M. (Trad.): Madrid, 2006.
- ZARAGOZA HUERTA, J.: “El sistema penitenciario español como un referente obligado para los modelos mexicanos e iberoamericanos”, en VV.AA., FIGUERUELO BURRIEZA, A./GORJÓN GÓMEZ F. J. (Edits.): *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica. Libro homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León, España*, 2008.
- ZARAGOZA HUERTA, J.: “El trabajo prisional: un derecho social, resocializador”, en VV.AA., AGUILERA PORTALES R. E./PRADO MAILLARD, J. L. (Comps.): *Derecho, Ética y Política como consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho*, México, 2008.
- ZARAGOZA HUERTA, J.: “Promulgar una Ley Federal Penitenciaria”, en VV.AA., TORRES ESTRADA. P. R./BARCELÓ ROJAS, D. A: (Comps.): *La reforma del Estado*, México, 2008.
- ZARAGOZA HUERTA, J.: “Promulgar una Ley Federal Penitenciaria”, en VV.AA., TORRES ESTRADA. P. R./BARCELÓ ROJAS, D. A: (Comps.): *La reforma del Estado*, México, 2008.
- ZARAGOZA HUERTA, J.: *Derecho penitenciario español*, México, 2007.
- ZARAGOZA HUERTA, J.: *El Sistema penitenciario mexicano*, México, 2009.

ENTRE LIBERTAD Y CASTIGO: DILEMAS DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO

ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA MAESTRA EMMA MENDOZA BREMAUNTZ

Contenido

Recuerdos para una gran Maestra: Emma Mendoza Bremauntz	
A manera de presentación	5
David CIENFUEGOS SALGADO	
Emma Mendoza Bremauntz	9
Luis RODRÍGUEZ MANZANERA	
La actualización de la enseñanza del Derecho frente a la globalización	17
Emma MENDOZA BREMAUNTZ	
En honor de la Maestra Emma Mendoza Bremauntz	41
Gerónimo Miguel ANDRÉS MARTÍNEZ	
Política criminológica y seguridad pública: un análisis alternativo desde la criminología crítica	59
Rafael E. AGUILERA PORTALES y Joaquín GONZÁLEZ CRUZ	
Conveniencia político-criminológica de la tutela ambiental a través del derecho penal	83
Israel ALVARADO MARTÍNEZ	
De la trata de blancas a la proscripción del tráfico de seres humanos	103
Luis ARROYO ZAPATERO	
La justicia de menores en Brasil y el sistema garantista. La edad de la responsabilidad penal	121
César BARROS LEAL	
Código Penal Único para México	155
Alfredo CALDERÓN MARTÍNEZ	

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Criminología de la posmodernidad. Una lectura de derecho penal regional	167
Alejandro CARLOS ESPINOSA	
Análisis jurídico sobre la ley de extradición internacional	203
Israel CASTILLO GONZÁLEZ	
La víctima en el derecho penal	237
Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ	
De la premodernidad a la posmodernidad en la justificación del ius puniendi	247
Héctor CHINCOYA TEUTLI	
Las sanciones en el derecho indígena	265
David CIENFUEGOS SALGADO	
¿Derecho penal del enemigo? La delincuencia organizada en la reforma constitucional de 18 de junio de 2008	291
Arturo Luis COSSÍO ZAZUETA	
La construcción del concepto de justicia en los futuros ciudadanos y profesionales del derecho	305
Carlos E. CUENCA DARDÓN	
Brazalete electrónico ¿Libertad anticipada a tratamiento?	319
Juana FERIA PASCUAL	
Origen de la pena de prisión, su orientación criminológica y la pretendida rehabilitación	329
Andrea FERNÁNDEZ ARCIGA	
La industria del secuestro en México	343
Rubén FERNÁNDEZ LIMA	
La implementación en México del Tratado Internacional “Protocolo de Estambul: el Protocolo Facultativo para la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos y degradantes de las Naciones Unidas”	355
Talia GARZA HERNÁNDEZ	

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

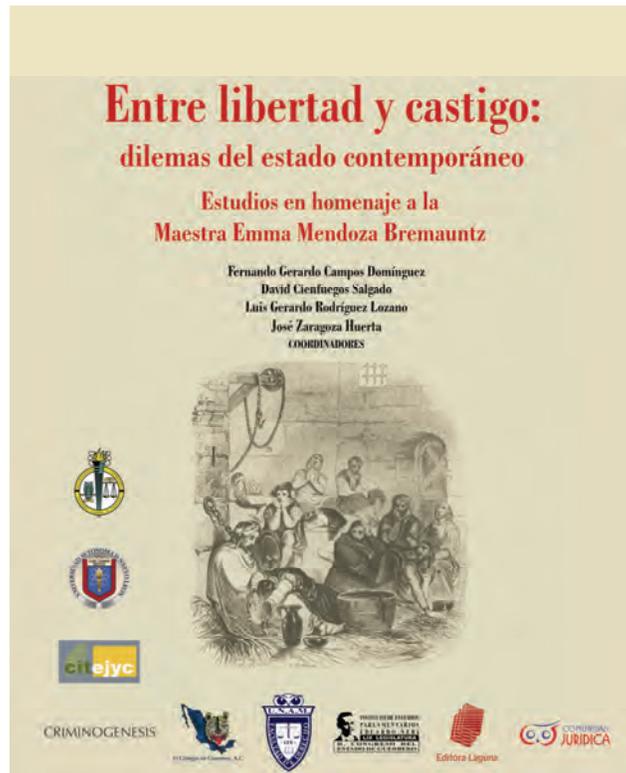
Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad: fundamento de la ejecución de la pena y la reinserción social	373
Luis GONZÁLEZ PLACENCIA y Julieta MORALES SÁNCHEZ	
La redefinición del concepto de la Seguridad Pública en la Constitución Mexicana y la evolución de la jurisprudencia en la materia	383
Samuel GONZÁLEZ RUIZ y Julio César GUILLÉN BONIFAZ	
Los “nuevos delitos” previstos en el Código Fiscal de la Federación	409
Pablo HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA y José HERNÁNDEZ ESTRADA	
Criterios de oportunidad y política criminal	419
José Daniel HIDALGO MURILLO	
Testigo ¿protegido?	435
Diego Efraín LARA RIVERA	
El garantismo y los derechos humanos en la reforma penal constitucional	443
Rogelio LÓPEZ SÁNCHEZ	
Justicia de menores	461
Miguel Ángel MANCERA ESPINOSA	
Victimología: la trata de blancas y la grave vulnerabilidad de las víctimas	473
Hilda MARCHIORI	
Derecho penal y globalización	489
Rafael MÁRQUEZ PIÑEIRO	
Delitos fiscales y el nuevo sistema de justicia penal	497
Víctor Manuel MARTÍNEZ CONTRERAS	
La educación en la reclusión	507
José Luis MUSI NAHMÍAS	
El Estado ausente en prisiones de México	515
Elías NEUMAN	

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

De la víctima y del ofendido	533
Jorge OJEDA VELÁZQUEZ	
Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género	567
Miguel OLMEDO CARDENETE	
La caída del sistema (Crisis de gobernabilidad en las cárceles de México)	599
Gerardo Saúl PALACIOS PÁMANES	
Mecanismos de control en la generación de Inteligencia Civil para la Seguridad Nacional	627
Alejandro Daniel PÉREZ CORZO y Sandro GARCÍA ROJAS CASTILLO	
Justicia restaurativa: Del castigo a la reparación	639
José Benito PÉREZ SAUCEDA y José ZARAGOZA HUERTA	
Problemas y soluciones al modelo tradicional de aplicaciones de la sanción criminal	655
Zainer PIMENTEL CAVALCANTE COSTA	
¿Cuándo y en qué medida es la omisión un delito?	667
Miguel POLAINO NAVARRETE	
Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española	681
Miguel POLAINO ORTS	
La gestión jurídica de la inmigración irregular: una zona entre medias de la legalidad y la ilegalidad	707
J. Alberto del REAL ALCALÁ	
Reflexiones sobre Cesare Beccaria y el derecho penal	725
Luis Gerardo RODRÍGUEZ LOZANO	
Análisis del caso Tadic en lo relativo a la proporcionalidad de la pena que se le impuso	743
Ivonne Yenissey ROJAS	

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Problemas penitenciarios de hoy y de siempre	757
Antonio SÁNCHEZ GALINDO	
El cateo, el principio de proporcionalidad y la 10ª época de la jurisprudencia mexicana	769
Rodolfo SÁNCHEZ ZEPEDA	
El nuevo régimen penitenciario en México	785
José Luis TRUJILLO SOTELO	
Las funciones constitucionales del juez de control en el sistema penal acusatorio	803
Óscar URIBE BENÍTEZ	
Del lenguaje para someter a los pueblos	821
Clemente VALDÉS SÁNCHEZ	
Reflexiones sobre deontología judicial	837
Efrén VÁZQUEZ ESQUIVEL	
La policía en un plan de política criminal en el Distrito Federal	845
Alfredo VELÁZQUEZ RODRÍGUEZ	
Las garantías penales en las constituciones de 1857 en perspectiva juscomparatista	869
E. Raúl ZAFFARONI	
El sistema penitenciario mexicano: realidad y retos	891
José ZARAGOZA HUERTA	



Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz

libro colectivo coordinado por Fernando Gerardo Campos Domínguez, David Cienfuegos Salgado, Luis Gerardo Rodríguez Lozano y José Zaragoza Huerta se terminó de editar en diciembre de 2011.

[Libro electrónico]

ISBN 978-607-7679-39-4