

SERIE ESTUDIOS EN CIENCIAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS

CÉSAR BARROS LEAL
JULIETA MORALES SÁNCHEZ
Organizadores

TOMO II
En Homenaje a
Antonio Sánchez Galindo

II
Curso Brasileño
Interdisciplinario en
Derechos Humanos



**César Barros Leal
Julieta Morales Sánchez
Organizadores**

**SERIE ESTUDIOS EN CIENCIAS
PENALES Y DERECHOS HUMANOS**

TOMO II

EN HOMENAJE A ANTONIO SÁNCHEZ GALINDO

2013



César Barros Leal
Julieta Morales Sánchez
Organizadores

**SERIE ESTUDIOS EN CIENCIAS
PENALES Y DERECHOS HUMANOS**

TOMO II

EN HOMENAJE A ANTONIO SÁNCHEZ GALINDO

Catálogo na Publicação
Bibliotecária: Perpétua Socorro Tavares Guimarães C.R.B. 3 801/98

- L433s Leal, César Barros
Serie estudios en ciencias penales y derechos humanos. Tomo II /
César Barros Leal e Julieta Morales Sánchez [organizadores] .- For-
taleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013.
370 p.
ISBN: 978-85-420-0165-5
(En homenaje a Antonio Sánchez Galindo)
Texto em espanhol
1. Direitos humanos I. Título

CDD: 341.272

ÍNDICE

Presentación	7
Tecnología y Poder. Un Análisis Foucaultiano de los Discursos acerca de la Monitorización Electrónica Anna Vitores y Miquel Domènech	11
Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Cuanto a su Jurisprudencia en Materia de Reparaciones Antônio Augusto Cançado Trindade.....	51
El Juez de Vigilancia Antonio Sánchez Galindo	79
La Criminología en la Posmodernidad Carlos Alberto Elbert.....	91
Un Viaje Virtual al Interior de las Cárceles César Barros Leal	109
Medidas Cautelares y Nuevo Proceso Penal en México David Cienfuegos Salgado	119
Internacionalización del Delito y Globalización en el Tercer Milenio Emma Mendoza Bremauntz.....	161
La Tutela Penal del Patrimonio Cultural en el Derecho Comparado Felipe Renart García.....	195
La Aplicación del Concepto de Autoría Mediata a Través de Aparatos Organizados de Poder por los Tribunales Penales Internacionales: Desde el Caso Stakic Hasta el Caso Omar Al Bashir Héctor Olásolo Slonso.....	213
Deficiencia en la Aplicación de los Derechos Victimales en México Javier Alberto Higuera Zazueta	237

Autoritarismo de Estado: El Terror de la Desregulación por Vía de la Legislación	
José Antonio Álvarez León y Alejandra Maciel Garduño	255
Sadomasoquismo Versus Sadismo	
José Martín Amenabar Beitia	275
Trata de Personas, Prostitución, Derechos Humanos y Género: Hacia una Visión Integral	
Julieta Morales Sánchez	295
La Suspensión de Derechos Políticos por Cuestiones Penales en México	
Manuel González Oropeza, Carlos Báez Silva y David Cienfuegos Salgado.....	309
Violencia, Decadencia y Tragedia Institucional - Desdoblamiento, Elasticidad y Trama Relacional en las Subjetividades Policiales	
María Eugenia Suárez de Garay.....	345
Derechos Humanos y Justicia para los Pueblos Indígenas	
Rodolfo Stavenhagen	359
Los Derechos Humanos y las Medidas Especializadas para Menores Infractores	
Ruth Villanueva C.....	365

PRESENTACIÓN

El 8 de septiembre de 2008 se firmó un convenio del Instituto Brasileño de Derechos Humanos con el Instituto Estatal de Ciencias Penales de Guanajuato, México, subordinado a la Secretaría de Seguridad. Ese convenio permitió que publicáramos en 2010, organizado por César Barros Leal, Mauricio Alejandro Murillo de la Rosa y René Yebra Núñez, el primer tomo de la Serie “Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos”, en tributo al maestro Antonio Sánchez Galindo, con prólogo de Luis Felipe Guerrero Agripino.

Ahora, tres años después, el Instituto Brasileño de Derechos Humanos decide dar continuidad a la Serie y al homenaje a esa figura señera del pensamiento mexicano, arquitecto de la palabra, defensor de los derechos humanos de los menos afortunados, de los marginados y excluidos sociales, particularmente de los menores infractores y los reclusos, cuyo reconocimiento trasciende las fronteras de su país.

Ex investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, vinculado a la Procuraduría General de la República; ex profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional Autónoma de México y del posgrado en Derecho Penitenciario de la Universidad Panamericana; Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Cuauhtémoc; experto designado por las Naciones Unidas para asesorar, en el área prisional, los gobiernos de varios países latinoamericanos; miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de la Sociedad Mexicana de Criminología; autor de una plétora de excelentes libros (entre los cuales destacamos: *Las víctimas en la Justicia de Menores en México y Latinoamérica*, *Manual de conocimientos básicos para el personal de centros penitenciarios*, *El derecho a la readaptación social*, *Cuestiones Penitenciarias* y *Narraciones Amuralladas*), Sánchez Galindo es un ciudadano del mundo, un humanista romántico, un erudito de memoria prodigiosa, que nunca nos deja de sorprender, como lo señaló Luis de la Barreda Solórzano, en el prólogo de su novela “*La Muerte Lujuriosa: Retrato de Una Asesina Serial*”: un hombre “con su espíritu bohemio, su cultura, su voz poderosa siempre gozosamente dispuesta a entonar con excelencia arias operísticas y canciones populares.”

Esta obra colectiva reúne a un grupo de especialistas en ciencias penales y derechos humanos, cuyos textos son en su mayoría inéditos y han sido seleccionados por su temática y pertinencia.

Los autores, profesores universitarios, investigadores, abogados, jueces, fiscales del ministerio público, procuradores del estado, etc., de distintas nacionalidades (argentina, brasileña, costarricense, mexicana y española), versan sobre múltiples cuestiones de inequívoca relevancia, como, por ejemplo: deficiencia en la aplicación de los derechos victimales; derechos humanos y justicia para pueblos indígenas; evaluación y análisis del delito de corrupción de menores; la atención del adolescente infractor; la criminología en la postmodernidad; la suspensión de derechos políticos por cuestiones penales; la tutela penal del patrimonio cultural en el derecho comparado; los derechos humanos y las medidas especializadas para menores infractores; prostitución, derechos humanos y género; sadomasoquismo versus sadismo; situación jurídica de los internos; monitorización electrónica; viaje virtual a las prisiones; nuevas tendencias en el manejo eugenésico de la criminalidad; y violencia, decadencia y tragedia institucional.

Antonio Sánchez Galindo, que también es uno de los autores, comparece con el artículo titulado "El Juez de Vigilancia", donde señala: "Hemos buscado, a través del tiempo, múltiples soluciones al problema de la ejecución penal-sobre todo por lo que hace a las penas privativas y restrictivas de la libertad que es el de las prisiones- sin encontrar, hasta la fecha, la más adecuada y eficaz. Busquemos, ahora, en la implantación de la figura del Juez de Vigilancia o Ejecución, o ejecutivo penal, una esperanza más. Quizá, pueda ser el Caballo de Troya de la judicialización total de la ejecución penal, pero lo que es más importante: el inicio de una nueva era en la salud, siempre deteriorada, de las prisiones."

Frente a los retos que tiene el derecho penal y el derecho penitenciario, planteados en aquél y en los demás artículos que integran este libro, sobresale la necesidad de contar con historias de vida como la de Antonio Sánchez Galindo. Hoy nos reúne e identifica el compromiso de generar en el presente las respuestas a las preguntas del mañana.

La igualdad entre las personas, la observancia cabal de los derechos humanos y una vida digna para todas las personas aún parecen utopías difíciles de realizar.

Debemos creer en nuestra capacidad de superar las circunstancias que prevalecen. Es tiempo de hablar menos, de pensar más y de hacer, en cada uno de nuestros escenarios personales, una adecuada y justa rendición de cuentas a las futuras generaciones. Recordando que la Historia, a través del tiempo, es el máximo tribunal que juzga a los hombres. Hoy la Historia rinde homenaje a uno de los hombres que con su vida y su obra nos han enseñado que resulta fundamental seguir luchando por construir un mundo mejor. Sólo nos resta ser dignos herederos de esta cultura de transformación de las conciencias, a través de la palabra y la investigación.

En Cervantes, quien hizo referencia en el prólogo de Don Quijote a “las buenas artes, mayormente las que por su nobleza no se abaten al servicio y granjerías del vulgo”, hemos buscado la inspiración para vencer el desafío de organizar este segundo tomo, esgrimiendo, en contra de los molinos de viento de la adversidad, las armas de la obstinación. Y de la esperanza que, en palabras de Antonio Sánchez Galindo, en su libro “Narraciones Amuralladas”, “nos hace pensar en vivir más y en un mundo mejor”.

César Barros Leal
Julieta Morales Sánchez
Organizadores



TECNOLOGÍA Y PODER. UN ANÁLISIS FOUCAULTIANO DE LOS DISCURSOS ACERCA DE LA MONITORIZACIÓN ELECTRÓNICA

Anna Vitores

Investigadora en de Departamento de Psicología Social
de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Miquel Domènech

Profesor Titular de Psicología Social en la Universidad Autónoma de Barcelona.

INTRODUCCIÓN

¿Es útil Michel FOUCAULT para el análisis de la ciencia y la tecnología? A juzgar por la poca inspiración que parece haber generado en los académicos adscritos al ámbito de los estudios de la ciencia, podría responderse que poco o que muy poco. Efectivamente, si se toma el Handbook of Science and Technology Studies (JASANOFF, MARKLE, PETERSEN & PINCH 1995), se puede comprobar que sólo tres de sus textos hacen mención a algún aspecto de la obra de este filósofo francés. Igualmente, un rápido paseo por las bases de datos especializadas no es mucho más alentador; difícil es encontrar referencias a FOUCAULT en los artículos dedicados al estudio de la ciencia y la tecnología.

Sin embargo, lo que pretendemos mostrar en este artículo es, justamente, lo inadecuado que sería un diagnóstico como el que se desprende de los indicadores que hemos mencionado. Así, lo que vamos a tratar de hacer es, por un lado, convencerles de que, a pesar de las apariencias, la influencia FOUCAULTiana en este campo es importantísima y, por otro, mostrar de qué manera puede utilizarse el pensamiento FOUCAULTiano para un estudio de las relaciones entre ciencia, tecnología y sociedad que tenga en cuenta los efectos de poder.

2. FOUCAULT Y LOS ESTUDIOS SOCIALES DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA

Estamos completamente de acuerdo con Michel CALLON y Bruno LATOUR (1991) en que, para los estudios de la ciencia y la tecnología,

en la obra de FOUCAULT se pueden encontrar dos aportaciones muy provechosas. Por un lado, tenemos su interés por la distribución de los enunciados y por las condiciones que hacen que ciertos de ellos sean posibles mientras que otros quedan imposibilitados (en trabajos como *Las palabras y las cosas* [FOUCAULT 1997] y *La arqueología del saber* [FOUCAULT 1985]). Por otro lado, resulta indispensable su magnífica ilustración de las operaciones que construyen simultáneamente el conocimiento y el objeto de conocimiento (en *Vigilar y Castigar* [FOUCAULT 1996]).

La primera contribución tiene que ver con su empeño por discernir las condiciones de posibilidad de ciertos tipos de conocimiento. En este sentido, FOUCAULT lanza una propuesta arqueológica que rompe con los relatos en términos de progreso, con las habituales reconstrucciones históricas de la ciencia basadas en la imagen biológica de la maduración. La arqueología no busca, pues, ordenar los diferentes conocimientos de una disciplina en pos de la objetividad. Más bien:

“... lo que se intentará sacar a la luz es el campo epistemológico, la episteme en la que los conocimientos, considerados fuera de cualquier criterio que se refiera a su valor racional o a sus formas objetivas, hunden su positividad y manifiestan así una historia que no es la de su perfección creciente, sino la de sus condiciones de posibilidad; en este texto lo que debe aparecer son, dentro del espacio del saber, las configuraciones que han dado lugar a las diversas formas del conocimiento empírico” (FOUCAULT 1997, p. 6).

Ciertamente, al analizar las discontinuidades que se dan en algunas disciplinas científicas como la biología, la medicina o la economía política, FOUCAULT atisba cambios en el régimen de enunciación del discurso científico que tienen que ver con transformaciones en las reglas de formación de enunciados para que sean aceptados como científicamente verdaderos. Desde su punto de vista, lo que se requiere, en definitiva, es una política del enunciado científico.

Ahora bien, toda la tradición positivista de la que somos herederos ha imbuido en nosotros la idea de que existe una realidad exterior a la ciencia, realidad que ésta se encarga de “descubrir” y de mostrar “tal cómo es” según un proceso aséptico de investigación que no debería

tener nada que ver con el poder. Cuando se ha aceptado la existencia de una interrelación poder-saber siempre ha sido bajo la consideración de una unión contranatura y en la forma de denuncias que claman por el respeto de la exterioridad de uno respecto del otro. Es precisamente esa exterioridad entre saber y poder lo que cuestiona el planteamiento FOUCAULTiano:

“... se trata de saber no cuál es el poder que pesa desde el exterior sobre la ciencia, sino qué efectos de poder circulan entre los enunciados científicos; cuál es de algún modo su régimen interior de poder; cómo y por qué en ciertos momentos dicho régimen se modifica de forma global” (FOUCAULT 1979, p.178).

Por lo que respecta a la segunda contribución que señalábamos más arriba, no cabe duda de que gran parte del antiesencialismo que caracteriza a las nuevas sociologías del conocimiento está inspirado en la prevención FOUCAULTiana respecto de supuestas entidades naturales que las ciencias toman como objetos de estudio preexistentes. FOUCAULT hace comprensible mejor que nadie como los aparentemente objetos naturales no son sino efectos de prácticas objetivadoras. El individuo mismo no es sino un efecto de este tipo: “En la práctica, lo que hace que un cuerpo, unos gestos, unos discursos, unos deseos sean identificados y constituidos como individuos, es en sí unos de los primeros efectos de poder” (FOUCAULT 1979, p. 144).

En este sentido, el análisis FOUCAULTiano arroja una luz esencial para la comprensión del papel de las ciencias humanas en nuestra sociedad. A partir de una revisión exhaustiva de los cambios que se producen en los códigos penales de los siglos XVIII y XIX, FOUCAULT muestra el significativo desplazamiento que se produce en los objetivos del sistema penal occidental, que deja de juzgar los delitos para pasar a juzgar a los que los cometen. Este cambio de orientación, sienta las bases para el estudio científico del hombre, de tal manera que es posible afirmar que es la misma tecnología de poder la que es responsable tanto de la humanización de la penalidad como del conocimiento del hombre. Efectivamente, el aspecto central de la nueva penalidad consiste en la reforma del delincuente, la cual se lleva a cabo a través de un elaborado dispositivo disciplinario basado en la vigilancia permanente de los prisioneros, vigilancia que necesariamente

irá acompañada de la formación de saber sobre los individuos que son objeto de ella.

De esta manera, la cárcel deviene la imagen misma de la sociedad que se instaura a partir de ese momento. Paralelamente a aquélla, otras instituciones como el hospital, la escuela o el cuartel, lugares caracterizados por el hecho de que el comportamiento está vigilado y controlado disciplinariamente en todos ellos, basan su funcionamiento en este dispositivo de saber-poder: "Al lado de este saber tecnológico propio de todas las instituciones de secuestro, nace un saber de observación, de algún modo clínico, el de la psiquiatría, la psicología, la psicología, la criminología, etc." (FOUCAULT 1980, p. 135).

Es pues en esa disposición de cierto tipo de instituciones, y de las prácticas disciplinarias que les son propias, que hay que situar la invención de las llamadas ciencias humanas y de sus respectivos objetos de conocimiento. Tomemos la psicología, por ejemplo. Como cualquier otra ciencia humana, se elabora a partir de datos que las prácticas de examen generan y que son recogidos gracias a procedimientos de registro y de acumulación que son paralelos al mismo examen. El registro y la acumulación de datos permiten clasificar, formar categorías y, en definitiva, elaborar normas. En este sentido, surge un sujeto individual, con características singulares puestas de manifiesto en el examen, y a la vez un sujeto perteneciente a una "población" que tiene características medias y desviaciones puestas de manifiesto por la acumulación y comparación de los datos de esos mismos exámenes. Así, cada sujeto particular es definible en función de la distancia respecto de la norma:

"Las medidas de las normas de conducta, por ejemplo la medida de las capacidades mentales, no son sino parte del proceso de establecer grados de desviación. Es desde esta clase de comienzo, y desde el marco completo de las ciencias de lo social, que uno puede dar sentido a la focalización de la psicología en la desviación, en la patología y en el error" (VENN 1984, p. 128).

Pero más allá de estas dos contribuciones mencionadas, pensamos que FOUCAULT es una herramienta indispensable para cuestionar el frustrante abordaje que las ciencias sociales han llevado a cabo de la cuestión de la verdad. De hecho, habría que decir, más bien, que lo que

caracteriza a las ciencias sociales al menos hasta finales de los años setenta es su inhibición respecto de la verdad. Como consecuencia del influjo de la filosofía de inspiración cartesiana durante la modernidad, las ciencias sociales asumen con convencimiento la idea de que lo verdadero y lo racional, no requieren de explicación; sólo el error, lo falso o lo irracional necesitan de una justificación causal⁴¹. Tal disimetría, imposibilita la idea misma de que sea posible una sociología de la verdad. Al menos hasta el Programa Fuerte⁴², toda la ciencia social limita su campo de acción respecto del conocimiento al estudio del error. La verdad, en todo caso, parece concebirse como un problema que afecta a la epistemología, pero no a ninguna disciplina científica. Sin embargo, FOUCAULT señala que la cuestión política relevante no es el error, sino la verdad misma.

Inspirado en la obra de NIETZSCHE⁴³, FOUCAULT caracteriza al conocimiento – en tanto que inventado – como ruptura, con un comienzo pequeño, mezquino, incluso inconfesable. No está, por tanto, inscrito en la naturaleza humana: “es la lucha, el combate, el resultado del combate y consecuentemente el producto del azar” (FOUCAULT 1980, p. 23).

Con ello, lo que hace FOUCAULT es distanciarse de la mayor parte de la filosofía occidental, que tradicionalmente ha caracterizado al conocimiento por el logocentrismo, la semejanza, la adecuación, la beatitud, la unidad y coloca en la raíz del conocimiento, algo así como el odio, la lucha, la relación de poder. Y es precisamente esa raíz la que confiere al conocimiento su carácter perspectivo:

“El carácter perspectivo del conocimiento no deriva de la naturaleza humana sino siempre del carácter polémico y estratégico del conocimiento. Se puede hablar del carácter perspectivo del conocimiento porque hay batalla y porque el conocimiento es el efecto de esa batalla” (FOUCAULT 1980, pp. 30-31).

Y ahí, una vez más, se puede decir, sin temor a equivocarse, que la influencia de FOUCAULT se deja sentir en el estudio de la ciencia. Cuando en las formulaciones de la teoría del actor-red encontramos descripciones de la ciencia y de la actividad de los científicos en términos de dominación, sometimiento o lucha, no cabe duda que hay que atribuir a FOUCAULT buena parte de su razón de ser⁴⁴. La ciencia,

tal y como es concebida por autores como LATOUR (1991) CALLON (1987) o LAW (1992) es, ciertamente, FOUCAULTiana; una auténtica “economía política de la verdad”, un complejo proceso por el que los científicos producen datos creíbles y activan ciclos de credibilidad.

Hay aún otro factor en el que la obra de FOUCAULT resulta una fuente de inspiración para la teoría del actor-red: la importancia de los factores tecnológicos en la explicación de los fenómenos sociales. Esta teoría plantea, precisamente, que el hecho de haber buscado siempre una respuesta en términos de lazos sociales ha lastrado seriamente el pensamiento occidental en sus explicaciones de la dinámica de la sociedad. Y, precisamente, ven en FOUCAULT un precedente fundamental en la argumentación por superar visiones de lo social que superen la fijación en lo puramente humano:

“Los que escriben desde la teoría del actor-red (pero también Michel FOUCAULT) nos dicen que si los agentes son efectos de red, entonces no vamos a darle demasiado sentido a tales efectos, a no ser que contemplemos, también, otros materiales” (LAW 1994, p. 127).

Efectivamente, FOUCAULT, al disolver la noción de poder como sustancia ostentada por el poderoso en favor de un paradigma estratégico en el que lo que cuenta son una miríada de micropoderes difundidos a través de diversas tecnologías disciplinarias, sienta las bases para una concepción de lo social que trascienda la exclusiva focalización en lo humano. Nociones como mecanismo, aparato, maquinaria, dispositivo abundan en las explicaciones de FOUCAULT acerca del poder disciplinario y le dan un carácter deliberadamente tecnológico que le liberan de situar a un agente humano específico detrás de las estrategias de poder. Es en este sentido que a éstas hay que entenderlas, a partir de FOUCAULT, a la vez como intencionales y como no-subjetivas, respondiendo a una lógica, pero no a la intención de un soberano. El poder que nos muestra FOUCAULT, no se basa en el derecho sino en la técnica. Y en ello radica su indisoluble relación con el saber: “Esto quiere decir que el poder, cuando se ejerce a través de estos mecanismos sutiles, no puede hacerlo sin formar, sin organizar y poner en circulación un saber, o mejor, unos aparatos de saber que no son construcciones ideológicas” (FOUCAULT 1979, p. 147).

Así pues, podría decirse que cuando la teoría del actor-red plantea que para explicar lo social, para entender la dominación, hay que dejar de lado la preocupación exclusiva por las relaciones sociales y tomar en consideración a los actantes no humanos así como a los procedimientos técnicos en los que éstos están involucrados, estamos, en cierta medida, ante una radicalización de la visión FOUCAULTiana del poder.

Estas contribuciones que FOUCAULT nos ofrece para estudiar las producciones científicas y tecnológicas quedan especialmente bien condensadas en la noción de “tecnología”. En efecto, cuando FOUCAULT (1996) nos habló de la tecnología disciplinaria, nos mostró de forma detallada su concepción particular del poder y la relación de éste con el saber. El poder como substancia se disuelve en un conjunto heterogéneo de discursos, instituciones, oficios, saberes, instrumentos, personas, sistemas de juicio, medidas administrativas. La tecnología de poder es la red, el diagrama que puede establecerse entre esos elementos. Un diagrama que, en definitiva, nos permite dar cuenta de un complejo de discursos y prácticas irreductibles a lo social o lo técnico.

Ni el “espíritu del capitalismo”, ni las instituciones disciplinarias, ni las ciencias humanas, ni el examen, ni la sanción normalizadora, ni el panóptico ... ninguno de estos elementos por sí sólo daba cuenta de las formas de regulación social de las sociedades modernas. FOUCAULT nos mostró el diagrama que los unía, la red que se podía establecer entre un conjunto de formas de hacer y decir: entre saberes, retóricas y explicaciones, moralidades, espacios, instrumentos, procedimientos, edificios o vocabularios.

Es en ese sentido que la concepción FOUCAULTiana del poder y su relación con el saber permite disolver la tradicional consideración de lo tecnológico y lo social como bloques compactos e independientes, es decir, nos permite alejarnos de las clásicas visiones autonomizadoras de la tecnologías como las perspectivas hipersociologistas. La consideración FOUCAULTiana del poder nos permite comprender de qué modo las estrechas pero complejas interrelaciones entre ciencia, sociedad y tecnología son irreductibles a determinismos tecnológicos o sociales. Así, más que hablar del “poder de las tecnologías” o del “poder de lo social”, creemos conveniente recoger la noción de “tecnologías de poder”: la idea de un conjunto de prácticas discursivas y no discursivas

que ordenan y gobiernan (y producen) a los individuos y sus relaciones de acuerdo con determinadas lógicas.

3. EL CASO DE LA MONITORIZACIÓN ELECTRÓNICA

Para ilustrar lo efectivo que resultan las herramientas que nos presta FOUCAULT para el análisis de la ciencia y la tecnología, vamos a aplicarlas al análisis de la emergencia de una innovación tecnológica en el ámbito penitenciario. Nos referimos a la llamada monitorización electrónica penitenciaria o “tagging”.

En las descripciones históricas de la monitorización electrónica, el relato que habitualmente se nos presente se centra en el dispositivo: un dispositivo que pasa por diferentes fases, atraviesa diversas circunstancias y es vulnerable a diferentes contextos hasta ver la luz pública. Estas referencias a su historia, tácita o explícitamente, ofrecen una visión lineal en la que parece poder distinguirse fácilmente el momento de la invención, un período de desarrollo, su posterior transferencia a ámbitos aplicados y, finalmente, debido al crecimiento de su uso, su aparente consolidación.

Un buen ejemplo de lectura lineal de la historia de la monitorización electrónica de personas presas, nos la ofrecen LILLY y BALL (1987) al identificar, en el momento en que estos autores escriben, tres fases en el desarrollo y uso de lo monitorización electrónica de personas presas. Una primera fase, entre principios de 1960 y mediados de 1970, en la que un grupo de psicólogos especializados en tecnología inventan un dispositivo de control electrónico. En los años siguientes, hasta aproximadamente la década de los 80, lo que correspondería con la segunda fase, se expresa poco interés en la monitorización electrónica (como mínimo si nos circunscribimos a lo relativo a la bibliografía existente sobre el tema). El inicio de la tercera fase la hacen coincidir con 1983, momento en el que los monitores electrónicos propiamente debutan en un programa de “control en la comunidad” en Florida, y partir del cual se observa un crecimiento continuo del interés en los méritos de la monitorización.

Desde principios de la década de los ochenta del siglo pasado hasta la actualidad, aunque las cifras varían mucho, se insiste en que el recurso a la monitorización electrónica ha ido creciendo no sólo en buena parte de los estados de Estados Unidos si no también en

Canadá, Puerto Rico, Israel, Singapur y Australia. En Europa, además de afianzarse en Inglaterra se ha confirmado el funcionamiento regular de programas en Escocia, en los Países Bajos, en Andorra, en Bélgica, en Suecia, en España y de programas piloto en Francia, Alemania, Portugal, Suiza e Italia.

Básicamente se entiende que, desde el primer dispositivo, pesado, aparatoso y complicado de manejar, hasta las formas sofisticadas que adquieren hoy en día las pulseras electrónicas, hay una evolución tecnológica. En general, el esquema es pues que, el invento nace, se prueba, surge la innovación, se mejora y cuando las condiciones lo permiten, crece. De este modo, se presenta una evolución de un mismo dispositivo, un poco extravagante al principio, pero que poco a poco deviene realidad, gracias a las cosas cada vez más increíbles que posibilitan las nuevas tecnologías.

Sin embargo, para lo que resulta verdaderamente útil la caja de herramientas FOUCAULTiana es, precisamente, para deshacernos de las descripciones evolutivas del dispositivo. Al hacerlo, no sólo llevamos a cabo una precaución analítica, sino una mirada estratégica: la atención a las diferencias y a las controversias, más que a la transparencia de la interpretación, la consideración prioritaria a los engranajes de los cierres interpretativos más que a las condiciones acabadas y, en definitiva, la atención a los pliegues, las dinámicas, a las disputas, a las prácticas y a los procesos de producción de sentido.

Situando las aportaciones FOUCAULTianas como marco de inteligibilidad y asumiendo que lo social y lo técnico se constituyen mutuamente, aquello que nos interesa del dispositivo de monitorización electrónica no es analizar el desarrollo, lo que suele entenderse como la evolución del mismo, sino por el contrario mostrar las discontinuidades que lo configuran y que permiten comprender su irrupción, consolidación y existencia concreta.

Así, la estrategia analítica por la que optamos toma la historiografía lineal, no como territorio, sino como cartografía a través de la cual orientarse; una cartografía que no define un itinerario, sino que es una apertura hacia múltiples recorridos. Es entonces, asumiendo esta cartografía como registro de dispersiones, que se hace posible el análisis. Para ello, ha resultado imprescindible recurrir al trabajo de archivo. Es decir, recabar los diferentes discursos, los diversos enunciados y

las tensiones existentes sin subsumirlos en agrupamientos o síntesis apriorísticas, sino conservando lo enunciado en su discontinuidad, sin proceder a una unificación de enunciados que separe a los discursos de las prácticas en que aparecen. Hemos recurrido así, a los textos originales a fin de poder recoger las controversias, disputas y polémicas en acción para poder así interrogar los hiatos, las intermitencias y las aperturas de sentido y, por supuesto, los cierres, los desarrollos abortados y los puntos de inflexión. Asimismo hemos intentado no obviar el contexto institucional en el que los discursos se nutren de procedimientos para su formación y transformación. Todo ello con la voluntad de interrogar a la racionalidad del orden social. Y al analizar el dispositivo desde la lógica del orden social, en ese recorrido no hemos encontrado un continuo sino una transformación. Y no sólo una transformación que opera el perfeccionamiento del dispositivo, lo que este posibilita, sino una transformación del mismo diagrama en el que se inserta el dispositivo, que transforma la naturaleza misma de éste.

Por otra parte, al situar el análisis de la monitorización electrónica en el marco de la pregunta por las tecnologías de poder, más que analizar simplemente las ideologías y saberes que legitiman la monitorización electrónica, o las capacidades técnicas del mismo, queremos reseguir el conjunto de discursos, retóricas, vocabularios, técnicas y procedimientos por los cuales el saber se entrelaza, da forma y se inscribe en el ejercicio del poder.

4. LOS DISCURSOS ACERCA DE LA MONITORIZACIÓN ELECTRÓNICA

El trabajo de archivo referido en el apartado anterior, nos ha permitido construir dos caracterizaciones del dispositivo. Estas son fruto del análisis de las publicaciones sobre la monitorización electrónica⁵¹, pero depositando la atención en las controversias y discontinuades que en ellas se dibujan: la flexibilidad interpretativa en cuanto a la definición del dispositivo y a su sentido. Ha sido de este modo como ha sido posible adentrarse en la discontinuidad y establecer aquellas dimensiones que permiten hacer inteligible la distinta lógica de la organización social que dibuja ese “mismo” dispositivo en dos momentos diferentes.

4.1 Un primer modelo de monitorización electrónica

El análisis de los textos referidos al primer modelo de monitorización electrónica nos sitúa en un escenario que a toda persona conocedora de las lecturas de FOUCAULT acerca de la sociedad disciplinaria le resultará muy familiar.

De entrada, una ciencia disciplinar, la psicología, es la que da amparo a lo que se coincide en entender como el origen de la monitorización electrónica. Así, en un manual de modificación y terapia de conducta de los años 70, dentro del capítulo dedicado a la tecnología conductual, hayamos referencias a “un sistema telemétrico bidireccional destinado a controlar y reforzar a delincuentes” (SCHWITZGEBEL 1976, p.425). Se trata de una experiencia que hay que enmarcar en un empeño más general de utilizar los recursos instrumentales para la modificación de conducta. Un empeño que da sentido a la actividad de un grupo de investigadores de mediados de los 60, específicamente interesados en lo que llamaban “psicotecnología”, definida ésta como “el estudio de la interacción entre la tecnología eléctrica, mecánica y química y la experiencia humana consciente” (SCHWITZGEBEL 1973, p.11). Una disciplina abocada al: “diseño deliberado de aparatos destinados a modificar la conducta y la conciencia humana de acuerdo con los principios del condicionamiento operante” (SCHWITZGEBEL 1976, p. 425).

En el marco de ese programa de investigación una serie de psicólogos experimentales de Harvard, encabezados por el doctor Ralph SCHWITZGEBEL, presentaron un nuevo diseño para el control remoto de la conducta humana. Habían creado un pequeño transmisor portátil: el Behavior Transmitter-Reinforcer (BT-R) de acuerdo con los principios del condicionamiento operante (SCHWITZGEBEL, SCHWITZGEBEL, PAHNKE & HURD 1964). El BT-R entraba dentro de aquellos dispositivos de advertencia, que no incitaban directamente una respuesta ni conllevaban una consecuencia de castigo o refuerzo, sino que producían una señal prioritariamente informativa, y como tal, la señal funcionaba primordialmente como estímulo discriminativo o como refuerzo secundario. El BT-R permitía monitorizar la localización de quien lo portara, transmitir información sobre sus actividades y comunicarse con esa persona a través de señales de tonos. El dispositivo constaba de dos pequeñas unidades que la persona presa debía llevar:

una unidad en el cinturón y la otra alrededor de la muñeca, en forma de pulsera. La unidad del cinturón incluía la batería y un transmisor que emitía señales de radio codificadas de forma distinta para cada transmisor. Las señales eran recogidas a través de distintos receptores en la estación base de un laboratorio, lo que permitía producir gráficos de la localización y mostrarlos en una pantalla. La unidad de la muñeca funcionaba como sensor y permitía transmitir el pulso de la persona portadora. Además, ésta podía emitir señales a la estación base apretando un botón, y la estación podía devolverle otra señal. El sistema se componía de múltiples receptores-transmisores que permitían trazar los movimientos a través de una determinada área. La función principal del transmisor, concebido tanto como unidad de envío como de recepción, era la de hacer un registro inmediato y preciso de los “acontecimientos conductuales” que se daban en el ambiente natural del portador. De este modo, se podía obtener un registro acumulativo de las conductas relevantes de una persona o un grupo durante un considerable período de tiempo. Además, la persona portadora podía recibir señales desde la estación en la que se registraba la conducta, señales que podían venir a formar parte de un sistema de feedback conductual.

El sistema era polivalente en sus aplicaciones: se podía utilizar para encauzar y monitorizar infinidad de conductas “desadaptadas”. De entre esas múltiples posibilidades, nos encontramos la propuesta de convertir el dispositivo en una herramienta para la “libertad vigilada electrónicamente” (SCHWITZGEBEL, SCHWITZGEBEL, PAHNKE & HURD 1964; SCHWITZGEBEL 1969; SCHWITZGEBEL & HURD 1969; SCHWITZGEBEL & BIRD 1970; INGRAHAM & SMITH 1972).

La propuesta básica de Ralph SCHWITZGEBEL era modificar los sistemas de redención y rehabilitación que ya estaban ensayando en otras áreas (sobre todo, en emergencias médicas) y crear un sistema de comunicación telemétrico de dos direcciones que pudiera monitorizar y reforzar comportamientos sociales de delincuentes en el medio natural. Se había diseñado un dispositivo que podía monitorizar la localización de forma continua o muy frecuente y permitir la comunicación (el refuerzo) de forma indirecta. Al mismo tiempo, el diseño incluía el sensor en la muñeca que permitía la monitorización

del ritmo cardíaco de la persona cada 30 segundos, que se añadía a la señal de localización. De este modo:

“podría permitir liberar de forma segura a ciertos reincidentes que de otro modo seguirían encarcelados. Una persona liberada de esta forma sería menos propensa de lo habitual a cometer delitos si un registro de su localización quedaba grabado en una estación base. Si además se incluye un sistema de comunicación por tonos de doble vía con la persona liberada, se podría establecer una relación terapéutica, en la que la persona en libertad vigilada fuera premiada, avisada o informada de otro modo de acuerdo con un plan terapéutico” (SCHWITZGEBEL 1969, p. 598).

Efectivamente, el diseño incorporaba un sistema de comunicación interactivo, en la que la tecnología era un medio para la práctica terapéutica: era un sistema de comunicación de doble entrada entre la terapeuta y la persona en “parole”.

Su proyecto partía del convencimiento de que algún día, y con las técnicas adecuadas, dejarían de ser necesarias las prisiones: en el momento en que determinadas conductas delictivas pudiesen ser predichas o reguladas en la comunidad, ya no serían necesarias las cárceles para “controlar las conductas ilegales y para proteger la sociedad” (SCHWITZGEBEL 1969, p. 458). Así, del mismo modo en que:

“(…) la bola y la cadena fueron sustituidas por el patio de la prisión, y que el patio de la prisión se empieza a pasar a las “half-way houses”, algún día las prisiones serán museos o monumentos a la inhumanidad y a la ineficacia del castigo social” (SCHWITZGEBEL 1969, p. 598).

De hecho, para SCHWITZGEBEL (1964), la tendencia de la sociedad era de la de ir utilizando cada vez menos el confinamiento físico de una persona para el control de su comportamiento. Se habían ido implantando centros menos “cerrados”, que aquellos que definía la prisión que debía ayudar a la persona tras su encierro a empezar a vivir en libertad. Y el siguiente paso estaba cerca. En un futuro no muy lejano los avances en la electrónica conductual podrían “vaciar las prisiones del mundo” (SCHWITZGEBEL 1967, p. 364). En ese sentido su proyecto estaba incardinado en la necesidad de conocer las

condiciones de un control comunitario efectivo que permitiera ir, poco a poco, obviando el uso de la prisión.

“En las investigaciones sobre la conducta humana realizadas hasta la fecha, el individuo estudiado o bien ha estado sujeto a una constante vigilancia, creando un ambiente inhibitorio y desnaturalizado, o bien se ha confiado en los informes subjetivos que el individuo proporciona de su propia conducta. Las dos técnicas tienen obvias limitaciones y frecuentemente los resultados de estos estudios han sido inadecuados. Por ejemplo, en la penología moderna, un objetivo principal es la rehabilitación de delincuentes convictos. Aún así, las herramientas penológicas y las técnicas comúnmente utilizadas implican o bien un elevado grado de restricción situacional (prisión) o bien supervisión limitada a través de contactos periódicos con el individuo (probation). La diferencia entre ambas técnicas es tan grande que, en muchos casos, la transición de una técnica a otra puede conllevar formas de estrés contra-rehabilitadoras” (SCHWITZGEBEL & HURD 1969, p. 1).

Lo que se propone es un modelo de conocimiento e intervención sobre el comportamiento en el medio natural del preso, una herramienta que proporcionara la base para ir dejando atrás el encierro: “la supervisión y el registro de las actividades situacionales de las personas supervisadas puede ser de gran valor para la rehabilitación y/o para comprender las motivaciones de las personas” (SCHWITZGEBEL & HURD 1969, p. 6).

En base al principio conductista de transformar los procedimientos experimentales del estudio de la conducta en técnicas para reformarla, este era un invento para analizar y supervisar la conducta, es decir, un sistema pensado tanto para facilitar la investigación en las ciencias de la conducta como para corregir y controlar determinados problemas de comportamiento. El delincuente es a su vez un objeto a estudiar y un sujeto a corregir.

Cuando SCHWITZGEBEL y sus colaboradores empezaron a presentar las características y funciones del nuevo invento, lo hicieron señalando la reincidencia como el ámbito para el que resultaría más beneficiosa su implantación:

“Un sistema de monitorización electrónica será especialmente útil para trabajar con reincidentes crónicos. Este grupo presenta problemas correccionales difíciles

porque el aumento en la frecuencia y la duración de la encarcelación pocas veces aumenta las posibilidades de un adaptación exitosa en la comunidad" (SCHWITZGEBEL 1969, p. 600).

Se trataba de prestar un apoyo que posibilitara la generalización al exterior de las posibles mejoras conductuales acaecidas en la prisión: "A menudo esa generalización es muy tenue y, si ocurre, necesita mucho apoyo de controles externos" (SCHWITZGEBEL 1969, p. 601).

Se trata, pues, de un control que no es mera vigilancia, sino que actúa como dispositivo reformador, como operador del buen encauzamiento; en definitiva subjetivador de un determinado comportamiento:

"Se debe mantener algún tipo de control externo del reincidente, no sólo por razones éticas y legales, sino por razones terapéuticas. Pero un control externo excesivo o inapropiado puede producir hostilidad, conducir a futuras conductas desviadas y, por tanto, impedir el desarrollo de control interno. Así, es necesaria una medida justa de control, no excesiva" (SCHWITZGEBEL 1969, pp. 601-602).

Más concretamente, un control que no impide la posibilidad de equivocarse, porque se entiende que el error es productivo. O más exactamente, los errores redundan y producen resonancia en el comportamiento, establecen una lógica de los límites e imponen un autocontrol. Asimismo, el error no aparece asociado con la sanción, sino con la protección. Estamos ante un dispositivo disciplinario que produce un circuito cerrado que se alimenta constantemente:

"Un niño no aprende a caminar (y por lo tanto a ser más libre) sin caerse de vez en cuando, pero el padre observa que el niño cae de forma segura y que no empieza a caminar desde la cima de un tramo de escaleras. El niño es controlado no como castigo sino como protección" (SCHWITZGEBEL 1969, p. 602).

Para SCHWITZGEBEL el dispositivo, de algún modo, complementaba aquello que la prisión no había podido conseguir: curar, reformar a las personas reincidentes. De hecho, era una forma de solventar el hecho de que el aprendizaje de conductas "adecuadas"

y la eliminación de las “inadecuadas” se diera en la prisión y después tuviera que extrapolarse en un ambiente distinto.

El dispositivo no sólo permitía la práctica de la vigilancia, sino que también ejecutaba una sanción normalizadora. Estamos, de hecho, ante la descripción de un tipo de intervención analítica en el que el individuo vigilado, sin necesidad de estar fijado a un espacio determinado, es objeto de una atención meticulosa y de una corrección pautada. Del mismo modo, la vigilancia y la normalización se combinaban a través del examen continuo que implica monitorizar. La monitorización permitía extender y hacer más eficiente tanto el campo de visibilización como el de normalización. Es un perfeccionamiento del proyecto del panoptismo. Aunque alejado de la fisonomía común de las instituciones disciplinarias, el dispositivo crea una máquina de observación que multiplica el número de situaciones sobre las que intervenir, e intensificar la intervención constante y la presión antes de que se cometa el error, la falta.

Estamos hablando, en definitiva, de una práctica que implicaba corrección, educación, transformación y prevención y que estaba anclada en la división normativa normal/anormal, prohibido/permitido; del mismo modo en que lo está la cárcel. De hecho, como se hace más patente en los siguientes apartados, la monitorización y la cárcel disciplinaria responden a la misma racionalidad:

“Así si un portador que previamente había sido inconsistente en sus patrones de trabajo estaba en su lugar de trabajo en el momento en que debía estar, el agente podría enviarle una señal que significara que lo estaba haciendo bien. Por el contrario, si el portador está en una zona de alto índice de crímenes a las 2 de la mañana se le podía enviar una señal recordándole que se fuera a casa. El sistema provee así la posibilidad de una intervención rápida y estratégica en el ambiente natural del preso, un procedimiento que antes no era posible, pero que es muy importante en muchos de los principios de las teorías del aprendizaje y de la salud mental comunitaria” (SCHWITZGEBEL 1969, p. 603).

Del mismo modo, la persona monitorizada podía enviar señales de emergencia a cualquier hora y en todo momento. Para preservar la privacidad y el anonimato de la persona portadora del dispositivo,

se utilizaban señales de tono en vez de comunicación verbal. Este sistema de señales consensuadas para la comunicación muestra, en cierta forma, una invasión absoluta de la comunicación y, al mismo tiempo, una intensificación de la situación de examen.

De esta forma, mediante un sistema de rehabilitación electrónica la cantidad de constreñimiento sobre la persona en la comunidad se podía regular: la terapeuta podría enviar señales de acuerdo con su conducta. Asimismo, la persona bajo control, que era probable que se sintiera “confusa y perdida” aprendiendo patrones de conducta nuevos, podría enviar señales a la terapeuta para pedirle “ayuda”.

“La fácil comunicación y la amplia gama de significados que se puede asignar a las señales intercambiadas entre el reincidente y el terapeuta proveen un método de alta flexibilidad por el que el terapeuta puede directamente extender su influencia de una forma cuidadosamente controlada hasta el ambiente natural del reincidente” (SCHWITZGEBEL 1969, p. 604).

De nuevo, se hace patente que no estamos ante mera vigilancia, sino ante una vigilancia que implica individualización normativa; sanción normalizadora y examen. Podemos oír resonar la disciplina normativa. El dispositivo ofrece la forma de transferir la estrategia institucional de la prisión (premio-castigo) al ambiente natural de la persona presa, que se insertaba en una dinámica de examen doble: con respecto a la terapeuta y consigo misma. La terapeuta le avisaría y le corregiría mediante tonos y, a su vez la persona presa también debía autoexaminarse para enviar señales en las situaciones en las que necesitaba “ayuda”. La misma persona presa a través de la posibilidad de las llamadas, debía trabajar activamente para reducir su imprevisibilidad, sus errores.

El objeto, pues, no era sólo el de vigilar la conducta sino el de crear autocontrol, dirigir, gestionar y producir una determinada subjetividad. De nuevo, tenemos otro rasgo que define el dispositivo como parte de la misma matriz disciplinaria: el cuerpo es insuficiente (LANCEROS 1996). No es el que el cuerpo esté ausente, puesto que es al cuerpo, tal y como estaba programado en el dispositivo de SCHWITZGEBEL, al que se le debía someter a ciertos avisos, al que se debían modificar y monitorizar ciertas conductas. Pero el trabajo sobre el cuerpo es, sobre todo, un camino para acceder al “alma” (personalidad, conciencia,

identidad, subjetividad), un camino para trabajar con y sobre ella. Las disciplinas “inscriben el cuerpo buscando la generación de una superficie suplementaria en la que provoca efectos duraderos en el tiempo y en el espacio, nos referimos a la subjetividad o alma” (TIRADO & DOMÈNECH 2001, p. 187). Es el modo de fabricar individuos útiles en relación a la norma. Es el modo de convertir la subjetividad misma en el mecanismo de reproducción de un orden social articulado a través de lo normativo. El autocontrol que se persigue con la implementación del dispositivo es aquello que permite, en definitiva, que el sujeto mismo trabaje para corregir su indisciplina y obtener su propia docilidad.

El sistema de rehabilitación electrónica se presenta como alternativa a encarcelamientos a largo plazo para los reincidentes crónicos o para la supervisión obligatoria personal en la comunidad. Pero si atendemos a la cárcel en tanto que institución disciplinaria, lo cierto es que el dispositivo no es tanto una alternativa a la prisión, como una prisión alternativa. Una prisión alternativa que no queda delimitada a un espacio, sino que abarca el territorio que la persona portadora del dispositivo va definiendo en su cotidianeidad.

4.2 Continuidades y discontinuidades: la monitorización electrónica actual

Implícita o explícitamente, en los artículos⁴¹ o los registros de patentes⁴² que dan cuenta de “qué es” la monitorización electrónica, se asume el modelo de SCHWITZGEBEL como origen. Sin embargo, hay que decir que, si atendemos a los usos y efectos del dispositivo, estamos ante un escenario ciertamente diferente.

Básicamente, la monitorización electrónica tal y como se presenta hoy en día, es un sistema que controla electrónicamente la presencia o ausencia de una persona en un determinado lugar y hace las respectivas advertencias. Del sistema bidireccional de comunicación no queda nada en las propuestas actuales. El sistema supone un control unidireccional y no existe comunicación por parte de los agentes a través del dispositivo. Tan sólo un dispositivo que suministra información de la localización de un sujeto. Por la argumentación que se utiliza, parece que el dispositivo en el diseño de SCHWITZGEBEL suponía demasiada intromisión como para hacerse operativo en la forma en

que se define la lógica del dispositivo hoy en día. Aunque hay formas de monitorización que también implican el control de constantes vitales (como en primer modelo) o de si la persona ingiere sustancias, la mayoría de los dispositivos no incluyen estas posibilidades en su diseño. El dispositivo actual controla sólo el desplazamiento de la persona presa en una determinada área:

“resultaría intolerable un control electrónico que permite un control constante de las conductas y sensaciones del organismo de una persona. [...] Un grado menor de intervención es la utilización del monitoreo para controlar temporal y exclusivamente el desplazamiento de una persona en una zona determinada, de la que no puede salir o en la que no puede entrar” (ESCOBAR 1997, p. 222).

La tendencia en el diseño de los dispositivos ha sido, efectivamente, la de ir creándolos acorde con el principio de suponer la menor intervención posible en la persona. De hecho, dentro de los usos del dispositivo se describen dos formas básicas de monitorización: la pasiva (*programmed contact*) y la activa (*continuously signalling*). La monitorización pasiva implica la programación de un ordenador central para que realice, de forma aleatoria y/o periódica, llamadas telefónicas al lugar en el que debe permanecer la persona sujeta a control. La persona debe contestar las llamadas y confirmar su identidad introduciendo un mensaje grabado en el brazalete en una caja especial para que así se envíe la señal de verificación. La forma activa implica un equipo básico de tres componentes: un transmisor, un receptor y un ordenador central. El transmisor está ubicado en el brazalete o pulsera que la persona lleva. De este modo, el transmisor envía señales constantes, en una zona y una frecuencia específicas, a un receptor conectado a la línea de teléfono. Este receptor está a su vez conectado a un ordenador central que recibe y registra los datos y advierte inmediatamente al operador si una persona está ausente del lugar en el que debe permanecer durante el periodo de monitorización. En este segundo caso las llamadas telefónicas sólo se precisan si hay indicios o sospechas de alguna infracción.

En la actualidad casi todos los programas de monitorización son activos. De hecho, se coincide en señalar que el sistema pasivo impide a la persona monitorizada desplazarse, puesto que exige fijar un lugar

concreto en el que debe permanecer el teléfono de la persona controlada y porque la monitorización no es continua. Además, se supone que es más intrusivo que el modo activo, tanto para la persona monitorizada como para las personas que conviven con ella, por lo que supone recibir constantes y frecuentes llamadas a diferentes horas del día y de la noche (LILLY et al. 1992; ESCOBAR 1997). La posibilidad de controlar de forma más directa, más continua, con menos interferencias en la vida del portador y de forma cada vez menos ligada al domicilio de la persona, parece ser la tendencia imperante en las nuevas propuestas que las compañías anuncian (NELLYS 1991). Aún así, en la actualidad, la mayoría de programas están ligados al domicilio de la persona presa como lugar dónde quedar recluido en determinadas horas del día y a su lugar de trabajo.

Poco queda ya de una concepción de la vigilancia electrónica de presos ligada a la psicología conductual. Las propuestas actuales suelen coincidir en presentarlo como la posibilidad de hacer usos de las nuevas tecnologías en el ámbito penitenciario. En la propuesta original se examinaba una “necesidad” y se creaba una tecnología: se buscaban los recursos técnicos poder atender esa necesidad. En la propuesta actual, la historia se cuenta al revés: existen una serie de recursos técnicos, hagamos uso de ellos en el ámbito penitenciario. En casi todos los artículos e informes analizados desde finales de los 80's, se dibuja un escenario en el que se invita a hacer uso de las posibilidades que ofrecen las tecnologías en un ámbito concreto. La idea es poner “la tecnología al servicio del sistema penal”, puesto que lo que se plantea es: “la sustitución del funcionario o profesional de los servicios penitenciarios por elementos o medios materiales de alta tecnología” (PARÉS 1997, p. 261).

Y eso enfatizan las diversas compañías proveedoras del hardware y el software necesario⁸¹:

“Los sistemas electrónicos avanzados de Elmo Tech permiten la implementación de una gran variedad de innovadores conceptos tecnológicos y operativos, creando así soluciones tecnológicas de gama alta para las necesidades actuales de la industria del cumplimiento de la ley” (<http://www.elmotech.com/>).

“On Guard Plus Limited es un proveedor de tecnologías para la gestión de infractores en la comunidad. OGPL ofrece un abanico de soluciones utilizando lo último en tecnología para adecuarse a las necesidades de supervisión de nuestros clientes, a los perfiles de riesgo de los infractores, a las necesidades informativas de los programas y a un presupuesto asequible” (<http://www.onguard-plus.com/>).

La idea no es aplicar un esquema de condicionamiento operante, ni diseñar un aparato que automatice las funciones de una terapeuta. La lógica es, básicamente, la de sustituir la vigilancia de los profesionales de servicios penitenciarios por la vigilancia con medios tecnológicos. El dispositivo, sobre todo en el discurso de las compañías electrónicas, se presenta como un medio para la gestión de las necesidades, como una forma de optimizar esa gestión. Se presenta a la tecnología como algo vacío de contenido, de ideología; desligándola de sus usos concretos para convertirla en mera instrumentalidad sin marcas. Es “sólo” tecnología. “Las tecnologías de supervisión electrónica no constituyen programas del sistema justicia – ni en ellas mismas ni por ellas mismas –; son únicamente un mecanismo que pueden permitir la efectividad de un programa” (CROWE, SYDNEY, BANCROFT & LAWRENCE 2002, p. 1).

Una controversia notable, sin embargo, se plantea acerca de quién debe ser objeto de esta tecnología. De hecho, a menudo se explica el éxito o el fracaso, la idoneidad o la eficacia de la medida en relación al tipo de perfil de delincuencia a la que se aplica. Un ejemplo prototípico nos lo dan los primeros programas británicos. Aunque en Inglaterra los programas de monitorización electrónica han ido creciendo de forma exponencial en los últimos años, lo cierto es que se coincide en señalar que los primeros programas piloto, a finales de los 80, fueron un fracaso. Los resultados “fueron calificados de desastre, problemáticos, confusos y caros: hasta un 80% incumplieron la medida” (SÁNCHEZ-VERA 2002, p.72). Las tasas de violación de las condiciones de restricción horaria, de los toques de queda, así como las tasas de reincidencia fueron elevadas. Y los costes fueron altos, no sólo porque no salía a cuenta al ser un programa para un número reducido de personas, sino en relación a los fracasos (MAIR & NEE 1990). Uno de los lugares dónde se suele situar el fracaso de este primer programa piloto es precisamente en el perfil, tanto en términos de las características del

infractor, como de su situación personal. En definitiva, no salió bien porque no se había monitorizado a las personas adecuadas al programa (MAIR & NEE 1990; SÁNCHEZ-VERA 2002; WHITFIELD 1997). ¿A quién se monitorizó? El primer proyecto piloto se llevó a cabo con presos preventivos (no sólo por delitos de tráfico, también por delitos violentos, por robo, por hurto). Básicamente, se coincide en señalar que eran muy jóvenes (de menos de 25 años), con expedientes de reincidencias, considerados como inestables, sin empleo y con falta de la auto-disciplina necesaria para poder seguir un programa de monitorización electrónica. Se entiende, pues, que algunos criticaran que se hubiera utilizado la monitorización en esos primeros programas con las personas “equivocadas”, obviando incluso las recomendaciones de las compañías electrónicas proveedoras del equipo:

“Aunque en los primeros experimentos de Inglaterra se focalizaron en infractores que de otro modo irían probablemente a la prisión, incluso las compañías electrónicas implicadas enfatizaban que para selección de las personas adecuadas a estos programas se debía requerir que fuera o su primera infracción, o que se tratara de una infracción menor; personas con trabajo o estudiando, con un domicilio estable y con teléfono (WHITFIELD 1997, p. 46).

De todos modos, lo habitual en la literatura anglosajona es argumentar que el “error” no estaba tanto en que fueran delincuentes habituales sino en que, al no haber estado implicados los agentes de la condicional en la selección de los candidatos en este primer programa piloto:

“los jueces no tenían suficiente información de cada persona, de su hogar, de los antecedentes de su familia y su carácter, y tuvieron que basar la decisión de imponer monitorización electrónica únicamente en su expediente criminal. Esto es, probablemente, lo que debilitó su habilidad para escoger a los participantes apropiados” (NEE 1999, p. 35).

Sin embargo, aunque se coincide en señalar que el perfil de los participantes es clave para que la medida funcione, no hay una postura unívoca sobre qué perfil es el idóneo.

“Está claro que no se sabe suficiente sobre la experiencia personal de ser monitorizado, sobre las características e historiales de aquellos que completan de forma exitosa sus programas y aquellos que no lo hacen” (NEE 1999, p.41).

“se recomienda a los jueces y magistrados que, al sentenciar a delincuentes a sanciones de monitorizadas electrónica, consideren de forma cuidadosa las características personales y sociales del delincuente e impongan condiciones individualmente ajustadas que sean específicamente punitivas para cada delincuentes” (MARTINOVIC 2002, p. 13).

Así, al considerar los perfiles adecuados a este tipo de tecnología lo único que parece claro es necesario valorar cada caso para ver si se “acopla” bien a la medida. De hecho, uno de los informes que revisan los fallos de las primeros programas lo expresa de este modo: “Making the tag fit” (MORTIMER, PEREIRA & WALTER, 1999). Y eso parece que se discute en muchos de los artículos: encontrar aquellos perfiles que parece encajar mejor para ser monitorizados (BAUMER & COLS 1993; MAXFIELD & BAUMER 1990; ROGERS & JOLIN 1989; MORTIMER, PEREIRA & WALTER 1999; PARÉS 1997; WHITFIELD 1997).

Lo único que parece común a las mil y una discusiones sobre las características más adecuadas a este tipo de población es que se hace necesario garantizar que el interno dispone de una vivienda con los requisitos imprescindibles para la instalación del equipo técnico (red eléctrica y línea telefónica):

“disponer de vivienda, estar conectado a la red eléctrica de forma permanente, es decir, tener luz eléctrica y por última, contar con teléfono. Y por supuesto tener capacidad para abonar periódicamente los correspondientes recibos” (PARÉS & GALLÉS 1997, p. 261).

“Además de los factores personales, incluyendo riesgo y necesidades, el infractor debe tener una residencia estable para acomodar el equipo de supervisión electrónica y el servicio telefónico” (CROWE, SYDNEY, BANCROFT & LAWRENCE 2002, p. 40).

Así pues, el dispositivo está pensado para gestionar el movimiento de personas que no están en los “márgenes”, que no están excluidas de unas capacidades de consumo mínimos.

En todo caso, se asume que la innovación técnica en sí “funciona”: los fallos son interpretados en términos psicológicos o socio-psicológicos. Por tanto, no es que se abandone la retórica psicologista conductual que era manifiesta en el primer modelo, más bien se transforma. La monitorización no apunta tanto a individualidades, a expresiones únicas de personalidad a moldear, si no a encontrar los perfiles, los rangos de riesgo, las capacidades, las situaciones socioeconómicas adecuadas a la medida. De cara a su control, no importa tanto su personalidad, el individuo en sí, sino la combinatoria de elementos que implica su caso. Elementos intercambiables: tipo de robo, violencia, alarma pública, abuso de sustancias... que definen el nivel de riesgo.

“Muchos programas filtran aquellos delincuentes con historiales de violencia, aceptando sólo a aquellos que claramente son de poco riesgo. En muchos casos, una selección altamente restrictiva asegura que solo los mejores candidatos se encuentren bajo supervisión electrónica. Los programas que aceptan delincuentes de alto riesgo son la excepción más que la norma (BONTA, WALLACE-CAPRETTA & ROONEY 2000, p. 61).

Estamos ante una forma algo distinta de taxonomía a la que implicaba el modelo de SCHWITZGEBEL: en vez del caso individual, se habla de perfiles, de elementos del mismo. Se desplaza el énfasis de la descripción moral o clínica de la persona presa individualizada hacia un lenguaje de cálculos probabilísticos y distribución de elementos asociados a perfiles. En definitiva, aquello central es construir “la rejilla”, la fórmula que permita combinar los diferentes elementos que dan lugar a perfiles, y no un único perfil en sí mismo. De este modo la distinción “delincuente/inocente” pierde preeminencia en cuanto a individualidad, en favor de grados, condiciones, elementos que construyen un perfil u otro.

“Los análisis de las características de los delincuentes y de los rasgos de los programas hallaron que el éxito de los programas se explicaba mejor en relación al nivel riesgo/necesidades del delincuente. El conocimiento de la puntuación de riesgo y necesidades del

delincuente era suficiente para predecir si completarían el programa de forma exitosa o no" (BONTA, WALLACE-CAPRETTA & ROONEY 1999, p. 53).

Pese a la diversidad de debates sobre "a quién monitorizar", algo en lo que si parecen coincidir en las propuestas actuales es en describir el dispositivo como un instrumento, principalmente, para el control y el seguimiento. De hecho, en el diseño actual, como hemos dicho, el dispositivo no monitoriza conductas sino movimientos. El dispositivo se limita a localizar, a controlar una posición. No estamos ante la lógica del examen disciplinario, sino ante la del control continuo de una posición determinada.

El tema de si rehabilita o no es una de las polémicas que atraviesan las discusiones actuales, (GAINEY, PAYNE & O'TOOLE 2000; BONTA, WALACE-CAPRETTA & ROONEY 2000; MORTIMER, PEREIRA & WALTER 1999; RENZEMA 1992). Sin embargo, del mismo modo en que la reincidencia deja de ser el elemento central de justificación que era en el modelo de SCHWITZGEBEL, el dispositivo deja de definirse como tal en función de a sus posibles efectos rehabilitadotes.

"[N]o hay razón para creer que la monitorización como sentencia, o como parte de una, tenga, a corto o largo o plazo, mayor efecto sobre las tasas de delincuencia que otras penas; más aún, teniendo en cuenta que como medida en sí, sólo proporciona una razón negativa para cumplir las condiciones (el miedo a las consecuencia de violarlas), se podría considerar que es menos facilitadora de cambios a largo plazo que otras penas comunitarias" (SMITH 2001, p. 211).

"Parece que el arresto domiciliario puede ayudar a estabilizar el estilo de vida de un delincuente, pero todavía queda por contestar la pregunta de si la monitorización electrónica ofrece de forma significativa esta posibilidad, sea durante el programa o después de él" (BAUMER & MENDELSON 1992, p. 63).

En comparación al esquema del primer modelo, el esquema es básicamente probabilístico, preventivo. Incluso cuando se defiende el potencial rehabilitador de los programas de monitorización electrónica, aquello a modificar no es directamente la conducta: es más bien el entorno ambiental y social en el que tiene lugar la conducta:

"Aunque los programas de monitorización electrónica no están recomendados para todos los delincuentes, esperamos que, al menos

para algunos delincuentes, el programa funcione como se pretende, como una sanción reintegradora que permita estilos de vida socialmente más deseables" (GAINEY & PAYNE 2000, p. 94).

"Algunos investigadores han apuntado que la eficacia de la monitorización electrónica en la facilitación de la rehabilitación es debida en gran medida al hecho de que permite mantener intacta la familia delincuente y a que evita exponer al delincuente a los efectos perjudiciales de la prisionización" (COURTRIGHT, BERG & MUTCHNICK 2000, p. 296).

No se trata tanto de corregir y moldear al sujeto, como de crear un marco de vida de bajo riesgo, unos hábitos, una rutina y un estilo de vida seguros para la sociedad. No se trata tanto de una individualización normativa, como de la monitorización de unos movimientos de riesgo más alto o más bajo. Se trata de administrar el riesgo y potenciar la seguridad más a través de hábitos y rutinas lábiles que de una división normativa. Aunque pueda estar en algunos de sus programas, el efecto del dispositivo no es fabricar individuos en sí, sino no gestionar los movimientos de esos individuos, crear determinados marcos de acción y prevenir otros.

El dispositivo está pensando para ayudar a la persona presa a que se "conduzca" adecuadamente, pero no tanto promoviendo directamente un cambio en su persona, un moldeamiento de su subjetividad, como invitándole a hacerse cargo, a asumir su situación. Del mismo modo que el sistema penal asume un determinado riesgo, la persona debe asumir su condición para "beneficiarse" de la medida. "[La monitorización electrónica] implica permitir al delincuente la oportunidad de demostrar que puede ser lo suficientemente disciplinado para cumplir" (GRIFFITHS 2000, p. 136).

"En el transcurso de nuestra experiencia de toques de queda impuestos con monitorización electrónica, ha resultado que para algunos delincuentes, la imposición de un toque de queda proporcionaba un medio para romper con otros grupos implicados en delitos, mientras que para otros implicaba una forma de introducir un nivel de auto-disciplina y orden en lo que podría ser una forma de vida altamente caótica" (SNOW 1999, p. 408).

Además de poner el motor de la historia de las pulseras en su viabilidad técnica, se suele entender que el hecho fundamental

en el desarrollo y la progresiva implementación de dispositivos de control telemático en el ámbito penitenciario se encuentra en las ventajas presupuestarias y organizativas (ampliar la diversificación de modalidades de vida en régimen abierto) que conllevan. Sin embargo, ya no parece ponerse en duda la futura necesidad de la cárcel como lugar de encierro.

En las visiones más optimistas, la monitorización electrónica se entiende como un sistema que permitirá vivir en sociedad a infractores no violentos y de poco riesgo, dejando sólo a los violentos y los de alto riesgo “detrás de los muros” (WINKLER 1993). Controlar aquello susceptible de ser incluido y excluir el resto: dejar la prisión para los más peligrosos, para los que no es factible alternativa alguna. En cualquier caso, su potencial no es aquel que SCHWITZGEBEL predecía de vaciar las prisiones del mundo.

De hecho, más que una alternativa a la prisión, es más una alternativa a las alternativas: una alternativa a otras alternativas a la pena privativa de libertad ya existentes.

CONCLUSIONES

Es una pregunta por la tecnología de poder la que nos permite apreciar la discontinuidad en la historia del dispositivo antes que la linealidad a la que se apunta en los textos canónicos.

Así, el dispositivo, tal y como queda definido en el primer modelo, transfiere a la situación de “libertad” de la persona presa los procedimientos de las disciplinas normativas, lo cual se inscribe en la lógica de la institución de encierro. En este sentido, monitorizar a alguien a través de este dispositivo no parece muy distinto a encarcelar. O, en otras palabras, la práctica de monitorizar electrónicamente, de acuerdo con estas primeras propuestas, es análoga a la práctica de encarcelar. Ambas son, en el argot FOUCAULTiano, prácticas no discursivas “que inciden en la enunciación de la noción de delincuencia” (SAUQUILLO 2001, p.103). Monitorizar electrónicamente en la primera versión no implica sólo vigilar, implica educar, corregir, observar, examinar y conducir al autoexamen permanente. Se gestiona la actividad de la persona presa a través del examen, imponiendo un perfeccionamiento constante. Fuera de los muros de las prisiones el número de errores a cometer aumenta, y también así se perfecciona y

propaga el examen a multitud de situaciones. Sin la necesidad de un espacio-tiempo determinado, se sigue controlando el espacio y se sigue organizando globalmente la temporalidad: el dispositivo está orientado a la rehabilitación, hacia una meta, hacia un resultado que se traduce en términos de confianza. Un tiempo de evolución lineal que permite, simultáneamente, individualizar, de acuerdo con su trayectoria particular y comparar en relación con la norma. El reverso de la monitorización electrónica en las primeras propuestas es el mismo sujeto psicológico de la física política caracterizada por el panoptismo, la disciplina y la normalización que tan extraordinariamente describió FOUCAULT: objeto de un posible conocimiento, susceptible de aprendizaje, de formación y de corrección, espacio eventual de desviaciones patológicas y de intervenciones moralizadoras. En efecto, cuando hablamos de sociedad disciplinaria, y aunque la prisión sea su auténtica imagen, no nos referimos a una sociedad caracterizada por un encierro generalizado, ni que se caracterice por encerrar: “la difusión de las disciplinas manifiesta que sus técnicas son ajenas al principio de encierro o, más exactamente, que con las disciplinas el encierro ya no es segregativo” (EWALD 1999, p.165). Efectivamente, el “quid” de la cuestión está en que aquello característico de la disciplina no es la segregación sino la intensificación. El tratamiento de los presos y las presas no es diferente en su lógica del tratamiento administrado al buen ciudadano: si la cárcel constituye un espacio disciplinario, no es porque esté fundada en la privación jurídica de libertad, sino porque dentro de su recinto y al abrigo de las altas paredes se repite e insiste en aquello en virtud de lo cual se fabrican individuos normales (EWALD 1999). La disciplina opera más por intensificación que por segregación. Es cierto que en el caso de la prisión se articula a través del encierro. La disciplina, a veces, requiere emplazamientos espaciotemporales pero, no por los espacios en sí, sino por las consecuencias individualizantes que permiten (LANCEROS 1996).

La monitorización electrónica también se basa en el mismo criterio de individualización objetivadora. Y también racionaliza su actividad a través de lo que FOUCAULT (1996) denominó los instrumentos del poder disciplinario: la vigilancia, la sanción normalizadora y el examen. Tres instrumentos que bien podrían entenderse como tres formas de utilizar “una misma técnica que está en la base de la norma” (EWALD 1999, p.165). Lo normativo impone un tipo de ordenamiento: una

forma de ordenar las multiplicidades, componer totalidades articulando el todo y sus partes y relacionar estas partes entre sí. Y como hemos visto, la norma es aquello que articula el sentido, los usos y los efectos del dispositivo.

La monitorización electrónica, tal y como queda definida a través del primer modelo, es una práctica de observación rigurosa. La vigilancia es uno de sus principales objetivos, y podríamos entender incluso que el dispositivo es como una corrección arquitectónica más de la prisión en el sentido de que permite la localización continua y asegura la visibilidad de los presos y presas de forma más precisa que la misma prisión. Se busca que el sujeto sea consciente de esa vigilancia, de ese seguimiento, del examen, a través de los avisos, las sanciones; que interiorice éstas como una necesidad para que acuda (llame) a la terapeuta en situaciones conflictiva para que aprenda la lógica de la normalidad y lo que se aparta de ella y para que aprenda simultáneamente a controlarse en relación a ello. Obviamente, en el transcurso del recorrido que separan el modelo del SCHWITZGEBEL de los actuales, se ha modificado el diseño y alcance del dispositivo. Pero ¿sólo eso? ¿Estamos ante el desarrollo y perfeccionamiento técnico de un mismo dispositivo? ¿Ante una trayectoria ordenada y racional, en la que la versión actual es el fruto de una lógica técnica interna y natural que ha guiado su implementación y su despliegue? ¿La innovación en sí puede explicarse únicamente por sus características técnicas? Creemos que no (VITORES & DOMENECH 2004).

El primer grupo de psicólogos definen el funcionamiento, el fin, los problemas y las soluciones del dispositivo de una determinada forma. Pero, su forma de entender qué era el dispositivo ha quedado relegada a un margen, a unos inicios experimentales y rudimentarios que dieron lugar al sofisticado dispositivo que hoy se utiliza. Pero, en el hecho de que se utilice la versión actual y no la de SCHWITZGEBEL, no hay sólo consideraciones técnicas. El aparato de SCHWITZGEBEL estaba diseñado para permitir una comunicación y un examen conductual constante. Al otro lado del aparato estaría un terapeuta guiando un aprendizaje. El mismo SCHWITZGEBEL entendía que, a medida que las posibilidades técnicas lo permitiesen, se debía restringir el seguimiento a determinadas conductas, a aquellas que debían ser objeto de re-aprendizaje, de corrección para crear un sujeto re-habilitado. Hoy sería posible técnicamente llevar a cabo el programa de SCHWITZGEBEL.

Que haya tomado su forma y su significado actual no se debe sólo a consideraciones tecnológicas. Y no es sólo que su significado haya cambiado, es que ha cambiado lo que se entiende por un dispositivo eficiente. En sus versiones actuales el dispositivo implica técnicas para vigilar que no buscan inducir efectos disciplinarios. El trabajo lento de disciplinarización y normalización a través del tiempo y el espacio se vuelve innecesario en el segundo modelo.

En el primer modelo, la posibilidad de ensamblar el dispositivo a la persona presa, descansaba en procedimientos disciplinarios: el individuo debía aprender a comunicarse, a responder a las señales del/ de la terapeuta, a aprender con el dispositivo determinadas conductas y desaprender otras. Y son esos procedimientos los que aseguraban la reproducción y la pervivencia del poder en el tiempo y el espacio creando una determinada subjetividad que aprendía a ser "libre". En las versiones actuales, el ensamblaje individuo-dispositivo no descansa en esos procedimientos. El ensamblaje mismo asegura la pervivencia del poder, puesto que no se busca normalizar, enseñar a ser libre, sino gestionar esa libertad. En el curso de la aparente continuidad de una misma idea, de un mismo dispositivo, no hay sólo una evolución técnica, hay un cambio de dirección que es tanto social como técnico. Las discontinuidades marcan la configuración socio-técnica de una nueva forma de control social.

En este segundo dispositivo no se busca la conciencia por parte del/ la preso/a de que está vigilado/a a través de señales o de comunicación. Se busca reforzar la sensación física de libertad del/de la preso/a. No existe comunicación alguna, ni sanción normalizadora, ni examen de la conducta concreto. Sólo se controla el movimiento. De momento parece que el movimiento de los "que no preocupan mucho". No hay moldeamiento de la conducta para producir una determinada alma. El dispositivo persigue modular determinados hábitos de conducta, modular el movimiento (VITORES & DOMÈNECH 2003). Se instrumentaliza un tipo de libertad. Podríamos decir que, en contraposición a su primera versión, estamos ante una práctica no discursiva que incide en la enunciación de la noción de "riesgo". No es que el delincuente como noción no esté implicada en la monitorización, es que la práctica está atravesada principalmente por el concepto de riesgo y su alter ego, la seguridad. Se trata de neutralizar peligros, los

peligros que presentan determinados movimientos, determinados lugares, determinadas personas en determinados lugares. [82]

La introducción del dispositivo permite obviar de algún modo la práctica disciplinaria de la norma para moldear las diferencias, para ordenar las multiplicidades, para crear docilidad. El dispositivo permite gestionar la diferencia sin necesidad de moldear. Pensemos en ese modelo de coches que no permiten su arranque antes de que el cinturón de seguridad esté colocado. No hace falta crear en el sujeto la conciencia de la seguridad, simplemente crear el dispositivo técnico que gestione esa preocupación. La persona no puede hacer otra cosa que atarse el cinturón para arrancar, sin necesidad de un programa de educación. Se trata de restringir las opciones, los márgenes de actuación inscribiendo la seguridad en el mismo dispositivo.

Las instituciones disciplinarias fueron determinantes para la producción de esos cuerpos dóciles que albergaban un alma. Pero, puede que esas mismas instituciones dejen de ser “lugares privilegiados para el ejercicio del poder en el momento en que el alma pasa a ser, a su vez, el centro de atención de las operaciones de inscripción” (TIRADO & DOMÈNECH 2001, p. 193).

Detrás de la pulsera-persona presa no hay una terapeuta que le observa como tal atentamente. Hay personal de instituciones penitenciarias que observan en una pantalla si un punto está en una posición lícita o ilícita. No importa lo que esté haciendo, si su conducta es “errónea”, si está robando o si está rezando. Da igual. Importa que haya salido de su trayectoria. Si no está en casa a las horas que tiene que estar, su posición es ilícita. Una posición ilícita hace saltar la alarma no porque necesariamente implique que la persona ha cometido un nuevo delito: implica el riesgo de que lo cometa.

Sin duda es posible encontrar análisis de la monitorización electrónica que hagan énfasis en su caracterización tecnológica y en el impacto en términos de dominación que ese carácter técnico implica en la sociedad (CORBETT & MARX 1992; LYON 1994, JONES 2001). Del mismo modo que podemos encontrar estudios que se centren en identificar las ideologías o los saberes que legitiman o incluso propician la monitorización electrónica (BERRY & MATTHEWS 1989; MATTHEWS 2003). Sin embargo, en la problematización de la versión continuista del desarrollo de la monitorización electrónica,

hemos visto por un lado, lo problemático de pensar el dispositivo, o sus características intrínsecas como algo que conduzcan a nuevas formas de dominación. De hecho, el dispositivo no sólo tiene un significado contextual en la interpretación que de él se hace en cada uno de los dos momentos, sino en lo relativo a su diseño, a sus funciones y a los efectos que debe tener. Pero aunque no es posible sostener la lógica del control de la monitorización electrónica tan sólo apoyándose en la racionalidad tecnológica, ello no comporta volcar la carga de la explicación en factores exclusivamente sociales y culturales. Es decir, el dispositivo no es reductible a relaciones sociales. El dispositivo de la monitorización electrónica abre un conjunto de posibilidades, permite un patrón de ordenación, pero no determina una nueva forma de control social; como tampoco una nueva forma de control social crea el dispositivo: ambos se coproducen constantemente. El dispositivo es necesario para una nueva tecnología del poder, pero a su vez es necesaria una nueva tecnología del poder para que dispositivo funcione eficazmente de un determinado modo. El dispositivo se significa, opera y es productivo al acoplarse o insertarse en un diagrama distinto. Monitorizar electrónicamente en estas últimas versiones se fundamenta en el control del movimiento más que la clausura del mismo, la gestión del riesgo a través de una rejilla de perfiles más que la creación de individuos, la definición de trayectorias de libertad más que la sujeción. Desde un marco FOUCAULTiano, estudiar una innovación como la monitorización electrónica nos puede ofrecer herramientas para reseguir la conformación de nuevas formas de regulación y control social. Quizás, para dibujar la cautelosa emergencia de una tecnología de poder distinta a la disciplinaria. Quien sabe si para confirmar la intuición deleuziana de que las nuestras son ya "sociedades de control".

NOTAS

1. Para una discusión pormenorizada de la disimetría entre verdad y error, ver DOMÉNECH (1990).
2. Una de las formulaciones más completas del Programa Fuerte puede encontrarse en BLOOR (1976).
3. Concretamente, FOUCAULT (1980, p.18) desgrana su concepción acerca del conocimiento a partir del análisis del siguiente texto del filo-

sofo alemán: “En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal”.

4. Para un análisis de la influencia de FOUCAULT en la Teoría del Actor Red, ver DOMÈNECH y TIRADO (1998).

5. El archivo se ha confeccionado, básicamente, a partir de publicaciones académicas sobre la monitorización electrónica penitenciaria. Aún así, se han incluido también informes gubernamentales, patentes y publicidad, sobretodo en referencia a las versiones más actuales de los dispositivos.

6. Se puede consultar, por ejemplo: BONTA, WALLACE-CAPRETTA y ROONEY (1999); MAINPRIZE (1996); NELLIS (1991); WHITEFIELD (1997, 2001).

7. Por citar algunas: PAULEY, RIPINGILL, WAITE y LOYD (1990); PINNOW y FLENNIKEN (2000); REISMAN, GREITSER, GEMER y PILLI (1999); STINTON (1993); WILLIAMSON, PENNYPACKER, COLLIER, DONALD y FULLER (1991).

8. Las compañías adquieren un papel relevante en la configuración del sentido y de la eficacia del dispositivo en las versiones actuales. Esto no se convierte en un dato secundario. No sólo porque la lógica de la gestión empresarial impregna buena parte del sentido y de los usos del dispositivo; también porque uno de los rasgos característicos de la lógica del control de las versiones actuales, es la de incorporar el control al sistema productivo, convertirlo en una industria rentable más.

REFERENCIAS

Baumer, Terry L. & Robert I. Mendelsohn (1992). Electronically monitored home confinement: Does it work? En James M. Byrne, Joan Petersilia & Arthur J. Lurigio (Eds.), *Smart sentencing: The emergence of intermediate sanctions* (pp.54-67). Londres: Sage.

Baumer, Terry L.; Maxfield, Michel & Mendelsohn, Robert I. (1993). A comparative analysis of three electronically monitored home detention programs. *Justice Quarterly*, 10, 121-142.

Berry, Bonnie & Matthews, Roger (1989). Electronic monitoring and house arrest: Making the right connections. En Roger Matthews (Ed.), *Privatizing criminal justice* (pp.107-134). Londres: Sage.

Bloor, David (1976). *Conocimiento e imaginario social*. Barcelona: Gedisa.

Bonta, James; Wallace-Capretta, Suzanne & Rooney, Jennifer (1999). *Electronic monitoring in Canada*, Ottawa: Solicitor General Canada, http://ww2.psepc-sppcc.gc.ca/publications/corrections/em_e.asp [Fecha de acceso: 2003, 7, 20].

Bonta, James; Wallace-Capretta, Suzanne & Rooney, Jennifer (2000). Can electronic monitoring make a difference? An evaluation of three Canadian programs. *Crime and Delinquency*, 46(2), 61-75.

Callon, Michel (1987). Society in the making: the study of technology as a tool for sociological analysis. En Wiebe Bijker, Thomas P. Hughes & Trevor Pinch (Eds.), *The social construction of technical systems: New directions in the sociology and history of technology* (pp.83-103). Cambridge, MA: MIT Press

Callon, Michel & Latour, Bruno (Eds.) (1991) *La science telle qu'elle se fait*. Anthologie de la sociologie des sciences de langue anglaise. Paris: La Découverte

Corbett, Ronald P & Marx, Gary T. (1992). Emerging technofallacies in the electronic monitoring movement. En James M. Byrne, Joan Petersilia & Arthur J. Lurigio (Eds.), *Smart sentencing: The emergence of intermediate sanctions* (pp.85-100). Londres: Sage.

Courtright, Kevin E., Berg, Bruce L. & Mutchnick, Robert J. (2000). Rehabilitation in the new machine? Exploring drug and alcohol use and variables related to success among DUI offenders under electronic monitoring: Some preliminary outcome results. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 44(3), 293-311.

Crowe, Ann H.; Sydney, Linda; Bancroft, Pat & Lawrence, Beverly (2002). *Offender supervision with electronic technology*. Lexington, KY: American Probation and Parole Association.

Domènech, Miquel (1990). Error y conocimiento: una misma base social. *Boletín de Psicología*, 28, 99-109.

- Doménech, Miquel & Tirado, Francisco J. (1998). *Sociología simétrica. Ensayos sobre ciencia, tecnología y sociedad*. Barcelona: Gedisa.
- Escobar, Gonzalo (1997). Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?). En José Cid & Elena Larrauri (Eds.), *Penas alternativas a la prisión* (pp.197-224). Barcelona: Bosch.
- Ewald, Francois (1999). Un poder sin afuera. En Etienne Balibar, Gilles Deleuze, Hubert L. Dreyfus, Manfred Frank, Andre Glucksmann, Jacques-Alain Miller, Miguel Morey, John Rajchman, Richard Rorty & Francois Wahl, Michel Foucault, filósofo (pp.164-169). Barcelona: Gedisa.
- Foucault, Michel (1979). *Microfísica del poder*. Madrid: La Piqueta.
- Foucault, Michel (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Foucault, Michel (1996). *Vigilar y castigar*, México: Siglo XXI.
- Foucault, Michel (1997). *Las palabras y las cosas*. Madrid: Siglo XXI.
- Gainey, Randy R. & Payne, Brian K. (2000). Understanding the experience of house arrest with electronic monitoring: An analysis of quantitative and qualitative data. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 44(1), 84-96.
- Griffiths, Mark (2001). Alternative imprisonment. *Public Service Review, Home Office, Spring 2001*, http://www.publicservice.co.uk/pdf/home_office/spring2001 [Fecha de acceso: 2003, 7, 20].
- Ingraham, Barton L. & Smith, Gerald W. (1972). The use of electronics in the observation and control of human behaviour and its possible use in rehabilitation and parole. *Issues in Criminology*, 7(2), 35-53.
- Jasanoff, Sheila; Markle, Gerald; Petersen, James & Pinch, Trevor (Eds) (1995). *Handbook of science and technology studies*. London: Sage.
- Jones, Richard (2001). Digital rule: Punishment, control and technology. *Punishment and Society*, 2(1), 5-22.
- Lanceros, Patxi (1996). *Avatares del hombre. El pensamiento de Michel Foucault*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Latour, Bruno (1998). La tecnología es la sociedad hecha para que dure. En Miquel Doménech & Francisco J. Tirado (Eds.), *Sociología*

simétrica. Ensayos sobre ciencia, tecnología y sociedad (pp.109-142). Barcelona: Gedisa editorial.

Law, John (1992). Notes on the theory of the actor-network: Ordering, strategy, and heterogeneity. *Systems Practise*, 5(4), 379-393

Law, John (1994). *Organizing modernity*. Oxford: Blackwell.

Lilly, Robert J. & Ball, Richard A. (1987). A brief history of house arrest and electronic monitoring. *Northern Kentucky Law Review*, 13(3), 343-374.

Lilly, Robert J.; Ball, Richard A. & Curry, David (1992). The Pride Inc. Program: An evaluation of 5 years of electronic monitoring. *Federal Probation*, 56(4), 42-47

Lyon, David (1994). *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de la vigilancia*. Madrid: Alianza Editorial.

Mainprize, Steve (1996). Elective affinities in the engineering of social control: The evolution of electronic monitoring. *Electronic Journal of Sociology*, 2(2), <http://www.sociology.org/content/vol002.002/mainprize.html> [Fecha de acceso: 2002, 10, 26].

Mair, George & Nee, Claire (1990). *Electronic monitoring: The trials and their results*. Home Office Research and Planning Unit, 120. Londres: Home Office.

Martinovic, Marietta (2002). The punitiveness of electronically monitored community based programs. Comunicación presentada en el Congreso Probation and Community Corrections: Making the Community Safer Conference, Australian Institute of Criminology and the Probation and Community Corrections Officers' Association Inc. Perth, 23-24 Septiembre 2002, <http://www.aic.gov.au/conferences/probation/martinovic.pdf> [Fecha de acceso: 2003, 7, 20].

Matthews, Roger (2002). Reflexiones sobre los recientes desarrollos en política penal desde la teoría de los sistemas. *Panóptico*, 4, 75-100.

Maxfield, Michael & Baumer, Terry (1990). Home detention with electronic monitoring: Comparing pretrial and postconviction programs. *Crime and Delinquency*, 36, 521-536.

Mortimer, Ed; Pereira, Eulalia & Walter, Isabel (1999). Making the tag fit: Further analysis from the first two years of the trials of curfew

orders. Londres: Home Office Research Study n°:105, <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/rf1999.html> [Fecha de acceso: 2003, 7, 20].

Nee, Claire (1999). Surviving electronic monitoring in England and Wales: Lessons learnt from the first trials. *Legal and Criminological Psychology*, 4, 33-43.

Nellis, Mike (1991). The electronic monitoring of offenders in England and Wales: Recent developments and future prospects. *British Journal of Criminology*, 31(82), 165-185.

Pares i Galles, Ramón (1997). Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro. *Poder Judicial*, 46, 259-272

Pauley, James D.; Ripingill, Jr., Allen E.; Waite, James B. & Loyd, John (1990). Patente EE.UU. No.4918432. Washington, DC: Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU.

Pinnow, Douglas A. & Flenniken, Darrell E. (2000). Patente EE.UU. No.6130620. Washington, DC: Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU.

Reisman, Yoav.; Greitser, Guy; Gemer, Gil & Pilli, Tzahi I. (1999). Patente EE.UU. No.5936529. Washington, DC: Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU.

Renzema, Marc (1992). Home confinement programs: Development, implementation and impact. En James M. Byrne, Joan Petersilia & Arthur J. Lurigio (Eds.), *Smart sentencing: The emergence of intermediate sanctions* (pp.41-53). Londres: Sage.

Rogers, Robert & Jolin, Annette (1989). Electronic monitoring: A review of the empirical literature. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 5(3), 141-152.

Sánchez-Vera, Javier (2002). La pena de arresto de fin de semana y sus actuales posibilidades: un juicio crítico y una alternativa de solución. En Carlos Pérez del Valle, Pilar González-Rivero & Javier Sánchez-Vera (Eds.), *El arresto de fin de semana en la legislación española: problemas de fundamentación en una perspectiva práctica y alternativas a la situación actual* (pp.59-79). Madrid: Dykinson.

Sauquillo, Julián (2001). *Para leer a Foucault*. Madrid: Alianza Editorial.

Schwitzgebel, Ralph K. (1969). Issues in the use of an electronic rehabilitation system with chronic recidivists. *Law and Society Review*, 3(4), 597-611.

Schwitzgebel, Ralph K. (1970). Behavioural electronics could empty the world's prisons. *The Futurist*, April, 59-60.

Schwitzgebel, Ralph K. & Hurd, William S. (1969). Patente EE.UU. No.3478344. Washington, DC: Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU.

Schwitzgebel, Ralph K.; Schwitzgebel, Robert L.; Panke, Walker N. & Hurd, William (1964). A program of research in behavioral electronics. *Behavioral Science*, 9, 233-238.

Schwitzgebel Robert L. & Bird, Richard M (1970). Sociotechnical design factors in remote instrumentation with humans in natural environments. *Behaviour Research Methods and Instrumentation*, 2, 99-105.

Schwitzgebel, Robert L. & Schwitzgebel, Ralph K. (Eds.) (1973). *Psychotechnology*. New York: John Wiley & Sons.

Smith, David B. (2001). Electronic monitoring of offenders: The Scottish experience. *Criminal Justice*, 1(2), 201-214.

Snow, Penny (1999). Electronic monitoring of offenders. *International Review of Law, Computers & Technology*, 13(3), 405-413.

Stinton, Vincent D. (1993). Patente EE.UU. No.5204670. Washington, DC: Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU.

Tirado, Francisco J. & Domènech, Miquel (2001). Extituciones: del poder y sus anatomías. *Política y Sociedad*, 36, 183-196.

Venn, Couze (1984). The subject of psychology. En Julian Henriques, Wendy Hollway, Cathy Urwin, Couze Venn & Valerie Walkerdine (Eds.), *Changing the subject. Psychology, social regulation and subjectivity* (pp.119-152). Londres: Methuen.

Vitores, Anna & Domènech, Miquel (2003). From inhabiting to haunting: New ways of social control. En Mikael Hard, Andreas Lösch & Dirk Verdicchio (Eds.), *Transforming spaces. The topological turn in technology studies*, <http://www.ifs.tuarmstadt.de/gradkoll/Publikationen/transformingspace.html> [Fecha de acceso: 2005, 4, 15].

Vitores, Anna & Domènech, Miquel (2004). Telepoder: tecnologías y control penitenciario. *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, VIII(170), Art.44, <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-44.htm> [Fecha de acceso: 2006, 9, 28].

Whitfield, Dick (1997). *Tackling the tag: The electronic monitoring of offenders*. Winchester, U.K.: Waterside Press.

Whitfield, Dick (2001). *The magic bracelet: Offender supervision and technology*. Winchester, U.K.: Waterside Press.

Williamson, Lon A.; Pennypacker, Frank C., Collier, Donald W. & Fuller, Kip (1991). Patente EE.UU. No.4999613. Washington, DC: Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU.

Winkler, Max (1993). Walking prisons: The developing technology of electronic controls. *Futurist* July/August, 34-49.



REMINISCENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN CUANTO A SU JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE REPARACIONES¹

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia; Presidente de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional; Presidente Honorario del *Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Es con particular satisfacción que comparezco, por gentil invitación del Tribunal Penal Internacional (TPI), al Seminario Internacional que se inaugura en su sede aquí en la ciudad de La Haya. Guardo un grato recuerdo de la hospitalidad que me brindaron las Juezas y los Jueces del TPI, con ocasión de la conferencia que en esta sede del TPI proferí, hace más de cuatro años, el día 03 de agosto de 2005, en la misma época en que dictaba mi *Curso General de Derecho Internacional Público* en la Academia de Derecho Internacional de La Haya.² En aquel entonces, era yo Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; hoy vuelvo a aquí comparecer, para ministrar otra conferencia en el TPI, ahora como Juez de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Sigo, sin embargo, siendo naturalmente la misma persona, un fiel defensor y practicante del diálogo respetuoso y fructífero entre los tribunales internacionales contemporáneos, copartícipes que somos de una misma causa común: la de la realización de la justicia en los planos internacional y nacional.

1. Conferencia proferida por el Autor en la sesión inaugural del Seminario Internacional realizado por el Tribunal Penal Internacional (TPI), en su sede en La Haya, Holanda, el 10 noviembre de 2009, - y presentada por el Autor como comunicación escrita al Simposio en el Instituto Max-Planck (Heidelberg, 18-19 de noviembre de 2009).

2. Cf. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 31-439; A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part II", 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 19-312.

2. Al saludar al espíritu de apertura del TPI para este diálogo, al invitarme para dirigirme a sus Juezas y Jueces y a todos los presentes en la sesión inaugural de este evento académico, quisiera una vez más agradecer al TPI, en la persona de la Jueza Elisabeth Odio Benito, su Ex-Vicepresidenta, por la gentileza de la invitación, en las dos ocasiones. Independientemente del tribunal internacional al cual tengo el honor de servir, reconozco la importancia del diálogo sostenido y permanente entre todos los tribunales internacionales contemporáneos, y he dado muestras de mi posición en este sentido en distintas ocasiones en más de una década.³

3. Tengo plena conciencia del interés que genera entre mis colegas, los distinguidos magistrados del TPI, la experiencia acumulada por la Corte Interamericana, durante los años en que a esta última serví, en materia de reparaciones a los miembros de colectividades humanas, en casos de violaciones graves de los derechos humanos. De mi parte, mucho aprecio, como Juez de la CIJ y ex-Juez de la Corte Interamericana, los esfuerzos de las Juezas y los Jueces del TPI, en relación con aspectos innovadores de su labor, tales como el de la participación de las víctimas en los procedimientos bajo el Estatuto de Roma de 1998,⁴ y el del Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas.

4. A lo largo de los años vengo señalando, en mis libros y otros escritos,⁵ como magistrado y como académico, el fenómeno contemporáneo de la expansión de la personalidad y capacidad jurídicas

3. Para un relato, cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4a. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2009, pp. 575-607.

4. En particular bajo los artículos 15(3), 19(3), 68 y 75 (este último sobre reparación a las víctimas) del Estatuto de Roma.

5. Cf., v.g., *inter alia*, A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-188; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, «Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du Droit international», in *Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 351-365; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 1-663; A.A. Cançado Trindade (*rapporteur*), *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, 2a. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 1-1015.

internacionales, acompañada de la expansión de la responsabilidad internacional, e igualmente de la jurisdicción internacional contemporánea. Así, siéntome muy gratificado en poder participar del evento académico de hoy, para pasar en revista aspectos de la temática que me es tan cara. Concentraré mi intervención del día de hoy, 10 de noviembre de 2009, en el tema que me fue confiado, a saber, el de la contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones.

5. Esto me proporciona la oportunidad de compartir con todos los presentes mis reflexiones y recuerdos de la actuación de la Corte Interamericana en este dominio, durante el largo período de dos mandatos que he cumplido como su Juez Titular. Lo hago con un sentimiento de deber cumplido y, ciertamente, con una cierta nostalgia. No pretendo ser exhaustivo, sino más bien destacar algunos aspectos que puedan ser de interés del TPI para su labor presente y futuro, a saber: a) formas de reparación; b) investigación y sanción; c) derecho a la verdad; d) masacres e identificación de las víctimas; e) rehabilitación de las víctimas; f) dimensión temporal; g) dimensión intergeneracional. El campo estará entonces abierto para una breve reflexión final, a título de conclusión. A continuación, paso a examinar cada uno de estos puntos del tema que me ha sido confiado.

II. FORMAS DE REPARACIÓN

6. Durante mis años de actuación como Juez Titular de la Corte Interamericana, ha ésta logrado construir una jurisprudencia verdaderamente ejemplar en materia de reparaciones (además de medidas provisionales de protección, y también de opiniones consultivas), que disfruta hoy de reconocimiento internacional por su pionerismo y creatividad⁶. La Corte ha partido de la propia base convencional del artículo 63(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone:

- "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o

6. Cf., v.g., *inter alia*, Ph. Weckel, «La justice internationale en le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme», 113 *Revue générale de Droit international public* (2009), pp. 14-17.

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.”

7. Queda, pues, muy claro que las reparaciones, bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se limitan a las pecuniarias, y abarcan otras formas de reparaciones (no-pecuniarias, y obligaciones de hacer). Es este el correcto entendimiento que ha guiado la Corte Interamericana en su construcción jurisprudencial sobre la materia. Con base en lo dispuesto en el artículo 63(1) de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha desarrollado su notable jurisprudencia sobre las distintas *formas* de reparación (*restitutio in integrum*, compensación - por daño material así como moral o inmaterial, - satisfacción, rehabilitación de las víctimas, garantía de no-repetición de los hechos lesivos). Las reparaciones han sido, pues, tanto no-pecuniarias como pecuniarias, y frecuentemente han consistido en obligaciones de hacer.

8. Así, por ejemplo, en el caso *Aloeboetoe versus Suriname* (reparaciones, 10.07.1993), la Corte Interamericana, ante el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte de Suriname (en 1991), fijó el monto de reparación a ser pagado por el Estado a los familiares de las víctimas o a sus herederos, y ordenó el establecimiento de dos fideicomisos y la creación de una fundación, así como la reapertura de la escuela de Gujaba y la puesta en operación de un dispensario existente en este lugar. La contribución de esta sentencia, así, consistió en haber situado las reparaciones por las violaciones de los derechos protegidos en el contexto social en el cual éstos se aplican, tomando en cuenta con sensibilidad las prácticas culturales en la comunidad de los cimarrones (*maroons*) saramacas en Suriname. Posteriormente, la Corte hizo lo mismo en su Sentencia (de fondo y reparaciones, del 31.08.2001) en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni versus Nicaragua* (cf. *infra*).

9. En otra ocasión, en su Sentencia de fondo y reparaciones (18.09.2003) en el caso *Bulacio versus Argentina*, relativo a la detención por la policía, seguida de muerte, de un adolescente, la Corte ordenó, además de las indemnizaciones correspondientes, la continuación de la investigación del caso, y la adopción de medidas legislativas y otras

para asegurar la no-repetición de los hechos. En mi Voto Razonado (párrs. 1-40), al concentrarme en el sentido de la *reparatio*, señalé los efectos devastadores que la impunidad tuvo sobre los familiares, conllevando a una trágica destrucción del propio núcleo familiar, y la importancia de la realización de la justicia (también como una forma de satisfacción a los familiares de la víctima, dada la irreparabilidad del daño causado).⁷

10. En un ejemplo de *restitutio*, en su Sentencia de fondo y reparaciones (del 02.02.2001) en el caso *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá*, la Corte Interamericana no se limitó a ordenar el pago de montos indemnizatorios (los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales desde el momento de ser despedidos - punto resolutive n. 6). Determinó, además, que el Estado demandado debía “reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores”, y, si esto no fuera posible, “brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos”. En caso de no ser esto último tampoco posible, debía el Estado “proceder al pago de la indemnización” que correspondía “a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno” (punto resolutive n. 7).⁸

11. En su Sentencia de reparaciones (del 26.05.2001) en el caso *Villagrán Morales y Otros* (caso de los “Niños de la Calle”), la Corte ordenó, como medidas de reparación, además de las indemnizaciones por daños material y moral (puntos resolutive 1-4) y del reintegro de los gastos y costas (punto resolutive n. 9), la adecuación del ordenamiento jurídico interno al artículo 19 de la Convención Americana (punto resolutive n. 5), el traslado de los restos mortales de uno de los

7. A.A. Cançado Trindade, “The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-2009): Evolution, Present State and Perspectives”, in *Dossier Documentaire/Documentary File - XL Session d’Enseignement* (2009), vol. II, Strasbourg, IIDH, 2009, p. 102.

8. Posteriormente, en su Sentencia sobre competencia (del 28.11.2003), en el mismo caso *Baena Ricardo y Otros*, la Corte afirmó su competencia para supervisar el cumplimiento de la anterior Sentencia de fondo y reparaciones (mediante el examen de los informes a ser sometidos por el Estado demandado, sobre las medidas tomadas para ejecutar la Sentencia). La Corte, por unanimidad, rechazó el desafío del Estado demandado y decidió continuar a supervisar el cumplimiento por el Estado de su Sentencia del 02.02.2001 en el caso *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá*.

niños asesinados y su posterior inhumación en el lugar escogido por sus familiares (punto resolutivo n. 6), la designación de un centro educativo con un nombre alusivo a los jóvenes victimizados y con una placa con los nombres de las cinco víctimas (punto resolutivo n. 7), y la investigación de los hechos y sanción de los responsables (punto resolutivo n. 8).

12. Tal como me permití señalar en mi Voto Razonado en este caso paradigmático de los “Niños de la Calle” (reparaciones, 2001),⁹

“Hay, a mi juicio, que enfocar toda la temática de la reparaciones de violaciones de los derechos humanos a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas, desestimando cualquier intento de mercantilización - y consecuente trivialización - de dichas reparaciones. No se trata de negar importancia de las indemnizaciones, sino más bien de advertir para los riesgos de *reducir* la amplia gama de las reparaciones a simples indemnizaciones. No es mera casualidad que la doctrina jurídica contemporánea viene intentando divisar distintas *formas* de reparación - *inter alia*, *restitutio in integrum*, satisfacción, indemnizaciones, garantías de no-repetición de los hechos lesivos - *desde la perspectiva de las víctimas*, de modo a atender sus necesidades y reivindicaciones, y buscar su plena rehabilitación.

(...) En nada me convence la ‘lógica’ - o más bien, la falta de lógica - del *homo oeconomicus* de nuestros días, para quien, en medio a la nueva idolatría del dios-mercado, todo se reduce a la fijación de compensación en forma de montos de indemnizaciones, dado que en su óptica las propias relaciones humanas se han - lamentablemente - mercantilizado. En definitiva, a la integralidad de la personalidad de la víctima corresponde una reparación *integral* por los perjuicios sufridos, la cual no se reduce en absoluto a las reparaciones por daño material y moral (indemnizaciones). (...) El artículo 63(1) de la Convención Americana, por el contrario, posibilita, y requiere, que se amplíen, y no se reduzcan, las reparaciones, en su

9. Cf. mi Voto Razonado en el caso de los “Niños de la Calle”, referente a Guatemala (Reparaciones, Sentencia del 26.05.2001).

multiplicidad de formas. La fijación de las reparaciones debe basarse en la consideración de la víctima como ser humano integral, y no en la perspectiva degradada del *homo oeconomicus* de nuestros días. (...).¹⁰

13. Todavía en el año de 2001, en mi subsiguiente Voto Razonado (párrs. 1-13) en la Sentencia de reparaciones en el caso *Cantoral Benavides versus Perú* (del 03.12.2001), me permití destacar la significación de lo determinado por la Corte, mediante lo cual el Estado se vio ante la obligación de “dejar sin efecto alguno” la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú contra Luis Alberto Cantoral Benavides (punto resolutivo n. 4), dada su incompatibilidad con la normativa de protección de la Convención Americana.

14. En su Sentencia de fondo y reparaciones (del 12.11.1997) en el caso *Suárez Rosero versus Ecuador*, la Corte declaró que el artículo 114 *bis* del Código Penal ecuatoriano, que privaba todas las personas en detención bajo la ley anti-drogas de determinadas garantías judiciales (en cuanto a la extensión de la detención), violaba *per se* el artículo 2 de la Convención Americana, *independientemente de haber sido aplicada o no esta norma del Código Penal en el presente caso*. Fue ésta la primera vez que la Corte estableció una violación del artículo 2 de la Convención por la existencia *per se* de una disposición de derecho interno.¹¹

15. La referida Sentencia de la Corte en el caso *Suárez Rosero* dedicó significativamente una sección entera (n. XIV) al establecimiento de la violación del artículo 2 de la Convención (la obligación general de armonizar la legislación nacional con las normas de la Convención Americana).¹² Poco después (el 24.12.1997), la Corte Suprema del Ecuador decidió eliminar la disposición en cuestión de la ley ecuatoriana anti-drogas, declarándola inconstitucional; fue esta también la primera vez que una disposición de derecho interno

10. Cf. *ibid.*, párrafos 28, 35 y 37.

11. Como Ecuador, en su entendimiento, por la propia existencia del artículo 114 *bis* de su Código Penal, no había tomado medidas adecuadas de derecho interno, a fin de tornar efectivo el derecho consagrado en el artículo 7(5) de la Convención.

12. A.A. Cançado Trindade, “The International Standards of Protection of the Human Person in the Developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2004)”, 104 *Journal of International Law and Diplomacy* - Japanese Society of International Law/Tokyo (2006) n. 4, p. 18.

(de excepción) fue prontamente modificada en consecuencia de una decisión de la Corte Interamericana.

16. En Sentencia de fondo y reparaciones (del 21.06.2002), en el caso *Hilaire, Constantive y Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago*, la Corte Interamericana ordenó, como medida de reparación, que el Estado demandado dejara de aplicar la llamada “pena de muerte mandatoria”. Determinó la Corte al Estado que se abstuviera, por consiguiente, de aplicar su “Ley de Delitos contra la Persona” (de 1925), y que la modificara, adecuándola a la normativa internacional de protección de los derechos humanos (punto resolutive. 8). Determinó, asimismo, que el Estado debería volver a tramitar, aplicando la legislación penal así reformada, los procedimientos penales correspondientes a los delitos imputados a los peticionarios (punto resolutive n. 9), revisando los casos contra los mismos (punto resolutive n. 10), y absteniéndose de aplicar la pena de muerte (punto resolutive n. 11).

17. En otra Sentencia notable, de fondo y reparaciones de 05.02.2001, relativa a la prohibición en Chile, mediante censura previa de producción cinematográfica (basada en disposición constitucional), de exhibición en sala pública de la película “*La Última Tentación de Cristo*” de M. Scorsese, la Corte Interamericana estableció una violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13 de la Convención Americana). Al sostener la responsabilidad internacional objetiva del Estado demandado, por cualquier acto u omisión de parte de cualquier de sus poderes u órganos, independientemente de su jerarquía (párrs. 72-73), la Corte situó el origen de la violación en el artículo 19(12) de la Constitución de Chile de 1980, que estableciera la censura previa de producción cinematográfica. En extenso Voto Concurrente, me permití abordar los fundamentos del respaldo de la Corte a la tesis de la responsabilidad internacional objetiva del Estado (párrs. 1-40).

18. La Corte determinó *inter alia* que el Estado demandado debería, dentro de un plazo razonable, modificar su ordenamiento jurídico interno de modo a poner fin a la censura previa y permitir la exhibición pública de la película “*La Última Tentación de Cristo*” (punto resolutive n. 4). En seguida, en sucesivos informes enviados a la Corte¹³, el Estado demandado la informó sobre el proceso en curso

13. Informes del 07.08.2001, 14.11.2001, 20.08.2002, y 19.03.2003.

de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre expresión artística y eliminar la censura cinematográfica, - hasta su conclusión exitosa (el 04.01.2003).¹⁴ Como los peticionarios se mostraron satisfechos con la mencionada reforma constitucional¹⁵, Siendo así, en resolución del 28.11.2003, la Corte Interamericana declaró que el Estado de Chile dio pleno cumplimiento a su Sentencia del 05.02.2001, dando así por terminado el caso de la película "*La Última Tentación de Cristo*," con el archivo del expediente respectivo.

19. La referida Sentencia de la Corte se reviste, así, de real significación histórica, en más de un sentido: constituye un valioso e inédito precedente, por el cumplimiento, pleno y ejemplar, que le fue dado por el Estado demandado, que modificó su propia Constitución nacional para dar fiel cumplimiento a la Sentencia de un tribunal internacional de derechos humanos. El histórico episodio revela que, en el presente dominio de protección, el primado de derecho internacional sobre el derecho interno pasa a constituir, más que una construcción académica, una realidad del Derecho en nuestros días, movido este último por la conciencia humana.

III. INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN

20. En sucesivas sentencias de fondo y de reparaciones, la Corte Interamericana ha afirmado el deber del Estado de investigar los hechos lesivos de los derechos protegidos por la Convención Americana,¹⁶ inclusive como forma de reparación (obligación de hacer).

14. En nuevo informe sometido a la Corte (el 07.04.2003), el Estado la informó que la película "*La Última Tentación de Cristo*" de M. Scorsese pasó a ser exhibida, a partir del 11.03.2003, en la sala del Cine Arte Alameda en Santiago (para todo público mayor de 18 años). El 09.06.2003, con ocasión de la realización en Santiago de Chile de histórica sesión externa de la Corte Interamericana, que coincidió con la realización de la Asamblea General de la OEA en la capital chilena, el Presidente de la República (Dr. Ricardo Lagos), al recibirme en audiencia en el Palacio de La Moneda, me externó y a toda la Corte Interamericana el firme compromiso de su País con las obligaciones convencionales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

15. En escritos enviados a la Corte, tanto los individuos demandantes (el 21.10.2003) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (el 27.10.2003) comunicaron al Tribunal que se encontraban satisfechos y que consideraban que el Estado chileno había dado efectivo cumplimiento a la Sentencia del 05.02.2001 de la Corte Interamericana (*supra*) en el *cas d'espèce*.

16. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Inter-American Court of Human Rights at a Crossroads: Current Challenges and Its Emerging Case-Law on the Eve of the New

En sus Sentencias (de fondo y reparaciones) en el caso *Gutiérrez Soler* (12.09.2005) y en el caso de la *Masacre de Mapiripán* (15.09.2005), ambos relativos a Colombia, la Corte determinó que el Estado debía investigar los hechos y prontamente identificar, juzgar y sancionar los responsables, y divulgar los resultados de los procesos, “de manera que la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos” de dichos casos (párrs. 96 y 298, respectivamente). Lo volvió determinar lo mismo en el caso *Maritza Urrutia versus Guatemala* (Sentencia de fondo y reparaciones, del 27.11.2003, punto resolutive n. 5).

21. En otro caso de masacre, anterior al de *Mapiripán* (*supra*), el de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (fondo y reparaciones, Sentencia del 15.06.2005), la Corte sostuvo que “los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados” de lo ocurrido (párr. 204). Como medidas de reparación, la Corte ordenó, - además de las indemnizaciones por daños material e inmaterial (puntos resolutive ns. 8-9), y los gastos (punto resolutive n. 10), - la investigación de los hechos y sanción de los responsables, la recuperación de los restos mortales de los miembros masacrados de la Comunidad Moiwana y su entrega a los miembros de la Comunidad sobrevivientes, la delimitación y demarcación y titulación de los territorios tradicionales de los miembros de la Comunidad, la garantía de seguridad de los miembros que decidan regresar a la aldea de Moiwana, la implementación de un fondo de desarrollo comunitario, la realización de un acto de disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional, y la construcción de un monumento público y su ubicación en un lugar público apropiado (puntos resolutive 1-7).

22. En mi Voto Razonado (párrs. 1-93) en dicho caso de la *Comunidad Moiwana*, concentré mis reflexiones en los siguientes puntos: a) la subjetividad legal de los pueblos en el derecho internacional; b) el desarraigo como un problema de derechos humanos confrontando la conciencia jurídica universal; c) la proyección del sufrimiento humano

Century”, in *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal* (eds. P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold y L. Wildhaber), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2000, pp. 167-191; A.A. Cançado Trindade, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-2002)”, in *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del Siglo XXI* (eds. F. Gómez Isa y J.M. Pureza), Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 567-568.

en el tiempo; d) la ilusión de los “pós-modernos” y la incorporación de la muerte en la vida; e) la mortalidad y su inescapable relevancia para los vivos; f) los deberes de los vivos en relación a sus muertos; g) los deberes en relación a los muertos en los orígenes y en el desarrollo del Derecho; h) del derecho a un proyecto de vida al derecho a un proyecto de pos-vida; i) más allá del daño moral: la configuración del daño espiritual; y j) un alegato contra el olvido¹⁷.

23. Retomé mi concepción del proyecto de pos-vida y del daño espiritual en mi posterior Voto Razonado (párrs. 8-10) en la Sentencia de fondo y reparaciones en el caso *Gutiérrez Soler versus Colombia* (del 12.09.2005). En este último Voto, me permití insistir en los puntos centrales al respecto, desarrollados en mi anterior Voto en el caso de la *Comunidad Moiwana*, en los siguientes términos:

“Como el tiempo nos consume a todos y sigue fluyendo, la construcción de un proyecto de vida puede parecer insuficiente a muchos, que, conscientes de su propia vulnerabilidad existencial, buscan construir además lo que yo me permito denominar de *proyecto de post-vida*. Este punto lo he desarrollado en mi Voto Razonado¹⁸ en el reciente caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (Sentencia del 15.06.2005), en el cual este punto ocupó, a mi modo de ver, una posición central. En el presente caso *Gutiérrez Soler versus Colombia*, me limito a rescatar las partes aquí relevantes de mi razonamiento.

Así, como ponderé en el referido Voto Razonado, no me parece haber razón alguna, ante el pasar del tiempo, para limitarse uno, en la búsqueda de sentido para su vida, a la vida que uno conoce, al mundo de los que siguen vivos; en realidad, a mi juicio, tanto el proyecto de vida como el proyecto de post-vida encierran valores fundamentales (párr. 69). Un daño a este último constituye, - según lo que me permití proponer en mi citado Voto en el caso de la *Comunidad Moiwana*, - un *daño espiritual*, que atañe a lo que hay de más íntimo en el ser humano, es decir, su vida interior, sus creencias en el destino humano, sus

17. Voto reproducido in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 539-567.

18. Original en inglés.

relaciones con sus muertos (párr. 71). Dicho daño incorpora el principio de humanidad en una dimensión temporal (párr. 72).

Distintamente del daño moral, a mi juicio los daños al proyecto de vida y al proyecto de post-vida no se cuantifican, no son susceptibles de “cuantificaciones”, por cuanto buscan la reparación mediante obligaciones de hacer que conlleven a medidas de satisfacción (v.g., honrar los muertos en las personas de los vivos) (párr. 77). La “cuantificación” del daño moral, a su vez, se da en beneficio esencialmente de los que siguen vivos (víctimas directas o indirectas) (párr. 74)”.

24. En otra ocasión, en el caso del asesinato premeditado (por agentes del poder público) de *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (fondo y reparaciones, Sentencia del 25.11.2003), la Corte señaló que “los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones”, de modo a satisfacerlos (párr. 274). La Corte hizo el mismo señalamiento en sus Sentencias en los casos *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (fondo y reparaciones, Sentencia del 01.03.2005, párr. 62), *Trujillo Oroza versus Bolivia* (reparaciones, Sentencia del 27.02.2002, párr. 114), *Huilca Tecse versus Perú* (fondo y reparaciones, Sentencia del 03.03.2005, párr. 107), *Carpio Nicolle y Otros versus Guatemala* (del 22.11.2004, párr. 128).

25. En su Sentencia de reparaciones (del 19.11.2004) en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez*, la Corte determinó *inter alia* que “el resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad” (párr. 98). En el caso de la *masacre de 19 Comerciantes versus Colombia* (fondo y reparaciones, Sentencia del 05.07.2004), la Corte reiteró la ponderación que había hecho en la anterior Sentencia de reparaciones (del 22.02.2002) en el caso de *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, en el sentido de que dicha medida beneficia no sólo a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, con el propósito de que, al “conocer la verdad” en cuanto a tales crímenes, “tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro” (párrs. 259 y 77, respectivamente).

IV. DERECHO A LA VERDAD

26. El deber de investigación de los hechos, y juicio y sanción de los responsables, como forma de reparación (*supra*), asume particular importancia en los casos de masacres llevados al conocimiento de la Corte Interamericana (cf. *infra*). En uno de estos casos, en su Sentencia del 14.03.2001, en el célebre caso de la masacre de *Barrios Altos*, atinente al Perú, - el primer caso en que un tribunal internacional contemporáneo fulminó una ley de "auto-amnistía", - la Corte Interamericana ponderó que "el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención" Americana (párr. 48).

27. En el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (fondo, Sentencia del 25.11.200), - enmarcado en un patrón de desapariciones forzadas de personas, - la Corte ponderó que "el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención" Americana (párr. 201). En su Sentencia sobre reparaciones (del 22.02.2002) en el mismo caso *Bámaca Velásquez*, la Corte ordenó al Estado demandado - como primer punto resolutive - "localizar los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez, exhumarlos en presencia de su viuda y familiares, así como entregarlos a éstos".

28. En seguida, la Corte ordenó, aún en el mismo caso *Bámaca Velásquez*, la investigación de los hechos y la sanción de los responsables, la publicación en la prensa nacional de partes de su Sentencia, la adecuación del ordenamiento jurídico interno a la normativa internacional de derechos humanos y de derecho humanitario, las indemnizaciones por daños inmaterial y material, y el pago de costas y gastos (puntos resolutive 2-7). En mi Voto Razonado, me permití destacar la importancia de que el *primer* punto resolutive de la presente Sentencia haya consistido precisamente en determinar que el Estado demandado localizase los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez, los exhumase en presencia de su viuda y familiares, y los

entregase a éstos, - algo de suma importancia en la cultura maya. En seguida desarrollé mis reflexiones (párrs. 2-26) sobre cuatro aspectos específicos relativos a este punto resolutivo de la Sentencia, que me permití así denominar: a) el tiempo, el derecho vivo, y los muertos; b) la proyección del sufrimiento humano en el tiempo; c) el pasar del tiempo, y la repercusión de la solidaridad entre los vivos y los muertos en el Derecho; y d) la precariedad de la condición humana y los derechos humanos universales.

V. MASACRES E IDENTIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

29. Ha habido casos, llevados ante la Corte Interamericana, que han revelado, en mi entendimiento, verdaderos *crímenes de Estado*, - aunque la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas haya desafortunadamente asumido una posición evasiva al respecto.¹⁹ En estos casos, las violaciones graves de los derechos humanos fueron planificadas al más alto nivel del poder público, y ejecutadas en medio a genuinas e indiscutibles políticas estatales de exterminio sistemático de seres humanos. Se puede mencionar, como ilustraciones inequívocas al respecto, las Sentencias de la Corte en los casos de las masacres de *Barrios Altos versus Perú* (delf 14.03.2001), de *Caracazo versus Venezuela* (reparaciones, del 29.08.2002), de *Plan de Sánchez versus Guatemala* (del 29.04.2004), de los *19 Comerciantes versus Colombia* (del 05.07.2004), de *Mapiripán versus Colombia* (del 17.09.2005), de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (del 15.06.2005), de *Pueblo Bello versus Colombia* (del 31.01.2006), de *Ituango versus Colombia* (del 01.07.2006), de *Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) versus Venezuela* (del 05.07.2006), de la *Prisión de Castro Castro versus Perú* (del 25.11.2006), y de *La Cantuta versus Perú* (del 29.11.2006), - así como en casos de asesinatos planificados al más alto nivel del poder estatal y ejecutados por orden de este último (tal como el del caso de *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, Sentencia del 25.11.2003).

19. Cf. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 420-432; A.A. Cançado Trindade, "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited", in *International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269.

30. En estos casos de masacres, llevados en los últimos años al conocimiento de la Corte Interamericana, se han presentado problemas en la propia identificación de las víctimas (y sus familiares), con repercusión para la determinación de los beneficiarios de reparaciones. Los criterios adoptados por la Corte para aquella identificación en dichos casos han revelado la conciencia de que la Convención Americana, como todos los demás tratados de derechos humanos, son esencialmente *orientados hacia las víctimas*. Este nuevo desarrollo jurisprudencial, en cuanto a la determinación de la condición de víctima, ha sido impulsado por los esfuerzos de la Corte para enfrentar y superar las dificultades en la identificación de las víctimas en estos casos de masacres.

31. Siendo así, la Corte ha, de inicio, considerado como presuntas víctimas, en tales casos, además de las personas *identificadas* por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la petición presentada a la Corte, *las personas que pueden ser identificadas posteriormente*, dado que las dificultades encontradas en su individualización llevan a presumir que todavía hay víctimas pendientes de determinación (Sentencias de la Corte en los casos de las *Masacres de Plan de Sánchez, Mapiripán y Ituango*)²⁰. Para superar dichas dificultades, la Corte ha considerado como presuntas víctimas algunas personas cuyos nombres derivan de documentos²¹ otros que la petición a ella presentada por la Comisión Interamericana²². La Corte ha, en más de un ocasión, solicitado a la Comisión la corrección de tales defectos por la provisión de listas de presuntas víctimas *identificadas posteriormente* a la presentación de la petición.²³

32. La Corte Interamericana ha, además, ordenado el Estado demandado a *individualizar e identificar* a las víctimas y sus familiares

20. CtIADH, Sentencias en los casos de la *the Masacre of Plan de Sánchez* (2004), párr. 48; de la *Masacre de Mapiripán* (2005), párrs. 183 y 305; y de las *Masacres de Ituango* (2006), párr. 92.

21. Incorporados en los *dossiers* de los casos.

22. CtIADH, Sentencia en el caso de las *Masacres of Ituango* (2006), párr. 94.

23. CtIADH, Sentencias en los casos de *Aloeboetoe y Otros versus Suriname* (reparaciones, 1991), párrs. 39, 64, 66 y 69; de *El Amparo versus Venezuela* (reparaciones, 1996), párrs. 39 y 42; de *Caballero Delgado y Santana versus Colombia* (reparaciones, 1997), párrs. 13 y 38; del *"Institute de Rehabilitación del Menor" versus Paraguay* (fondo y reparaciones, 2004), párrs. 107 y 111.

para el propósito de las reparaciones.²⁴ La Corte ha tomado estas medidas a la luz del derecho aplicable (la Convención Americana su Reglamento), teniendo presentes las complejidades de cada caso, y asegurando que el derecho de defensa de las partes haya sido respetado (en el momento procesal correspondiente), y que las presuntas víctimas posteriormente identificadas guarden relación con los hechos descritos en la petición o demanda y las pruebas presentadas ante la Corte (Sentencias de la Corte en los casos de *Goiburú y Otros*, y de la *Masacres de Ituango*).²⁵ En el ejercicio de su deber de protección, la Corte ha considerado apropiado proceder de ese modo, en casos revelando una pluralidad de presuntas víctimas, sobre todo en el reciente ciclo de casos de masacres.

VI. REHABILITACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

33. En casos de violaciones graves de derechos humanos, circundados de circunstancias claramente agravantes, la Corte ha constatado daños que se configuran irreparables. Las reparaciones son importantes para aliviar o mitigar el sufrimiento de los familiares sobrevivientes de las víctimas fatales. No me refiero solamente a la violación del derecho fundamental a la vida; un otro ejemplo se encuentra igualmente en la violación del derecho a la integridad personal, v.g., mediante la práctica de la tortura. He formado mi convicción de que la tortura, - absolutamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁶ y el Derecho Internacional Humanitario (una prohibición del *jus cogens*), - inflige un daño irreparable a las víctimas.

34. La práctica de la tortura,²⁷ perversión máxima del uso del poder, es - como señalé en mi Voto Concurrente (párrs. 1-12) en el caso *Maritza Urrutia versus Guatemala* (Sentencia de fondo y

24. CtIADH, Sentencia en el caso de la *Masacre de Mapiripán* (2005), párrs. 305-306; y cf. Sentencia en el caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y Otros*, reparaciones, 2001), párr. 17.

25. CtIADH, Sentencias de fondo y reparaciones en los casos de *Goiburú y Otros versus Paraguay* ("Operación Condor", 2006), párr. 33; y de las *Masacres de Ituango* (2006), párr. 95.

26. Tal como expresamente reconocido por la Sentencia de la Corte Interamericana, *inter alia*, en el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (del 08.07.2004 - párrs. 111-112).

27. En sus distintas formas (tanto física como psicológica).

reparaciones del 27.11.2003) - un infierno a amenazar la propia civilización. No se limita a los padecimientos físicos, busca la destrucción del ser humano en su integridad. Causa un daño verdaderamente irreparable. Contra ella se subleva el principio básico de humanidad, arraigado en la consciencia humana. Uno de los criterios infalibles de la civilización reside efectivamente en el tratamiento dispensado por las autoridades públicas de cualquier país a las personas detenidas. Es lo que, ya en el siglo XIX, advertía F.M. Dostoievski, en sus *"Recuerdos de la Casa de los Muertos"* (1862): el grado de civilización alcanzado por cualquier sociedad se puede evaluar al entrarse en sus cárceles y centros de detención.

35. De ese modo, en nada sorprende que, en muchas de sus Sentencias, la Corte Interamericana haya ordenado la provisión de asistencia médica y psicológica a las víctimas, como forma de reparación, con miras a su *rehabilitación*. En su Sentencia de fondo y reparaciones (del 18.09.2003) en el caso *Bulacio versus Argentina*, la Corte ordenó al Estado demandado, *inter alia*, que *garantizara la no-repetición* de hechos como los del *cas d'espèce*, mediante la adopción de medidas legislativas y de cualquier otra índole para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas de protección internacional de los derechos humanos, y darles "plena efectividad" (punto resolutive n. 5). Un año después, en su Sentencia de fondo y reparaciones (del 07.09.2004) en el caso *Tibi versus Ecuador*, la Corte ordenó al Estado demandado, *inter alia*, que estableciera "un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos" (punto resolutive n. 13).

36. En mi Voto Razonado (párrs. 1-36) en el caso *Tibi*, centré mis reflexiones en cuatro puntos básicos, a saber: a) el impacto de la detención arbitraria y la condición carcelaria en la conciencia humana; b) la auto-rehabilitación como defensa y *reparatio* de los insultos del mundo; c) la reacción del Derecho *ratione personae* (la posición central de los victimados en el orden jurídico); y d) la reacción del derecho *ratione materiae* (la prohibición absoluta de la tortura). Me permití, en aquel Voto, formular, entre otras, las siguientes ponderaciones:

“[El] derecho [de petición individual internacional] ha efectivamente sido ejercido, bajo la Convención Americana, por personas que sobreviven en la más completa adversidad (pobres y marginados, “niños de la calle”, personas encarceladas, familiares de desaparecidos, entre otras). Es sobre todo en circunstancias como estas que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos alcanza su plenitud y realiza su fin último. (...)

La práctica de la tortura, en toda su perversión, no se limita a los padecimientos físicos infligidos a la víctima, busca el aniquilamiento de la víctima en su identidad e integridad. Causa disturbios psicológicos crónicos, que se prolongan indefinidamente en el tiempo, discapacitando a la víctima a seguir viviendo normalmente como antes. Agrava su vulnerabilidad, causa pesadillas, genera pérdida de confianza en los demás, hipertensión y depresión. Así han unánimemente manifestado varios peritajes al respecto, rendidos ante esta Corte en distintos casos a lo largo de los últimos años. Un torturado en la cárcel pierde la dimensión del espacio y del propio tiempo.

Aún más, la práctica de la tortura (sea para obtener confesión o información o para generar un temor social), genera una carga emocional disruptiva que se transmite a los familiares de la víctima, que, a su vez, la proyectan en las personas de su convivencia. La práctica generalizada de la tortura, aunque ocurrida dentro de las cárceles, termina por contaminar todo el tejido social. La práctica de la tortura deja secuelas no solamente en los victimados por ella, sino en amplios sectores del medio social afectado. Genera daños psicosociales y, en determinadas circunstancias, puede llevar a una descomposición social. (...)

La prohibición absoluta de la tortura como reacción del Derecho *ratione materiae*, de que aquí se trata, en las dimensiones tanto horizontal como vertical, tiene implicaciones para las reparaciones debidas a los victimados. En nada sorprende que las reparaciones en casos de tortura hayan revelado una dimensión a un tiempo individual y colectivo o social. La impunidad agrava el sufrimiento psíquico infligido tanto a la víctima directa como a sus familiares y personas de su convivencia. En realidad, causa nuevos daños psicosociales. El encubrimiento de lo ocurrido, o la indiferencia ante los hechos delictivos, implican una nueva agresión a la víctima y sus familiares, descalificando sus sufrimientos. La realización de la justicia es, pues,

de suma importancia para la rehabilitación de las víctimas de tortura (como forma de reparación), al mitigar su dolor, y el de sus seres queridos, por reconocer los sufrimientos que han padecido.

Es ésta una materia todavía en evolución, pero el derecho de aquellas víctimas a una reparación justa y adecuada es hoy abordado a partir del reconocimiento de la centralidad de la integridad de las referidas víctimas²⁸. La presente Sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Tibi versus Ecuador* es un ejemplo de la reacción del Derecho al mal anteriormente narrado. No es mucho lo que ha podido hacer el Derecho en el presente contexto, pero es algo, y sirve al menos para mantener viva la esperanza en un mínimo de justicia humana. La reacción del Derecho refleja el reconocimiento de que la rehabilitación de las víctimas de detención arbitraria y tortura no puede resumirse a contar tan sólo con los recursos psicológicos que puedan ellas tener para defenderse de ese mal, agravado por la indiferencia del mundo exterior.

La realización de la justicia, con las debidas reparaciones, contribuye a reordenar las relaciones humanas, y reestructurar el psiquismo de todos los victimados. La realización de la justicia debe darse desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de las víctimas. Las reparaciones más bien *alivian* el sufrimiento de los victimados, al constatar la realización de la justicia. (...) Las reparaciones tienen, por consiguiente, una dimensión necesariamente tanto individual como social" (párrs. 19, 21-22 y 33-35).²⁹

37. Otras decisiones de la Corte pueden aquí ser invocadas. En su Sentencia de fondo y reparaciones (del 04.07.2006) en el caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, la Corte ordenó al Estado demandado, *inter alia*, que continuara desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería (y auxiliares), y para todas las personas vinculadas con la atención de salud mental, particularmente sobre "los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia" (punto resolutivo n. 8).

28. Cf. I. Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 13-38, 111-191 y 249-253.

29. Voto reproducido in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 444-456.

En la subsiguiente Sentencia de fondo y reparaciones (del 25.11.2006) en el caso de la *Prisión de Castro Castro versus Perú*, la Corte ordenó al Estado demandado, *inter alia*, “el tratamiento médico y psicológico adecuado”, tal como “requerido por las víctimas y los familiares” (puntos resolutivos 13-14).

38. En el caso de la *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia* (Sentencia de fondo y reparaciones, del 31.01.2006), la Corte ordenó, *inter alia*, que el Estado demandado debía “proveer un tratamiento médico o psicológico, según sea el caso, a todos los familiares de las 37 personas desaparecidas y de las seis privadas de la vida que lo requieran” (punto resolutivo n. 11). Poco después, en el caso de las *Masacres de Ituango versus Colombia* (Sentencia de fondo y reparaciones, del 01.07.2006), la Corte determinó, *inter alia*, que el Estado demandado debía “brindar gratuitamente, y por medio de los servicios nacionales de salud, el tratamiento adecuado que requieran los familiares de las víctimas ejecutadas” (punto resolutivo n. 16). Determinó, asimismo, que el Estado demandado debía además “implementar un programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que perdieran sus casas y que así lo requieran” (punto resolutivo n. 19).

VII. DIMENSIÓN TEMPORAL

39. Paso ahora al punto siguiente de mi exposición: la dimensión temporal. En numerosos Votos que presenté en la Corte Interamericana, me debrucé sobre un tema al cual he dedicado mis reflexiones a lo largo de las tres últimas décadas: el de las relaciones entre *el tiempo y el Derecho*. En relación con aspectos específicos de este tema amplio y desafiador, cabría aquí recordar algunas decisiones pertinentes de la Corte Interamericana, con incidencia en las reparaciones. Por ejemplo, en su Sentencia de reparaciones (del 27.11.1998) en el caso *Loayza Tamayo versus Perú*, la Corte Interamericana por primera vez aceptó el concepto de “*proyecto de vida*”, ligado a la *satisfacción* como una de las formas de reparación, entre otras medidas de reparación.

40. Posteriormente, la Corte desarrolló este punto en sus sentencias de fondo y reparaciones en el caso *Villagrán Morales y Otros* (de los “*Niños de la Calle*”, 19.11.1999 y 26.05.2001), relativo a Guatemala, y de reparaciones en el caso *Cantoral Benavides* (03.12.2001), referente

al Perú, - en ambos casos con incidencia en las formas de reparación. El referido caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros*), verdaderamente paradigmático, es uno de los más relevantes de toda la historia de la Corte, en razón de sus significativas consideraciones sobre el derecho fundamental a la vida (artículo 4 de la Convención), a abarcar también las condiciones de vida.

41. En su Sentencia de reparaciones en el mencionado caso *Cantoral Benavides*, la Corte decidió (punto resolutivo n. 6) que el Estado debía proporcionar a la víctima los medios para realizar y concluir sus estudios de nivel universitario o superior en un centro de reconocida calidad académica. El reconocimiento por parte de la Corte, del daño al proyecto de vida de la víctima así como de la necesidad de repararlo, constituyó, en mi entender, una forma de *satisfacción*. La Corte afirmó el deber estatal de proporcionar a L.A. Cantoral Benavides los medios para realizar y concluir sus estudios universitarios en un centro de reconocida calidad académica.

42. Ha sido ésta, en mi entender, una forma de reparar el daño a su proyecto de vida, conducente a la *rehabilitación* de la víctima. El énfasis dado por la Corte a su *formación*, a su *educación*, sitúa esta forma de reparación (del latín *reparatio*, derivado de *reparare*, “preparar o disponer de nuevo”) en perspectiva adecuada, desde el prisma de la integralidad de la personalidad de la víctima, teniendo presente su realización como ser humano y la reconstrucción de su proyecto de vida.

43. La preocupación por la preeminencia de valores superiores debe, a mi juicio, primar sobre el mero reclamo de indemnizaciones, inclusive para atender a las necesidades personales - otras que las materiales - de una víctima de violaciones de derechos humanos. La reparación del daño al proyecto de vida no se redujo a una indemnización más: se efectuó, en el caso *Cantoral Benavides*, por la garantía de las condiciones extendidas a la víctima para su formación como ser humano y su educación de nivel superior. A la *satisfacción*, se sumó, así, esta forma de reparación conducente a la *rehabilitación* de la víctima. La Corte Interamericana, mediante la referida Sentencia, afirmó el valor superior de la *garantía de la educación* como forma de reparación del daño al proyecto de vida de una víctima de violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana.

44. En casos de gran densidad cultural, la Corte Interamericana, al ordenar reparaciones, tomó en cuenta la importancia de la cultura para las víctimas o sus familiares: así ocurrió, v.g., en las Sentencias de reparaciones en los casos *Aloeboetoe* (1993), "*Niños de la Calle*" y *Bámaca Velásquez* (2001 y 2002, respectivamente) en cuanto a la entrega de los restos mortales de las víctimas, *Bulacio* (2003), *Comunidad Moiwana* (2005), entre otros. Las *apologías* como forma de reparación - *satisfacción* - han también revelado una dimensión cultural, como en los casos, v.g., de la *Masacre de Plan de Sánchez* (2004), que contó inclusive con la realización de un psicodrama por los descendientes de las víctimas. Esto nos conlleva a un aspecto significativo que la materia, que ha pasado desapercibido de la bibliografía especializada, a saber, la dimensión verdaderamente *intergeneracional* de las reparaciones.

VI. DIMENSIÓN INTERGENERACIONAL

45. Dicha dimensión intergeneracional fue debidamente reconocida por la Corte en su Sentencia de reparaciones en el caso de los "*Niños de la Calle*" (2001). En mi Voto Razonado en aquel caso, me permití destacar la relevancia de la *satisfacción*, como forma de reparación no-pecuniaria a los familiares inmediatos de las víctimas asesinadas (párr. 27), en los siguientes términos:

"(...) Mi conclusión es en el sentido de que, en circunstancias como las del presente caso de los *Niños de la Calle*, no hay, *stricto sensu*, reparación verdadera o plena posible, en el sentido literal del término (del latín *reparatio*, derivado de *reparare*, 'preparar o disponer de nuevo'), lo que revela los límites del Derecho (a ejemplo de los límites de otras ramas del conocimiento humano). (...)

La imposibilidad de una plena reparación - la *restitutio in integrum* - se verifica, en mi entendimiento, no sólo en cuanto a las víctimas directas y al derecho fundamental a la vida, como comúnmente se supone, sino también en cuanto a las víctimas indirectas (sobrevivientes) y a otros derechos (como el de no ser sometido a tortura, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Jurídicamente, sobre todo en circunstancias como las del presente caso de los *Niños de la Calle*, las reparaciones - de las *consecuencias* de la medida o situación lesiva de los derechos humanos protegidos (en los

términos del artículo 63(1) de la Convención Americana), - en lugar de verdaderamente *reparar*, más bien *alivian* el sufrimiento humano de los familiares sobrevivientes, buscando rehabilitarlos para la vida, - y *por eso* se vuelven absolutamente necesarias.

Es éste, en mi entender, el verdadero sentido, con las inevitables limitaciones de su real alcance, de que se reviste el concepto jurídico de *reparaciones*, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El mal cometido, como ya señalé, no desaparece: es tan sólo combatido, y mitigado. Las reparaciones otorgadas tornan la vida de los familiares sobrevivientes quizás soportable, por el hecho de que, en el caso concreto, el silencio y la indiferencia y el olvido no han logrado sobreponerse a las atrocidades, y de que el mal perpetrado no ha prevalecido sobre la perenne búsqueda de la justicia (propia del espíritu). En otras palabras, las reparaciones otorgadas significan que, en el caso concreto, la *conciencia humana* ha prevalecido sobre el impulso de destrucción. En *este sentido*, las reparaciones, aunque no plenas, se revisten de innegable importancia en la labor de la salvaguardia de los derechos inherentes al ser humano" (párrs. 36-43).³⁰

46. Las reparaciones, en este sentido, resultan necesarias para que el mal perpetrado, que se extiende a todo el tejido social, no se transmita a los descendientes de los familiares de las víctimas fatales. La realización de la justicia contribuye a mitigar el sufrimiento que se transmite a todo el medio social, pasando de una generación a otra. La dimensión intergeneracional volvió a marcar presencia en la Sentencia de reparaciones de la Corte Interamericana, en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua* (2001). En las audiencias ante la Corte (del 16-18.11.2000) los miembros de dicha comunidad indígena habían señalado la importancia vital que reviste la relación que mantienen con las tierras que ocupan, no sólo para su propia subsistencia, sino además para su desarrollo familiar, cultural y religioso,³¹ - siendo esto transmitido de una generación a otra.

30. Para un estudio general al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, "Responsabilidad, Perdón y Justicia como Manifestaciones de la Conciencia Jurídica Universal", 8 *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* - Universidad del Rosario/Bogotá (2006) n. 1, pp. 15-36.

31. De ahí su caracterización del territorio como *sagrado*, por cobijar no sólo los miembros vivos de la Comunidad, sino también los restos mortales de sus antepasados, así como sus divinidades.

47. En su Sentencia de fondo y reparaciones del 31.08.2001, sin precedentes en este particular, en el caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni*, la Corte extendió protección a toda la comunidad indígena, y su derecho a propiedad comunal de sus tierras (bajo el artículo 21 de la Convención Americana). Determinó la Corte que la delimitación, demarcación y titulación de las tierras de la referida comunidad indígena deberían efectuar-se en conformidad con su derecho consuetudinario, sus usos y costumbres (par. 164 y punto resolutivo n. 4). Un Voto Razonado Conjunto (de los Jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli) destacó “la importancia del fortalecimiento de la relación espiritual y material de los miembros de la Comunidad con las tierras que han ocupado, no sólo para preservar el legado de las generaciones pasadas, sino también para asumir y desempeñar las responsabilidades que ellos asumen respecto de las generaciones por venir. De ahí, además, la necesaria prevalencia que atribuyen al elemento de la *conservación* sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista), debe, a nuestro juicio, ser apreciada desde este prisma, inclusive bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de los hechos del *cas d’espèce*.”

La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras)³², en relación con las cuales tenemos obligaciones.

32. Las generaciones futuras comienzan a atraer la atención de la doctrina contemporánea del derecho internacional: cf., v.g., A.-Ch. Kiss, “La notion de patrimoine commun de l’humanité”, 175 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1982) pp. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Publs., 1989, pp. 1-351; E. Agius y S. Busuttil *et alii* (eds.), *Future Generations and International Law*, London, Earthscan, 1998, pp. 3-197; J. Symonides (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1998, pp. 1-153.

(...) Esta concepción comunal, además de los valores en ella subyacentes, tiene una cosmovisión propia, y una importante dimensión intertemporal, al poner de manifiesto los lazos de solidaridad humana que vinculan a los vivos con sus muertos y con los que están por venir” (párrs 9-10 y 15).

48. En fin, en el caso subsiguiente de *Gómez Palomino versus Perú*³³ (Sentencia de fondo y reparaciones, del 22.11.2005), después de ordenar una serie de medidas de reparación³⁴, la Corte volvió a situarlas - particularmente un programa de educación que ordenó - en el plano intergeneracional. Ponderó la Corte que las violaciones graves de derechos humanos “impactan a las nuevas generaciones. Así, el dilema que viven las generaciones presentes, afectadas directamente por la violación de sus derechos humanos, trasciende a las generaciones futuras de diversas maneras” (párr. 146). En mi Voto Razonado en el caso *Gómez Palomino*, ponderé que

“Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos requiere un mayor desarrollo conceptual y jurisprudencial, a partir del reconocimiento de la estrecha relación entre el derecho a la reparación y el derecho a la justicia. Tal desarrollo se impone particularmente ante violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, - como la revelada en el presente caso *Gómez Palomino* (cf. *infra*), - que requieren reparaciones de cuño disuasivo, precisamente para garantizar la no-repetición de las graves violaciones de los derechos humanos. (...)

En su presente Sentencia en el caso *Gómez Palomino*, la Corte Interamericana ha ordenado, como una de las medidas de reparación, como forma de *satisfacción*, que se otorguen ‘medidas de reparación educativa’ a los hermanos de la víctima, o, si así lo prefieren, a sus

33 . Enmarcado, como señaló la Corte, en la “práctica sistemática y generalizada” de desaparición forzada de personas en el Perú, en el período 1988-1993, como “mecanismo de lucha antisubversiva” (párr. 54.1-4).

34. Investigación de los hechos y sanción de los responsables, busca de los restos mortales de la víctima y su entrega a sus familiares, publicación de las partes pertinentes de la Sentencia, asistencia médica y psicológica a los familiares de la víctima, y programa de educación.

hijos e hijas, incluyendo becas de estudio, de educación primaria, secundaria y superior.³⁵ (...)

Las medidas educativas en derechos humanos tienen, de ese modo, una dimensión aún más amplia que la de reparaciones, pues son también medidas preventivas, contra la violencia y los abusos contra la persona humana. (...)" (párrs. 3, 11 y 13).

CONCLUSIÓN

49. He llegado al final de mi exposición, dentro del tiempo que me ha sido reservado en esta sesión inaugural de este Seminario. Espero que mis ponderaciones hayan sido de utilidad para las Juezas y los Jueces del TPI, y para sus asistentes del área legal. Hay otros aspectos que hubiera deseado agregar a mi exposición, pero la presión despiadada del tiempo no me lo ha permitido. Sin embargo, no podría yo concluir sin una breve reflexión final, como suele acontecer en eventos académicos como el presente.

50. Este acto académico es muy significativo para mí, pues en muchos de mis Votos presentados en el seno de la Corte Interamericana he sostenido la necesidad de mayor aproximación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional. Del mismo modo, hace años vengo sosteniendo las aproximaciones o convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y el Derecho Internacional de los Refugiados, en los planos normativo, hermenéutico y operativo.³⁶ Todo esto, en una dimensión horizontal, en el marco del ordenamiento jurídico internacional.

35. Párrafos 145-146, y punto resolutivo 11 de la Sentencia.

36. Cf., e.g., *inter alia*, A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* -General Course on Public International Law - Part II", 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 150-171; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 281-352; A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)", in *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, 1a. ed., San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 139-191; A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de*

51. Pero voy más allá. En mi concepción, el Derecho es uno, y esto se manifiesta también en una dimensión vertical, en las *interacciones* entre los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de la persona humana. Esto no podría dejar de tener implicaciones para nuestro tema, el de las reparaciones (bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En efecto, el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, en los *planos nacional e internacional*, corresponde al *derecho a la realización de la justicia material*.

52. Como tal, abarca no sólo el acceso formal a un tribunal o juez (en los planos nacional e internacional), sino también el respeto a las garantías de debido proceso legal, el derecho a un juicio justo, y las debidas *reparaciones*, mediante la fiel y plena ejecución de las Sentencias.³⁷ Trátase, en suma, de un verdadero *derecho al Derecho*, abarcando todas las formas de reparación debidas a las víctimas. Agradezco a todos los presentes por la fina atención con que me han distinguido.

los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias, Ginebra, CICR, [2000], pp. 1-66.

37. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, Santiago de Chile, CECO/ Librotecnia, 2008, pp. 61-407; A.A. Cançado Trindade, "The Right of Access to Justice in the Inter-American System of Human Rights Protection", 17 *Italian Yearbook of International Law* (2007), pp. 7-24.



EL JUEZ DE VIGILANCIA

Antonio Sánchez Galindo

Ex Director del Centro Penitenciario del Estado de México; ex Director General de Prevención y Readaptación Social del Estado de México; ex Profesor de Derecho Penal de la UNAM; Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de la Sociedad Mexicana de Criminología.

¿La figura del Juez de vigilancia, o de ejecución, si se crea -porque en la actualidad es inexistente-, en el derecho penal mexicano será una imitación extralógica o una necesidad? Cabe que sea, también, moda a la que queremos entrar. Empero, en cualquiera de las tres consideraciones anteriores, puede haber justificación.

En la primera, sólo sería la confirmación de una costumbre que arranca desde de nuestra independencia. Así, sucedió con la Constitución de 1824; luego, con el Código penal de 1871 y, más tarde, con otras figuras del derecho penal ejecutivo de nuestro país: siempre hemos sido dados a contemplar lo externo, adaptarlo, con mayor o menor habilidad, o copiarlo abiertamente. Pero, cabe decir, en ocasiones, por más que se quiera, no se puede ser original y crear en forma autónoma y distinta.

En el segundo caso, sucede que la realidad –de donde debe nacer el derecho y no a la inversa- desde que surgió el penal ejecutivo y su hijo, el penitenciario, la polémica se despertó en busca, entre otras cosas, de la certeza y de la lógica jurídicas.

Y, en el último, si ya Francia, Italia, España, Argentina, Brasil y alguno de los países centroamericanos poseen la figura dentro de su derecho ¿por qué México no va a hacer lo mismo?: ¡Es necesario entrar a la moda!

Pero -y a fin de no ser frívolos- hagamos algunas consideraciones: unas de tipo histórico y, otras, que emergen de nuestra realidad ejecutivo penal.

Hay autores que afirman: “La continuada intervención judicial en la ejecución efectiva de las penas privativas de libertad constituye una

preocupación relativamente reciente"¹. Sin embargo, el absolutismo y la teoría de la división de poderes (de acuerdo al mismo autor) se han opuesto a la intervención judicial en la ejecución de la pena, dándole autonomía en la administración penitenciaria.

Pero, desde antaño, las visitas a las penitenciarías, en todos los países, fueron frecuentes con objeto de percatarse de la forma en que se trataba a los reos. Así lo consignan Bernardino de Sandoval, Cerdán de Tallada, Castillo de Bobadilla y Chaves, en España. Anteriormente, el Código Teodosiano también aludía a ellas. Son antecedentes de las actuales Comisiones de Derechos humanos

Es claro que la preocupación por evitar los frecuentes abusos y caprichos de los ejecutores de la pena –especialmente la privativa de libertad- ha suscitado la preocupación, sobre todo de los hombres y mujeres piadosos, como lo fueron Howard, Arenal, Fry y muchos otros-. Así, lo marca Iñaki Rivera: ² “A ese órgano (el juez de vigilancia), se le otorgó la importante tarea de salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos, desviaciones y cumplimiento de los preceptos que en el régimen penitenciario puedan producirse.”

Se consigna a Brasil como el primer país que, en 1922, en su Ley Federal y posteriormente en 1940, en su Código de Procedimiento Penal, creó la figura del Juez de Ejecución, con una amplitud de competencia que iba más allá de ella misma. Esto sucedió, como lo consigna el propio Manzanares Samaniego, en contrapunto a los Tribunales de Ejecución de penas, de Portugal.

Francia vendría después y, a continuación, Italia para culminar esta experiencia con España; siempre después de largas controversias. Desde luego, en todas estas naciones existieron los antecedentes de la intervención del ámbito jurisdiccional, pero en forma, por decirlo de alguna manera, no definida con perfección, quizá, tímidamente. Así sucedió con los franceses desde 1810 y los italianos a partir de 1930. En España el pensamiento “premierista” de Dorado Montero³ siempre dirigido a la protección de los derechos y las garantías de los

1. Manzanares Samaniego José Luis. *El Juez de Vigilancia. Lecciones de Derecho Penitenciario*. Alcalá de Henares, 1985, pp. 175 a 206.

2. Iñaki Rivera. *La Cárcel en el sistema penal (Un análisis estructural)* Editorial María Jesús Bosch S. L., pp. 235 y siguientes.

3. ¹ibidem. Manzanares Samaniego. *Lecciones de derecho penitenciario*, p. 177

reclusos, iniciará la corriente, que después apoyarán otros estudiosos como fueron Bernaldo de Quirós y Cuello Calón.⁴

- Pero si la inquietud nace de tan antiguo ¿Por qué la definición de esta inquietante figura brota de tiempo tan reciente? Múltiples han sido los obstáculos que se atravesaron: En primer término, el sentido de rotundidad del absolutismo del que, hasta la fecha, no hemos podido liberarnos y que desembocó en el presidencialismo que apenas empezamos a superar.
- En segundo, la resistencia al cambio que eternamente acompaña, con fidelidad canina, a la humanidad y que siempre va seguida de razonamientos sofisticados: No estamos preparados para el cambio; no existe la especialización que se requiere; la ejecución no se va a entregar a funcionarios que desconocen, prácticamente, la conducta del delincuente en prisión; su creación sólo aumenta el burocratismo que, a la larga o a la corta, afectará únicamente al que sufre la pena, por el enfrentamiento que, por necesidad, se establecerá entre la autoridad judicial y la administrativa; y también, porque la división de poderes se conculca.

Examinemos, aunque sea brevemente, los planteamientos anteriores:

En verdad no estamos preparados para el cambio porque toda figura de nueva creación lleva implícitos múltiples requerimientos: programa de política criminal, presupuesto y, a mi modo de ver, selección y preparación de personal. Pero, cabe decir, ninguno de estos tres capítulos es insalvable: la política criminal se puede, y debe, realizar; el presupuesto será modesto, aunque suficiente, porque no hay que pensar en un aparato burocrático exagerado; y la selección y capacitación, de quienes se ocuparán de esta noble tarea, pueden ser extraídos del amplio gremio jurisdiccional, con suma facilidad.

La resistencia al cambio es una condición humana producto, quizá, de la ley del menor esfuerzo que, cuando se hace valer, revela, entre otras cosas, rigidez de criterio y, lo que es peor, deshonestidad con uno mismo: hay que tener el espíritu abierto al cambio, siempre que no se obre con frivolidad, malicia o interés avieso. Empero, esta

4. Cuello Calón Eugenio. *La Moderna Penología*. Editorial Bosch. Barcelona, 1958.

situación –lo sabemos todos- es “leitmotiv” de la naturaleza humana que es preciso superar con madurez.

En verdad no existe la especialización para que se ejerza la judicialización de la pena privativa de libertad, pero, si se desea implantar, uno de los capítulos de la política criminal integral, que se deberá programar, posteriormente a la promulgación de la ley, implicará la selección (con perfil adecuado) y la capacitación de los aspirantes (mediante un curso impartido por especialistas nacionales y extranjeros) previa a la asunción del cargo y la puesta en vigencia del nuevo principio de legalidad (durante el lapso que dure una *vacatio legis* adecuada).

Las materias pudieran ser, entre otras: psiquiatría y psicología criminal, penitenciarismo, administración penitenciaria, victimología, estudio sistematizado de los documentos internacionales suscritos por México en materia de derechos humanos de los condenados y su forma de trato y tratamiento, estadística, ejecución penal y deontología jurídica.

La supuesta fricción que se suscitaría entre la autoridad administrativa y la jurisdiccional puede controlarse con facilidad si el principio de legalidad que sustente al Juez de vigilancia es suficiente y adecuado.

Por último, cabe decir, a mi modo de ver las cosas, con el propio principio de legalidad –que deberá estar bien estructurado- en ningún momento se conculcará la base de nuestra democracia: la división de poderes, ya que a la administración se dará lo que a la administración corresponde y al ámbito judicial lo que su competencia estricta requiere.

La figura del Juez de vigilancia, o de ejecución, según se decida llamarla, se fundamentará en función al principio de legalidad ejecutivo penal, el cual garantizará la propia ejecución, ya que, de otra suerte, afectará al estado derecho que debe salvaguardar a nuestra democracia, de la misma forma a la que tuvieron, en su tiempo, los beneficios que se otorgaron a los penados: primero la libertad preparatoria y, luego, la remisión parcial de la pena, la prelibertad y la ayuda pospenitenciaria. Todo por conducto de la intervención del organismo técnico interdisciplinario que ahora –y para los efectos de la concesión de beneficios mencionados- serviría para que el Juez de vigilancia, ya sin “subjetivismos”, se percatara de que la ejecución

transita por los caminos de una certeza jurídica transparente que, por ningún motivo, conculque el principio de legalidad emanado de la ejecutoria correspondiente.

Se ha dicho -y tal vez con razón- que en la historia del derecho penal se han respetado todas las garantías, especialmente la jurisdiccional, menos la de ejecución, que se ha dejado en las manos de la administración rompiendo una secuencia que debería culminar con la intervención de quien la puede garantizar hasta el final: ya por responsabilidad lógica y natural, o por obligación, para salvaguardar el principio de legalidad impuesto por la misma autoridad judicial a través de la ejecutoria que se pronunció por el juez del conocimiento con estricto apego a derecho dentro de un sistema penal democrático.

Independientemente de lo anterior, el juzgador no puede -como lo haría un mal padre dejando la educación de los hijos a un padrastro- abandonar al penado gratuitamente en manos de la administración que, aunque tenga conciencia de que el juzgador, para pronunciar la sentencia, tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad entre la culpabilidad del delincuente y la dimensión de la pena, ahora es el dueño de horca y cuchillo para aplicarla -aunque exista el principio de legalidad ejecutivo penal-, según su "leal saber y entender", y sin que la autoridad responsable (el juzgador) garantice el estricto cumplimiento de la misma. Esto es claro: no se trata solamente de un mero transcurrir del tiempo fijado en la condena, en el que ésta fuera fija. Pero aún siéndolo, hay eventos dentro de este período que reclaman la visión y la supervisión del propio juzgador por conducto de un funcionario dependiente de la propia judicatura. Esta situación se hace más intensa cuando dentro del principio ejecutivo penal existen concesiones diversas de beneficios: el ejecutor administrativo es muy dado a ejercer criterios subjetivos "justificados" legalmente, apoyados en racionalizaciones.

Desde el punto de vista penológico se marcan, tajantemente, cuatro momentos de individualización: el legal, el judicial, el ejecutivo y el pospenitenciario. Si bien es cierto que en el capítulo primero, la intervención corresponde exclusivamente al legislativo, en los dos siguientes la autoridad judicial es la que debe intervenir con plena competencia. En el último, estimamos que sí compete, en su totalidad, a la autoridad administrativa, al poner en marcha programas de prevención para evitar la reincidencia.

Si, pues, queremos judicializar la ejecución de la pena, nuestro ejecutor deberá tener su propia competencia a fin de no entrar en conflicto con la autoridad administrativa y reforzar lo que hasta ahora quedaba, por decirlo así, un poco en el aire: la garantía de ejecución. Esto da la impresión de que queremos que el juez juzgue la cosa juzgada, pero no es de esta suerte: lo que deseamos es que se “se cerciore de que lo que la autoridad judicial juzgó se cumplimente estrictamente, conforme a derecho, en la forma pronunciada en la ejecutoria. Es decir: evitando los subjetivismos a que son tan dados los “ejecutores administrativos” de la pena. Esto es lógico que sucediera de esta manera porque el penitenciario se enfrenta con el trato cotidiano del condenado y no puede dejar de lado la emotividad nacida de la piedad, cuando las relaciones son “positivas”, o del odio, cuando “negativas”. Cabe, en este punto, también, el interés avieso.

Aquí debemos hacer un descanso en el camino para preguntar: ¿El juez de vigilancia debe extender su competencia hasta los procesados y los detenidos? y ¿esta autoridad deberá intervenir en otras penas que no sean estrictamente las privativas de libertad? En el primer caso estimamos que no porque sería como invadir nuestros propios terrenos: algo así como “llover sobre mojado”; conculcar nuestra misma competencia. El juez que lleva el proceso es quien debe ocuparse de supervisar cómo se encuentran sus procesados dentro de la prisión preventiva. Por lo que hace –sobre todo en nuestro derecho- a los detenidos, éstos están todavía a “expensas” del Ministerio Público y, por ende, la competencia judicial no llegará hasta esos dominios. Por lo que se refiere al segundo cuestionamiento, creo que, por principio, debemos ahorrarle al ámbito judicial esta competencia que más sería, a mi modo de ver, de las Comisiones de Derechos Humanos.

Dicho lo anterior, es preciso analizar, directamente, las parcelas que deberán ser cultivadas por el Juez vigilante o ejecutor, dentro de las eternamente inhóspitas ciudades amuralladas: la concesión de beneficios, las sanciones disciplinarias, la supervisión de los derechos humanos del penado (alimentación, salud, deportes, recreación, religión, relaciones con el exterior: visitas íntima, familiar y especial), permisos de salida en casos extremos, previstos dentro del reglamento, y, sobre todo, el trabajo y la educación.

El día de hoy los ejecutores administrativos de la pena, en nuestro país, se han acostumbrado, desafortunadamente, a otorgar a

la población penitenciaria una alimentación deficiente, producto de la falta de comprensión de las autoridades de Hacienda, que dada su posición, no quieren reconocer que los internos de nuestras cárceles son humanos y que como derecho primordial, tienen el de la alimentación. Además, estas autoridades de mentalidad económica deshumanizada, son de las que piensan que los delincuentes son un desecho social que no merece ninguna atención por el delito que cometieron y que deben trabajar para ganarse su manutención. Esto último, tal vez, sea cierto, pero cuando se les habla de inversión en talleres, o se hacen los sordos o lo niegan abruptamente, diciendo que no hay dinero. Los problemas sociales no pueden esperar, y menos los penitenciarios. Aquí el Juez de Vigilancia o Ejecutor tiene mucho que hacer desde su baluarte judicial. Incluso sería un ariete más de los organismos administrativos que se han anquilosado después de tanto llamar a la puerta de quienes reparten el erario público a su "antojo técnico", sin que se la abran.

Con el mismo sentido autoritario -a la fecha- con el que se trata el problema de la alimentación, se atiende el de salud: la precariedad económica existente en los servicios médicos de los reclusorios, en ocasiones, no puede, siquiera, atender a lo elemental. Los médicos de los reclusorios sufren haciendo milagros por considerar los padecimientos de los internados. ¿Será que, en efecto, el país ya no tiene capacidad para satisfacer los problemas sociales más que en el discurso? Pero, cabe decir, pueblo que no resuelve los planteamientos que le imponen sus necesidades básicas, cae en la anarquía ¿Será por eso que las prisiones se encuentran en ella? ¡Qué maravilloso campo se abre para el Juez de Ejecución! Decimos esto porque en un Estado Derecho no puede haber violación a los derechos humanos por la propia autoridad, en este caso la penitenciaria administrativa. ¡Valga la redundancia jurídica!

Los deportes y la recreación caen dentro del mismo terreno anterior: el del abandono. Si la salud y la alimentación que son prioritarios, sufren por incomprensión e indiferencia ¿qué no padecerán estos capítulos que advierten una atención inferior? La intervención del Juez de vigilancia o ejecutor será valiosísima para evitar los disturbios que provocan los malos programas de deporte y recreación que dejan en la inacción y el ocio a un porcentaje importante de internados.

El caso de la religión es complejo fuera de la prisión. Esta complejidad se intensifica dentro de ella. Cada penado tiene el

derecho de practicar la suya. De esta suerte, asisten ministros y sacerdotes de cada culto que en cierta forma –abierta o cerrada- llevan a cabo proselitismo. Esto implica latencia de disturbios que pueden desembocar en una verdadera guerra santa. La política que se lleve a cabo por parte de la autoridad administrativa debe ser abierta y fundamentada en el amplio principio de legalidad existente, pero con la habilidad necesaria para marcar los límites a cada responsable de los cultos o sectas, orientándolos en sus programas. Este capítulo debe ser cuidadosamente tratado, también, por el Juez de vigilancia porque es un derecho de cada uno de los reclusos y, además, el mismo revierte en el terreno, siempre escabroso y preocupante de la seguridad: Ya sabemos que sin ella los programas relacionados con el fin de la pena propuesto por nuestra propia Constitución -la readaptación social- es imposible. Sin seguridad todo se altera y la prisión se vuelve un caos.

Pasto para la corrupción ha sido -esperamos que no lo siga siendo a partir de la intervención de Juez de vigilancia- las relaciones con el exterior. Es conocido de todos, por lo menos de los que nos hemos dedicado a este campo de los problemas sociales, que las visitas familiar, íntima y especial dan pauta para que se realicen fuera de lo que marcan leyes y reglamentos: la primera para cobrar a los familiares desde de la entrada – el lugar en la fila, la revisión de los alimentos, de las ropas, del cuerpo, en el momento de la identificación. Luego, para tener posibilidad de alcanzar un lugar en el enrarecido espacio del interior sobrepoblado. Todo esto en forma independiente de los servicios que se puedan requerir durante el tiempo que dure la visita. Si lo familiar es objeto de corrupción ¿qué no será lo íntimo? Este capítulo corre desde el lenocinio hasta el abuso sexual de las parejas de los penados. Y la visita especial que constantemente soluciona los imprevistos de que está hecha la vida en prisión va por los mismos senderos. La acción “supervisiva” judicial es una promesa que esperamos con cierta ansiedad.

Los permisos de salida siempre son una inquietud para el funcionario probo, aunque sea en casos extremos y dentro de la ley: la posibilidad de las fugas, las “debilidades” de los guardianes que realizan los traslados –en el caso de los hombres llevarlos a otros sitios que no son el indicado, para comer, relaciones sexuales, etc., en el de las mujeres para abusar sexualmente de ellas y, como consecuencia, concederles otro tipo de canonjías. Todas estas posibilidades, que son reales, aunque se diga que cada vez menos frecuentes, nos aproximan

al incumplimiento de la condena en forma de ajenidad a la certeza y fidelidad de apego a la ley, que requiere la ejecución penal, sobre todo la privativa de libertad.

Trabajo y educación son dos reclamos constitucionales. Sin ellos no se cumplimentará el fin de la pena: la readaptación social. La historia de estos dos reclamos esenciales de la ejecución penal es, y ha sido, la de su implementación. Empero, hasta la fecha no se cumple ni en extensión ni en calidad. La sobrepoblación, pero, también, el interés nímico de las autoridades administrativas (y no precisamente las penitenciarias directas) ha propiciado que los talleres nunca estén bien -y suficientemente- dotados y mantenidos, a pesar de que haya espacios -y bien construidos- para su instalación. Esto, además de ser una crueldad, porque se deja en el ocio y el hastío y en la confirmación delictiva al penado, es también, "objeto de responsabilidad" del propio poder ejecutivo reflejado en las autoridades que directamente se encargan de hacer vigentes los presupuestos del artículo 18 Constitucional. Cabe decir aquí que, además, de que el trabajo que se otorgue a los internos deberá tener capacidad para emplearlos a todos y sentido de utilidad en el exterior: ya no puede haber justificación con las artesanías o labores intrascendentes.

¿Y la educación, que también es elemento "sine qua non" para que el presupuesto de la readaptación tenga vigencia está siendo aplicado correctamente por los actuales ejecutores administrativos? Estimamos que no y que, por lo mismo, para que se otorguen correctamente los beneficios de ley debe intervenir, para dar transparencia objetiva, el Juez de vigilancia o ejecución.

Muchos dirán que todo este es un campo no competirá al Juez de ejecución, pero la verdad es que si todos estos capítulos no se cumplimentan la ejecución de la pena será un mito, porque el fin de la misma -mientras exista enclavado en el artículo 18 Constitucional- que es la readaptación social, no se garantizará y, precisamente para eso será -si es que es- creado el Juez ejecutivo penal. Si en este aspecto se desea restringir la competencia y funciones del Juez de Vigilancia, se tendrá que modificar la Constitución en el mencionado artículo 18.

En lo que se refiere a la actuación del Juez de vigilancia -que debe estar perfectamente definida en la competencia- ya habíamos dicho que ésta debería estar enfocada directamente a las penas privativas de

libertad y que era preciso ahorrarle las otras; sin embargo, en nuestro derecho hay algunas que tampoco pueden escaparse de su jurisdicción como pudieran ser los sustitutivos: el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo a favor de la comunidad. Todo esto que ahora hace con timidez y burocratismo la autoridad ejecutivo-administrativa podría alcanzar nuevas proyecciones de eficacia bajo la mano judicial, previamente capacitada.

Ahora bien: el confinamiento y la prohibición de ir a lugar determinado, estimo que sería para el Juez de vigilancia o ejecución una tarea sin prioridad teniendo tanto trabajo que realizar con las penas privativas de libertad. Estas que son meramente restrictivas pudieran quedar en manos de la autoridad administrativa. Se admite que esto es discutible, pero hay que empezar todas las innovaciones con sentido práctico. Es preciso que los cambios se hagan con medida y no “desbocadamente” porque esto ha sido uno de los problemas básicos de todo fracaso: el de las revoluciones y evoluciones de la política criminal.

En este mismo punto de mira, se encuentran las penas pecuniarias: quitar el tiempo a la nueva figura que deberá nacer -si es que ve la luz- bajo los mejores auspicios y el más amplio allanamiento de caminos.

La condena condicional es, también, terreno fértil para la intervención del Juez de Vigilancia, ya que con ella se evitará en mucho la posibilidad de la reincidencia en la que caen muchos de los liberados. Decimos esto porque, algunos de ellos, sintiendo la levedad de la sanción, caen, de inmediato, dentro de la tentación de volver a cometer otro delito: no entienden el mensaje de una pena suave como un aviso de otras mayores. Esto no quiere decir, como piensan ahora, que debemos eliminar la medida, sino hay que saber administrarla y, esto, empieza con un buen programa de supervisión eficaz.

Las medidas de seguridad que recaen sobre los enfermos mentales y los inimputables reclaman también, con vehemencia, la intervención de nuestro Juez de ejecución. Para nadie es ajeno que los especialistas en psiquiatría y psicología, con frecuencia con la mejor intención y por desconocer el derecho, conculcan los derechos humanos de este tipo de pacientes. Baste recordar que el Maestro Alfonso Quiroz Cuarón, insistía en que el nuevo látigo para los enfermos mentales son los psicofármacos y la tentación de experimentar con ellos. Por esta razón, insistimos en que los nuevos ejecutores judiciales de la pena tendrán

que cursar las materias de la psiquiatría y psicología criminal, cuando no toda una maestría en criminología.

Por otra parte, hay que considerar –además de funciones y competencia- a las partes que se afectarían: las autoridades administrativas y los penados. Las primeras ¿hasta dónde podrían “soportar la invasión en sus terrenos?” Y los segundos, ¿qué recursos tendrían frente a las resoluciones del Juez de vigilancia? En ambos casos el principio de legalidad – que quizá sea una Ley orgánica que delimite sus funciones y competencia, pero que, también señale los recursos de los penados frente a la actuación de nuestra nueva autoridad ejecutora fuera la solución- tendrá que fundamentar sus acciones y opciones. ¿Implicaría, asimismo, la creación de un defensor de oficio en esta culminación de la impartición de justicia? La autoridad administrativa ¿podría funcionar como tal? Quienes pudieran contratar un defensor particular antes de que fueran afectados por la actuación del Juez ¿podrían ser citados para las diligencias (por ejemplo, la imposición de sanciones o la negación de beneficios) para comparecer ante ellas? Estos “nuevos juicios”, ¿hasta dónde afectarían el mundo ejecutivo penal? ¿Se requerirá de instalaciones especiales para tales casos?

Los arriba señalados son algunos de los múltiples planteamientos que suscitará la puesta en marcha de esta creación jurídica nueva, que tendrán que ser resueltos en un principio de legalidad serio, profundo y riguroso, en cuya elaboración participen verdaderos especialistas con sentido práctico y conocimiento entrañable, del derecho comparado, sobre esta materia.

Por ser tantos los factores que se tienen que controlar y los requisitos que se deben considerar, los obstáculos que encontrarán a cada paso los innovadores, serán múltiples y difíciles de superar, pero el cambio vale la pena en intento y realización. Así, habrá la resistencia de un gran sector de la administración: de los conservadores en la legislatura, de las autoridades de la prisión (que también pertenecen al ámbito administrativo), de los internos que tienen un odio especial hacia las autoridades juzgadoras, de las autoridades de Hacienda y, en algunas ocasiones, hasta de ciertas autoridades judiciales que desean ahorrarse nuevos problemas: la selección y preparación de los jueces ejecutivos, la erogación de presupuestos que advierten, según ellos, otros destinos prioritarios.

La polémica se iniciará desde el momento en que se proponga el nombre que llevará el Juez: ¿de vigilancia, de ejecución o ejecutivo penal? ¿de quién dependerá: de la Suprema Corte directamente o de los Tribunales Unitarios o de Circuito? ¿Cuáles serán sus funciones y competencias? ¿Dónde se instalarán sus oficinas: en los tribunales o en el terreno ejecutivo-penal? ¿Cuánto y qué personal requerirá? ¿Qué presupuesto se le asignará?, y ¿Cómo funcionará esta nueva creación en el ámbito del fuero común? Y ¿en los reclusorios donde cohabiten penados del fuero común y del fuero federal no se propiciarán enfrentamientos?

Todos los cuestionamientos aludidos- y mil otros que surjan- tendrán que ser resueltos en el principio de legalidad, que será el resultado de una política criminal sensata y sabia. Desde luego no, construyamos para destruir casi inmediatamente después, en una especie de regresión lúdica a la infancia. En todo caso, que sea la primera piedra de un cimiento que sirva para la judicialización plena, duradera.

La creación de esta figura en el ámbito de nuestra impartición de justicia penal advierte, asimismo, la adecuación simultánea de todo nuestro principio de legalidad ejecutivo-penal: Leyes y Reglamentos. Por eso decimos que es un programa de política criminal que no se puede tomar a la ligera; que es preciso sobrepesar los “pros y los contras”; elaborado por personas perfectamente conocedoras del problema; con la valoración de los costos que implicaría la puesta en marcha de esta innovación; con la selección y preparación previas a la asunción del cargo, del personal que se ocupará de la tarea; con la publicidad necesaria y adecuada para las dos comunidades: la de los legos y la de los peritos. También, la de los internos y sus familiares.

Hemos buscado, a través del tiempo, múltiples soluciones al problema de la ejecución penal-sobre todo por lo que hace a las penas privativas y restrictivas de la libertad que es el de las prisiones- sin encontrar, hasta la fecha, la más adecuada y eficaz. Busquemos, ahora, en la implantación de la figura del Juez de Vigilancia o Ejecución, o ejecutivo penal, una esperanza más. Quizá, pueda ser el Caballo de Troya de la judicialización total de la ejecución penal, pero lo que es más importante: el inicio de una nueva era en la salud, siempre deteriorada, de las prisiones.

LA CRIMINOLOGÍA EN LA POSMODERNIDAD¹

Carlos Alberto Elbert

Profesor de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

El título de este trabajo pretende ser provocativo, si bien la pregunta sobre lo que queda en pie de nuestra presunta ciencia o probable disciplina, está en discusión desde hace décadas. Trataré de aprovechar la casual circunstancia de que se cumplen once años de un congreso internacional del que fui promotor, y que tomaré como punto de partida de este análisis. Me refiero al congreso “*La criminología del siglo XXI en América Latina*”, celebrado en Buenos Aires en septiembre de 1999. En esa oportunidad, nos reunimos criminólogos de todos los países de América Central, del Sur y del Caribe, y el objetivo que entonces nos propusimos fue, justamente, analizar la naturaleza que podía asignarse a la criminología en el plano científico y, al mismo tiempo, hacer un resumen de lo acontecido en la materia en nuestros países, a lo largo del siglo XX. Los trabajos sustanciales que se presentaron, fueron publicados después, en dos volúmenes,² a los que me remito.

Sintetizando en pocas líneas el recorrido histórico de la criminología, recordemos que se constituyó como ciencia a fines del siglo XIX, proclamando poseer un objeto y un método propios, presentados de modo tal, que pudieran ser admitidos en *el modelo de las ciencias naturales*, por entonces, dominante. Ese modelo se advierte en gran cantidad de textos básicos de formación criminológica, en las que el modelo naturalista se expone puro, o mezclado con modelos explicativos más actualizados, pero manteniendo el grueso de la obra fiel a un desarrollo tributario del modelo etiológico, o causal-

1. Este trabajo tiene por base el artículo: “*Qué queda de la criminología*”, publicado en la revista *Iter Criminis*, de México.

2. Elbert, Carlos, (Coordinador): “*La criminología del siglo XXI en América Latina*”, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1999. (parte primera) y con el mismo título (parte segunda) 2002.

explicativo.³ Este enfoque recién fue puesto en cuestión a partir de 1970, por los criminólogos críticos, convencidos de que proponían un “nuevo paradigma criminológico” superador del positivismo previo y “anticientífico”. Hoy sabemos que tal pretensión epistemológica fue exagerada, y que, incluso, en el trasfondo de muchas explicaciones sociológicas famosas, subyace una búsqueda de causas y efectos.⁴ Además, los críticos de América Latina, centraron el discurso en objetivos de cambio social, y dejaron de lado la coherencia en el método, avanzaron sin mucha claridad sobre el objeto a investigar, subestimaron las investigaciones empíricas y crearon, además, dicotomías estalinistas entre quienes se alineaban con el cambio social y quienes, “colaboraban al mantenimiento del statu quo”. En suma, se afirmó que coexistían una criminología revolucionaria, llena de futuro, y una reaccionaria, condenada a desaparecer junto con el capitalismo.

3. Por ejemplo, limitándonos a obras aparecidas desde 1950, podemos verificar la afirmación en: *Criminología*, de Luis Carlos Pérez, Bogotá, Colombia, 1950; *Lecciones de criminología*, de Hugo Cesar Cadima M., Oruro, Bolivia, I 1954, y II, 1957; *Objeto y método de la criminología*, Francisco Laplaza, Ed. Arayú, Bs. Aires, Argentina, 1954; la monumental traducción en seis tomos de la *Criminología* de Alfredo Nicéforo, publicada por Cajica, México, 1954; *Criminología*, de Leonidio Riveiro, Ed. Suramericana, Río de Janeiro, Brasil, 1957; *Compendio de criminología*, de H. Veiga de Carvalho, Ed. Forense, Río de Janeiro, Brasil, 1964, *Introducción a la criminología*, de Elio Gómez Grillo, *Introducción a la criminología*, UCV, Caracas, Venezuela, 1964; *Criminología*, de Dante Valdivia Zegarra, Gráfica Alvarez, Arequipa, Perú, sin fecha; *Criminología* de Roberto Lyra, 1a. edición, Río de Janeiro, Brasil, 1964, y segunda, actualizada por Joao Marcello de Araújo Jr., Forense, R.J., 1990; *Criminología* de Huáscar Cajías K., La Paz, Bolivia, 1970; *Curso de criminología*, de José Rafael Mendoza, Ed.El cojo, Caracas, Venezuela, 1970; *Criminología peruana*, de Guillermo Olivera Díaz, tomo I,2a.Ed.,Lima, Perú, 1973, y tomo II, 2a.Ed, 1978; *Criminología* de Jorge Hugo Rengel, tomo I, Loja, Ecuador, 1961; del mismo autor: *La concepción sociológica del delito*, Ed. Ecuador, Quito, Ecuador, 1980; *Criminología* de Alfonso Reyes Echandía, 6a. edición, Universidad Externado de Colombia, 1982; *Introducción al estudio de la criminología*, de Michelángelo Peláez, Depalma, Bs. Aires, 3a.edición, 1982; *Criminología, panorama contemporáneo*, de Alejandro Solís Espinosa, EDDILI, Lima, Perú, 1984; *Criminología*, de Roque de Brito Alves, Ed. Forense, Río de Janeiro, Brasil, 1986; *Criminología*, de Jason Albergaria, Aide Editora, Río de Janeiro, Brasil, 1988; *Manual de criminología*, de Octavio A. Orellana Wiarco, Ed. Porrúa, 4a.edición, México, 1988; *Introducción a la criminología*, de Pilar Sacoto de Merlyn, PUCE, Quito, Ecuador, 1989; *Criminología* de Rafael Márquez Piñero, Ed. Trillas, México 1991; *Introducción al estudio de la Criminología*, de Jorge López Vergara, Textos ITESO, Tlaquepaque, tercera reimpression, México 2000, y probablemente muchos otros autores, cuyos trabajos no han llegado a mi conocimiento.

4. Ver: Ceretti, Adolfo, “El horizonte artificial”, N° 5 de la colección *Memoria Criminológica*, Editorial B. de F., Montevideo – Buenos Aires, 2008, capítulo V.

Aquella versión criminológica pasó por América Latina, entre 1970 y 1990, como una centella, desvaneciéndose sin mayores explicaciones ni una autocrítica seria, que hubiese sido valiosa para estos tiempos. Como consecuencia de los dos grandes intentos paradigmáticos citados, quedó establecida una atomización inconexa y difícil de abarcar. Por estas razones, pretendo, en este trabajo, examinar qué se ha hecho y hace hoy, en la búsqueda de una identidad para la criminología, como cuerpo de conocimiento e indagación.⁵

Lo que se hace bajo el membrete de "Criminología", ¿Es ciencia?

Es público y notorio el trabajo que despliego desde hace más de una década,⁶ en pos de bosquejar un perfil epistemológico viable para la criminología. Admito que mis esfuerzos, como otros similares efectuados en Europa no parecen haber alcanzado resonancia,⁷ y aquí veremos las posibles causas, evitando complejos análisis teóricos, y conformándonos con un repaso del estado actual del problema, para lo cual reiteraré conceptos expuestos en publicaciones previas,⁸

Comienzo recordando que, pese a los progresos alcanzados en el plano epistemológico, las ciencias sociales nunca conformaron un estatuto propio sólido, con objetos precisos y métodos específicos. Ahora bien, estas dificultades no causaron su desaparición, sino que ellas continúan valiéndose, hegemónicamente, de los paradigmas epistemológicos de la Modernidad, partiendo de objetos y métodos diversos. Esto podría deberse a una mera inercia, a la incapacidad de

5. Desarrollo en amplitud estos temas, en el libro "*Criminología, ciencia y cambio social*", todavía inédito.

6. Además de mi *Criminología Latinoamericana* en dos tomos, y mis manuales (obras traducidas al portugués) he publicado, en castellano y otros idiomas, numerosos artículos sobre el tratamiento epistemológico de la criminología. Entre los más recientes pueden verse: "*La criminología ¿Es una disciplina autónoma o un apéndice de otras ciencias sociales?*", en *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica del derecho penal en la actualidad*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, y "*La criminología: ¿disciplina autónoma o apéndice del derecho penal?*", en *La cultura penal, homenaje al profesor Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

7. Ceretti, Adolfo, "*El horizonte artificial*", obra citada.

8. Elbert, Carlos, "*Criminología Latinoamericana*", Editorial Universidad, Buenos Aires, parte primera 1996, parte segunda, 1999 y "*Manual Básico de Criminología*", Eudeba, Buenos Aires, 2007 (Cuarta edición argentina ampliada y corregida). En portugués: "*Novo Manual Básico de Criminología*", Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

adaptarse a los cambios de la era global o al hecho de que no hay, por el momento, un paradigma sustitutivo consolidado. Sea cual fuere la causa, considero vigentes en el campo de las prácticas de la comunidad científica, las estructuras epistemológicas de la Modernidad, ya que, en el campo académico no advierto un establecimiento de la anarquía epistemológica, o de la teoría del caos, sino la permanencia de la interrelación comunicativa, como puente fundamental para intercambiar saber, por lo cual, toda proposición científica debería ser *razonable y justificada*.

La criminología comparte, por cierto, las dificultades propias de las demás ciencias sociales, en el marco de la crisis de los paradigmas científicos del fin de siglo. Puede decirse, entonces, que si se negó viabilidad a la ciencia misma y carácter científico a las sociales, es obvio que a la criminología se le puede negar - también - la pertenencia al cuadro de los estudios sociales de la Modernidad. Sin embargo, desde hace un par de décadas, la criminología subsiste, aunque atomizada en compartimientos estancos. Cada fragmento permanece ensimismado en temáticas específicas, tales como drogas, menores, cárceles, seguridad, víctimas, género, etc., sin esfuerzo alguno por trascenderlos e insertarlos en una visión teórica general. En suma, se ha instalado una dispersión por especialidades, similar a la que presenta la sociología, acumulando teorías que transformaron a la criminología en un espacio extremadamente complejo, a veces incomprensible, infestado de espantosos neologismos, accesibles sólo para "iniciados" pendientes de las publicaciones en inglés, a las que, en el apuro, se suele traducir literalmente.⁹

UN FANTASMA RECORRE LAS CIENCIAS SOCIALES; ES EL FANTASMA DE LA CRIMINOLOGÍA

En el último tramo del siglo XX se apeló a argumentaciones que proponían el destierro de la criminología, sin más trámites, del espacio científico Moderno. Es llamativo que esa descalificación epistemológica fuera decidida así, porque su carácter científico venía siendo sobreentendido, silenciado o explicado de manera oscura. Siendo el tema tan importante, no hubo, en la doctrina reciente,

9. Creando, por ejemplo, los conceptos de "cientista social", "modernidad tardía", "deprivación", "empoderamiento", "justicia actuarial", etcétera.

análisis específicos del tema, si se exceptúan la obra de Adolfo Ceretti (publicada en Italia en 1992 y en castellano en 2008),¹⁰ la de García Pablos de Molina¹¹ y mis modestos intentos desde la periferia latinoamericana.¹² Todo indica que la discusión del estatuto científico de la criminología en el terreno epistemológico no tiene poder de seducción, a juzgar por el espeso silencio que la ignora. Por el contrario, hay una *estrategia de evasión constante* de este debate, y cierta tendencia a estigmatizar a quienes pretendan darlo, con etiquetas de “positivismo”, “cientificismo”, “tentativa de coartar la libertad a la teoría social” o considerar a esas propuestas como “actos de autoridad”, sin valor vinculante para la libertad intelectual.

Pero ocurre que, mientras no se define la ontología de lo que estamos haciendo, nuestra disciplina resulta ser un fantasma errático, al que cada quien utiliza como mejor le place. Empero, recuerdo que, aún en ese estado contradictorio, su larga y vasta evolución teórica permite conocer una serie de problemas trascendentes, de manera especializada, combinando el aporte de diversas ciencias y espacios de conocimiento. Será por eso, probablemente, que en doctrina son minoría quienes se atreven a declararla formalmente “muerta” o “clausurada”; así lo prueba la continuidad - por parte de una abrumadora mayoría de autores y teóricos - en el uso del concepto, su presencia en congresos de criminología, o en la publicación en revistas y colecciones, de artículos ...i”criminológicos”!

EL FANTASMA ¿DEBE SER AJUSTICIADO, IGNORADO O DEPORTADO?

A partir de la declinación de la criminología crítica, surgieron actitudes de alejamiento de los patrones previos de identidad más o menos común, optando por nuevos encuadres epistemológicos para la actividad que antes todos consideraban, pacíficamente, como “criminológica”. Creo que las principales *mutaciones* verificables podrían ser resumidas como sigue:

- a) *Considerar inviable a la criminología* (agnosticismo, o negación desde lo epistemológico),

10.. Ver la cita 7.

11. García - Pablos de Molina, Antonio, “*Manual de Criminología*”, Espasa - Calpe, Madrid, 1988.

12. Ver la cita 8.

- b) recurrir *al subjetivismo gnoseológico* para negar la existencia de la criminología (y de la ciencia),
- c) *apelar a las teorías filosóficas*, para reconstruir desde allí una criminología con capacidad crítica.
- d) negar la existencia de la criminología, *denominándola en plural*,
- e) *transferir* el estudio del delito y el control *totalmente a la sociología*.
- f) *transferir* el estudio del delito y el control *totalmente a la ciencia política*.
- g) *reformular la criminología, empleando elementos que fueron utilizados en las concepciones causal explicativas y sociológicas, pero coordinados en un nuevo orden sistemático*.¹³ En este sentido, recientes análisis provenientes del campo de la psicología reavivan la posibilidad de perfeccionar el pluralismo de enfoques criminológicos, lejos ya de los viejos intentos mecánicos y causalistas del denostado positivismo originario.¹⁴

Entre los agnósticos (postura "a"), podemos mencionar a Máximo Pavarini, autor que había planteado su escepticismo en *Control y dominación*.¹⁵ Por cierto, mi objeción a este enfoque se sustenta en la circunstancia de que, utilizando los mismos fundamentos de epistemología Moderna que él aplica para negar a la criminología, pueden ser negadas todas y cada una de las demás ciencias sociales.

La apelación al subjetivismo gnoseológico para negar la existencia de la criminología - y también de la ciencia - (postura "b"), se basó en los embates negadores, como la anarquía epistemológica de Fayerabend, y las corrientes posmodernas que, a partir de la obra de

13. Ver de Elbert, Carlos, obras mencionadas en cita 5.

14. Ver: "*Criminología analítica*" (conceptos de psicología analítica para una hipótesis etiológica en Criminología" (sin traducción al castellano), del brasileño Velo, Joe Tennyson, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, segunda edición, 2009; "*Cosmologie violente*", Ceretti, Adolfo y Natali, Lorenzo Raffaello Cortina Editore, Milán, 2009, y "*Criminología teórica (patologías del espíritu)*" de Sánchez Rodríguez, Sergio, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2008.

15. Siglo XXI, México, 1983, p. 93. Este autor ha mantenido su postura escéptica a lo largo del tiempo, sustentándola, en buena medida, en la obra de Ceretti. Ver el capítulo 9 de su libro "*Un arte abyecto*", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, aparecido antes en diversas publicaciones, como artículo, con el título de "*¿Vale la pena salvar a la criminología?*".

Liotard, parecieron revolucionar las ciencias sociales a fines del siglo XX. Dicho con una forzosa síntesis, para Feyerabend el único método posible es la negación de cualquier conjunto de proposiciones, porque toda teoría resulta, a la larga, parcial o totalmente equivocada.¹⁶ En suma, según estos autores, la ciencia no sería capaz elaborar un marco epistemológico apto para acceder a una verdad absoluta y definitiva, exenta de error o ilusión, que logre obtener un único acceso a la realidad. Entonces, ya que en materia metodológica fracasaron todos los intentos de ceñir los procedimientos científicos a un molde conceptual preciso y definido, cualquier procedimiento de investigación sería adecuado (todo vale).

Lo cuestionable de la Posmodernidad es que no se quedó en el marco de la filosofía, sino que, tras la caída del muro de Berlín, brindó una plataforma al proceso político-económico de la globalización, como nuevo discurso explicativo de la realidad, sirviendo de modelo discursivo y pretexto filosófico al neoliberalismo (en el cual, casualmente, también, “vale todo”, sin frenos éticos de ningún tipo). Desde esa coalición de poder se descalificaron las fronteras racionales de la Modernidad, proclamando el fin de la historia, del hombre, de los grandes discursos, de la posibilidad humana de comprender lo que sucede, porque que la vida se desarrolla en un puro presente, sin posibilidad de interpretar pasado ni futuro, en medio de un gran caos de acontecimientos.¹⁷ Así, para Lyotard, el fin del siglo XX fue también el de los grandes relatos que legitimaron los saberes y actos sociales durante la época moderna, del tipo de “la sociedad sin clases”, “la realización del espíritu” o la “emancipación del ciudadano.”¹⁸ Lo posmoderno, en cambio, reconoce su desencanto de la historia, admitiéndola como *proceso sin finalidad alguna*. También se declaró el fracaso de los grandes relatos de la ciencia, porque su discurso legitimador, llamado *filosofía de la historia*, sería, en realidad, un meta - relato justificante; apenas un “juego de lenguaje” entre tantos otros, que no podría ya reivindicar un privilegio imperial por encima

16. Feyerabend, Paul, “Adiós a la razón”, Editorial Altaya, Barcelona, 1995.

17. Ver: Fukuyama, Francis, “El fin de la historia y el último hombre”, Ed. Planeta-Agostini, Barcelona, 1995, Lyotard, Jean-François, “La condición posmoderna”, Ed. Planeta-Agostín, Barcelona, 1993 y Gargani, Aldo (compilador), “Crisis de la razón”, Siglo XXI, México, 1993.

18. Lyotard, Jean François, “La condición...” obra citada.

de las distintas formas de conocimiento. La narrativa posmoderna se *miniaturiza* con unos lazos que - según ellos - podrían ser más abiertos, flexibles y creativos que los de la Modernidad.

Por cierto, los opositores al anti-relato posmoderno han identificado sus debilidades fundamentales, como su apelación encubierta a la razón, o la inhumanidad de eliminar toda perspectiva filosófica de futuro.¹⁹

Me temo que la propuesta de la Posmodernidad, más allá de su euforia libertaria, terminó al servicio de nuevas formas de esclavitud y sometimiento, que declararon muerta a la razón para imponer la razón de conveniencia de los poderosos. En tal sentido, la Posmodernidad ha mentido y fracasado, porque sus predicciones no se cumplieron: el hombre es menos libre que antes, y su visión lo reduce a la insignificancia, la desesperanza y la impotencia ante el futuro, haciéndole renunciar a utopías liberadoras. El fin de la historia ha sido, en realidad, el fin de las esperanzas, la renuncia a las expectativas de futuro, a la imaginación. Una herramienta así es, en esencia, reaccionaria. Por ello, aceptarla como fatalidad insuperable y definitiva, es, también una actitud reaccionaria; más aún, en nuestro contexto social latinoamericano. En tal sentido, creo preferible el rescate de la Modernidad con formulaciones más abiertas, y críticas, que permitan la continuidad del concepto moderno de "ciencia", a la divertida confusión que excluye todo deber de interrelación comunicativa.²⁰

La apelación a las teorías filosóficas, para reconstruir, desde allí, una criminología con capacidad crítica (postura "c"), es un desarrollo propuesto en algunos países centrales, por enfoques abolicionistas, en la década de 1980.²¹ Una versión más reciente de esa búsqueda, es retomada por Vincenzo Ruggiero, criminólogo italiano radicado en Inglaterra, quien, influenciado por principios de filosofía oriental (Takeyoshi Kawashima y otros), propone valerse, en criminología, de la "inmediatez empírica". Este método de pensamiento rechaza la posibilidad de hacer generalizaciones y propone aprehender sólo las

19. Desde este enfoque, ver: Anderson, Perry, *"Los orígenes de la posmodernidad"*, Anagrama, Barcelona, 2000 y Marturet, Hernán, *"Visiones abiertas y cerradas de la Modernidad"*, Universidad Libros, Buenos Aires, 2002, entre otros.

20. Desarrollo en amplitud este tema en el trabajo citado en la llamada 5.

21. Ver, de Scheerer, Sebastian, *"Hacia el abolicionismo"*, en el libro *Abolicionismo penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 23, cita 7.

características de cada situación, mediante un ejercicio que llama "anticriminología."²²

Más recientemente, Ronnie Lippens, criminólogo belga radicado en Inglaterra, propone un retorno a Sartre y al existencialismo, rastreándolo en la influencia que, en su momento, tuvo esa obra en la psiquiatría y la psiquiatría forense, particularmente a través de David Matza (1969), con su análisis del proceso de desviación y su influencia en los trabajos de Mead y Herbert.²³

Estas búsquedas se apoyan en la circunstancias del actual proceso global, que son definidas como "contingentes, impredecibles, abiertas al cambio, no tradicionales, inmersas en un en caótico "proceso de transformación". Esta sería una época en la que todo fluye, obligando a tomar decisiones sin las certidumbres ni autoridades de orientación del pasado. Tal situación - según sostiene Lippens - es la que motivó el recurso a la teoría de la complejidad, la "teoría del caos", la teoría post - estructuralista y el "posmodernismo". Como efecto, se abre camino al análisis frecuente de textos literarios, cinematográficos o pictóricos para el análisis criminológico.²⁴ Entiendo que estos modelos son una búsqueda a tientas, una especie de recurso desesperanzado, para ver si la criminología aparece, mediante la meditación trascendental, debajo de las piedras o en los lejanos montes. No niego que el interés por las corrientes filosóficas occidentales u orientales sea un ejercicio enriquecedor, pero para eso están la filosofía y la historia de las ideas filosóficas (de las que reniega tajantemente la Posmodernidad).

Los que queramos persistir en la búsqueda de una identidad criminológica, deberíamos, en cambio, permanecer fieles a otro capítulo de la filosofía, cual es la epistemología. Considero, entonces, que estos enfoques recientes constituyen una búsqueda más bien esotérica, en el lugar equivocado y lo que es peor, asumiendo de modo

22. *"Delitos de los débiles y de los poderosos"*, (ejercicios de anticriminología), Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

23. *"La filosofía existencialista y su vigencia permanente"* y *"La problemática actual de la criminología crítica"*, conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 13 y 15 de abril de 2009, publicadas en la Revista Digital de Costa Rica, N°1, año 2009. Ver también el libro *"Existentialist criminology"*, Routledge-Cavendish, Oxford, Nueva York y Canadá, 2009.

24. Ver la obra citada de Ruggiero, las conferencias de Lippens, también citadas, y la obra de Wayne Morrison *"Criminology, civilisation and the New World Order"*, Routledge-Cavendish, Estados Unidos y Canadá, 2006.

complaciente el nihilismo introducido por la Posmodernidad, en lugar de elaborar un discurso de resistencia contra las ideas que descalifican definitivamente a la Modernidad.

Otra estrategia implícitamente negadora de la criminología, consiste en tratarla en plural (postura "d"). Habría, entonces, numerosas "criminologías", sin que se sepa cuál es la verdadera, o más bien, en la que cada cual puede elegir o combinar la que más le guste. Este criterio es, por una parte, una simplificación referente al quiebre teórico interno de una criminología dividida en teorías contrapuestas, y por otra, se justificaría por la necesidad de "trascender las fronteras disciplinarias, ante la miríada compleja de versiones que se entrecruzan e influyen recíprocamente". Por cierto, la "pluralización" de la criminología representa, en el primer sentido, un recurso elemental, en medio del complejo panorama teórico de las ciencias sociales, que permitiría hablar también de "sociologías", "psicologías", "pedagogías", etc.

En cuanto al objetivo de "trascender fronteras disciplinarias" tengo dos objeciones: en primer lugar, que el planteo suele provenir del campo sociológico, del cual conocemos su afán utópico e "imperialista" de abarcar "el todo social";²⁵ en segundo término, creo que, por la naturaleza indiscutiblemente interdisciplinaria de la criminología (que siempre ha permitido entrecruzamientos teóricos de disciplinas diferentes, y que nace, justamente, de tales intercambios), resulta obvio o superfluo el argumento de la "trascendencia de fronteras", por ser inherente a la criminología, en cualquiera de sus paradigmas históricos conocidos.

En cuanto a la "transferencia" (o migración) de la criminología a otras regiones científicas (postura "e"), los intentos más conocidos deciden su pasaje a la sociología, convertida en "sociología del control social" (o penal, o del control). Para analizar las ventajas de esta propuesta, es necesario un análisis previo del estatuto epistemológico de la sociología, tarea que excede a este espacio. Sin embargo, sintetizando mis publicaciones, donde me he ocupado "in extenso" del tema,²⁶ puedo afirmar que la sociología luce, internamente, como un calidoscopio de partes que se combinan sin una unidad general. Más que como una ciencia, la sociología se presenta como un conjunto de

25. Ver el tratamiento que doy al tema en mis trabajos mencionados en la cita 5.

26. Ver obras referidas en la cita 5.

enfoques especializados sobre la realidad social, que no guardan relación teórica común, no tienen un objeto claramente idéntico, ni aplican una metodología específica. No se ve, en suma, que llevando la criminología hacia esos dominios se obtenga otra ventaja epistemológica que el provecho de los criminólogos que estudiaron esa especialización, entre los que se encuentran también juristas, que indagan hoy el fenómeno criminal, procurando “despegarse” definitivamente del derecho penal.

Recientemente, también se ha formulado una propuesta de transferencia de la criminología a la ciencia política, si bien de manera implícita (postura “f”). No obstante que los Nuevos Realistas ingleses habían planteado que el espacio de la criminología crítica debía pasar a la ciencia política, en la cual, de hecho, se habría situado²⁷, recientemente se reformuló esa posibilidad en nuestro ámbito. Me refiero al trabajo de un autor argentino, Julio Virgolini,²⁸ quien sostiene que el problema del crimen y su castigo tienen una raíz política y que, al haberse abolido el pacto social en la aldea global, esos temas exceden a la *mediación técnica* del derecho o de la criminología. Los elementos ocultos en la relación Estado- delincuente coincidirían, en realidad, con la ecuación *gubernantes y gobernados*, quienes deberán resolver el actual problema de la ciudadanía efectiva. Es en ese ámbito, cuyas condiciones son dictadas por la política, donde debe discutirse lo relativo a la legitimidad de la pretensión de obediencia de los ciudadanos por parte del Estado.²⁹

Cierto es que Virgolini no propone expresamente un traslado de los temas criminológicos a la ciencia política. Sin embargo, pese a que autor procure situarse más allá de la ciencia, las categorías que utiliza en su trabajo (violencia, legitimidad del poder, ciudadanía, tiranía, derecho de resistencia, consenso, etc.), y la bibliografía de apoyo, son las empleadas habitualmente por la ciencia política, que, sería, además, la llamada a interpretar (teórica y prácticamente), el desarrollo y los resultados de una nueva “Asamblea Constituyente”, que debería resolver, según su propuesta, los problemas de la ciudadanía y el castigo. Y ello remite, circularmente, a la cuestión del conocimiento de tales

27. Young, Jock: “El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical”, en *Revista Criminología Crítica y Control Social* N° 1, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 1993, p. 23.

28. “*La razón ausente*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005

29. Obra citada, pp. 261, 262 y s.s.

fenómenos, respecto al cual, no puede negarse que la filosofía tiene la primera palabra. Y, justamente, una parte de la filosofía se ocupa del saber, y en lo que hace al científico, posee una rama especializada, llamada epistemología, en cuyo cuadro las ciencias políticas ocupan un lugar más, entre numerosas otras ciencias o disciplinas sociales, como vías de acceso al conocimiento. Más aún, el debate sobre la identidad epistemológica de las ciencias políticas es mucho más reciente que el de la criminología (data recién de mediados del siglo XX) y está ligado a la dependencia previa que esa disciplina tuvo (y tiene) respecto de la sociología y la filosofía. Cabe agregar, también, que en su interior compiten distintos enfoques teóricos, coexistentes, y frecuentemente incompatibles.³⁰ Por último, el razonamiento del autor, para establecer la situación social en la era global, se apoya (aunque no lo advierta) en aportes interdisciplinarios, provenientes de la sociología, el derecho y la filosofía, o sea, el mismo tipo de intercambios de saber que, como señalamos, la criminología efectúa desde siempre.

En cuanto a la postura “g”, es la que comparto, asumiendo todos los riesgos y responsabilidades inherentes. Trataré de explicarla sumariamente en el punto que sigue.

LA CRIMINOLOGÍA COMO UNA DISCIPLINA SISTEMATIZADA

Desde hace tiempo sostengo que la criminología está legitimada como disciplina científica e interdisciplinaria, en tanto, aún sin disponer de un objeto unívoco ni de un método propio, puede tratar temas relativos al crimen y el control social con coherencia científica, valiéndose de objetos parcialmente superpuestos con los de distintas disciplinas, y también de sus métodos.³¹ No estoy solo en esta postura, que, en general, alcanzó un alto grado de coincidencia en el congreso de 1999 en Buenos Aires, y en los seminarios que dictamos conjuntamente con el Profesor Ceretti (Universidad de Milán), en las universidades nacionales de Buenos Aires y del Litoral, Argentina.³²

30. Ver el dossier: “La ciencia política: historia, enfoques, proyecciones”, por el grupo de investigación Estatuto epistemológico de la ciencia política, en *Cuadernos de Ciencia Política*, Bogotá, marzo de 2004.

31. Ver: “El horizonte artificial”, obra citada.

32. “*Epistemología, ciencias sociales y criminología: ¿una relación imposible?*”, agosto y septiembre de 2004.

Las disciplinas son saberes especializados, constituidos - como señala Ceretti - por racimos de teorías y técnicas de prueba, orientadas a solucionar problemas; las disciplinas estarían formadas, así, por un conjunto de teorías conectadas unas con las otras, de manera inestable.³³ La necesidad de su existencia surge de la multiplicidad de los sucesos humanos, individuales y sociales, que hacen imposible abarcarlos en su totalidad e interconexión. La división (caprichosa, pero también indispensable) es una metodología con función científica práctica: separar los acontecimientos, en secciones o aspectos, para su mejor abordaje y análisis. De lo contrario, se haría imposible comprender el plexo general con claridad, o intercambiar conocimientos e hipótesis sobre él.

En consecuencia, si se parte de la *conclusión provisoria* de la existencia fáctica de las ciencias humanas y sociales, con un objeto general que se subdivide en aspectos parciales y metodologías diversas, es perfectamente legítimo ubicar, dentro de ese espacio a la criminología, como disciplina científica o *estudio especializado de un conjunto de temas, relacionados con el delito y el control social*. Por cierto, queda aquí por exponer cuál es el objeto de la criminología y cuáles son sus métodos, para lo cual, remito también a mis trabajos previos sobre el tema.³⁴

CONCLUSIONES

Entiendo que en el debate epistemológico es indispensable que sus participantes se sinceren desde el inicio, expresando si comparten o rechazan la construcción epistémica de la Modernidad. En la práctica, ocurre que muchos contendientes critican a la epistemología precedente - como si estuviesen fuera de ella - pero luego operan con sus categorías, instituciones y discursos, desatando una gran confusión conceptual. Mal que nos pese, dentro de la concepción Moderna de las ciencias, no podemos prescindir todavía de parámetros tales como objetos de estudio y metodologías, pese al bombardeo posmoderno y a las acusaciones de "cientificismo" que se nos dirijan. Creo que quienes no hemos abjurado de la razón, tenemos el derecho a preservar las

33. Ver: "*El horizonte artificial*", obra citada, capítulo 6, punto 3: ¿Qué se puede entender por el término disciplina?

34. Ver Elbert, Carlos, obras citadas.

categorías conceptuales, y seguir valiéndonos del razonamiento fundado y sistemático y del intercambio racional de ideas y postulados, respetando, por cierto, el derecho de quienes prefieran buscar su información mediante la teoría del caos, la música, el azar, o la más absoluta subjetividad. Oportunamente cotejaremos sus resultados con los nuestros.

Mi propuesta es, por cierto, que los problemas de identidad, objeto, método, contenidos, etc., de la criminología, sean resueltos dentro del campo de la epistemología Moderna Dentro de este encuadre - y a fin de hacer comparaciones - puede verse lo que ocurre en otras ciencias sociales, por ejemplo, en la psicología,³⁵ la ciencia política³⁶ y, por cierto, las importantes polémicas que se dieron en el campo de la propia sociología.³⁷

Con tantos y tan conocidos antecedentes, resulta asombroso que en la criminología se intenten toda clase de caminos alternos, para evitar ese debate en el único sitio gnoseológicamente correcto, pese a que todos nos ubicamos- creo que hegemónicamente - dentro del campo de las ideas Modernas. Por momentos, pareciera que es más interesante buscar a la criminología mediante la astrología o la astronomía que en la Teoría de las Ciencias, posibilidad que no comparto ni justifico.³⁸ Esa obcecada negativa debe tener una explicación; intentaré bosquejar algunas hipótesis, en mi afán de interpretar qué sucede.

Hipótesis 1: la epistemología es un terreno demasiado complejo e incluso inseguro, como para obtener de ella respuestas rápidas y sencillas a la cuestión del ser y la nada. En epistemología todo es discutible y todo ha sido cuestionado. No puede achacársele, entonces,

35. Ver la publicación Actualidad psicológica, N° 209, dedicada al tema “*Epistemología y psicoanálisis*”, Buenos Aires, mayo de 1994.

36.. Ver el dossier: “*La ciencia política...*” obra citada.

37. Ver: Michael J.-Adler, M.J., “*Crime, Law and Social Sciences*”, Harcourt, Brace & Co. New York, 1933, Gurvitch, George, “*Dialéctica y sociología*”, Alianza Editorial, Madrid, 1969, Boudon, Raymond, “*La crisis de la sociología*”, Editorial Laia, Barcelona, 1974, Wright Mills, C., “*La imaginación sociológica*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, Sidicaro, Ricardo, “*Las sociologías después de Parsons*”, en Revista *Sociedad* de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, N° 1, 1994, y Dogan, M.-Pahre, R., “*Las nuevas ciencias sociales*”, Grijalbo Interdisciplinaria, México, 1993.

38. Alguna vez, en torno de broma, he preguntado si la naturaleza de la criminología no será metafísica.

falta de democracia o de elasticidad. Incluso, sabemos que hasta allí llegó la Posmodernidad, atacándola como un *relato engañoso*, al que pretende sustituir con su propuesta de atomización gnoseológica. De todos modos, un debate sobre la Posmodernidad, la anarquía epistemológica, el postestructuralismo, etc., puede y debe darse perfectamente en el campo epistemológico Moderno, que ha dado mil pruebas de amplitud filosófica.

Hipótesis 2: los intentos de resolver la naturaleza de la criminología dentro del campo de cualquier otra ciencia social podrían ser, lisa y llanamente, argumentos de conveniencia profesional, por parte de quienes, luego de hacer unos estudios (por ejemplo, jurídicos o psicológicos), desarrollaron interés por otras ciencias sociales, como la sociología o la ciencia política, y se sintieron cómodos trabajando en esos marcos epistemológicos, que no cuestionan, tal vez, porque bajo esas sombrillas consiguen desligarse de viejos debates internos de la criminología y también de los “parientes no deseados”. Esto les permitiría seguir adelante con sus interpretaciones, sin la molesta vecindad de psicólogos, juristas, médicos forenses, historiadores, pedagogos, economistas, y toda esa cohorte disciplinaria exótica, a la que se ignora desde una presunta representatividad académica olímpica. Así, fuera del Walhalla de la investigación “importante”, quedarían los “enemigos ideológicos”, la prehistoria de los estudios sociales, y los estudios “subalternos” de la conducta humana. Lo que se dice, una situación armoniosa, sin conflictos de identidad, para un grupo selecto.³⁹

Hipótesis 3: embarcar a la criminología en variantes esotéricas, relativistas y anárquicas (al rescoldo de la Posmodernidad, pero sin asumirla) permite presentarla como gesta libertaria del pensamiento, como una ampliación de horizontes, un enriquecimiento epistemológico, un abrir camino a la multiplicidad de desarrollos y otras bellas frases seductoras, con connotación libertaria y “aggiornante”. Sin embargo, pese al impacto que provocan, y a los “restos del positivismo” que exorcizan, viene a la mente aquello de “a río revuelto, ganancia de pescador”. Lo digo, porque si se analiza a quienes benefician las proclamadas “rupturas con los viejos esquemas”,

39. Es sabido que, en la tradición nórdica, aquellos que no consiguen méritos suficientes para ascender a Walhalla, terminan en el Nifheim, reino de la oscuridad y de las tinieblas, gobernado por la diosa Hela, o en otros sitios apartados.

el objeto de investigación aparece como un bello prado sin maleza, listo para ser sembrado y cosechado, hasta alcanzar el autoabastecimiento. Vuelvo a lo antes señalado: estos planteos benefician sólo a quienes se entusiasman con el “ritmo de los tiempos”, y creen conquistar un espacio de trabajo a salvo de las molestas y “autoritarias” exigencias epistémicas de la Modernidad.

La escurridiza noción de “teoría social”, suele ser citada como el campo soñado de las búsquedas sin obstáculos, pero cabe recordar que esa es la forma de denominar a la “superciencia” del todo social, o sea, la *ballena sociológica*, dentro de cuyo vientre deberían terminar digeridas todas las demás ciencias sociales.⁴⁰ En suma, pareciera que la defensa ardorosa de la “Teoría social” es una iniciativa en beneficio de quienes la proclaman.

Resumo lo expuesto, a través de estos postulados básicos:

1.- Para ingresar en una discusión epistemológica (en general) es preciso adoptar previamente una postura ante las teorías de la Posmodernidad en esa materia: sea a favor, en contra, o aceptando críticamente algunos aspectos de la visión del mundo que nos proponen. Pero esta elección conduce a otra, que deja sólo dos opciones: reconocer o rechazar a la epistemología precedente. Quienes la rechacen, no podrán, según entiendo, trabajar luego a ambos lados de la línea demarcatoria; deberían permanecer fieles a la anarquía epistemológica, la teoría del caos o los modelos alternativos que elijan. (No se podría, por ejemplo, reclamar que una disciplina tenga objeto y método los lunes y viernes, y el resto de la semana afirmar que ello no es necesario en absoluto, o que “ya fue superado en ciencias”). Estoy convencido de que esto clarificaría completamente el punto de partida de cualquier debate sobre la cientificidad de nuestros conocimientos.

2.- La propuesta de legitimar epistemológicamente a la criminología no responde a una pretensión de “alambrar espacios de poder” o establecer dogmas, o achicar el espacio visual de nadie, sino al resistido propósito de definir un contexto de validez genérica, dentro del que sea posible obtener coherencia, continuidad y lógica discursiva. De lo que se trata aquí es, apenas, de oponernos al “vale todo” y a requerir que juguemos, sin exclusiones, con las mismas

40. Ver Gurvitch, obra citada.

reglas teóricas, totalmente pluralistas y al margen de las búsquedas personales de poder político o académico.

3.- La sociología del control social, por historia y contenidos, está más integrada en el espacio criminológico, que a ningún otro campo sociológico general. Por eso, no es casual que en los Estados Unidos se la denomine "criminología": por parecer algo distinto de la sociología, un enfoque demasiado especializado, en suma, para llevar el nombre genérico.

4.- La Posmodernidad y sus ideas iconoclastas plantean hipótesis con las que se puede simpatizar en varios aspectos, pero que no deben ser interpretadas como un hecho fatal y definitivo de la historia. El ser humano debe conservar su derecho a fijarse parámetros que le permitan imaginar qué lugar ocupa en el universo, necesidad que ha sentido desde el animismo cavernícola hasta la globalidad de hoy. Negar valor a la construcción de discursos explicativos racionales es matar toda esperanza y todo futuro.

Ser concientes de que "nunca podremos saberlo todo" y de que "todos nuestros conocimientos son relativos" no debe eliminar el derecho a concebir utopías, como las que, para bien o mal, alimentaron siempre a la historia de la civilización. Entiendo, entonces, que hoy tenemos dos opciones: dejar al hombre solo en medio del Sahara, sin agua ni brújula, o dotarlo de esos elementos básicos, para que pueda luchar contra lo inconmensurable, y logre, tal vez, salir de las dunas, aunque más allá lo esperen nuevos desafíos, cada vez más enormes.



UN VIAJE VIRTUAL AL INTERIOR DE LAS CÁRCELES

César Barros Leal

Procurador del Estado de Ceará (Brasil); Profesor de la Universidad Federal de Ceará;
Doctor y posdoctor en Derecho y Posdoctor en Estudios Latinoamericanos;
Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos.

En 1990, Leticia Benítez Jiménez fue supuestamente ahorcada por sus propias colegas de dormitorio, al poco tiempo de su llegada a un centro femenino de readaptación social en la ciudad de México.¹ Ocho años después, Luis Antônio Silva, pintor de paredes, encarcelado por equívoco en una delegación en São Paulo, convivió durante 45 días con 35 presos, en una celda superpoblada. En su entrevista desgarradora a la prensa, afirmó que tenía un miedo cerval de sufrir una agresión física, de ser sodomizado y que, por ausencia de espacio, dormía en el baño, muchas veces sobre los otros.²

Instigado por los dramas de Benítez Jiménez y de Silva, me propongo hacer un viaje virtual en el cual Usted está invitado a participar. Me desplazo, en la imaginación, como si condenado fuera, al interior de las cárceles. ¿Qué me espera?

Si no tuviere la suerte de arribar a una isla de gracia en un océano de duelo y desgracia—porque ella sí existe—cruzaré probablemente las puertas de un establecimiento decrepito, hacinado, promiscuo, donde, bajo la vigilancia de personas habitualmente sin preparación y corrompidas, seré sólo un guarismo, un don nadie, el último mono, y vegetaré sin tratamiento individualizado (lo que simboliza la quiebra del sistema), desprovisto de adecuada asistencia material, médica, social, religiosa y jurídica, sin trabajo, sin acceder a cualquier actividad educativa, sin derecho a redimir mi pena, sin separación³ de los presos iracundos,

1. BRINGAS, Alejandro H. y ROLDÁN QUIÑONES, Luis F., *Las Cárceles Mexicanas. Una Revisión de la Realidad Penitenciaria*, Editorial Grijalgo, México, 1998, p. 209.

2. Periódico *Folha de São Paulo*, 29 de noviembre de 1998.

3. Es de José Ingenieros, en *Criminología*, la amonestación: “Es un atentado a la moral y al orden público encerrar en una misma cárcel al obrero que desacata a la autoridad durante una huelga (no hay que olvidar que él como socialista alentó los movimientos de protesta proletarios), al ladrón habitual que vive del delito, al romántico raptor de una novia y al depravado parásito de una prostituta, al que mata para

pervertidos, homicidas, secuestradores, violadores, delincuentes de guante y cuello blanco, usuarios y traficantes de drogas, en una mezcla flagrantemente contraria a las leyes (idílicas, a juicio de Elías Neuman), cuya invocación resulta risible por su clamorosa inoperancia.

1. SI TUVIERE SUERTE

Si tuviere suerte, permaneceré, a lo mejor, en una celda individual, una posibilidad distante pero no del todo desechable, especialmente si dispongo de dinero suficiente para su compra. De no ser así, compartiré con uno o dos reclusos un espacio húmedo, infecto, o me pondrán en una celda múltiple, con un único retrete, junto con unos treinta a cuarenta hombres, algunos novicios en el delito, otros reincidentes, forzados a alternarse, a quedarse en hamacas o amarrarse a las rejas para poder dormir. Y de tiempo en tiempo seré desalojado para que custodios o policías procedan a una requisa, en busca de narcóticos o armas.

Si tuviere suerte, no seré un adicto a estimulantes, a la *mota*, heroína, cocaína o *crack*⁴ y mi mujer no será pillada en flagrancia al desnudarse y flexionar su cuerpo delante de una funcionaria, cuando transporte para mí una pequeña cantidad de droga en sus partes íntimas.

Si tuviere suerte, mis compañeros de celda no padecerán de ataques epilépticos, no tendrán lepra, sífilis, tifus (la antigua fiebre carcelaria⁵),

vengar el honor de su madre o de su hija y al bandido que premedita desde la cárcel un nuevo homicidio por robo. Hemos observado personalmente estos ejemplos." (En DEL PONT, Luis Marco, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Velasco Editores, México, 2005, p. 87)

4. Los reclusos, además de eso, mezclan medicinas controladas con alcohol, ampliando sus efectos. Además, fabrican bebidas alcohólicas con ingredientes como frutas y arroz; lo hacen a escondidas y se sirven de procesos primarios de fermentación y destilación.

5. Para mayor claridad: "En las antiguas prisiones reinaba completo abandono de las más elementales normas de higiene, y una absoluta ausencia de tratamiento médico. Las fiebres carcelarias y terribles epidemias causaban verdaderas hecatombes entre los presos. Baker, citado por Howard, refiere en sus crónicas que en las audiencias celebradas en 1577 en el castillo de Oxford, todos los asistentes, el Jefe de Justicia, el *sheriff* y 300 personas más perecieron en el espacio de cuarenta horas, lo que fue atribuido a la enfermedad de uno de los presos. La infección más terrible después de la peste, decía Bacon, es la exhalación del olor de las prisiones cuando los presos han estado encerrados en ellas largo tiempo con falta de limpieza. En las audiencias celebradas en Taunton en el mes de marzo de 1730, prosigue Howard, algunos presos infectaron al tribunal, y el

rubéola, sarampión, micosis, varicela, hepatitis C, diarreas, gonorrea o chancro, ni serán tuberculosos pulmonares o alienados mentales.

Si tuviere suerte, a causa de mi inmovilidad en la cama, no me aparecerán escaras ni tendré que automedicarme, cortándome la carne descompuesta y desarrollando aún más el proceso infeccioso.

Si tuviere suerte, no me volveré depresivo, hipocondríaco y no nutriré la idea de suicidio,⁶ amenazando con crucificarme.

Si tuviere suerte, me será dada, por lo menos, una alimentación diaria y no usaré mi camiseta para recogerla ni tampoco buscaré en la basura vasos de plástico para beber agua, oro blanco que escasamente me proveerán.

Si tuviere suerte, no lameré la sangre que chorrea del cuerpo herido de un colega de infortunio.

Si tuviere suerte, no seré encadenado en una comisaría (a la espera de una vacante en las prisiones) o tirado en cueros en una celda sin lavabo ni cama, colchones o frazadas, obligado, por días, meses o años, a dormir en el suelo frío, húmedo, con filtraciones de agua servida, cucarachas, pulgas, chinches y ratones, donde no penetran los rayos del sol y el olor fétido de orina y excremento, acumulados en cubetas o bolsas de plástico, es insoportable.

Jefe de Justicia, el abogado, el *sheriff* y algunos cientos de personas murieron de fiebre penitenciaria. Veintiún años después en Axminster, pequeña ciudad de Devonshire, un preso absuelto infectó a toda su familia y a la ciudad entera. El número de los muertos de esta enfermedad en Londres y sus cercanías en 1750, añade, es bien conocido; tres jueces, el Lord Alcalde, un Alderman y gran número de personas fueron atacadas y murieron. En tiempo de Howard, aún hacia estragos la llamada fiebre de las prisiones cuyas causas trata de indagar en el último capítulo de su conocido libro." (CUELLO CALÓN, Eugenio, *La Moderna Penología [Represión del Delito y Tratamiento de los Delincuentes. Penas y Medidas. Su Ejecución]*, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, pp. 464-465)

6. Sobre esta cuestión: "Otro síntoma de la situación de las prisiones en relación con la ineficacia del tratamiento, cuando existe, y las consecuencias de la mala vida que se da en la prisión, es la elevada tasa de suicidios que se presenta..." (MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Delincuencia Global*, M.E.L. Editor, México, 2005, p. 144) Más adelante, al tratar de las instituciones de máxima seguridad, agrega la autora que esos centros "totalmente deshumanizados" "no atienden a ningún tratamiento readaptador, ni siquiera psicológico o humanitario, generando depresiones suicidas o resentimientos insuperables..." (*Ibidem*, p. 145)

Si tuviere suerte no seré puesto ex profeso en la misma celda con un enemigo ni atracado mientras camino por los pasillos, bajo la mira y la pasividad cómplice de quien tiene la incumbencia de *campanear* y cuidar a los presos.

Si tuviere suerte, no seré víctima de un atentado contra mi vida ni agonizaré durante horas por la falta o indiferencia de un médico⁷ y, al pedir para ser asistido, no escucharé de los funcionarios la afirmación de que los cacos merecen morir.

Si tuviere suerte, cuando presencie un homicidio, sellaré los labios, tal y como lo hacen los carceleros que tienen la orden de no interferir en los aciertos del hampa.⁸

Si tuviere suerte, no seré sentenciado a muerte por otros presos y no imploraré una MPS (medida preventiva de seguridad) para quedarme en aislamiento, como los pobladores del *Amarillo*, en la ya desactivada Casa de Detención de São Paulo.

Si tuviere suerte, no seré objeto de alquiler o subasta, y nadie impedirá, a pesar de mis gritos de dolor, que sea violado por decenas de reclusos, muchos de los cuales diagnosticados como seropositivos o sidosos, quienes me ofrecerán, a cambio de favores inconfesables, protección contra los demás penados.

Si tuviere suerte, no cercenarán mi oreja y mis testículos ni tendré una muerte indigna al adquirir una enfermedad grave y encontrarme en fase terminal.

7. Léase el *Juramento de Atenas*, reiteradamente destacado por el Consejo Internacional de Servicios Médicos de Instituciones Penales: Nosotros, los profesionales de la salud que trabajamos en centros penitenciarios, reunidos en Atenas el 10 de septiembre de 1979, juramos, siguiendo el espíritu del Juramento Hipocrático, que proporcionaremos la mejor atención sanitaria posible a las personas recluidas en prisiones, sea cual fuere el motivo de ello, sin prejuicios y dentro del ámbito de nuestra ética profesional... (*Manual de Buena Práctica Penitenciaria: Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 78)

8. VARELA, Dráuzio, *Estação Carandiru*, Editorial Companhia das Letras, São Paulo, 1999, p. 115. Sobre la ley del silencio: "...es imperativa, pues si tú ves que están apuñalando a tu mejor amigo o quizás a tu hermano, si no quieres correr su misma suerte tienes que hacer como que no lo ves y no lo oyes, pues la ley del hampa no perdona la infidelidad." (BEDOYA, José Raúl, op. cit., p. 195)

Si tuviere suerte, no seré sometido a tortura⁹ para extraerme confesiones inculpatorias, con el uso reanudado de métodos como la asfixia por sumersión en el agua, descargas eléctricas y sonido elevado, que se utilizaron bajo el régimen militar argentino; o el teléfono, o sea, el golpe en los oídos con la mano en concha; el *pau-de-arara*, que consiste en amarrar las manos de la víctima a sus pies y colgarla de cabeza abajo de una barra de madera o metal, sometiéndola a apaleamientos o choques eléctricos; la palmatoria; la ejecución fingida; o la inmersión de cabeza en una bolsa plástica llena de agua hasta el ahogamiento parcial, tal como se empleó en el sombrío período de la dictadura brasileña.

Si tuviere suerte, seré un *cela livre* (*celda libre* o un *fajina*, trabajaré en la limpieza, en la lavandería, en la entrega de alimentos a los demás presos y disfrutaré de otras ventajas que me serán concedidas por las autoridades.

Si tuviere suerte, en aras de una interacción sin conflictividad, lograré establecer buenos contactos con el encargado general de la fajina, aceptaré su autoridad de juez y los acuerdos tácitos impuestos por su cofradía.

Si tuviere suerte, no pagaré *peaje* para desplazarme a otros sitios del penal o disfrutar de la visita íntima.

Si tuviere suerte, no cocinaré ni lavaré o plancharé la ropa de los *mayores*, ni tampoco haré masaje en sus espaldas o serviré de taxi para ellos, bribones, que me humillarán y se divertirán con mi fragilidad.

Si tuviere suerte, no me pegarán por negarme a infligir un castigo o golpear a un recluso, por imposición superior de quien no quiere mancharse las manos; y tal vez prolongue indefinidamente mi estadía en la prisión, coaccionado a asumir un crimen que no he cometido.

9. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 1.1): ...se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija 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 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.

Si tuviere suerte, podré mantener relaciones sexuales con mi esposa en el patio del edificio prisional, cercado de reclusos solidarios que de espaldas a mí formarán un círculo silencioso, incómodo, vejatorio; o lo haré en una celda colectiva, donde se asegura la privacidad necesaria con un juego de sábanas y se eleva el volumen de la radio para que no se oigan los sonidos que emitiremos en nuestro acto de amor.

Si tuviere suerte, no seré filmado por cámaras ocultas, en el área de visita íntima, para deleite de *voyeurs* que contemplarán, como a los *big brothers* de un *reality show*, escenas de intimidad con mi pareja, exhibidas después, execrablemente, como material pornográfico, en canales de televisión abierta.

Si tuviere suerte, no tendré que ceder a mi mujer o a mi hija doncella, el día de visita, al líder de la celda, de la calle o del pabellón, bajo amenaza de represalias que podrán alcanzar a mi familia, ya victimada por la desprotección a la que se expuso con mi encarcelamiento, puesto que quedé imposibilitado para contribuir al magro presupuesto doméstico.

Si tuviere suerte, podré disfrutar del trabajo externo, de la libertad condicional y de otros beneficios de ley, a los cuales mis colegas suelen no tener acceso por la carencia de atención jurídica apropiada.

Si tuviere suerte, no seré elegido para dar mi propia vida, en la macabra *lotería de la muerte*, que, en señal de protesta, se efectúa por las malas condiciones de la cárcel o como mero pretexto para el ajuste de cuentas entre miembros de bandas delictivas.¹⁰

Si tuviere suerte, no cumpliré una condena superior a la dictada en la sentencia, por no haberse dictaminado el auto de mi libertad, como uno de los 111 masacrados con disparos a bocajarro en la Casa de Detención de São Paulo, el 02 de octubre de 1992.

Si tuviere suerte, no seré quemado vivo, como 22 codetenidos en la Penitenciaría Barreto Campelo, en Pernambuco, el 29 de mayo de 1998; o como acaeció con 13 reclusos en la penitenciaría de seguridad máxima de Pirajuí, a 233 kilómetros de São Paulo, el 7 de febrero de 1999.¹¹

10. Nombres de bandas famosas en Brasil: Comando Rojo (CR), Tercer Comando (TC), Primer Comando de la Capital (PCC), Secta Satánica (SS), y Amigos de los Amigos (ADA). En México: Bruno López, Antonio Escalera, Armando Rojas, Comandante Corona y El Negro Guerrero, etc.

11. Revista *Veja*, Brasil, 15 de febrero de 1989.

Si tuviere suerte, no compurgaré mi pena en la Cárcel de *Urso Branco* (*Oso Blanco*), en el Estado norteño de Rondônia, donde, en dos años, cerca de 100 presos fueron asesinados; y mi cuerpo no será tirado al vacío ni mi cabeza usada como balón en un partido de fútbol.

Si tuviere suerte, no seré decapitado y descuartizado, como 2 presos, durante un motín, en una cárcel de Ribeirão Preto, a 315 kilómetros al norte de São Paulo, en marzo de 2001; ni seré mutilado y degollado, como muchos de los 40 reclusos de la Casa de Custodia de Benfica, en la más larga rebelión en Rio de Janeiro, en junio de 2004.

Si tuviere suerte, seré transferido a un régimen más blando y ganaré la libertad. Sí, porque los regímenes semiabierto y abierto, en la vileza de la ejecución penal de Brasil, se confunden a veces con la liberación y sólo fortalecen la impunidad predominante, representada también por las cifras negras y doradas de la delincuencia y por miles de órdenes de prisión sin cumplir, que exceden al número de reclusos.

Si tuviere suerte, tendré dinero contante y sonante para que mi nombre esté diariamente en la lista de asistencia (so pena de no computarse en mi pena) y pueda ocupar una celda o una tienda; así, no seré un *sin techo*, como lo fueron centenas de indigentes, en *La Mesa*, en Tijuana, en la frontera de México con San Diego, EE.UU.

Si tuviere suerte no seré lesionado a balazos o con *puntas*, en una riña sangrienta entre pandillas, tan común en los polvorines que son los penales de Morelos y Matamoros.

Si tuviere suerte no seré mantenido en mi celda con el agua hasta mi pecho, durante días, como ocurrió en 2007 en ocasión de las inundaciones en Tabasco.¹²

Si tuviere suerte purgaré cabalmente mi pena, dispuesto a no crear problemas, sin perder de vista la inscripción de la Cárcel de Belén: "El que en esta casa entrare, / ponga remedio en su vida, / que en su mano está la entrada / y en la de Dios la salida."¹³ O entonces me fugaré

12. En la prisión de Rasphuis, había "una terrible 'celda de agua' en la que el recluso sólo podía salvar su vida achicando con una bomba el agua que invadía la celda." (CUELLO CALÓN, Eugenio, op. cit., p. 303)

13. TAVIRA, Juan Pablo de, *¿Por qué Almoloya? Análisis de un Proyecto Penitenciario*, Editorial Diana, México, 1995, p. 32.

Léase este testimonio: "Así llegamos a 1933. En este año se demolió la Cárcel de Belén y los presos que ahí se hallaban pasaron también a Lecumberri. Había, como suele suceder, una fuerte reclamación en contra de Belén, ese edificio de leyenda, que clama ya por su

vestido de mujer o con una falsa carta de empleo; por un túnel o por la puerta de entrada como si fuera un visitante; en un helicóptero, a semejanza de Joel David Kaplan y Carlos Contreras Castro, de la Penitenciaría Santa Martha Acatitla, en 1971, o bien en uno de los carros de lavandería, imitando a *El Chapo* Guzmán (Joaquín Guzmán Loera) del Cefereso de Puente Grande, en el año de 2001.¹⁴

2. INVITACIÓN

Permítame ahora sugerir a Usted, lector, que haga un recorrido por este universo. Sólo así podrá ver que la realidad dolorosa de la generalidad de las prisiones latinoamericanas, con su teratológica indigencia y su rutinaria desatención a los derechos humanos, es lúgubre, sobrecogedora y mucho más ultrajante que esta breve incursión, por los senderos tortuosos de su geografía, pueda haber dejado entrever.

Tal vez nunca haya Usted penetrado en una cárcel, sentido su olor inconfundible, y oído el silencio de las voces que vagan por sus celdas, sus corredores, sus patios, enmudecidas por el pausado sepelio de su dignidad y de sus esperanzas. Desde luego que comprenderías mejor el calvario de Marcos Ana (Fernando Macarro Castillo), preso político español que estuvo veintidós años y siete meses ininterrumpidos en calabozos franquistas y dejó escrito con las letras de oro de un esplendoroso talento: "Hasta las puertas del sueño se cerraron para los

jubilación, como la sociedad clama también porque se arranque del centro de la capital ese tumefacto que constituye una vergüenza para México. Ojalá que en esas tierras, que han sido regadas con lágrimas y con sangre, se levante en breve una cárcel que responda a nuestra condición de país culto, de país civilizado y que sepulte para siempre el estigma de dolor, de vergüenza y de sangre que guardan los viejos muros que aún quedan en pie." (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios*, Editorial Porrúa, México, p. 133, citando, en letras cursivas, a MELLADO, Guillermo, "Belén por Dentro y por Fuera", *Cuadernos Criminalia*, Editorial Botas, México, 1959, p. 21)

14. Sobre fugas se sugiere la lectura de tres libros: *A Realidade das Prisões Brasileiras*, de Adeildo Nunes, Editorial Nossa Livraria, Recife, 2005 (páginas 203 a 207), *Fugas*, de Norberto Emilio de Equino, Editorial la Prensa, México, 1993 y *La Vida en los Reclusorios: Espeluznantes Sucesos Ocurrecidos en las Cárceles de México*, de Jorge Fernández Fonseca, Editorial Edamex, México, 1992.

recuerdos y la cárcel se impuso definitiva e implacable en el día y en la noche de mi cautiverio.”¹⁵

Ésa, pues, podrá resultar una experiencia nueva y al mismo tiempo provechosa. Si es capaz de contribuir a que Usted se sume a la pequeña legión de los que no perdieron la capacidad de creer, de mover montañas, es hora de hacer un viaje por los senderos del dolor.

- * Capítulo del libro “La Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor”, publicado por la Editorial Porrúa, el Ilanud y la Facultad de Derecho de la UNAM, en 2009.

15. ANA, Marcos, “Prisión Central”, *Las Soledades del Muro*, Akal Editor, Madrid, 1977, p. 15. A su vez, Fritz Reuter registró: “Es una hermosa cosa estar solo. Pero el corazón ha de estar libre y la antigua desgracia tiene que haber desaparecido. Mi corazón no era libre, mi corazón estaba más cargado de cadenas y de lazos que mis huesos. ¡Un año y un día igual. ¡Y hoy igual que hace un año y un día! Nada estaba olvidado, y por delante treinta años de prisión. Se sueña en el claro mañana a través de una noche que dura treinta años.” (En von HENTIG, Hans, *La Pena, Volumen II [Las Formas Modernas de Aparición]*, trad. y notas de José María Rodríguez Devesa, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1968, p. 242).



MEDIDAS CAUTELARES Y NUEVO PROCESO PENAL EN MÉXICO

David Cienfuegos Salgado

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Guerrero; Maestro y Doctor en Derecho con mención honorífica por la UNAM; Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid.

I. PALABRAS PREVIAS

Los cambios que implican la transición del modelo penal inquisitorio a uno de naturaleza acusatoria han traído aparejadas abundantes discusiones. Con la reforma a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM) de junio de 2008, el proceso penal mexicano experimentó un notable cambio de rumbo al adoptarse un modelo acusatorio y oral, señalándose un momento transitivo de al menos ocho años para hacer las adecuaciones pertinentes en las legislaciones federal y locales, con las correspondientes consecuencias en términos de capacitación e infraestructura en los órganos encargados de su aplicación. Meses después, el 16 de octubre de 2008, se aprobó por la Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo CONATRIJ) el *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*, que será referente indispensable en las reformas constitucionales y legales en el ámbito local, si bien no puede obviarse que su contenido también puede ser retomado por el legislativo federal. Aunque también conviene señalar que ya con anterioridad distintos ordenamientos adjetivos penales de los estados habían definido muchas de las reglas, y la propia estructura, que sigue este *Código Modelo*.¹

1. Es el caso, por ejemplo, del *Código de procedimientos penales del estado de Nuevo León* (CPPENL), reformado en 2004; del *Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua* (CPPECh), publicado en el *Periódico Oficial del Estado*, no. 63, de 9 de agosto del 2006; del *Código de procedimientos penales para el estado de Baja California* (CPPEBC), publicado en el *Periódico Oficial* no. 43, de 19 de octubre de 2007; del *Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas* (CPPEZ), de agosto de 2007; o el correspondiente código procesal penal de Oaxaca (CPPEO), publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*, el 9 de septiembre de 2006.

La literatura sobre el tema ha sido abundante desde hace algunos años en lo relativo al sistema penal acusatorio y la oralidad; sin embargo, poco se ha enfatizado en los tópicos específicos que entraña el nuevo cauce procesal.²

Con la reforma al proceso penal mexicano, uno de los temas que a nuestro juicio adquiere relevancia es el de las medidas cautelares, que se corresponde con la aparición de una nueva figura jurisdiccional: el juez de control, en términos del párrafo décimo cuarto del artículo 16 constitucional:

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.

Sobre las medidas cautelares la doctrina nacional ha sido consistente en señalar que las mismas carecen de un estudio a profundidad, especialmente en el ámbito penal. Si bien la figura del juez de control ha generado diversas controversias, sobre todo por el alcance que puede tener su potestad judicial,³ no menos cierto resulta que a nivel federal, en este momento transitivo, se han sentado

2. Una reciente publicación sobre el tema ha sido Oswaldo Chacón Rojas y Carlos Faustino Natarén Nandayapa, *Las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio*, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría de Gobernación, c.2012.

3. Ovalle Favela cuestionó la pertinencia del modelo aprobado, al señalar que “si el juez de control tiene que resolver de inmediato, es poco probable que en sus resoluciones pueda garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas y ofendidos. Pero es todavía más grave que el juez pueda resolver por cualquier medio [...] Lamentablemente el texto aprobado parece permitir que no sólo las solicitudes del Ministerio Público sobre medidas cautelares, tales como la orden de aprehensión y la orden de cateo, sean *orales*, sino que también tengan ese carácter las demás resoluciones que dicte el juez de control. De aceptarse esta interpretación, nuestro país estaría retrocediendo varios siglos y se perdería por completo la seguridad jurídica que ofrece el hecho de que este tipo de actos deba constar en un mandamiento escrito, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento, como lo dispuso desde 1857 el artículo 16”. José Ovalle Favela, *Proceso y justicia*, México, UNAM, Porrúa, 2009, pp. 191-192.

algunas bases previas para el posterior acomodo legal que realice el legislativo, tanto a nivel federal como en los ámbitos locales. De hecho, la aparición hace apenas dos años del *juez federal penal especializado en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones*⁴ es uno de los aspectos relevantes de este momento transitivo. Aquí debe llamarse la atención al hecho de que el legislador podrá variar la denominación del mencionado juzgador, siempre y cuando sus atribuciones estén dentro de las que establece el mandato constitucional. Así, las denominaciones juez de legalidad o de garantías resultan admisibles en la redacción que han hecho ya los legisladores locales.

El presente trabajo pretende dar cuenta de las particularidades que adopta la propuesta de regulación de las medidas cautelares en el *Código Modelo* aprobado por la CONATrib, lo cual se complementa con alusiones doctrinales y jurisprudenciales que también permiten advertir la relevancia que en el nuevo modelo de justicia penal adquiere la figura de las medidas cautelares.

De manera previa presentamos una aproximación doctrinal, que nos sirve para entender el concepto de medidas cautelares en el derecho mexicano y la definición de las mismas, señalando una clasificación a los efectos de este ensayo.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES: CONCEPTO, DEFINICIÓN Y TIPOS

A. Concepto

El concepto jurídico “medidas cautelares” no es universalmente admitido. Tal afirmación se desprende de algunos instrumentos internacionales, como la *Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas*,⁵ así como de la doctrina procesal que considera

4. Tal es el nombre que se consigna en el Capítulo II del *Acuerdo General 75/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crean Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones*, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 4 de diciembre de 2008. Al respecto puede consultarse: Rodolfo Sánchez Zepeda, *El juez federal penal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010.

5. El primer artículo de la Convención señala: “Para los efectos de esta Convención las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer

que la expresión es genérica.⁶ Y es genérica porque la lista de medidas cautelares que pueden ser competencia de los juzgados de control, creados con la reforma constitucional de 2008, puede incrementarse más allá de las que por ahora aparecen contempladas en el *Código Modelo*.

En el propio sistema interamericano, cada vez de mayor interés y estudio para los juristas mexicanos, hay una distinción entre el concepto medidas cautelares y el de medidas provisionales. El primero es utilizado para designar las medidas adoptadas para tratar de salvaguardar provisionalmente los derechos humanos de las personas, mientras que el segundo concepto alude a las medidas adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma provisional.⁷

Si bien en un concepto diverso, Vélez Mariconde señala que “la coerción personal del imputado es la restricción o limitación que se impone a su libertad para asegurar la consecución de los fines del proceso: la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”.⁸ Aquí es donde se puede apreciar el fundamento del interés público reflejado en la regulación de las medidas cautelares en el nuevo proceso penal mexicano.

Por otra parte, y a partir de lo que se menciona, el concepto de medidas cautelares podrá o no ser adoptado por el legislador local. En efecto, ante la variedad de conceptos utilizados, al momento de redactar

o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil”. Debe lamentarse que el Estado mexicano no haya suscrito aún esta Convención, según se desprende de la información que proporciona el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html> Consulta del 04 de febrero de 2010.

6. Aquí habrá que citar a Kielmanovich, quien señala que “en la doctrina nacional como extranjera no existe uniformidad en cuanto a la naturaleza y denominación que cuadra asignarle al proceso cautelar o ya a las acciones o medidas cautelares, refiriéndose así por algunos como ‘providencias cautelares’, ‘medidas precautorias’, ‘medidas de seguridad’, ‘medidas urgentes’, ‘medidas provisionales’, ‘medidas de cautela’, ‘providencias conservatorias o interinas’, etcétera”. Jorge L. Kielmanovich, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 19.

7. Aquí se sigue a Ernesto Rey Cantor, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema americano de derechos humanos*, Bogotá, Colombia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 175.

8. Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986, t. II, p. 476.

la normativa local, se podrán utilizar otros conceptos que contengan lo mandado por el constituyente permanente, con relación al nuevo modelo de justicia penal.

Esta afirmación tiene como telón de fondo una escasa doctrina nacional sobre el tema de las medidas cautelares. Para resaltar la importancia que tienen éstas en el proceso penal, quizá habría que volver la vista a las conocidas *Lecciones sobre el proceso penal* de Carnelutti,⁹ para advertir la variedad y sobre todos los alcances que tienen las medidas que pueden adoptar las autoridades administrativas y judiciales en lo relativo al sistema de justicia penal.

Las características de las medidas cautelares como parte de un procedimiento autónomo se enmarcan en el reconocimiento de que están vinculadas no sólo al proceso penal desde su inicio, sino que incluso le anteceden; asimismo, no sólo abarcan a las partes procesales, sino que tienen efectos extensivos, que incluyen en determinados supuestos a terceros. Asimismo, es característico de ellas que se trata de medidas temporales y la gran mayoría de ellas cesan con la emisión de la sentencia, aunque se reconoce la posibilidad de que puedan modificarse ante un cambio de circunstancias, durante el proceso.

Así, resulta relevante conocer el tema de las medidas cautelares, cuando advertimos que su dictado lleva a la restricción de derechos fundamentales. Una medida cautelar es ante todo excepcional si se entiende que tiene prelación la presunción de inocencia; pero además la medida cautelar debe ceñirse a determinados principios como el de legalidad, provisionalidad y proporcionalidad, según veremos más adelante.

No omitimos mencionar que un sector de la doctrina distingue entre providencias precautorias y medidas cautelares, según se trate del momento procesal en que se dicten: la providencia precautoria procede antes de la formulación de la imputación, mientras que la medida cautelar se impondrá una vez que se ha comunicado al imputado la

9. Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1950, 4 tomos. De igual manera se puede consultar la obra de Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, El Foro, 1996, en lo relativo a la concepción, que retoma de Chiovenda, según la cual "la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución".

teoría del caso, es decir cuando se ha establecido la vinculación a proceso.

B. Definición

La definición básica de medidas cautelares señala que 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.”¹⁰

Por supuesto, las medidas cautelares difieren según se trate de un proceso civil, penal, fiscal o administrativo; sin embargo, teleológicamente se puede encontrar similitud en todos ellos. Los autores de la definición citada, Fix Zamudio y Ovalle Favela, enfatizan que la razón de ser de estos instrumentos procesales se encuentra en el retraso del dictado de la sentencia, lo cual “hace indispensable la utilización de estas medidas precautorias para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo, y, por el contrario, lograr que la misma tenga eficacia práctica”.¹¹ Veremos más adelante que el *Código Modelo* explicita las finalidades que tienen tales figuras procesales.

C. Tipos

Para determinar una clasificación de las medidas cautelares podemos recurrir a diversos parámetros: por ejemplo sobre quien recaen, quién puede solicitarlas, en qué casos proceden, etcétera, lo cual nos proporcionaría diversas tipologías. Sin embargo, aquí nos limitaremos a señalar que en el ámbito penal, las medidas cautelares pueden ser de naturaleza personal o real. En el primer caso constituyen mecanismos de coerción personal, mientras que en el segundo caso afectan el ámbito patrimonial.¹²

10. Voz “Medidas cautelares”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2004, t. V, p. 51.

11. *Idem*.

12. “La coerción procesal penal (que algunos denominan ‘ejecución cautelar’) se subdivide en coerción personal y coerción real (*in re*), o sea en orden a las personas o a las cosas”. Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, t. III, p.553.

Señala García Ramírez que es característico del proceso penal que “dominan o poseen valor relativo las medidas cautelares de carácter personal, esto es, aquellas que se vuelcan sobre las personas, al paso que en el ámbito procesal civil, por contraste, la mayor importancia corresponde a las providencias asegurativas que se adoptan con respecto a los bienes”.¹³ Por supuesto, se enfatiza que ambos tipos se dan tanto en materia penal como en la civil.

Es conocido que, a partir de la década final del siglo XX, el empleo de medidas cautelares tanto personales como reales, en el ámbito penal mexicano, adoptó una mixtura que llevaba como finalidad la de garantizar una tutela adecuada de los intereses de la víctima del delito. Además, era una respuesta a la aparición de fenómenos delictivos, como el narcotráfico o la delincuencia organizada, que empleaban y generaban numerosos recursos económicos.

Sin embargo, al analizar ambos tipos de medidas cautelares se advierte que persiguen distintos objetivos, como se verá a continuación.

1. Medidas cautelares personales

Es posible coincidir que las medidas cautelares de carácter personal tienen como principal finalidad: a) asegurar la presencia del imputado en juicio y en los demás actos que se requiera su presencia; b) garantizar la seguridad de la víctima, ofendido, testigos de los hechos y de la comunidad en general; y, c) evitar la obstaculización del procedimiento o el desarrollo de la investigación.¹⁴ En esto coinciden lo mismo el *Código Modelo* que algunos de los ordenamientos procesales penales actualmente en vigor (arts. 154 CPPEBC; 163 CPPEO; 195 CPPEZ).

13. Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, 5ª ed., México, Porrúa, 1989, p. 573.

14. “La coerción personal procesal consiste en una limitación más o menos intensa de la libertad física de una persona, por una finalidad procesal penal”. Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, obra citada, t. III, p. 554. Asimismo, “los actos de coerción personal procuran impedir que el imputado, por estar en libertad, observe una conducta que haga imposible o ponga obstáculos a la actuación efectiva de la ley penal, ya sea por impedir o estorbar la investigación, ya sea por eludir la acción de la justicia [...] En todo caso, pues, el sacrificio impuesto a la libertad personal obedece a la necesidad de asegurar el imperio efectivo del derecho penal, procesal o sustantivo”. Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, obra citada, p. 477.

Las medidas cautelares personales que contempla el *Código Modelo* son las siguientes: a) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez; c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado; e) El arraigo, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga; f) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; g) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; h) Si se trata de agresiones a mujeres, niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la separación inmediata del domicilio; e, i) La prisión preventiva.

Otra medida cautelar personal es el internamiento en centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del imputado así lo amerite. Sin embargo, debe señalarse que no todos los códigos procesales la han incluido como medida cautelar. Tal sería el caso del CPPEZ (art. 208)

Puede incluirse, de manera excepcional, como medida cautelar personal, la consistente en que se suspenda al imputado, en el ejercicio del cargo que se encuentre desempeñando, cuando se le atribuye un delito funcional, es decir, relacionado con determinadas funciones públicas, tales como los delitos cometidos por servidores públicos en detrimento de la administración de justicia.

De igual manera, se reconoce la posibilidad de que se prohíba la realización de determinada conducta o actividad, cuando entre las penas se incluya la de inhabilitación.

2. Medidas cautelares reales

Las medidas cautelares de naturaleza real contempladas en el *Código Modelo* son: a) La presentación de una garantía económica suficiente; b) La pensión alimenticia (en los supuestos en que se

disponga el abandono del domicilio como medida cautelar); y, e) el embargo precautorio de bienes.¹⁵

La finalidad perseguida con el otorgamiento de una medida cautelar real es la de garantizar la reparación de los posibles daños y perjuicios provocados por el hecho punible, así como garantizar el pago de los gastos generados por el proceso a la víctima. Este último supuesto puede quedar enmarcado en la categoría de perjuicios provocados por el hecho punible. Esto, en congruencia con el artículo 1º del *Código Modelo*, que concibe como objeto del proceso, “determinar si se ha cometido un delito a través del esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, para garantizar la justicia en la aplicación del derecho y restaurar la armonía social entre sus protagonistas y con la comunidad.”

De igual manera, se concibe la presentación de una caución para gozar del beneficio de la libertad durante el proceso como una medida cautelar de naturaleza personal y no real; sin embargo, aquí hemos preferido considerarla como una medida cautelar real, toda vez que no sólo se trata de una caución en dinero, sino que puede consistir en el depósito de valores, prendas o hipotecas sobre bienes libres de gravámenes, pólizas con cargo a una empresa de seguros, entrega de bienes, fideicomisos, fianza solidaria de una o más personas solventes o cualquier otro medio idóneo (art. 216, CPPEZ; 180, CPPEO; 174, CPPEBC; y 198 del *Código Modelo*). Lo anterior constituye, a nuestro parecer, una medida asegurativa que recae sobre los bienes, aun y cuando derive de un beneficio constitucionalmente establecido. Máxime que, como veremos más adelante, el alcance de tales medidas constituye una verdadera restricción al patrimonio del imputado y, en ocasiones, de extraños.

No omitimos mencionar que en el *Código Modelo* es posible advertir, dentro del título dedicado a las medidas cautelares, un

15. Manzini señala que esta “coerción respecto de las cosas [...] es exclusivamente la dirigida a fines procesales penales y no la que puede realizar el juez penal por medida administrativa de seguridad, como, por ejemplo, la confiscación, ni la que se puede disponer en garantía de intereses civiles. Los principales actos de coerción procesal real son: las perquisiciones, el secuestro a los fines penales; la disponibilidad de los teléfonos públicos”. *Ibidem*, pp. 697-698.

capítulo dedicado a multas e indemnizaciones, el cual no se desarrolla en el presente trabajo.

III. PRINCIPIOS APLICABLES

En la doctrina nacional y extranjera se advierte una serie de principios procesales que resultan aplicables en la tramitación de las medidas cautelares. Conviene señalarlos toda vez que configuran el basamento normativo, tanto en el caso del *Código Modelo* como en cualquier otro ordenamiento procesal penal.

Los principios que se reconocen son los siguientes:

A. Judicialidad o jurisdiccionalidad

Desde el mandato constitucional ya citado antes, se advierte que las solicitudes de mandato constitucional deberán ser resueltas por un juez de control. Esta exigencia pretende garantizar los derechos de naturaleza procesal,¹⁶ pero especialmente controlar las posibles restricciones a la libertad personal; por ello algunos ordenamientos lo denominan Juez de Garantías (CPPEZ) o, en otro extremo, Juez de Control de Legalidad (CPPEO). El propio *Código Modelo* señala (art. 179) que las medidas cautelares sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial fundada y motivada.

Este principio impone ya un requisito de validez. Lo mismo debe predicarse de las resoluciones que revisen, sustituyan, modifiquen o cancelen una medida cautelar de carácter personal (art. 203.1). A lo anterior se suman los requisitos establecidos en el art. 197 del *Código Modelo*.

16. "Los derechos fundamentales de naturaleza procesal significa tanto una manifestación general del Estado de derecho –la de acceso a la jurisdicción– como garantías procesales que hasta épocas recientes de habían formulado sólo como principios de derecho objetivo (*in dubio pro reo*, *nemine damnetur nisi audiatur*, *audiatur et altera pars*, entre otros) y que, en la actualidad, para destacar su importancia y reforzar su tutela, aparecen revestidas de la forma de derechos fundamentales [...] Los derechos y garantías se concretan y definen con mayor precisión cuando se trata de procesos penales: en estos casos, se proclaman expresamente derechos, como la prohibición de la tortura, la presunción de inocencia y la doble instancia". Carlos Faustino Natarén Nandayapa, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México, UNAM, 2006, pp. 10 y 19.

Por otra parte, este principio está en línea con el régimen general del proceso penal, cuya consagración está en el artículo 6.2 *del Código Modelo*, al señalarse que la potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales ordinarios instituidos antes del hecho que motivó el proceso conforme a la Constitución del Estado y a la ley orgánica del Poder Judicial.

En este mismo rubro debe mencionarse que la actuación del juez, en forma obligatoria, implica el reconocimiento de cierto arbitrio judicial, respecto de las condiciones y circunstancias que sustentan la solicitud de una medida cautelar.¹⁷ A través del arbitrio judicial debe apreciarse el peligro en la demora, la verosimilitud del derecho y la idoneidad de la medida para lograr la finalidad que se busca, según se trate de uno u otro tipo de medida cautelar.

De hecho, es en la detención donde este principio se advierte con mayor claridad. El *Código Modelo* señala que ninguna persona podrá ser detenida sino por orden emitida por un juez competente (art. 182.1), a menos que fuere sorprendida en delito flagrante o se tratara de caso urgente.

B. Igualdad

Conforme con este principio, el ordenamiento adjetivo penal garantiza que las partes procesales tengan la misma posibilidad de solicitar o recurrir la procedencia de una medida cautelar. Así, el *Código Modelo* prevé (art. 181) que todas las decisiones judiciales relativas a las medidas cautelares son apelables. Disposición congruente con el art. 179.2 que señala que la resolución judicial que imponga una medida cautelar o la rechace es modificable en cualquier estado del proceso.

En el ámbito de las medidas cautelares hemos hecho notar que en ocasiones anteceden el inicio del proceso y que incluso se hacen extensivas a terceros, distintos de aquel a quien se imputa la comisión de un delito. Estas características parecieran hacer nugatorio el principio de igualdad; sin embargo, es precisamente la idea de igualdad

17. SJFG9, t. XXVI, agosto de 2007, p. 1723. Registro: 171714. Tesis: I.3o.C.631 C. Rubro "MEDIDAS CAUTELARES DE ASEGURAMIENTO. PARA QUE PUEDAN OTORGARSE, EL SOLICITANTE DEBE DESCRIBIR LA SITUACIÓN DE HECHO EXISTENTE Y EXPRESAR LOS MOTIVOS PARA MANTENERLA (CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES)".

procesal la que permite que las medidas puedan ser revisadas una vez que han sido adoptadas; de otra manera se impide que las partes en el proceso tengan iguales oportunidades, una vez que han dado inicio las distintas etapas procesales.

C. Buena fe y lealtad de las partes

Según este principio, es premisa para el juez que las partes procesales se conducen con probidad, salvo prueba en contrario. Un buen ejemplo de esta buena fe se contiene en el *Código Modelo* cuando permite (art. 190) que mediante promesa del imputado de someterse al proceso, pueda el juez prescindir de toda medida cautelar.

Igual sentido debe darse a la prevención de que cuando exista presentación espontánea del imputado contra el que se hubiere emitido una orden de aprehensión, el juez podrá ordenar que se mantenga en libertad al imputado y eximirlo de la aplicación de medidas cautelares personales.

Este proceder se reafirma en atención al principio de presunción de inocencia, que forma parte expresa del contenido constitucional del nuevo modelo procesal penal

D. Economía procesal

Tratándose de las medidas cautelares, el principio de economía procesal contiene al menos tres elementos: la celeridad, la unidad y la uniinstancialidad. La celeridad contribuye a la economía de gastos; la unidad lleva a la economía de costos, y la uniinstancialidad a la economía de actuaciones. El *Código Modelo* da cuenta de tales elementos, por ejemplo en lo relativo a los casos urgentes (art. 185) o al actuar oficioso del juez (art. 179.3; 195; 203.1).

Esta figura, que ha sido considerada como un principio rector del proceso, merece mayor atención en el nuevo modelo procesal, pues la mayoría de sus figuras atienden implícitamente la necesidad de economizar en todas las etapas que habrán de desarrollarse.

E. Contradicción

Este principio, recogido por algunos bajo el apotegma de que a toda acción le corresponde una reacción, impone la obligación al juez

de dar oportunidad a las partes de ser oídas en el respectivo trámite. Más aún, el *Código Modelo* prescribe que ningún juez 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 (art. 4.2).

En materia de medidas cautelares, se ha señalado en la jurisprudencia que al no constituir actos privativos, para su imposición no rige la garantía de previa audiencia.¹⁸ Eso se advierte claramente al revisarse el trámite que siguen la solicitudes de medidas cautelares, que vendría a ser la excepción contemplada por el propio *Código Modelo*, al principio contenido en el art. 4.2, que obliga al juez a que los asuntos sujetos a proceso se traten siempre en presencia de las dos partes.

F. Depuración procesal

La depuración procesal implica que se prescinda de todos aquellos trámites o requisitos que constituyan meros formalismos que no contribuyen a la eficiencia del proceso. Con este principio procesal se persigue el objetivo de que se responda de manera inmediata a las solicitudes hechas por el Ministerio Público, o la víctima.

La pretensión de que se cumpla con este principio está en línea con el reconocimiento en el artículo 17 constitucional de un derecho de tutela judicial efectiva o de adecuada impartición de justicia.

G. Congruencia

Toda medida cautelar debe coincidir con las pretensiones de quien la solicita (MP, víctima u ofendido), a la vez que con el derecho invocado y el grado de afectación o puesta en riesgo del bien jurídico protegido y cuya vulneración se somete a conocimiento de los tribunales. Asimismo, la medida cautelar debe expresarse de manera uniforme en la propia resolución que decida sobre su adopción o procedencia.

18. SJFG9, t. VII, marzo de 1998, p. 18. Registro: 196727. Tesis: P/J. 21/98. Rubro: "MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA".

H. Confidencialidad/publicidad

Las medidas cautelares se deben otorgar de manera confidencial, escuchando al demandante de la medida. Como puede entenderse, este principio no se refiere a la posibilidad de que la otra parte no se encuentre presente, principio protegido en el art. 4.2 del *Código Modelo*, sino al hecho de que lo actuado no forme parte de la discusión principal.

I. Inmediación

Este principio exige la participación activa y constante del juez en la toma de la decisión. Como lo ha mencionado Chiovenda, este principio es esencial en el procedimiento oral. Trata de la pertinencia de que sólo decidan aquellos jueces que hayan asistido a la discusión o vista de la causa.¹⁹ En el caso particular y dadas las peculiaridades del modelo establecido, el principio de inmediación tiene su cabal reflejo en la exigencia de que sea el juez de control competente, el único que puede oír lo argumentado por los solicitantes de la medida cautelar, y con base en tales datos, emitir su resolución.

J. Disposición procesal

Según este principio, las partes con un interés jurídico pueden acudir ante los jueces a solicitar medidas cautelares, a efecto de conseguir alguno de los fines que hemos identificado. Sin embargo, ello implica que sea la propia normatividad procesal penal la que permita tal actuar a las partes. En el caso, el artículo 189.1 del *Código Modelo* señala que las medidas cautelares pueden imponerse por el juez “a solicitud del Ministerio Público o del Acusador Particular, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que determina” dicho Código.

19. “El principio de la inmediación exige que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de que saca su convencimiento, y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc., fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas. El principio de la inmediación no está sólo estrechamente unido al de la oralidad, en cuanto que sólo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicado, sino que verdaderamente constituye la esencia del proceso oral”. Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, v. III, México, Cardenas Editor y Distribuidor, 1989, p. 177.

Como puede fácilmente advertirse, el dictado de las medidas cautelares en el nuevo proceso penal acusatorio, quedan limitadas y marcadas por el cumplimiento de estos principios, siguiendo por supuesto los mandatos fijados por el legislador y la jurisprudencia que sobre el particular vayan emitiendo los tribunales federales o locales, en sus respectivos ámbitos de competencia.

Aunados a los anteriores deben tomarse en cuenta los principios de proporcionalidad, temporalidad y excepcionalidad que caracterizan a las medidas cautelares y que si bien no son propiamente principios aplicables, resulta evidente que la regulación procesal no puede prescindir de tales características a la hora de establecer los mecanismos legales de aplicación y puesta en práctica.

IV. EL DICTADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para la imposición de las medidas cautelares, el ordenamiento procesal penal señala un *iter* judicial que no puede obviarse, sin contrariar la exigencia del debido proceso. Aquí exponemos *grosso modo* algunos de tales momentos, expresando en términos generales algunas apreciaciones derivadas, sobre todo del *Código Modelo*.

A. Características

La primera característica que puede advertirse es que si bien, los sujetos legitimados pueden solicitar cualquier tipo de medida cautelar, el juez sólo puede imponer “las autorizadas” por el propio ordenamiento. Hay una prohibición expresa de que el juez pueda imponer una medida cautelar más grave que la solicitada o cuyo cumplimiento resulte imposible (Art. 191.3 *Código Modelo*).

Hoy día, los jueces federales especializados de que hablamos antes sólo se ocupan de tres específicas figuras: cateo, arraigo e intervención de comunicación. Sin embargo, el *Código Modelo*, como los otros códigos ya emitidos (CPPEO, CPPENL, CPPEZ, etcétera, señalan muchas otras medidas cautelares que son competencia del juez de control en la nueva legislación.

Más aún, algunas legislaciones podrán ampliar tal catálogo, ajustándose por supuesto a los compromisos internacionales y al marco constitucional federal. Así, las medidas cautelares podrán ser: la detención, la prisión provisional, la comparecencia periódica, la fianza,

la prohibición temporal de desarrollar determinadas actividades, la prohibición de residir, permanecer o acudir a determinados lugares, la obligación de informar al juez de los desplazamientos que se efectúen fuera de determinado ámbito territorial, la prohibición de abandonarlo, la prohibición de salir de territorio nacional, la retención de pasaporte, la prohibición de librar cheques, el control telemático de personas imputadas, y la prohibición de comunicarse o trabar contacto con determinadas personas, entre otras.²⁰

B. Solicitud

De acuerdo con el *Código Modelo*, serán el Ministerio Público o el Acusador Particular quienes puedan solicitar la imposición de una medida cautelar. Sin embargo, desde el texto constitucional, también se prevé la posibilidad de que el juez, de manera oficiosa, imponga la medida cautelar de la prisión preventiva en determinados supuestos, como veremos más adelante.

C. Trámite

Para resolver sobre la imposición de una medida cautelar, se establece en el *Código Modelo* la exigencia de que el juez convoque a una audiencia para oír a las partes o para recibir la prueba (art. 196.3 *Código Modelo*).

La excepción la constituye el caso en que el juez actúe oficiosamente, como hemos señalado, al imponer la prisión preventiva.

En el *Código Modelo*, se da la posibilidad, y según el caso exigencia, de aportar pruebas por parte del Ministerio Público o del Acusador Particular. De ahí que, en la audiencia en la cual se reciba la prueba, se establece la obligación del juez de valorar tales elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas por el propio *Código*

20. González Chévez propone un “catálogo de auténticas medidas cautelares penales”, entre las que incluye 30 figuras distintas. “Lo anterior sin dejar de considerar la posibilidad de que en la legislación procesal se prevea una cláusula abierta que faculte a la autoridad a adoptar cualquier tipo de medida cautelar penal distinta a las previstas en el ordenamiento, según las circunstancias del caso lo requieran”. Héctor González Chévez, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, pp.121-123.

Modelo, “exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida cautelar” (art. 196.4).

La oficiosidad judicial deja abierta la puerta a que las medidas cautelares puedan dictarse cuando se han aportado pruebas que a juicio del juez puedan constituir elementos adecuados para justificar la imposición de alguna de las medidas establecidas en el respectivo código procesal.

D. Resolución

Atendiendo la naturaleza de las medidas cautelares, se establece como un principio rector de la resolución en la materia el de proporcionalidad. Acorde con este principio, no se puede ordenar una medida cautelar personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la posible sanción.

Otra limitante que se observa en la imposición de una medida cautelar, es que ésta no podrá, en ningún caso, sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder el plazo de dos años. Sin embargo, el propio *Código Modelo* prevé la posibilidad de que, de manera excepcional, el Ministerio Público o el acusador puedan solicitar una prórroga, considerando en todos los casos cuáles son los fines que tienen las medidas cautelares en el nuevo proceso penal, a partir de sus caracteres de temporalidad y excepcionalidad.

Asimismo, se prevé que la resolución que dicte el juez de control puede imponer una medida cautelar o una combinación de ellas, “según resulte adecuado al caso”. El juez queda constreñido a expedir las comunicaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de tales medidas cautelares (art. 191.1)

El *Código Modelo* señala que son requisitos que debe contener la resolución que imponga una medida cautelar los siguientes: a) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo; b) La enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su preliminar calificación jurídica; c) La indicación de la medida y las razones por las cuales el juez estima que los presupuestos que la motivan concurren en el caso; y d) La fecha en que vence el plazo máximo de vigencia de la medida (art. 197).

El *Código Modelo* señala que todas las decisiones que versen sobre medidas cautelares son apelables, sin que ello implique la suspensión de la ejecución de lo ordenado (art. 181). Aunado a lo anterior, el art. 179.3 del *Código Modelo* supone el reconocimiento del principio *pro libertatis*, al señalar que en todo caso el juez o el tribunal que dicte la medida cautelar puede proceder oficiosamente cuando ello favorezca la libertad del imputado.

E. Revisión

En el *Código Modelo* se reconoce el derecho de las partes, y especialmente del que se encuentre sujeto a una medida cautelar, de que éstas puedan ser revisadas, modificadas, sustituidas o canceladas.

El art. 203.1 del *Código Modelo* señala que esto puede tener lugar, de oficio o a petición de parte, “cuando así se requiera por haber variado las condiciones que justificaron su imposición.”

En tales supuestos opera el mismo mecanismo que para la imposición el juez de control citará a una audiencia, misma que se llevará a cabo “dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud de revisión o de la citación cuando el órgano jurisdiccional actúe de oficio.”

No resulta una obviedad reiterar que se requiere de una resolución fundada y motivada en todos los casos. De igual manera, cualquiera de estas opciones (sustitución, cancelación o modificación) exige la misma valoración probatoria, si es el caso, que la que mencionamos en el punto anterior.

Por otra parte, más adelante veremos, al analizar las medidas cautelares en particular, las diversas consecuencias previstas para los casos de sustitución o cancelación de la medida impuesta.

Cabe destacar que el *Código Modelo* se refiere también a la “interrupción” de una medida cautelar específica, al abordar el tema de la separación del domicilio.²¹ En estos casos, dado que no se trata

21. Cabe destacar que el art. 201 se utiliza indistintamente el concepto “separación del domicilio” y el de “abandono del domicilio”. En estricto sentido ambas figuras son diferentes, al involucrar la segunda un elemento volitivo. Sin embargo, hacemos la anotación que el *Código Modelo* utiliza la segunda en el texto normativo (art. 201.1). Circunstancia gramatical que el legislador estatal podrá superar con un mejor manejo de los conceptos.

propiamente de una modificación, consideramos queda comprendida en el supuesto de cancelación de la medida, dado que expresamente se habla de que el juez se encarga de “levantar” la medida.

V. LIBERTAD Y DETENCIÓN

El concepto “detención” encuentra un uso lingüístico simple: “permanencia provisional en prisión de un supuesto delincuente”.²² Sin embargo, a los efectos del análisis de las medidas cautelares debemos partir de una definición más amplia y precisa: “restricción de la libertad personal por breve tiempo de un individuo, en contra de quien aparezcan motivos bastantes de ser responsable de la comisión de un delito y de aquel en contra de quien exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia, por la investigación de un hecho punible.”²³

La regla general que priva en el proceso penal acusatorio es que ninguna persona puede ser detenida si no es por orden de un juez competente. Esta regla admite al menos dos excepciones: cuando la detención se de en caso de flagrancia o cuando se actualice un caso urgente.

Sin embargo, desde el mandato constitucional advertimos que la mencionada regla presenta aristas muy interesantes, vinculadas con la protección del derecho de libertad. En este apartado, analizaremos, en primer lugar, los últimos dos supuestos, antes de pasar al análisis de la orden de aprehensión.

El fundamento se encuentra en el artículo 16 CPEUM, cuyos párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, disponen:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que 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.

22. María Moliner, *Diccionario del uso del español*, 2ª ed., Madrid, Gredos, 1998, t. A-H, p. 977. La expresión “detenido” se aplica, en lo que nos interesa, a la persona privada provisionalmente de libertad por una autoridad competente (p. 978).

23. Héctor González Chávez, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 163.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona 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.

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.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

De la redacción constitucional se advierte la trascendencia que tienen los supuestos en estudio. Máxime que estos temas son de estudio previo al de la prisión preventiva.

Igual sentido garantista debe encontrarse en el artículo 19 CPEUM, el cual prevé que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso. El plazo para dictar este auto podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado.

En este caso, siguiendo el régimen establecido por el artículo 19 CPEUM, la prolongación de la detención en perjuicio del imputado será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo de 72 horas no reciba copia autorizada del auto de

vinculación a proceso o 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 acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Debe mencionarse que la propia CPEUM establece supuestos diversos, de relevancia en la definición del derecho de libertad y su alcance frente a la función indagatoria y punitiva del estado, tratándose de la delincuencia organizada. Baste recordar que el artículo 16, en su párrafo décimo, señala que “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.”²⁴

Para no exceder los límites impuestos a este breve trabajo, dejaremos para otra ocasión el análisis pormenorizado de los alcances de esta referencia constitucional, señalando solamente que la justificación utilizada para sostener la reforma constitucional ha sido ampliamente cuestionada, especialmente a partir de la noción que se hace del derecho penal del enemigo.

A. Flagrancia

La CPEUM reconoce la figura de la flagrancia²⁵ al establecer el supuesto de que “cualquier persona 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.” En

24. El párrafo noveno del propio artículo 16 CPEUM, señala: “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”. Aquí debe recordarse que a la fecha se encuentran vigentes diversas leyes relacionadas con el tema. A nivel federal se expidió la *Ley federal contra la delincuencia organizada*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996.

25. Resulta interesante el sentido de la expresión flagrancia, como “cualidad de flagrante”, que deriva de *flagar*, “arder, o resplandecer como el fuego”. Flagrante se aplica a lo que flagra, a lo que se está ejecutando en el momento de que se habla”. María Moliner, *Diccionario del uso del español*, 2ª ed., Madrid, Gredos, 1998, t. A-H, p. 1312.

dicho supuesto, también se indica que el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Se advierte, insistimos, la vocación *pro libertatis*, que tiene traslación en los ordenamientos procesales penales. De ahí que el propio *Código Modelo*, en su artículo 10, reconozca los alcances del derecho de libertad.

El artículo 184 del *Código Modelo* se ocupa de regular el supuesto de la flagrancia. Al efecto señala que habrá “flagrancia únicamente cuando el presunto autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después.”²⁶ La interpretación de la expresión inmediatamente es crucial en esta redacción.²⁷

El mismo artículo 184, en su segundo párrafo, señala que en el caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la detención e impedir que el hecho produzca consecuencias.

En los casos de flagrancia la persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud la entregará al Ministerio Público, quien luego de examinar las condiciones en que se realizó la detención dispondrá la libertad en caso de que no fuere conforme a la Constitución y a la ley, en caso contrario, se impone al representante social la obligación de que

26. Álvaro Bunster señala que “se da propiamente la flagrancia cuando el autor del delito es sorprendido en el acto de cometerlo. No es, pues, una condición intrínseca del delito, sino una característica externa resultante de una relación circunstancial del delincuente con su hecho. Su presencia en el lugar del hecho y en el instante de su comisión es lo que hace la flagrancia ‘y no el cadáver todavía sangrante ni la casa que se incendia’ (Manzini)”. Voz “Flagrancia”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2004, t. IV, p. 87.

27. Al respecto, conviene citar el criterio sostenido en la tesis de rubro “FLAGRANCIA EN EL DELITO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE GUERRERO)”, que establece: “...pues por la locución ‘inmediatamente’ que utiliza dicho precepto al señalar que hay delito flagrante si la persona es detenida cuando ‘inmediatamente’ después de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable y se encuentran huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad, debe entenderse, referida a aquello que está cercano en el tiempo o en el espacio, máxime que este tipo de ilícitos (violación), en su generalidad, son de realización oculta y, por consiguiente, en ausencia de personas que auxiliien con prontitud a la víctima y procedan a la detención del sujeto activo”. *SJFG9*, t. VI, agosto de 1997, p. 726. Tesis: XXI.2o.8 P.

dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas,²⁸ conduzca al detenido ante el juez de control, sin perjuicio de que pueda fijarle una caución a fin de garantizar su comparecencia ante el juez.

Aquí puede observarse que el legislador ordinario, siguiendo el anhelo del constituyente, deja ciertas decisiones sobre la libertad del imputado, al arbitrio del órgano administrativo. Ello no implica, en ningún momento, la posibilidad que haya un margen de ilegalidad o que este actuar no se encuentre sometido a un régimen de responsabilidades, sino que puede verse como un mecanismo protector del derecho de libertad. En un extremo puede incluso verse como una suerte de control de constitucionalidad y legalidad, toda vez que al examinar las condiciones en que se realizó la detención lo hace verificando el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales.

No entramos al detalle, pero dejamos dicho esta característica en el nuevo proceso penal acusatorio. El propio artículo 16 CPEUM señala que "existirá un registro inmediato de la detención". Al respecto el propio *Código Modelo* impone la obligación en el caso de flagrancia, que las autoridades de policía deberán elaborar un registro de la misma, estableciendo la fecha y hora en que el imputado fue puesto a su disposición.²⁹

Al analizar el presente tema, también debe tomarse en cuenta la conocida distinción doctrinal entre la flagrancia propiamente dicha, la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia o flagrancia equiparada. Esta última aun vigente en algunos ordenamientos locales, y que podría ser incluida por algún legislador en los ordenamientos adjetivos por venir.

28. Al respecto se debe tener presente el criterio contenido en la tesis de rubro "RETENCIÓN POR CUARENTA Y OCHO HORAS QUE LLEVA A CABO EL MINISTERIO PÚBLICO. NO COMPRENDE EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD INMEDIATA, EN CASO DE FLAGRANCIA". *SJFG9*, t. VII, junio de 1998, p. 703. Tesis: XI.2o.23 P. Registro: 196011. En igual sentido la tesis de jurisprudencia, derivada de la contradicción de tesis 33/2003-PS, con rubro "MINISTERIO PÚBLICO. EL TÉRMINO DE CUARENTA Y OCHO HORAS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA QUE RESUELVA LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INDICIADO APREHENDIDO EN FLAGRANCIA, INICIA A PARTIR DE QUE ÉSTE ES PUESTO A SU DISPOSICIÓN". *SJFG9*, t. XIX, enero de 2004, p. 90. Tesis: 1a./J. 46/2003. Registro: 182373.

29. Debe mencionarse que el *Código Modelo* reitera el contenido de esta disposición, primero, tratándose del supuesto de flagrancia, en el artículo 184.3 y después, en lo relacionado a la orden de aprehensión, y con la misma redacción, en el artículo 188.

B. Urgencia

En el mismo tenor de la flagrancia, el artículo 16 constitucional prevé como excepción a la exigencia del mandato judicial la detención ordenada por autoridad administrativa, concurriendo una serie de circunstancias que sirven de justificación. En efecto, se establece que sólo en casos urgentes, cuando se trate de delitos graves 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.

Este proceder de la autoridad administración lleva aparejada la obligación de poner al detenido a disposición del juez competente, sin dilación alguna. En tales supuestos, el juez de control “deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

Como puede advertirse los elementos gramaticales que deben definirse son la propia noción del caso urgente, así como la calificación de graves que se hace respecto de los delitos. El Código Modelo, en su artículo 185, regula lo relativo al caso urgente mencionado por la CPEUM, delimitando los alcances de ambos conceptos.

De acuerdo con dicho numeral, existe caso urgente cuando: a) Exista sospecha fundada de que el imputado ha participado en alguno de los delitos calificados como graves en este artículo; b) exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y c) por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda el Ministerio Público ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Por su parte, la noción de delitos graves se establece a partir de la referencia al párrafo segundo del artículo 19 CPEUM. En dicho precepto se contemplan los siguientes delitos: 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. Con lo cual sigue existiendo una remisión al orden legal que permite al legislador ordinario ampliar los supuestos de delitos considerados graves.

En el caso urgente, el Ministerio Público ordenará por escrito la detención del imputado, debiendo expresar en dicha orden los antecedentes de la investigación y los indicios que motivan su proceder. Asimismo, se impone a los agentes de policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, la obligación de presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden.

En este mismo supuesto, el Ministerio Público deberá dejar sin efecto la detención cuando no pretenda solicitar prisión preventiva, sin perjuicio de que pueda fijarle una caución a fin de garantizar su comparecencia ante el juez. En caso contrario, ordenará que el detenido sea conducido ante el juez. Similar actuación puede darse en los casos de flagrancia.

C. Orden de aprehensión

La orden de aprehensión encuentra un amplio desarrollo tanto en el ámbito constitucional como legal. El *Código Modelo* señala, en su artículo 186, los supuestos en los cuales el juez puede ordenar la aprehensión de una persona, a solicitud del Ministerio Público.

En el primer supuesto, de acuerdo con dicho precepto del *Código Modelo*, se requiere que se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que el código penal estatal señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad, y que obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

A los efectos de este supuesto, se entenderá que existe un hecho delictivo, cuando los datos de prueba revelen razonablemente los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera.

En otro supuesto, la procedencia de la solicitud de aprehensión queda condicionada a que existan elementos suficientes para sostener, razonablemente, que la comparecencia del imputado pudiera verse demorada o dificultada.

Un tercer supuesto para la solicitud de aprehensión, por parte del Ministerio Público, se da cuando después de ser citado a comparecer, el imputado no lo hace sin justa causa. Aunque condicionado a que

resulte necesaria su presencia y se reúnan los requisitos citados para el primer supuesto.

En relación con el actuar del Ministerio Público, se prevé que éste deberá formalizar su investigación y solicitar por escrito el libramiento de orden de aprehensión del imputado. Al efecto, hará una relación de los hechos que se atribuyan al imputado, sustentada en forma precisa en los registros correspondientes que exhibirá ante la autoridad judicial, y expondrá las razones por las que considera que se actualizaron las exigencias establecidas en el código procesal correspondiente.

Una vez presentada la solicitud por el Ministerio Público, el juez contará con un plazo de veinticuatro horas para resolver, en audiencia privada con el representante del Ministerio Público sobre la misma. En el *Código Modelo* se impone la obligación de cumplir con el principio de exhaustividad, toda vez que debe “pronunciarse sobre cada uno de los elementos planteados en la solicitud, pudiendo el juez dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que en ella se plantean, o a la participación que tuvo el imputado en los mismos.”

Si por alguna razón la solicitud no cumple alguno de los requisitos legales, el juez oficiosamente prevendrá en la audiencia respectiva al Ministerio Público para que los precise o los aclare. De manera excepcional se prevé que no procederá esta prevención cuando el juez considere que los hechos que cita el Ministerio Público en su solicitud resultan atípicos, es decir no configuran un delito, según el código penal de que se trate.

De manera similar a lo establecido en los casos de flagrancia y urgencia, cuando se ejecute una orden judicial de aprehensión, se exige que los agentes policiales conduzcan inmediatamente al detenido ante la presencia del juez que hubiere expedido la orden.

En lo relativo a la orden de aprehensión judicial se prevé que quienes la ejecuten deberán entregar al imputado copia de la misma.

Asimismo, una vez que el aprehendido por orden judicial sea puesto a disposición del juez de control, éste convocará de inmediato a una audiencia para que le sea formulada la imputación. Este proceder resulta indispensable en los tres supuestos que hemos analizado.

VI. La prisión preventiva

Una vez a disposición del juez de control, el imputado puede ser sometido a prisión preventiva. Los artículos 18 y 19 CPEUM establecen algunos de los lineamientos que debe desarrollar el legislador ordinario para la imposición de esta medida cautelar personal:

* Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.

* El sitio destinado para la prisión preventiva, debe ser distinto al que se destinare para la extinción de las penas y, además, estarán completamente separados.

* Sólo se 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.

* La prisión preventiva procede 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.

A partir de estos lineamientos, aunque no sólo éstos, los legisladores locales y federal podrán desarrollar la figura de la prisión preventiva en el ordenamiento adjetivo penal.

En el último de los puntos señalados, debe dejarse mencionado que las legislaciones locales deben sujetarse estrictamente al mandato constitucional, sin embargo, su margen de aplicación se ampliará en la medida en que el catálogo de delitos graves sea o no ampliado en los respectivos códigos procesales.

En el *Código Modelo*, el artículo 193 reproduce en su literalidad, algunos de los lineamientos constitucionales. Así, por ejemplo:

* La prisión preventiva sólo podrá ser ordenada mediante resolución judicial fundada.

- * Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados.
- * Deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso, sin que pueda ser superior a dos años, para lo cual se deberá considerar el plazo máximo de duración del proceso y su posible prolongación debida al ejercicio del derecho de defensa.
- * No puede ordenarse la prisión preventiva de una persona mayor de setenta años si se estima que, en caso de condena, no le resultaría aplicable una pena mayor a cinco años de prisión.
- * No procede ordenarla en contra de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave y terminal.

En los dos últimos casos, se señala que si es imprescindible la restricción de la libertad, se deberá decretar el arraigo en un domicilio o en un centro médico o geriátrico.

A. Excepcionalidad de la medida

La prisión preventiva es una medida cautelar excepcional. Como hemos afirmado, el sistema penal acusatorio delineado en la CPEUM busca privilegiar el principio de libertad, a partir de otro principio expresamente reconocido: la presunción de inocencia, junto con el reconocimiento del debido proceso, consagrado en otros preceptos de la CPEUM. Numerosas disposiciones del *Código Modelo* están orientadas por tales prescripciones.

La excepcionalidad de la prisión preventiva se observa en el hecho de que, además de estar listada al final del catálogo de medidas cautelares personales, se señala expresamente que la procedencia de la solicitud del Ministerio Público está sujeta a que las 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 en los casos en que el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso (art. 189.4 del *Código*

Modelo). Es, por decirlo de alguna manera, el último de los recursos a que debe acudir el juzgador para garantizar la existencia y desarrollo adecuados del proceso.

Asimismo, está la prohibición de que cuando se ordene la prisión preventiva, se pueda combinar con otras medidas cautelares. A nuestro parecer, si bien esta disposición alude a privilegiar la libertad, debe entenderse limitada sólo a las medidas cautelares de carácter personal, pero no a las reales.

B. Criterios para ordenar la prisión preventiva.

De acuerdo con el *Código Modelo*, el juez de control al momento de decidir si está garantizada la comparecencia del imputado en el proceso y la protección de víctimas, testigos y la comunidad, tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) la existencia de antecedentes penales por hechos de la misma naturaleza o de mayor gravedad o de otros procesos pendientes; b) el arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; c) la magnitud de las penas que podrían llegarse a imponer en el caso; d) la magnitud del daño que debe ser resarcido; e) el comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal; f) la inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas; g) el desacato de citaciones para actos en que sea significativa su asistencia y que, conforme a derecho, le hubieran dirigido las autoridades investigadoras o jurisdiccionales; h) destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; i) resulte un peligro para la salud, la tranquilidad o la seguridad de la víctima, por las circunstancias del hecho, la gravedad de los mismos, o sus resultados; j) influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos; k) esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Este conjunto de criterios, con *ratios* diferentes, son orientadores de la labor que deberán desarrollar los órganos legislativos a la hora de diseñar su propio ordenamiento procesal penal.

C. Oficiosidad

Debe llamarse la atención al hecho de que el *Código Modelo* ha desarrollado algunos de los aspectos que sólo se mencionan en forma genérica en la CPEUM. Tal es el caso de la procedencia de oficio de la prisión preventiva.

La CPEUM reconoce la facultad del juez de actuar oficiosamente para imponer la prisión preventiva, cumplidos los requisitos exigidos por la ley, en los casos en que se investigue homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos y delitos contra el libre desarrollo de la personalidad.

En el *Código Modelo* se propone definir aquellos delitos que son cometidos por medios violentos y aquellos que se considera atentan contra el libre desarrollo de la personalidad. De los primeros, el *Código Modelo* señala que “sólo podrán considerarse delitos cometidos por medios violentos los siguientes: homicidio doloso, secuestro, desaparición forzada de personas, tortura, robo cometido con armas de fuego”. En el segundo rubro, el mismo documento señala que “se considerarán delitos contra el libre desarrollo de la personalidad: trata de personas, pornografía, lenocinio de menores de edad.”

Esta figura plantea serios retos a la tradicional concepción del juez en nuestro país, toda vez que la oficiosidad no deja de verse como un activismo no deseado en la figura del juzgador, mismo que se supone debe ajustar su actuar al principio de imparcialidad y por tanto debe abstenerse de tal proceder. La reforma constitucional tuvo como uno de sus puntos de debate la discusión sobre la inclusión de tales facultades al juzgador, mismas que aparecen justificadas ante los nuevos fenómenos de criminalidad.

D. Cesación

De acuerdo con el artículo *Código Modelo* la prisión preventiva finalizará: a) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; b) cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada; y, c) cuando las condiciones personales

del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en tratos crueles, inhumanos o degradantes.

E. Prórroga y suspensión de plazos

Finalmente, conviene mencionar lo relativo a las disposiciones que permiten la ampliación o suspensión de la prisión preventiva. En tales casos, las resoluciones que se dicten deben ajustarse a los requisitos ya mencionados en el apartado sobre el dictado de las medidas cautelares.

1. Prórroga del plazo de prisión preventiva

Tratándose de la prórroga del plazo de la prisión preventiva se prevé que a solicitud del Ministerio Público, el plazo fijado para la prisión preventiva podrá ser prorrogado hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga y el mismo se justifique.

Este supuesto lleva aparejadas ciertas exigencias, además de la conocida resolución fundada y motivada. A saber, se impone al juez o tribunal la obligación de indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del proceso.

Cuando se haya dictado sentencia condenatoria, y ésta no ha quedado firme, por estar pendiente algún recurso intentado, se prevé que la prisión preventiva sólo se podrá prorrogar por seis meses más.

Tras el cumplimiento de los plazos de prórroga de un año y de seis meses, respectivamente, el *Código Modelo* señala que no se podrán acordar nuevas ampliaciones. La única excepción a esta disposición es que la correspondiente Sala Penal del tribunal local que conozca de los recursos planteados, podrá, de manera excepcional y de oficio, autorizar una prórroga de la prisión preventiva más allá de los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

2. Suspensión del plazo de prisión preventiva

El *Código Modelo* señala que la suspensión de los plazos previstos para la prisión preventiva se suspenderán en los siguientes casos: a) durante el tiempo en que el proceso esté suspendido a causa de la interposición de un recurso o acción; b) durante el tiempo en que el debate se encuentre suspendido o se aplaze su iniciación por

impedimento o inasistencia del imputado o su defensor, o a solicitud de estos, siempre que la suspensión o el aplazamiento no se haya dispuesto por necesidades relacionadas con la adquisición de la prueba o como consecuencia de términos para la defensa; y, c) cuando el proceso deba prolongarse ante gestiones o incidencias evidentemente dilatorias formuladas por el imputado o sus defensores, según resolución del juez o tribunal.

El tema de la prisión preventiva, como *última* medida cautelar en el proceso penal, amerita un extenso tratamiento, lo que exige una amplitud que rebasa los límites de este trabajo, destinado apenas a dar un panorama general del tema.

VII. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Tanto el *Código Modelo* como los ordenamientos procesales penales que a la fecha se han dictado en algunas entidades federativas han dedicado diversas disposiciones a otras medidas cautelares, tanto de carácter personal como real. Aquí hacemos eco de algunas de ellas.

A. Internamiento en un centro de salud mental

Entre las medidas cautelares de carácter personal se encuentra el internamiento del imputado en un centro de salud mental. Para ello, debe existir solicitud del Ministerio Público. El juez queda obligado a que se compruebe, mediante dictamen pericial, que el imputado padece o experimenta una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, lo que le torna peligroso para sí o para terceros.

En este caso, el artículo 192 del *Código Modelo* impone la exigencia de que medien las mismas condiciones que autorizarían la aplicación de la prisión preventiva. Asimismo, en el artículo 159, el *Código Modelo* prevé el internamiento previo “para elaborar el informe pericial sobre su capacidad”, y que no podrá prolongarse por más de diez días “y sólo se ordenará si no es posible realizarla con el empleo de otra medida menos restrictiva de derechos.”

B. Arraigo

De acuerdo con la CPEUM, la autoridad judicial, a solicitud 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. Se condiciona esta medida cautelar a que sea necesaria 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.

La referencia a las modalidades de lugar y tiempo se deben complementar con otras circunstancias. Así, tratándose del lugar el arraigo puede ser en el domicilio del imputado o en uno distinto; respecto del tiempo, se señala expresamente que no puede exceder de cuarenta días; mientras que es posible que a estas modalidades se agregue, como lo establece el artículo 189.1.f) del *Código Modelo*, la característica de que se realice o no con vigilancia, según lo disponga el juez de control. Al respecto, cuando se trata de un domicilio distinto al del imputado, el *Código Modelo* lo presenta como un arraigo “en custodia de otra persona”.

Señala González Chévez que el arraigo que se impone en el domicilio del imputado tiene como finalidad asegurar la presentación de éste para los fines probatorios y en su caso para la ejecución de la pena, ante el peligro de que se sustraiga a la acción de la justicia, representando una medida menos gravosa que la prisión preventiva, pero que también puede ser igualmente efectiva para lograr los fines del proceso penal.³⁰ Al respecto, habría que cuestionar tales finalidades, especialmente la del peligro de que se sustraiga a la acción de la justicia, toda vez que una consideración similar sirve al juez de control para imponer la prisión preventiva.

En lo atinente a la ejecución de la pena, habría que preguntarnos sobre la duración de los procedimientos que conducen a la emisión de una sentencia (sin olvidar la posibilidad de los recursos). Si bien la CPEUM prevé que el plazo de cuarenta días podrá prorrogarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que dieron origen al arraigo. Sin embargo, no existen ampliaciones ilimitadas: la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días, en ningún caso, según predica el texto constitucional.

30. Héctor González Chévez, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 232.

C. Embargo precautorio

El *Código Modelo* prevé la figura del embargo precautorio, cuya finalidad es la de garantizar la reparación de los daños y perjuicios provocados por el hecho punible. Se prevé que el régimen aplicable a la figura es el contenido en el ordenamiento procesal civil.

Respecto de la competencia, cabe señalar que será el juez de control competente para conocer del proceso penal quien será también competente para decretar el embargo precautorio. Sin embargo, se considera que, en casos de urgencia, calificado por el propio juez al que se ocurra, también podrá decretarlo el juez de control del lugar donde se encuentran los bienes cuyo embargo se solicita. Cuando se da este último supuesto, el *Código Modelo* constriñe al juez que adopte la medida cautelar en referencia, a remitir las actuaciones al juez competente, una vez que sea ejecutado el embargo.

La solicitud de esta medida cautelar puede ser solicitada por las partes al juez de control, quien resolverá en audiencia privada. A dicha audiencia concurrirá el MP si éste hubiere solicitado tal medida. SI hubiere sido solicitada por la víctima u ofendido, a la audiencia comparecerán tanto el MP como la víctima u ofendido.

La consideración principal para que se decrete el embargo precautorio es que de los antecedentes que se expongan en la audiencia privada se desprenda el posible daño o perjuicio, así como la probabilidad de que la persona en contra de la cual se solicitó el embargo precautorio sea responsable de reparar dicho daño.

Cuando se dé el supuesto de que el embargo sea decretado antes de la formulación de imputación en contra del responsable de reparar el daño, se constriñe al Ministerio Público a formular imputación, solicitar la orden de aprehensión correspondiente o, si fuere el caso, a solicitar audiencia para formular imputación. Lo anterior en un plazo que no exceda los dos meses, de lo contrario, la omisión trae aparejada el levantamiento del embargo.

En los supuestos en que la víctima u ofendido impugne las determinaciones de archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad o el no ejercicio de la acción penal, se suspenderá el plazo de los dos meses, hasta en tanto se resuelve de manera definitiva la impugnación.

Como se ha mencionado la medida cautelar no requiere de la intervención de quien se ve afectado por la misma, sea en el plano personal o real. Para garantizar la contradicción en el procedimiento, se reconoce que una vez decretada la medida cautelar, a petición del imputado o de terceros interesados, podrá ser revisada. Para ello, el juez de control citará a audiencia, a la cual comparecerán el imputado, el MP y la víctima u ofendido. El resultado de la revisión puede ser la confirmación, modificación, sustitución o cancelación del embargo precautorio.

El levantamiento del embargo procede en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la persona en contra de la cual se decretó el embargo garantiza o realiza el pago de la reparación del daño o perjuicio. Aquí se entiende que también debe levantarse el embargo, cuando la garantía o el pago corre a cuenta de un tercero, pues el interés público de la figura es que su finalidad es la de garantizar el pago de los daños y perjuicios provocados por el hecho punible.
- b) En los supuestos en que se dicte el embargo precautorio antes de que se formule la imputación, cuando el MP no formule la imputación, solicite la orden de aprehensión o solicite fecha de audiencia para formular la imputación, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se haya decretado el embargo. En tales casos, debe considerarse la posible suspensión de dicho plazo, tal y como se mencionó líneas atrás.
- c) Cuando sometida a revisión la medida cautelar, se encuentre fundada la solicitud de cancelación. Esta solicitud puede ser realizada por el propio imputado o por un tercero.
- d) Cuando sea dictada una sentencia absolutoria, se decrete el sobreseimiento o se absuelva de la reparación del daño al imputado.

La consecuencia de que en el proceso tengan lugar estos tres últimos casos, tratándose de la garantía del pago de la reparación, es la de dejar las cosas en el estado que guardaban antes de que el juez de control resolviera sobre la petición del embargo. Así, la garantía será devuelta a quien la haya presentado.

En el caso contrario, cuando la sentencia condene al pago de la reparación del daño, el embargo precautorio se convertirá en embargo

definitivo. Aquí debe considerarse que para que ello acontezca, se prevé que la sentencia debe causar ejecutoria.

Se prevé que en la ejecución del embargo precautorio no se admitirán recursos ni excepciones.

Una excepción a lo anterior, es la previsión de que no se llevará a cabo el embargo precautorio si en el acto de la diligencia la persona en contra de la cual se decretó consigna el monto de la reparación del daño reclamado o da garantía por el monto total del mismo. Supuesto que, como es fácil de comprender resulta prácticamente imposible de darse en la práctica, atento a las circunstancias particulares del proceso penal. Máxime en los casos en que el embargo se decreta de manera previa a la imputación.

D. Separación del domicilio

Una de las medidas cautelares de carácter personal es la separación del domicilio. El artículo 189.1.i) del *Código Modelo* señala que esta separación será inmediata en los supuestos de agresiones a mujeres, niños o delitos sexuales. Aunque el texto del proyecto no lo menciona, queda la cuestión si debe entenderse en todos los casos o sólo en aquellos en los cuales las víctimas u ofendidos fueran los integrantes del núcleo familiar. Esto en sintonía con la medida cautelar establecida en el artículo 189.1.h), relativa a la “prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas”.

El artículo 201 del propio *Código Modelo* establece que la separación del domicilio como medida cautelar deberá establecerse por un plazo mínimo de un mes, sin que pueda exceder de seis; pero podrá prorrogarse por períodos iguales, si así lo solicita la víctima u ofendido y no han cambiado las razones que la justificaron. Aquí cabe mencionar que la redacción del *Código Modelo* alude a abandono y no a separación.

Esta medida cautelar puede suspenderse en los casos en que exista reconciliación entre la víctima y el imputado, siempre que aquélla lo manifieste ante el juez de control que revisará y en su caso suspenderá la medida cautelar. Si la víctima u ofendido es un menor de edad (niño o adolescente), además del imputado y el juez, para la procedencia de la cancelación de la medida cautelar, se exige la asistencia de un

representante de la procuraduría de la defensa del menor o de la infancia, según se trate en cada entidad federativa.

En ambos casos se impone al imputado la obligación de “rendir promesa de que no reincidirá en los hechos”. Se trata de un requisito que debe atenderse para que el juez de control levante la medida cautelar.

E. Pensión alimenticia

Estrechamente relacionada con la figura de la separación del domicilio, la pensión alimenticia es una medida cautelar impuesta por el juez de control de manera prudencial, a petición de parte, que consiste en la fijación del depósito mensual de una cantidad de dinero, a cargo del imputado.

Esta obligación deberá ser cubierta “dentro de los ocho días siguientes al día que se le señale para tal efecto, a fin de sufragar los gastos de alimentación y habitación de los miembros integrantes del grupo familiar que dependan económicamente de él”.

De manera similar a lo que ocurre en el embargo precautorio, respecto de un régimen diferenciado, el artículo 202 del *Código Modelo* prevé que se acuda a las normas y autoridades propias de las pensiones alimenticias en todo lo relativo a este régimen, especialmente, en lo relativo a la ejecución de lo debido por el imputado, en caso de incumplimiento.

F. Garantía económica

En el listado de medidas cautelares, y atendiendo a la vocación *pro libertatis* mencionada, se propone la presentación de una garantía económica suficiente, cuya finalidad principal es asegurar la comparecencia del imputado, el desarrollo del proceso y el pago de las posibles reparaciones. Todo ello sin menoscabo del derecho de libertad.

En el *Código Modelo* se señala que cuando se ordene una garantía económica, ésta será presentada, sea por el imputado o por otra persona, “mediante el depósito de dinero, valores, con el otorgamiento de prendas o hipotecas sobre bienes libres de gravámenes, con una póliza con cargo a una empresa de seguros dedicada a este tipo de actividades comerciales, con la entrega de bienes, o la fianza solidaria de una o más personas solventes”.

Esta garantía se hará efectiva en el supuesto de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia.

En tales casos, si se tratare de un tercero, el juez requerirá al garante para que lo presente en un plazo no mayor a treinta días y le advertirá que si no lo hace o no justifica la incomparecencia, se procederá a la ejecución de la garantía. Transcurrido el plazo otorgado, el juez dispondrá, según el caso, la ejecución en perjuicio del garante o la venta en pública subasta de los bienes dados en prenda o de los hipotecados, sin necesidad de embargo inmobiliario previo (art. 199, *Código Modelo*).

Asimismo, existe la previsión de que esta medida cautelar se cancele, y por tanto sean devueltos los bienes afectados, más los intereses generados, cuando a) Se revoque la decisión que la acuerda; b) se dicte la suspensión, sobreseimiento o absolución; o, c) el imputado se someta a la ejecución de la pena o ella no deba ejecutarse.

Evidentemente, tratándose la cancelación de la garantía económica, es requisito indispensable para su procedencia que no haya sido ejecutada con anterioridad.

No debe pasar desapercibido que el artículo 203.3 del *Código Modelo* prevé que si la caución rendida es de carácter real y es sustituida por otra, será cancelada y los bienes afectados serán devuelto.

VIII. EL TEMA DE LA PROPORCIONALIDAD

Una de cuestiones que llaman la atención respecto de las funciones que desarrolla el juez de control es el relativo a los criterios argumentativos que deberán enmarcar la posible restricción de derechos, o al menos de los vulnerados en algún ámbito de la esfera jurídica del imputado. Algo que mencionábamos líneas atrás.

En efecto, el juez de control tomará y tendrá en sus manos asuntos y decisiones que podrían vulnerar derechos fundamentales de naturaleza procesal, de mayor relevancia por su vinculación a procesos penales y la posible afectación al derecho de libertad.

La puesta en marcha del nuevo modelo mexicano de justicia penal será uno de los puntos clave para constatar cuál es el papel de la jurisdicción en el estado de derecho, en la democracia, al enfrentar esas situaciones que ponen en riesgo, como ha quedado dicho, un abundante conjunto de derechos fundamentales, entre los que se

encuentran la libertad, el patrimonio o la convivencia familiar, por citar algunos.

Aquí se llama la atención a la exigencia del juez de ajustar su decisión a una ponderación en la cual se atiendan los principios de necesidad y proporcionalidad, mismos que forman parte de la triada que hoy día se ha concebido como teoría de los principios y que constituye moneda de curso corriente en las tendencias judiciales contemporáneas, a las que no escapa la judicatura mexicana.³¹

El tema de la proporcionalidad que aparece contemplado en el *Código Modelo* resulta relevante porque lleva a pensar el tema de las medidas cautelares desde una óptica distinta. Así, la previsión del artículo 10.3 debe llamar la atención: "Las medidas cautelares durante el proceso restrictivas de la libertad, serán sólo las establecidas por

31. Al respecto, y sólo como muestra, cito dos criterios que muestran este desarrollo en el ámbito judicial. El primero es una jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras que el segundo es una tesis aislada del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) 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) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. [SJFG9, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8. Tesis: P/J. 130/2007. Registro 170740]

TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS. Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales o principios entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo a las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) La idoneidad; II) La necesidad y III) La proporcionalidad. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. [SJFG9, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1579. Tesis: I.4o.A.60 K. Registro 177124]

este Código, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar”; especialmente porque su alcance no está claro y se reitera en el artículo 180.1, bajo el rubro inequívoco de “Principio de proporcionalidad”: “No se podrá ordenar una medida cautelar personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder el plazo de dos años”. Igual ocurre en la previsión del artículo 193: “La prisión preventiva deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso, sin que pueda ser superior a dos años, para lo cual se deberá considerar el plazo máximo de duración del proceso y su posible prolongación debida al ejercicio del derecho de defensa”. Dejamos estas referencias para la reflexión del lector.

PALABRAS FINALES

En primer lugar, debe advertirse que la finalidad de las medidas cautelares de ninguna manera lleva aparejada la negación de ningún derecho; de ahí que pueda afirmarse que la característica de contradicción es un mecanismo tutelador de los derechos. Igual ocurre con la exigencia de proporcionalidad y alternatividad que debe regir la adopción de una determinada medida cautelar.

Por supuesto, estamos de acuerdo que un uso excesivo o inadecuado de las medidas cautelares puede resultar en el menoscabo o violación de derechos fundamentales,

Al respecto debe destacarse la cualidad garantista del juez de control, cuyo perfil, delineado en el *Código Modelo*, lleva a que éste pueda proceder oficiosamente “cuando favorezca la libertad del imputado” (art. 179.3), situación que queda matizada por la excepción oficiosa de la prisión preventiva (art. 195).

La revisión del *Código Modelo* es un buen pretexto para imaginar los avances que pueden darse en materia de medidas cautelares: por ejemplo, pensar en la prohibición de llamar (sin intención de comunicarse) a determinadas personas, de tratar de comunicarse por correo electrónico o de subir información a las redes sociales; la posibilidad del control de las llamadas realizadas; la prohibición de realizar donaciones, legados o testamentos (sin el embargo

preventivo); la intervención de las autoridades fiscales para el cobro de indemnizaciones o multas, en fin, toda una serie de posibilidades que resultan respuestas a los dilemas que presenta la delincuencia organizada y los medios tecnológicos de comunicación.

Este comentario no riñe con el contenido del artículo 10.3 del *Código Modelo*, que establece un *numerus clausus* de medidas cautelares: los congresos podrán en su momento seguir dicho proyecto, pero también podrán ampliarlo e incluso restringirlo, como lo han hecho ya algunas entidades federativas en su ordenamiento procesal penal.

En todo caso, será la práctica constante, la revisión judicial y la jurisprudencia de los tribunales mexicanos la que habrá de darle el perfil final a las medidas cautelares. Ínterin, la academia debe seguir explorando el tema, aportando al debate, proporcionando insumos tanto al legislador como al juzgador. Esta constante relación permitirá detectar y corregir cualquier anomalía en la aplicación o interpretación de la figura: no vaya a ser que al final, aquello que se pensó erradicar termine siendo consecuencia del nuevo sistema procesal penal.

FUENTES DE CONSULTA

Piero CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, El Foro, 1996.

Francesco CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1950, 4 t.

Raúl CARRANCÁ Y RIVAS, *reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública. Variaciones críticas*, México, Porrúa, 2010.

Oswaldo CHACÓN ROJAS y Carlos Faustino NATARÉN NANDAYAPA, *Las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio*, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría de Gobernación, c.2012.

Giuseppe CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Cárdenas Editor y Distribuidos, 1989, 3 t.

Código modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación, México, Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2008.

Enciclopedia jurídica mexicana, 2ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2004.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Curso de derecho procesal penal*, 5ª ed., México, Porrúa, 1989

Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *La reforma penal constitucional 2007-2008 ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008.

Héctor GONZÁLEZ CHÉVEZ, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Ediciones Coyoacán, 2009.

Antonio Luis GONZÁLEZ NAVARRO, *Las medidas cautelares personales en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Colombia, Leyer, 2009.

Jorge L. KIELMANOVICH, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

Vincenzo MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, 3 t.

María MOLINER, *Diccionario del uso del español*, 2ª ed., Madrid, Gredos, 1998.

Carlos Faustino NATARÉN NANDAYAPA, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México, UNAM, 2006.

José OVALLE FAVELA, *Proceso y justicia*, México, Porrúa, UNAM, 2009.

Ernesto REY CANTOR, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema americano de derechos humanos*, Bogotá, Colombia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

Rodolfo SÁNCHEZ ZEPEDA, *El juez federal penal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010.

Alfredo VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986, 2 t.

Jesús ZAMORA-PIERCE, *Garantías y proceso penal*, 11ª ed., México, Porrúa, 2001.

INTERNACIONALIZACIÓN DEL DELITO Y GLOBALIZACIÓN EN EL TERCER MILENIO

Emma Mendoza Bremauntz

Profesora de Carrera por oposición. Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional Autónoma de México.

1. INTRODUCCIÓN

El momento actual en el que iniciamos un nuevo milenio y superamos el Siglo XX, tan lleno de experiencias y cambios, constituye sin duda un momento de angustia y cuestionamiento para toda la humanidad, más en contacto ahora que en ninguna de las etapas anteriores de su historia.

Se plantea, como en los tiempos del Imperio Romano; especialmente a partir del término de la “guerra fría” y la desaparición de la Unión Soviética, la integración entre los pueblos, pero mediante el mayor acercamiento entre los seres humanos, el reconocimiento universal de los derechos del hombre y el ciudadano, la cooperación entre países para enfrentar las catástrofes que la naturaleza impone sin distinguir nacionalidades, razas, sexo ni cultura.

El modelo de integración proporcionado por Europa tiene un especial significado por el avance que han logrado los países; sin embargo, su proceso se inicia desde los tiempos de la creación de la Comunidad del Acero y del Carbón, por los años cincuenta, y ha ido avanzando paso a paso, de manera pactada y consensuada, primero en cuestiones puramente económicas, luego laborales y así sucesivamente. No se han manejado así los bloques americanos.

Se hace patente la necesidad de proporcionar a los países los tiempos necesarios y lograr que los pueblos conozcan la realidad de los perjuicios y los beneficios que se pueden obtener de la mayor integración para que la apoyen o rechacen y no manejarla de manera vertical, sin sensibilizar y compartir la responsabilidad de la decisión.

Existen antecedentes de carácter histórico que deben ser analizados y superados con una mínima certeza de que los fenómenos no han de repetirse. El recuerdo de la hegemonía violenta y arbitraria de unos

pueblos sobre otros constituye un obstáculo que invita a la desconfianza y explica la defensa de la soberanía en su concepción tradicional y el acentuado nacionalismo que vivimos en los años finales de siglo XX y en los principios del XXI.

La desigualdad en cuanto a niveles de desarrollo integral, es decir, cultural, económico, social, ambiental y político, que agobia a los países, es un óbice igualmente de difícil superación que ha sido aprovechado por grupos económicos desarraigados en cuanto a nacionalidad y responsabilidad humana, con la sola meta de la ganancia y el poder, generándose empresas transnacionales poderosas que miran solamente a la obtención de ingresos y no al beneficio compartido de estos ingresos y de estos adelantos científicos para la solución de los problemas como el hambre y las enfermedades que acaban con muchos pueblos del mundo.

Así también, el aprovechamiento de los avances de la ciencia y la técnica por parte de algunos delincuentes y la asociación de estos para protegerse y apoderarse de los niveles de decisión, públicos y privados, constituye sin duda el mayor obstáculo para el desarrollo uniforme y, con ello, imposibilita una sana integración de los países y daña, en su beneficio, el desarrollo de éstos.

La delincuencia contemporánea adquiere características de dañosidad social que exceden las fronteras de los estados y se infiltra en todas las actividades que pueden significar una opción de vida mejor, destruyendo las esperanzas y la unidad humana, agrediendo al Derecho para desprestigiarlo como instrumento fundamental de convivencia y para mantener desunidas las fuerzas sociales y lograr beneficios a cualquier precio, no terminando ahí su perversidad sino utilizando como el instrumentos de control y convencimiento la infiltración, la corrupción y sobre todo, la violencia.

El fenómeno de la corrupción que invade a la mayoría de los países del mundo ha obligado a organizaciones internacionales a tratar de superarlo sin éxito, inclusive mediante reuniones globales propiciadas por la ONU, con participación amplísima de todos los países que la integran, dando lugar a la apertura de propuestas multinacionales abiertas a la adhesión voluntaria, sin haber logrado avanzar en esta lucha contra el fenómeno, que además ha producido una gran desconfianza en las autoridades nacionales por parte de la población

de sus territorios que impide el avance de muchas políticas planteadas frecuentemente bien intencionadas, pero que no encuentran apoyo para su realización, generándose, además, desconfianza en las leyes, lo cual es un principio caótico para la supervivencia social.

Estos planteamientos constituyen el argumento que justifica este trabajo para impulsar el estudio de soluciones y el conocimiento de los problemas que la internacionalización del delito plantea.

Abordamos, en primer término, la explicación de las facilidades que la evolución social y tecnológica producen, para la mayor intercomunicación e integración de los países y los individuos, comentando un poco la conveniencia, que para los más adelantados constituye esta tendencia que se ha aceptado denominar "globalización".

Hacemos una breve referencia a las predicciones que los analistas del futuro hacen para la sociedad del nuevo siglo, dado que el cambio de siglo no ha significado más que el futuro inmediato de lo que se ha ido preparando durante años y que, independientemente de supersticiones y temores, será su consecuencia.

El enfoque de este trabajo se centra en la delincuencia que, por el momento, presenta características de las que la identificaban hasta mediados de los años cuarenta, básicamente considerada como la delincuencia producida por la ignorancia y la miseria, la delincuencia del "pobre diablo" y que actualmente se ve rebasada en cuanto a consecuencias monetarias por la llamada delincuencia dorada ante el volumen de bienes, poder y dinero que maneja.

Y no sólo en el aspecto económico es diferente la delincuencia contemporánea, que se desenvuelve sin que la otra desaparezca, sino frecuentemente integrada con ella; también difiere en cuanto a los niveles de preparación de las cabezas de los grupos, en cuanto a la organización moderna, por el soporte científico de las comunicaciones y la utilización de armamento y estrategias y por su capacidad de infiltración y corrupción y la utilización de los mejores mecanismos de defensa, aplicando las más modernas formas de organización empresarial para sus fines, aún cuando parece que son como la hidra de cien cabezas, porque al cortarse una de ellas, inmediatamente surge un sustituto o varios de ellos, multiplicando los grupos de la llamada delincuencia organizada.

Podría con ellos presentarse alguna relativa ventaja a bajar el nivel de calidad, fuerza y preparación de las nuevas cabezas aun cuando estas sustituyen sus deficiencias con mayor brutalidad en sus acciones para lograr credibilidad y autoridad sobre sus agremiados y sobre la población a la que intentan, con éxito, horrorizar.

Y desafortunadamente su falta de visión no les permite ver que si bien amplían y fortalecen su poder, debilitan la economía y el movimiento monetario del que viven, lo cual daña al grupo social al cual explotan, pero también y seguramente dañará sus inmensas ganancias, cuestión que por ese volumen no es percibido de inmediato pero tendrá que reflejarse en ellas con el transcurso del tiempo.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DELITO

Al ocuparnos de la internacionalización del delito, se hace necesario revisar un poco la sociedad tal como se encuentra en estos momentos, a nivel global sin dejar de apreciar las diferencias claramente existentes entre los diversos grupos o sociedades nacionales que la integran, para comprender como los avances científicos y tecnológicos, especialmente en comunicaciones y transportes, reducen la separación entre países y aun la intercontinental.

Utilizamos el término internacionalización del delito por resultar el más aceptado y más gráfico, aún cuando en realidad comprende dos fenómenos, semejantes sin duda, pero no idénticos. Me refiero a que, cuando mencionamos la internacionalización del delito, aludimos a los fenómenos que se presentan, uno que es propiamente una transnacionalización delictiva, en la cual, un delito se manifiesta en cualquiera de sus etapas, planeación, ejecución, apoyo o escapatoria, por ejemplo, en diferentes países.

Otro caso es cuando un delito se desarrolla en sitios realmente internacionales, como el de piratería marítima, que ha resurgido con su violencia histórica y que, por lo general, tiene lugar en mares que no forman parte de ninguna nación en especial. Es decir, en aguas internacionales, o por ejemplo el fenómeno que en cierto momento se presentó profusamente del secuestro de aeronaves.

Sin embargo, en principio utilizo los términos delitos internacionales y transnacionales indistintamente, comprendiendo los dos tipos, sin hacer una específica diferenciación, aun cuando

los transnacionales son los más frecuentes por la facilidad de comunicación y transportación. Pero también ahora que se presentan, con tanta agudeza los problemas ambientales, que no reconocen fronteras, los delitos internacionales relacionados con ellos se llevan a cabo también con cierta profusión en los territorios que aún no están sujetos al poder de un país en especial sino que siguen conservando un perfil internacional.

La comisión de delitos a nivel internacional o transnacional no es una historia nueva. Desde las épocas en que surgen los primeros límites políticos que separan unos grupos sociales de otros, las fronteras han sido violadas en busca de ventajas prohibidas. Robo de personas para la explotación del cuerpo y de la mente, contrabando de bienes, robados o defraudando al fisco, guerras de conquista, piratería marítima, son algunas de las actividades practicadas por esa siempre presente sección de las sociedades que está constituida por el mundo delincencial y que no se limita o no se conforma con las acciones que domésticamente se realizan, sino que extiende sus tentáculos más allá de sus propios territorios.

La importancia del avance tecnológico y científico usufructuado para la comisión de algunos delitos es una posibilidad que se aprecia con toda nitidez cuando nos enteramos que un joven ingeniero inglés, mediante maniobras con computadora, produce la quiebra de un importante banco de antiquísima tradición. Así también cotidianamente, sabemos de la frecuente victimización a través de medios electrónicos, contra los usuarios de tarjetas de crédito.

Encontramos con frecuencia acciones delictivas transnacionales apadrinadas por el poder político y por los intereses bastardos de algunos países en contra de otros.

Por ejemplo, no existe una división muy clara entre piratas y corsarios, en la etapa del apogeo de las marinas inglesa, española, holandesa etc., y, en nuestros días, algunas acciones terroristas esconden la mano de países que las animan y las financian, en contra de países con los cuales tienen pugnas encubiertas.

Cuestiones como los robos cometidos por extranjeros se incrementan, el asesinato por la ganancia del seguro aumenta con las facilidades de los viajes, el contrabando de armas y drogas también

se comete transnacionalmente y se dificulta su investigación por la encubierta participación de autoridades corruptas.

Pero existe el reconocimiento formal de que, muchas las veces, acciones delictivas como el terrorismo producen más daños que beneficios a sus promotores o sus encubridores y se han generado numerosos instrumentos que constituyen parte del llamado Derecho Penal Internacional, para prevenirlos o sancionarlos, impulsados fundamentalmente por la Organización de las Naciones Unidas, con acuerdos como:

1. La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.
2. El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.
3. La Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Delito de Apartheid.
4. La conexión sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos.
5. La Convención internacional contra la toma de rehenes.
6. La Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes.
7. El Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.
8. La Convención de Tokio sobre delitos y otros actos cometidos a bordo de aeronaves.
9. La Convención de La Haya sobre la eliminación del secuestro ilegal de aeronaves de 1970.
10. La Convención de Montreal sobre la eliminación de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil.
11. La convención única sobre estupefacientes, de 1960 y sus adecuaciones posteriores.
12. El Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971.
13. La Convención de la ONU contra la Corrupción de 1997 y las promovidas por ella.

Todos estos instrumentos se encuentran vigentes y muchísimos más en la misma tónica; en su mayoría tienen un carácter multinacional, lo que abunda en sus posibilidades de eficacia. Sin embargo, actividades como el tráfico de armas y de estupefacientes producen ganancias incommensurables y por ello han logrado un impresionante desarrollo sin que se hayan encontrado medidas efectivas para su control.

3. LA SOCIEDAD ACTUAL

El mundo vive un momento especial, de transformaciones y adelantos, pero a la vez de temores y retrocesos en algunos aspectos. Se presenta el fenómeno, reiterado a través de la historia, del histórico miedo al fin de siglo, apoyado por la profusa intercomunicación que comercializada, para vender más difunde con mayor acento los problemas delictivos.

En esta materia la problemática adquiere un tinte uniforme, independientemente de que un país pueda ser calificado rico o pobre, desarrollado o en vías de desarrollo, primer o tercer mundista, pues si bien es de admitirse que las consecuencias económicas del delito pueden tener un impacto diferente en las sociedades, de acuerdo con los programas de desarrollo que se encuentren en proceso y que se ven afectados por las acciones criminales, el fenómeno delictivo en sí se presenta y evoluciona de manera semejante en todos los países y genera inseguridad, alarma social y desprestigio de las autoridades por igual.

El avance tecnológico y científico es un proceso que no se puede detener e inclusive en acumulativo y sus aspectos negativos los tenemos permanentemente a la vista, por más que disfrutemos de sus aspectos positivos.

No pasó mucho para que la sorprendente crisis de las Bolsas de Valores de todo el mundo, precipitada por movimientos bursátiles en México en 1997, mediante el llamado "efecto tequila", se repitiera con otro movimiento crítico de inversiones, precipitado esta vez por problemas en las Bolsas del oriente asiático, llamado ahora "efecto dragón", en el mismo año. ¿Delito, descuido, desbalance normal? ¿Quién obtuvo provecho de esos fenómenos? Han de pasar muchas cosas para descubrir el verdadero fondo de los días "negros" de las Bolsas de valores que ocasionaron la ruina de muchos inversionistas y

que pueden constituir fenómenos financieros o delitos electrónicos y simplemente pasar sin mayor análisis.

Como se aprecia la situación de la intercomunicación en el mundo en estos momentos, el aspecto de prevención y represión del delito es problema de solución difícil, ya que es el que se ve más afectado con la transnacionalización.

Así como la sociedad se ve beneficiada por todas las mejoras tecnológicas actuales, también se dan facilidades para la comisión de los delitos y para su sanción y prevención, y se presentan graves problemas jurídico-penales, procesales, políticos, policíacos, de persecución, y de ejecución penal.

4. LA MUNDIALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD Y DEL DELITO.

En realidad, nuestra sociedad está evolucionando cada día con mayor velocidad y estos cambios nos ponen en la tesitura de enfrentar, todos, el “*shock*” del futuro del que hablara Alvin Toffler en los años setenta, en los cuales inicia el análisis del cambio y sus efectos, entendiéndolo como lo que les sucede a las personas cuando toda la sociedad en que viven se transforma de pronto en algo diferente e inesperado, desconocido.

Precisamente en su obra que complementa la trilogía que integra su estudio del cambio, llamada “*Powershift, El Cambio del Poder*”, continuando los planteamientos de “*La Tercera Ola*”, remarca que la sociedad ha pasado por diversas etapas, la primera de ellas integrada por, la revolución agrícola que se inició 10,000 años atrás y que él denomina primera ola.

Después menciona la industrial, que arranca por mediados del siglo XVIII, la cual corresponde a la segunda ola, que implicó un inmenso cambio de las culturas rurales a los sistemas de producción con chimeneas, con todas sus consecuencias en la estructura social, al cabo de la cual nos encontramos, ahora con un lapso mucho más corto.

Debemos enfrentar lo que la nueva etapa social, nos presenta, la cual él denomina “*la era de la información*”, con una economía globalizadora, mundialista, con un importante apoyo en el desarrollo tecnológico y que constituye una “*tercera ola*” cuyos primeros cambios se presentan a mediados del decenio de 1950, apuntando los nuevos sectores que surgirán con fuerza incontenible: la informática, la

electrónica, la información, la biotecnología y todas las técnicas que constituyeron las “nuevas alturas dominantes de la economía”

“cuando un ordenador puede ser fabricado en cuatro países y montado en un quinto. Los mercados, igualmente, trascienden de las fronteras nacionales al crecer. Dicho en la jerga actual, los negocios se están globalizando. Una vez más, en directo paralelismo, nos encontramos con que los servicios financieros - Banca, seguros, valores han emprendido también la carrera hacia la mundialización con objeto de atender a sus clientes transnacionales.”

La economía de la tercera ola funciona a velocidades súper rápidas. Para “llevar el paso”, las organizaciones financieras están invirtiendo miles de millones en tecnología moderna. Los nuevos ordenadores y redes de comunicación no sólo posibilitan la variación y la adaptación a las necesidades de los clientes de los productos existentes, y la creación de otros nuevos, sino que también hacen que la velocidad de tramitación de las operaciones las convierta en instantáneas.¹

El sector financiero se ve claramente impactado por esta aceleración en la ejecución de las operaciones; los servicios financieros están funcionando 24 horas al día, de acuerdo con los múltiples husos horarios. Los valores de renta fija o variable, las mercaderías y las divisas se compran y se venden sin parar, por medio de las redes electrónicas que permiten la concentración y la dispersión de millones en lo que resulta una milésima de segundo.

En todo el mundo los mercados de capitales crecen y se interrelacionan, de Hong Kong y Tokio a Toronto y París, haciendo circular el dinero a velocidades inimaginables y a distancias inconcebibles hace algunos años.

Esta velocidad operativa hace incompetentes a los sistemas de seguridad vigentes hasta ahora, para controlar la situación, ya que los mecanismos de seguridad diseñados para mantener la estabilidad en los sistemas nacionales de la etapa industrial resultan inadecuados para los mismos fines en la era de la información.

1. Toffler, Alvin, *El Cambio del Poder*. Powershift. p. 20

La producción y comercialización mundializadas demandan que el capital fluya con facilidad a través de las fronteras nacionales que van relajándose por inoperantes en cuanto a estas cuestiones.

Sin embargo, hasta el momento actual, este relajamiento o eliminación de fronteras y divisiones territoriales también tiene consecuencias negativas y representa graves riesgos para esa economía totalizadora que se enfrenta con problemas de seguridad interna y con la preocupación de los gobiernos respecto a la independencia, la identidad nacional y la nacionalidad misma.

5. El delito en la era de la información

Estos riesgos no sólo son de tipo económico o puramente sociales, aunque pudiéramos considerar sus consecuencias como tales, sino que existen otros de más graves consecuencias. Nos referimos a las prácticas delictivas relacionadas o no con cuestiones financieras o comerciales o con actividades abiertamente criminales.

El delito como fenómeno social aparece casi a un tiempo que la humanidad en la faz de la tierra. Se encuentra en la historia bíblica al nacimiento de la sociedad, con la expulsión de Adán y Eva del Paraíso, por haber desobedecido las órdenes del Creador. Encontramos el delito de homicidio cuando Abel cae bajo los golpes de Caín y desde ahí veremos en la historia una sucesión infinita de crímenes, de los más leves a los más graves.

A nivel antropológico, los rastros de los crímenes tribales aparecen en los restos prehistóricos analizados por los investigadores y se han encontrado en las tumbas de culturas arcaicas así como en las tradiciones orales de los pueblos más antiguos.

Asesinatos, fraudes, robos, son conductas frecuentes en todos los niveles culturales de la sociedad individual o globalmente considerada. Tal vez la circunstancia de entender al delito como una entidad artificial, creada por los hombres usufructuarios del poder, para mantener la tranquilidad de sus súbditos o para mantenerse en el poder, nos permita explicar su existencia permanente, como medida de control social de acuerdo con la postura de la criminología crítica.

Pero no podemos desentendernos de las consecuencias que para la sociedad representan ciertos hechos que lesionan o impiden la convivencia pacífica y que en la mayoría de las agrupaciones sociales

se ha convenido en sancionar con un mayor rigor que otras violaciones a las normas, sociales y jurídicas.

Este tipo de sanciones son las penales, que sabemos que en la actualidad tienen una finalidad, tanto de defensa social como de readaptación. Es decir, proteger a la sociedad y al delincuente frente a la posibilidad de reincidencia en el primer caso o de abuso del poder de castigar en el segundo.

Al ocuparnos de los llamados delitos internacionales, hemos de reconocer que este carácter deriva del hecho de afectar a varios o a todos los países del mundo, independientemente del carácter transnacional que se precisa cuando los bienes jurídicos afectados pertenecen a dos o más países y las diversas etapas o aspectos de la comisión del hecho se desarrollan en ellos.

Sin embargo, cuando se habla de delitos internacionales como género, hay que reconocer que en primer término se encuentran aquellas actividades que ponen en mayor peligro a las sociedades de este planeta y que se recogen bajo el rubro general de crímenes contra la humanidad, juicios a cerca de los cuales se verificaron los procesos de Tokio y Nuremberg y respecto a los que la ONU ha mencionado un grupo de ellos: el apartheid, el genocidio, el biocidio, el ecocidio, la discriminación racial, entre otros, delitos contemplados en las responsabilidades y jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Existen, además, otros actos dañinos y peligrosos en grado menor proporcionalmente hablando, pero de gravedad por cuanto a la intensidad de su comisión y los daños de todo tipo que ocasionan a la mayoría de los países que afectan y que aún cuando no todas las naciones han aceptado considerarlos como delitos, hay reconocimiento pleno de la necesidad de combatirlos y del daño que ocasionan, como el terrorismo o la contratación de mercenarios y que en algunas convenciones y reuniones internacionales se les ha considerado delitos.

Así también los delitos de grave impacto social transnacional que cada vez agobian más al mundo en general, como es el caso de la llamada delincuencia organizada internacional, que se integra por una serie de actividades delictivas transnacionales como los tráfico de drogas, de armas, de personas, de órganos humanos, la corrupción, que incluyen en su realización una gran cantidad de delitos tradicionales como contrabando, homicidio, secuestro y más.

Es pues importante tomar en consideración realidades sociales que nos demuestran que, a nivel internacional, cada día aparecen más normas de carácter penal, en razón de necesidades objetivas de poner bajo la protección del Derecho Penal ciertas relaciones e intereses sociales, a la vez que desaparecen o tienden y deben desaparecer otras actividades que pueden enfrentarse legal y socialmente de otra manera no punible.

6. EL IMPACTO DEL DELITO EN EL DESARROLLO DE LAS NACIONES

En un documento de Japón presentado ante Naciones Unidas en el Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente,² se hace un interesante análisis del tema de la internacionalización, entendiéndolo como consecuencia de la afectación o la relación entre desarrollo económico y delito o criminalidad, a propósito de los acuerdos del Plan de Acción de Milán y los Principios Guías para la Prevención del Delito y la Justicia Penal, adoptados en el 7º Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.

En el documento presentado por Japón, se describen los resultados de la implementación de los referidos acuerdos y se hacen algunas reflexiones, mencionando antecedentes que constituyen una interesante aportación en la materia.

Se señala que el "desarrollo", usualmente concebido como una mejora general o un cambio significativo en los países en cuanto a sus condiciones económicas, sociales, culturales y ambientales, encuentra en el delito un obstáculo importante, por lo que el control de los delitos es un significativo prerequisite para alcanzarlo.

Se señala que el delito hasta ahora había sido considerado una forma de agresión personal dirigida por el ofensor a una víctima individual, visión que ha regido las estrategias de prevención del delito y tratamiento del delincuente, aspecto que tampoco puede ni debe ser descuidado.

Pero el aspecto relativo a los obstáculos para el desarrollo nacional debe ser contemplado, analizándose los costos sociales e institucionales

2. ONU, A/CONF. 1447/G/ JAPAN.

del delito y tomando en cuenta las demandas económicas que se requiere satisfacer para el control delictivo.

El documento japonés hace análisis de los puntos de contacto entre delito y desarrollo nacional, comentando que el crimen, al imponer costos masivos, sociales y personales, que eliminan personas o grupos de las fuerzas constructivas de la sociedad, le ocasiona a ésta daños directos.

En tanto el delito permanezca fuera de control, los costos impuestos a la sociedad serán abrumadores y la atención de los requerimientos para el control delictivo incluyen una positiva implementación de la administración de justicia penal y el atento desarrollo de estrategias efectivas de prevención del delito, ya que cuando el delito es efectivamente controlado, los costos sociales e institucionales que inflige, declinan, lo que permite orientar los fondos de financiamiento de la lucha contra la delincuencia en el verdadero desarrollo nacional integral.

Es así que se comprende porqué el financiamiento del control del delito debe ser un componente indispensable y ser contemplado dentro de los planes nacionales de desarrollo, prioritariamente.

El análisis de la relación entre desarrollo y delito debe ser visto en dos vías: a) el impacto que el delito tiene sobre el desarrollo nacional y b) en cuanto a las influencias que el desarrollo nacional tiene sobre el delito.

Se ha mencionado ya reiteradamente como el delito constituye uno de los mayores obstáculos para el desarrollo del país y el documento que venimos comentando hace la precisión de las consecuencias negativas que se imponen a la sociedad en los aspectos siguientes:

1. Los costos humanos ocasionados por delitos como el tráfico de drogas, inhabilitan a muchos individuos que de otra forma serían ciudadanos sanos y productivos.
2. El impacto a la riqueza nacional que se genera por el contrabando, la transferencia ilegal de capitales, el comercio ilícito, la evasión fiscal etc.
3. La erosión de la moral de los ciudadanos que se produce mediante la comisión de delitos como la corrupción y el peculado, y
4. Los graves daños al orden económico causados por delitos como los practicados a través de computadoras.

Se debe tomar conciencia de la importancia que tiene el hecho de que la justicia penal logre la confianza del público o, en su caso, la recupere si la tuvo y la ha perdido, aunque sea parcialmente, como en nuestro país, que en este momento enfrenta una severa crisis de credibilidad para el sistema de justicia en especial y para todo el sistema gubernamental en general.

Esto ha tenido como consecuencia la convicción de que el aparato de justicia es incapaz de mantener el orden público por lo que con profunda preocupación observamos que la sociedad acude con frecuencia cada vez mayor a medidas extralegales para buscar preservar la seguridad colectiva e individual, indispensable para la estabilidad social, cierre de calles, contratación de servicios de seguridad privada no siempre confiables, llegando a extremos como la obtención de justicia por mano propia y, peor aún, la ejecución de linchamientos multitudinarios.

Tres puntos entre otros muchos resultan fundamentales para la recuperación de la confianza ciudadana en el sistema de justicia, que comprende tanto a la procuración como a la llamada administración de justicia en manos del poder judicial: la práctica de investigaciones delictivas y el desarrollo de procesos equitativos y eficaces, el mantenimiento de una neutralidad política por parte de los administradores de justicia y el efectivo tratamiento y resocialización de los sentenciados y desde luego un enfrentamiento público y constante contra la corrupción.

Para ello se requiere, fundamentalmente, una real transparencia en todas las actividades del gobierno y una elevada calidad moral e integridad personal en todos los trabajadores del área de justicia, sin lo cual, todos los esfuerzos, inclusive los de capacitación, resultarán estériles.

El proceso que puede llevar al logro de la recuperación de la confianza de la ciudadanía en su sistema de justicia debe ser permanente, constante e iniciarse inmediatamente, sin medidas sensacionalistas de reformas administrativas o legales de dudoso valor, que atribuyen a la ley poderes mágicos que no existen.

Se requiere el cumplimiento de las leyes vigentes y no el establecimiento de nuevas normas, además de la "voluntad política"

de lograr una verdadera transparencia en la administración de justicia, en los términos que señala la Constitución, concebida así desde 1917.

Regresando a la cuestión de la internacionalización del delito, muchos autores y países coinciden en reconocer la importancia de la labor de la Organización de las Naciones Unidas en especial a través de sus Congresos quinquenales sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en los que se han propuesto importantes soluciones, con la característica de no ofrecer "modelos" conforme a criterios científicos nacionales sino declaraciones, recomendaciones, reglas, códigos de conducta y decisiones suficientemente flexibles para ser adaptadas con las variantes necesarias a lo nacional³.

El hecho de que la Organización de las Naciones Unidas pase por una etapa difícil provocada por los intentos de dominación verificados por el país dominante en la actualidad no disminuye la calidad de los trabajos que en ella se han llevado a cabo, tanto por los Congresos arriba mencionados, como por la promoción de Convenciones y acuerdos que buscan contener el desorden global.

Se sabe que, desde el amplio punto de vista mundial, el crimen puede ser observado como un problema serio en la mayoría de los países y preocupa cada vez más a nivel internacional.

No es exagerado decir que las estrategias y medidas para enfrentarlo son urgentemente necesitadas como medios para asegurar el bienestar humano y la tranquilidad de la sociedad mundial.

La comunidad mundial ha llegado al reconocimiento de que el continuo y firme desarrollo del género humano y sus sociedades requiere el establecimiento y mantenimiento del orden público basado en principios democráticos y el aseguramiento de condiciones de vida tranquila, situaciones que se ven afectadas gravemente por los delitos y de manera más acentuada por los delitos transnacionales.

El cambio y el desarrollo socio económico integral han compartido el fenómeno concomitante de una importante internacionalización del delito; la frecuencia de delitos transnacionales y otros delitos de carácter internacional, en gran variedad de formas, ha aumentado.

3. López-Rey y Arrojo, Manuel, la Criminalidad Económico-Social en la Política Criminal de las Naciones Unidas. En *La Reforma Penal, los Delitos Socio-Económicos*. Madrid, Ed. Marino Barbero, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, p. 31.

En muchas instancias, la situación del crimen en un país ha influido directa o indirectamente en su situación en otros países. Luego entonces, la efectiva formulación de políticas de prevención del delito y justicia criminal requiere no sólo un enfocado esfuerzo a nivel nacional en cada país, sino un constante nivel de cooperación y consenso entre las naciones que conforman la comunidad internacional.

Por ello, la Organización de las Naciones Unidas ha ampliado el panorama del rol que se espera que asuma en relación con el control y prevención del delito. Al mismo tiempo, los Estados Miembros de Naciones Unidas han tomado pesadas responsabilidades en relación con la sociedad internacional. El Gobierno de Japón, por ejemplo, financia plenamente las actividades desarrolladas por las Naciones Unidas en el campo de la prevención del delito y el tratamiento del delincuente en su área geográfica y ya ha confirmado su decisión de continuar financiando y colaborando en los años por venir.⁴

En los últimos treinta años, la delincuencia transnacional se ha intensificado hasta alcanzar niveles difícilmente imaginables, circunstancias propiciadas y facilitadas por los medios modernos de comunicación. Los viajes a velocidades ultrasónicas y precios accesibles, la transferencia de fondos y de bienes a nivel internacional, permiten una actividad económica internacional muy ágil, pero también una profusa actividad delincuencia, convirtiendo las organizaciones criminales nacionales en verdaderas amenazas internacionales, paralizando algunos programas internacionales y muchos internos.

7. LAS FUERZAS ACTUANTES Y LAS TENDENCIAS EN EL ÚLTIMO DECENIO DEL SIGLO XX

Los futurólogos John Naisbitt y Patricia Aburdene, en su libro *Megatendencias 2000, Diez Nuevos Rumbos para los años 90*, hacen el comentario de que las tendencias de los años 80 fueron centradas en los cambios de:

- “1. Sociedad industrial a Sociedad de información,
2. Tecnología forzosa a alta tecnología,
3. Economía Nacional a Economía mundial,
4. Corto plazo a largo plazo,

4. ONU, A/CONF. 144/G/JAPAN.

5. Centralización a descentralización,
6. Apoyo institucional a valerse por sí mismo,
7. Democracia representativa a democracia directa,
8. Jerarquías a cadenas de trabajo,
9. Norte a Sur,
10. O lo uno o lo otro a opción múltiple.”⁵

Estos cambios, que siguen operando, ahora sólo son parte del cuadro en el que entró en juego otro nuevo conjunto de fuerzas actuantes para los años 90:

- “1. Las consideraciones económicas prevalecen sobre las consideraciones políticas,
2. El movimiento hacia la libertad de comercio,
3. El poderoso impulso a las telecomunicaciones,
4. La relativa abundancia de los recursos naturales,
5. La competencia por la reducción de impuestos,
6. Disminución del tamaño de los productos de la economía,
7. La contención de la inflación y de los intereses,
8. La bonanza del consumo en Asia,
9. El avance de la democracia y la propagación de la libre empresa,
10. La obsolescencia de la guerra,
11. La nueva atención al ambiente.”⁶

Resultado de la presión que hacen estas fuerzas, encontramos que las influencias más importantes en nuestras vidas en esa época, según estos dos autores, son:

- “1. La bonanza mundial de los años 90,
2. El renacimiento de las artes,
3. La aparición del socialismo de mercado libre,
4. Estilos de vida mundiales y nacionalismo cultural,

5. Naisbitt, John y Patricia Aburdene, *Megatendencias 2000. Diez Nuevos Rumbos para Los Años Noventa*. trad. Jorge Cárdenas Nannetti, Colombia, Ed. Norma, 1990, p. XII.

6. *Ibidem*, p.13

5. La privatización del Estado Benefactor,
6. El auge de la cuenca del Pacífico,
7. El decenio del liderazgo femenino,
8. El renacimiento religioso del nuevo milenio,
9. El triunfo del individuo”⁷

Pero, ¿Que vemos ahora? Que no subsisten algunos de estos planteamientos. La bonanza mundial ha desaparecido y algunos de los países más avanzados industrial y económicamente han bajado y decaído sus niveles. El impulso a las artes se ha velado por la compraventa de las grandes obras mediante subastas que las llevan a su desaparición privada o delictiva, adquiridas anónimamente por personajes de turbia vida. Se da la desaparición total del Estado Benefactor a favor de un llamado neoliberalismo empresarial desentendido absolutamente de los aspectos sociales del crecimiento, decayendo el auge no sólo de la Cuenca del Pacífico sino de Europa y América del Norte desluciendo feminismo e individualismo totalmente, a favor de los grandes consorcios internacionales.

Desde luego los planteamientos no derivan de la utilización de la bola de cristal sino de cuidadosos análisis estadísticos y de los fenómenos sociales, económicos y políticos que se van desarrollando en los últimos años.

La ruta hacia la mundialización que se hace sensible a través de las tendencias que los futurólogos analizan en los libros arriba comentados y ya en el momento actual mediante las presiones internacionales y las políticas adoptadas por países como el nuestro en tratados comerciales internacionales que cada día se amplían en cuanto a miembros y, en cuanto a materias comprendidas, tiene como reflejo inmediato esa internacionalización de actividades en general, no siempre benéfica para todos los participantes.

La velocidad de adopción de estas tendencias está apoyada de manera sobresaliente en la aceleración tecnológica que incide en transportes, comunicaciones, transferencias de fondos, debilitamiento de fronteras y el conjunto de fenómenos que han reducido el tamaño del mundo cada vez más.

7. *Ibíd.* p.XIII.

Ello bien representa muchas ventajas en cuanto a las posibilidades de acceso a los beneficios del progreso a toda la población mundial, pero también ha tenido como consecuencia la utilización de estos beneficios por el mundo de la delincuencia, generando en este aspecto una etapa de internacionalización intensa de las actividades delictivas y de dificultades graves en cuanto a su prevención, detección y represión que ya hemos señalado.

Podemos, fundadamente, hablar de una criminalidad concebida no como una suma de delitos sino “como un complejo fenoménico”, que se relaciona estrechamente con el desarrollo integral nacional-internacional,⁸ que por ello tiene características cambiantes, de acuerdo con la evolución misma de las sociedades en que se presente y que en el caso en estudio, de la prevención de los delitos transnacionales y de la transnacionalización misma de ellos, se justifica la referencia a una criminalidad contemporánea, con características propias.

8. LA NATURALEZA DE LA DELINCUENCIA CONTEMPORÁNEA

La evolución de las sociedades y el mejoramiento de los estándares de vida no han producido una reducción de las actividades delictivas a niveles en los que éstas resultaran tolerables, sino que nos encontramos con aumentos generales de la criminalidad 5% superiores a los de la población.

Siendo reconocida la responsabilidad de los gobiernos en la lucha eficaz contra la delincuencia y la protección de la convivencia y bienestar de la ciudadanía, impulsando planificadamente el desarrollo integral de los países, se tropieza con el fenómeno delincriminal que constituye sin duda un obstáculo para este desarrollo armónico porque disipa o encausa erróneamente los beneficios del crecimiento económico y deteriora la calidad de vida de los integrantes del país, obligando a muchas naciones a permanecer en etapas de desarrollo retrasadas por tener que canalizar sus esfuerzos a la lucha contra la delincuencia o por los retrasos voluntarios provocados por la corrupción.

Cabe mencionar que en la actualidad, aunque toda la delincuencia produce este tipo de daños a la sociedad, existen algunos grupos de delitos que por su impacto pueden considerarse como especialmente graves ya que afectan a los individuos, a las comunidades, a las naciones

8. López-Rey y Arrojo, Manuel, op. cit., p. 35.

y extienden sus tentáculos venenosos a otros países y territorios diferentes a los de su origen, lo que resulta moralmente intolerable y económica y socialmente tan gravoso que según se afirma, sería suicida tolerarlo.

En el orden de ideas expuesto respecto a la acelerada evolución tecnológica y la cada día mas notoria tendencia a la mundialización, se hace necesario enfocar el análisis de las características predominantes en cuanto a la delincuencia que se desarrolla a través de los diversos países, planeándose en uno, realizándose en otro y a veces produciendo sus efectos en un tercero o involucrando a mas países.

En los últimos decenios, la delincuencia transnacional ha aumentado rápidamente y ya hemos comentado como esta tendencia alarmante se ha visto estimulada por los adelantos de la tecnología y las comunicaciones y por el crecimiento sin precedentes de la actividad comercial y económica, los transportes y el turismo internacionales.⁹

Las organizaciones delictivas transnacionales han obtenido ventajas de este nuevo entorno logrando aprovechar sus progresos y haciendo más rentables, si se vale utilizar el término, sus actividades.

“La internacionalización de la delincuencia organizada se refleja en la proliferación de los mercados mundiales ilícitos de drogas, bienes hurtados, armamentos y otros bienes y servicios ilícitos suministrados y manipulados mediante una red mundial de operaciones comerciales ilícitas. Se estima que el valor de tales operaciones asciende a cientos de miles de millones de dólares: es decir, sumas comparables a los presupuestos de algunas de las mayores empresas transnacionales y superiores a los presupuestos nacionales de muchos Estados.”¹⁰

9. LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, NACIONAL E INTERNACIONALMENTE

Aunque dar una definición de “delincuencia organizada”, dada las variedades que presenta en los diversos países, resulta poco factible, las Naciones Unidas han buscado una caracterización general para considerar este fenómeno como “una serie de actividades delictivas complejas que llevan a cabo a gran escala, organizaciones y grupos estructurados y que consisten en crear, mantener y explotar mercados

9 ONU, A/CONF. 144/15, pp. 3 y sig.

10. Ibidem, p. 6

de bienes y servicios ilegales, con la principal finalidad de crear beneficios económicos y obtener poder.”¹¹

La Reforma Penal Constitucional de 2008 en México, su artículo 16 dice 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...” Una forma un poco simplista que se presta a confusiones.

Tradicionalmente se consideró que el delito era producto de la miseria y de la ignorancia, pero el mayor desarrollo de las naciones no ha dado como resultado una reducción de las actividades delictivas.

El incremento de actividades y de ganancias ha permitido el incremento de técnicas ilícitas cada vez más perfeccionadas, cuyas repercusiones han rebasado las actuales capacidades de todos los países para luchar contra ellos.

La delincuencia organizada ha evolucionado a través de procesos de reorganización racional de sus actividades y la estructura de los grupos es muy variable. Puede ser de series de “familias” u organizaciones vinculadas jerárquicamente de manera muy estrecha a alguna actividad delictiva, aunque también encontramos grupos menos organizados, con una interrelación más laxa, que constituyen redes delictivas.

Estas estructuras varían temporalmente, de acuerdo a su tipo de actividades y a su emplazamiento geográfico y estas variaciones son impulsadas las más de las veces por necesidades del mercado: producción, transformación, ganancias, contrabando, distribución, inversión en actividades, lícitas o no, etc.

Así funciona el comercio ilícito de armas y el de drogas del que es notoria la organización en forma de cártel del mercado de la cocaína, el que monopoliza la producción regional de hoja de coca, la beneficia y distribuye a través de redes organizadas en los países de paso y en los consumidores.

Existen en Asia, por ejemplo, organizaciones delictivas de orígenes remotos, que nacieron como sociedades secretas de carácter político; en Europa, grupos con origen organizativo religioso también los hay en el tipo de organización más actual y moderno.

11. ONU, A/CONF. 144/15/, p. 7.

Ya no en el análisis general sino en profundidad sobre este problema, nos encontramos que es cada día mayor el aumento de delitos cometidos por grupos organizados con consecuencias de violencia, intimidación y corrupción de autoridades.

El tráfico de drogas se realiza en tan altos volúmenes que los traficantes se sienten suficientemente respaldados y poderosos para enfrentarse hasta con los gobiernos constituidos legalmente.

Por otra parte, la destrucción del ambiente propiciada por el industrialismo, la codicia y la delincuencia, constituye otro aspecto del problema que apenas se empieza a atacar con el rigor penal.

10. MEDIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Por ello se hace necesario buscar nuevas estrategias que permitan enfrentar con mayor eficacia el fenómeno de la delincuencia organizada tanto internamente como a nivel internacional, con miras a su prevención y a su represión.

Las primeras medidas que deben tomar los cuerpos encargados de hacer cumplir la ley son las de la superación de su capacidad, aunque su eficacia en la reducción del delito se aprecie lenta y escasa.

Se debe tener una reacción más vigorosa pero ésta a veces puede afectar los derechos civiles de la ciudadanía, pues algunos métodos especiales de investigación pueden importar intromisiones en su derecho a la intimidad, como las intervenciones telefónicas, restricciones de los derechos procesales protectores de los individuos, como la inversión de la carga de la prueba, por ejemplo.

Como todas las medidas que se ensayen tendrán consecuencias positivas y negativas, deben ser sopesadas cuidadosamente para decidir si lo que se va a ganar en eficacia vale la pena en cuanto a los derechos y bienes que va a afectar. Se requieren, en todo caso, mecanismos de supervisión eficaces y a diferentes niveles para prevenir los abusos.

La prevención, en todo caso, debe enfocarse a través de bien pensadas estrategias, a nivel nacional, desde los aspectos legislativos, judiciales y ejecutivos, incluyéndose la creación, frente a la despenalización de figuras ineficaces, de nuevos delitos como el lavado de dinero y el fraude electrónico.

Debe pensarse también en la posibilidad de aplicar nuevas políticas criminales como la de negociar el ejercicio de la acción penal a cambio de la colaboración de testigos cooperantes, previendo la necesaria protección posterior para estos; la detección, vigilancia y decomiso de los productos del delito, medida que parece ser un muy importante instrumento de prevención, ya que corta los medios reproductivos de la organización y a la fecha parece ser una medida eficiente para disminuir la fuerza de las organizaciones criminales; también es necesario el establecimiento de sistemas de penas pecuniarias proporcionales a los beneficios que el delincuente obtiene directa o indirectamente, tomando en cuenta la gravedad de su conducta, las repercusiones sociales de ésta y la necesidad de una corrección eficaz.

Sin embargo, es imprescindible la salvaguarda de los derechos de terceros inocentes y el establecimiento de sistema riguroso de control sobre dichos bienes para evitar que pasen de los delincuentes organizados a las autoridades corruptas sin la vigilancia necesaria.

Resulta impresionante el análisis de las diversas formas de operar de estas organizaciones que utilizan muchas de las técnicas modernas de la gestión comercial y se caracterizan con un alto grado de eficiencia y rentabilidad, aunque ésta la logran frecuentemente mediante la utilización de medios violentos para intimidar y presionar cuando no pueden corromper.

Es común que utilicen empresas legítimas (por ejemplo, hoteles, sociedades comerciales de importación y exportación, negocios de bienes raíces) para disimular sus actividades y encubrir sus ingresos, logrando de esta forma hacerlos difícilmente detectables para las autoridades, además de contar con personal profesional, muy bien pagado, dedicado a estudiar posibilidades tales como lagunas de las leyes o diferencias entre las diversas legislaciones de los países, además de deficiencias en su aplicación para encontrar los lugares más apropiados para sus actividades.

Los organismos encargados de hacer cumplir la ley se enfrentan con dificultades considerables al tratar de descubrir y enjuiciar a los delincuentes y, cuando lo logran, es realmente poco el impacto que sobre la organización delictiva se obtiene ya que los detenidos y procesados, son rápidamente substituidos por personal de reserva bien capacitado, que siempre tienen y se continúa con las actividades como

si no hubiera pasado nada. Más adelante comentaré algunas posibles consecuencias de estos hechos, sin que sea solución definitiva para prevención.

Un aspecto acentuadamente grave de la delincuencia organizada lo constituyen las actividades terroristas, en constante aumento, disponiendo siempre, gracias a los traficantes de armas, de estos instrumentos en lo más avanzado tecnológicamente hablando, de la mayor publicidad mediante los medios masivos de comunicación, de las vías más discretas y rápidas para la fuga en caso necesario, mediante lo más moderno de la transportación y utilizando la mejor tecnología en comunicaciones para la coordinación de sus deleznables actividades, ya que sus numerosas víctimas son la mayoría de las veces personas ajenas a los conflictos que se plantean o que dieron origen a las actividades delictivas.

Con ellas se busca y casi siempre se logra que cunda una sensación de inseguridad y la impresión, a veces certera, de que las autoridades son incapaces de proteger a los ciudadanos de los delincuentes, especialmente de los terroristas, objetivo previsto, al parecer, por los organizadores de estos actos.

11. LOS DELITOS CONSIDERADOS GRAVES A NIVEL INTERNACIONAL, POR LO ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Delitos como los mencionados, terrorismo, tráfico de drogas, de personas, de órganos, apoyados por la delincuencia internacional, deben ser objeto de un ataque permanente en todas las naciones y en el ámbito internacional de manera concertada, especialmente a través de una constante cooperación técnica de los países con mayor experiencia y fortaleza económica hacia los países con menos de ambos.

Los delitos especialmente nocivos, la negligencia criminal en cuestiones relativas a la salud pública, la explotación y destrucción de los recursos naturales y los daños al ambiente, los delitos económicos, la responsabilidad de las empresas y todos los hechos graves transnacionales que comentamos, deben ser analizados, tipificados, estudiados una y otra vez para encontrar la mejor manera de combatirlos, contando con el apoyo del intercambio de experiencias entre todos los países, la cooperación técnica de los más avanzados, el

análisis y las necesidades de los menos favorecidos, de tal suerte que se logre detenerlos o al menos disminuirlos.

La Organización de las Naciones Unidas, al referirse a estos delitos y actos de carácter internacional, considera que pueden agruparse de la manera siguiente:

- a) La delincuencia internacionalmente organizada de tipo mafioso, cuyo objetivo último es el lucro.
- b) Los delitos económicos que llevan aparejadas operaciones y transacciones en más de un país.
- c) Las actividades terroristas de naturaleza transnacional.
- d) El comercio ilícito transnacional con objetos de arte pertenecientes al patrimonio cultural o religioso de una nación, y e) Las actividades que por contaminación o de otra forma, afectan el equilibrio ecológico y la estabilidad ambiental de más de un país.¹²

Podemos, además, referir el comentario respecto a las operaciones internacionales de la delincuencia organizada que tiene dos consecuencias negativas comunes que demandan una atención especial: la corrupción intensiva y generalizada, así mencionada por la Organización de las Naciones Unidas, y la infiltración en gran escala de las actividades económicas legales por miembros de dichas organizaciones.¹³

El soborno de funcionarios públicos y privados de todos los niveles y de políticos influyentes es un medio importante para conseguir impunidad y protección para evitar ser detectados y lograr la desarticulación de sus actividades internacionales, y resultan incalculables los daños que ocasionan al contexto moral de las sociedades afectadas.

Ello justifica la importancia que debe concederse a la lucha contra la corrupción, nacional y transnacional que también se da a muy altos niveles y, por otra parte, nos permite reconocer la dificultades que esa lucha entraña, habida cuenta de que involucra profusamente a personas en los altos niveles del poder y cuyos beneficiarios neutralizan los programas de prevención y represión delictual.

12. ONU, A/CONF.144/7, p. 5.

13..ONU, A/CONF. 144/7, p. 6.

Aquí se presenta un juego de influencias pues con frecuencia las circunstancias de angustia producidas por el delito son aprovechadas por el poder político para lograr ampliar su fuerza mediante campañas de las llamadas de “ley y orden”, mediante la cuales algún sector del gobierno obtiene poderes extraordinarios y ampliaciones presupuestales que se prestan a mayor corrupción o abusos de poder y violación de garantías con el pretexto de una mayor protección a la población.

Otro aspecto de la infiltración es una táctica utilizada también para minimizar riesgos, invirtiendo parte de las inmensas ganancias obtenidas mediante sus actividades ilícitas en actividades perfectamente legales, generalmente a través de centros financieros, fuera de sus países de origen, para entrar en la circulación internacional de capitales, o bien, mediante inversiones directas en empresas comerciales internacionales, mezclando su mercancía ilícita o sus ingresos, con otros absolutamente legales.

12.NECESIDAD DE COOPERACIÓN MUNDIAL CONTRA LA DELINCUENCIA CONTEMPORÁNEA

Resulta notorio el hecho de la internacionalización del terrorismo en la actualidad, pues todas las acciones pueden planearse en un país y llevarse a cabo en otro gracias a la coordinación y comunicación existente entre diversos grupos y las redes delictivas que proporcionan apoyo.

En los casos de secuestros de aeronaves, todo el drama puede desarrollarse en terceros países, totalmente ajenos a los problemas planteados, lugares en los que frecuentemente se tiene que resolver el incidente, a veces violentamente.

También se reconoce la existencia del “terrorismo de Estado” que se ve con dos concepciones diferentes, una en la cual los actos terroristas están organizados o fomentados por un Estado con el fin de intimidar a otro Estado, grupo u organización, con la creación de obstáculos adicionales al logro de una prevención y represión eficaces y otra que es la utilización de medios diferentes, generalmente modificaciones legales y presiones policiales para aterrorizar a la ciudadanía y lograr su sumisión.

Estos factores han subrayado la necesidad de que la comunidad internacional responda en forma colectiva y los gobiernos realicen

mayores esfuerzos de cooperación pues ninguno puede actualmente, por sí solo, enfrentar estas cuestiones.

Por eso, resulta de gran interés el estudio y difusión de las propuestas surgidas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, la cual puede actuar como un magnífico elemento de enlace entre países para la búsqueda y ejecución de soluciones.

Ello no implica que, a pesar de estas características, sus propuestas y resoluciones tengan la eficacia necesaria para hacerlas efectivas pues aún las aprobadas por la Asamblea General han de ser sujetas a diversos procesos legislativos al interior de los países miembros para convertirse en derecho positivo, y durante estos procesos son muchas veces modificadas y adaptadas al derecho vigente sin el cuidado necesario en el país de que se trate, por lo que a veces pierden toda su intención inicial.

Además, como se trata de proponer soluciones a problemas que en los distintos países asumen características diversas, las propuestas que se generan son tan amplias que, traducidas a lenguaje jurídico ejecutivo, carecen de la energía necesaria para resolver adecuadamente el fenómeno que tratan de atacar.

En 1975, el Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente hizo varias recomendaciones a fin de hacer frente a la delincuencia organizada y al terrorismo, incluida la formulación de una nueva convención contra el tráfico ilícito de drogas que contuviese procedimientos de extradición y acuerdos de asistencia recíproca mejorados,¹⁴ modernizando los instrumentos internacionales ya existentes, pero no se ha logrado una aprobación total de ellos por problemas como los de la concepción de la jurisdicción y la soberanía, mecanismos que en su momento sirvieron para definición y seguridad tanto jurídica como política de los países y que actualmente encuentran un gran temor y resistencia para ser cambiados, por aceptables cuestiones históricas.

El Consejo Económico y Social y la Asamblea General de la ONU han estado de acuerdo con respecto al análisis de los problemas que plantean estos delitos y a la necesidad de adoptar medidas urgentes de conformidad con las recomendaciones del Comité de Prevención del

14. ONU, A/CONF. 56/10.

Delito y Lucha contra la Delincuencia y los Congresos sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ahora de Justicia Penal.

En 1985, el Séptimo Congreso aprobó el Plan de Acción de Milán, en el que se estipula que “es imprescindible emprender una acción de gran envergadura para controlar y, en último término, erradicar los fenómenos destructivos del tráfico y el uso indebido de drogas y de la delincuencia organizada... que minan y desestabilizan a la sociedad”.¹⁵ Además, en el Plan se afirma la necesidad de dar prioridad a la lucha contra el terrorismo en todas sus formas y en general a las formas delictivas transnacionales más graves, que aquejan actualmente al mundo.

Así mismo, el Séptimo Congreso aprobó tres resoluciones concretas en estas esferas. En su resolución 1, relativa a la delincuencia organizada, el Congreso recomendó que los Estados Miembros consideraran la posibilidad de adoptar medidas sobre cuestiones como la modernización de las leyes y los procedimientos penales nacionales, así como de las leyes relativas a la extradición y la asistencia mutua; y la adopción de disposiciones para prescribir la pérdida de los bienes adquiridos ilegalmente.

La resolución recomendó el reforzamiento de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y la creación de instituciones nacionales con poderes suficientes para investigar a las personas que dirigen las actividades de la delincuencia organizada.

Se propuso la revisión de las leyes sobre tributación y uso del secreto bancario, o su promulgación, a fin de asegurar que fueran adecuadas para ayudar en la lucha contra la delincuencia organizada y contra la transferencia de fondos o del producto del delito a través de las fronteras nacionales.

Igualmente la resolución recomendó la elaboración de tratados modelo, relativos a la extradición y la asistencia jurídica mutua y de un marco amplio de directrices y normas para hacer frente a la delincuencia organizada, en los planos nacional, regional e internacional, mismos que durante las reuniones preparatorias del Octavo Congreso fueron elaborados y reelaborados a fin de poderlos presentar durante su desarrollo, para ser aprobados por el citado Octavo Congreso.

15. ONU, Informe del Comité de Prevención del Delito y Lucha Contra la delincuencia en su 11º periodo de sesiones. E/1990/31/Add.1 y E/AC.57/1990/8/Add.1.

La necesidad de una cooperación internacional eficaz para enfrentar los problemas de la delincuencia nacional y transnacional, proporcionando asistencia a través de tratados y acuerdos internacionales y con la intervención, en ese rubro, imprescindible, de la ONU, se hizo patente. Han sido de gran utilidad los apoyos proporcionados por los Institutos Regionales de Naciones Unidas a los países que lo entienden y así lo solicitan, no cuando como en el caso de las reformas penales propuestas por el presidente de México a principios de este siglo, que al parecer, sin entender lo que proponía, compró el paquete para mandarlo al Congreso.

Deben facilitarse los cursos que desarrolla el ILANUD (con sede en Costa Rica), por ejemplo, o bien propiciarse reuniones internacionales para el intercambio de experiencias conocimientos y datos, reconociéndose la necesidad de elaborar programas de proporciones adecuadas que aunque representen gastos, estos siempre serán mucho menores que los generados por las actividades delictivas en el plano internacional, evitando las pérdidas monetarias y costos humanos que en volúmenes inimaginables la delincuencia ocasiona.

A estas alturas de la evolución social, científica y tecnológica, estamos obligados a pensar y actuar en términos de comunidad mundial, colaborando con capital e ingenio, utilizando todos los recursos financieros y los medios técnicos modernos necesarios para la salvaguarda de la ley, la justicia y la seguridad, aun cuando ello implique la necesidad de teorizar respecto a algunas cuestiones decimonónicas nacionalistas, que desafortunadamente, en algunos casos, han servido de pretexto para encubrir actividades no sólo ilícitas sino abiertamente delictivas, aun cuando en otros casos se encuentran absolutamente justificadas y justificables.

Es el momento en que se hace indispensable un mayor y constante acercamiento entre las naciones afectadas por las actividades delictivas transnacionales y la búsqueda y creación de instrumentos internacionales apropiados, a riesgo de que, si no se hace, algún grupo de poder transnacional o un gobierno autoritario se adjudique el poder de decidir, juzgar y castigar estas transgresiones.

México había sostenido una política de soberanía absoluta pero, en los momentos actuales, no podría considerarse que adecuadamente parecería inclinarse por medidas tales como la extradición de

nacionales de manera poco clara y negarse a aceptar el funcionamiento del Tribunal Penal Internacional.

Ya se ha comentado como ha proliferado la delincuencia y como en los años recientes la delincuencia grave ha significado un mayor problema para los países, afectando directamente a los individuos y a las empresas, estatales y privadas, en niveles que se pueden entender intolerables, moral, social y económicamente.

Sabemos que la criminalidad interna es, en la actualidad, sólo parte del problema, aunque cada día adquiere mayor gravedad en lo relativo a su alcance, naturaleza y costos, tomando en cuenta la poca atención que, pretextando los problemas de delincuencia organizada, argumentan los gobiernos para justificar la desatención a esos problemas que afectan gravemente la convivencia social y la tranquilidad de la población.

Por años se consideró que gran parte de la actividad delictiva se desarrollaba impulsada por la miseria y la desigualdad económica y que esta actividad disminuiría realmente al mejorar los niveles de vida para la población.

Sin embargo, ni los países altamente desarrollados ni los países en vías de desarrollo han logrado reducir su criminalidad a niveles tolerables; no se diga ya la supresión de ésta y como sí han surgido nuevas formas de criminalidad y se han involucrado en ellas personalidades y grupos de niveles altos, económica y educativamente hablando.

El documento estadístico de Naciones Unidas que se presentó durante el Octavo Congreso Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Cuba en 1990, hace mención que este aumento delictivo no sólo es en cuanto a delincuencia en general sino en especial al tipo que denomina grave, tomando en cuenta el incremento específico de denuncias sobre la comisión de ciertos delitos violentos en contra de las personas, como homicidios, mutilaciones y violaciones, o bien los delitos contra la propiedad que han aumentado de manera impresionante en los primeros años del siglo actual, incluyéndose robos, hurtos, defalcos y fraudes, los cuales constituyen por sí solos un 70% del total de los delitos denunciados.

Habrá que comentar que se manejan expresamente datos de delitos denunciados por resultar imposible conocer la totalidad real

de delitos cometidos y que la cifra de los denunciados proporciona sólo una aproximación aceptable aunque el cruzamiento de la cifra de delitos denunciados con las cifras obtenidas en encuestas victimológicas puede proporcionar una aproximación mayor a los totales de delitos en el territorio encuestado, con la salvedad de que dichas encuestas sólo se aplican en un reducido número de países.

Así pues, es de suponerse, estadísticamente respaldados, que en términos de los delitos efectivamente cometidos, en contraposición con los que las víctimas denuncian a las autoridades, un supuesto país de 10,000 de pobladores experimentará cada año más de 100,000 delitos violentos y mucho más de un millón de delitos relacionados con la apropiación ilícita de bienes o dinero, esto es, los delitos llamados patrimoniales.

La proyección de la cifra negra en un país desarrollado indica que, como promedio, uno de cada 133 individuos será víctima de homicidio; 8 de cada 10 será víctima de una tentativa de lesiones y más de la mitad de ellos serán víctimas de un delito de este tipo en más de una ocasión. Todos los ciudadanos serán víctimas de un hurto y casi 9 de cada diez serán víctimas de hurtos tres o más veces.

Resulta preocupante que, además del incremento del número de delitos, se estén produciendo cambios en el tipo de estos. Por ejemplo, han aumentado notablemente los delitos cometidos por grupos organizados y verificados con lujo de violencia física, incrementándose también, de manera importante, la intimidación y corrupción de funcionarios públicos.

El terrorismo ha cobrado millares de víctimas inocentes en el mundo. Se han presentado asesinatos en masa sin ninguna explicación, conmocionando a la población de sus países en los diferentes continentes. El delito económico se enseñorea en la corrupción y extorsión a niveles superiores del gobierno, la industria y la banca.

Que decir del tráfico de enervantes que ha adquirido dimensiones inimaginables, convirtiéndose en una tragedia de proporciones mundiales arruinando la vida de cientos de individuos drogadictos, exponiendo a millones de ciudadanos con una violencia sin límites y enriqueciendo de forma increíble a los autores que se enfrentan abiertamente a las autoridades estatales.

Asimismo, la irracional destrucción del ambiente en niveles tan alarmantes, tanto por accidentes hechos de la naturaleza de carácter catastrófico, como por el insidioso pillaje gradual, ha hecho patente la necesidad de penalizar estas actividades que atentan contra la existencia misma de nuestro planeta.

13. EL COSTO DEL DELITO

Cabe hacer referencia, finalmente, al costo social y económico de los delitos, asunto del que hace ya muchos años se ocupara nuestro inolvidable amigo Alfonso Quiroz Cuarón y la forma en la cual, en términos financieros, impacta a la comunidad y al Estado.

Sólo mencionaríamos los cálculos que se incluyen con el fin de subrayar la importancia del permanente combate a la delincuencia y la problemática que su transnacionalización significa para todo el mundo.

Se afecta todo el sistema de justicia penal que incluye desde la policía y los investigadores, el Ministerio Público, la judicatura, el sistema penitenciario y de rehabilitación hasta los apoyos a la víctima y una diversidad de servicios conexos, a los que de tan cáustica manera hace alusión Elías Neuman al ocuparse de "Los que viven del delito y los otros"¹⁶ y que constituye una dolorosa realidad y una sistemática necropsia del mundo del delito y sus alrededores.

Este escurridizo "costo del delito" tan difícil de precisar y evaluar en cuanto a su impacto económico y su permanente acumulación, aunado al costo social, entendido como el sufrimiento ocasionado por los delitos y la pérdida temporal o permanente de capacidad productiva, son aspectos que no pueden soslayarse por sus dimensiones dolorosas e inimaginables consecuencias, en especial para los niveles de vida de la población.

En términos puramente económico contables, podemos hablar de costo directo e indirecto y tener alguna idea cuantitativa por su participación en el presupuesto estatal, haciendo una medición monetaria del sistema de prevención del delito, administración de justicia y la ejecución penal.

¹⁶ Neuman, Elías, *Los que Viven del Delito y los Otros*. Buenos Aires, Siglo XXI, 1990.

Por ejemplo, los países altamente desarrollados dedican un promedio entre el 2% y 3% de sus presupuestos a la lucha contra el delito.

Los países en desarrollo dedican, a veces inútilmente, entre el 9% y el 14%, sumándose un total aproximado de 300,000 millones de dólares, lo que a este fin dedican los gobiernos nacionales y que por cierto vale decirlo, está superado por los ingresos, calculados mundialmente, obtenidos por el tráfico de estupefacientes.

En lo que toca a los particulares, los costos financieros para las víctimas de la delincuencia están representados por gastos médicos, pérdida de ingresos y bienes, además de las consecuencias físicas que a veces son notorias y breves o crónicas y causan sufrimiento psicológico y social, como la pérdida del empleo que genera sentimientos de inseguridad ante alguna incapacidad física o secuelas psicológica que llevan al alejamiento de las víctimas del resto de la comunidad.

Los efectos psicológicos resultantes de los delitos violentos como los sexuales, los robos con allanamiento de morada y algunos otros son especialmente traumáticos y orillan a las víctimas a penosos sentimientos de temor, vergüenza, depresión y culpa, con consecuencias para su capacidad laboral y en general para toda su vida social.

Hemos de concluir este trabajo con algunas reflexiones finales que nos obligan a percibir realmente las dimensiones del problema delictivo, nacional e internacionalmente considerado, que nos exigen cooperación internacional, inversión interna, planeación de lucha y el reconocimiento de la importancia que tiene éste, para incluir la prevención delictiva en el Plan Nacional de Desarrollo, debidamente pensada, para decidir con mayor certeza una política legislativa penal adecuada y no simplemente copiar medidas de otros países sino buscar obtener, razonadamente, los beneficios de la experiencia de estos. Pero fundamentarnos en un conocimiento cierto de la realidad del mundo criminal en nuestro país, llevando a la práctica los estudios criminológicos que nos proporcionen esta visión.

No se puede pensar en la adopción de leyes de manera indiscriminada. Aun cuando hayan funcionado adecuadamente en otros países, se tiene que analizar su contenido, confrontándolo con todo el sistema legislativo del país así como su filosofía, para no

incrustar modelos ajenos que inclusive pueden contradecir algunas cuestiones ya reglamentadas o previstas en otras leyes.

El mundo del Derecho Penal y de la Criminalidad presenta aspectos delicados que exigen decisiones cuidadosas que no se lleven a cabo simplemente por posturas de opinión pública, populismo o partidismo, pues afectan las fibras más sensibles de la población y pueden lesionar las buenas relaciones entre el Estado y los individuos que de él dependen.

Colaboración internacional sí, globalización irremediable, tal vez, pero con los tiempos necesarios y razonadamente para no descender en la escala mundial y no someter, en aras de la globalización, los derechos más importantes del ser humano.

LA TUTELA PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO COMPARADO

Felipe Renart García

Profesor de la Universidad de Alicante, España.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y PATRIMONIO HISTÓRICO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Si, como señalara ANTOLISEI, “la noción de bien jurídico es indispensable para la interpretación de la Ley” (1), en la protección penal del Patrimonio Histórico tal investigación se hace particularmente necesaria a la vista de la novedosa tipificación que el legislador de 1995 emprende y que supone un giro copernicano respecto de la anterior normativa. Y es que la concreción de cuál haya de ser el bien o los bienes jurídicos a proteger penalmente nos aportará un criterio de selección y exclusión de las conductas que hayan de criminalizarse y, con ello, un criterio enormemente útil para la interpretación de los tipos.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, derivado de la proclamación contenida en el art. 1 de la Constitución de 1978 por la que España se constituye en un “Estado social y democrático de Derecho”, supone una rigurosa selección de los intereses susceptibles de protección penal en aras del mantenimiento de un orden social regido por los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Lo particularmente significativo en nuestra materia es que la selección de intereses a la que aludíamos la realiza, en este caso, el propio constituyente al elevar el Patrimonio Histórico a la categoría de bien jurídico mediante el mandato de criminalización que efectúa en el art. 46. Sin embargo, la existencia de la referida exigencia no nos exime de la obligación de concretar el contenido del bien jurídico con el fin de que desempeñe su esencial función de garantía y de límite al *ius puniendi*.

1. ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal Parte General*. traducción de Juan Del Rosal y Angel Torío, Buenos Aires, 1960, p. 134.

Para ello, entendemos necesario proceder al análisis de los distintos sistemas de protección existentes en el Derecho comparado, así como del proceso legislativo que se inicia en nuestro país con el Proyecto de Código penal de 1980, sin olvidar todos aquellos elementos indiciarios – como la ubicación sistemática de los delitos contra el Patrimonio Histórico en el actual Capítulo II del Título XVI – que faciliten la concreción del bien jurídico protegido.

2. LOS DISTINTOS MODELOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA EN LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

2. 1. La tutela penal indirecta como paradigma de la supremacía del interés individual frente al interés general. Su vinculación con la tradicional noción patrimonialista del elemento cultural

Un número considerable de legislaciones afronta la tutela del patrimonio cultural a través de un sistema indirecto de protección fundamentalmente basado en la agravación de los tipos básicos en los delitos contra el patrimonio; así, mediante la introducción de circunstancias calificativas de contenido cultural, el legislador opta por no dotar de autonomía al bien jurídico sino, por el contrario, por supeditar la tutela del bien cultural al núcleo del tipo básico de cada una de las figuras penales de las que es tributario. Este sistema, profundamente enraizado por la tradicional sobreprotección penal de la propiedad privada, articula la tutela desde la materialidad y especificidad del objeto, prevaleciendo así el interés individual frente al general. La titularidad del bien y, en ocasiones, su valor económico como criterio fundamentador de una mayor penalidad se erigen en elementos rectores de un sistema, por demás, ampliamente arraigado.

2. 1. 1. La protección indirecta a través del Código penal

Un gran número de legislaciones foráneas emprende la protección del Patrimonio Histórico a través de los delitos contra el patrimonio en general y del delito de **daños** en particular, lo que evidencia la importancia, criminológicamente contrastada, de los actos de destrucción y de grave alteración respecto de otros comportamientos considerados menos lesivos.

En este sentido, un primer grupo de países -es el caso de los Códigos penales de Argentina (art. 184), Chile (art. 485. 5º y 7º) y México (art. 397)- se inspira en el ya lejano art. 475 del Código penal español de 1850 para agravar la pena del delito de daños cuando la acción típica recae sobre bienes de titularidad pública susceptibles de detentar un valor cultural -archivos, registros, bibliotecas o museos públicos- y el resultado del ataque lesivo es económicamente cuantificable ⁽²⁾. La titularidad y la naturaleza pública del bien como exigencia del tipo y la opción legislativa por limitar cuantitativa y cualitativamente los bienes tutelados genera una protección sectorial e ineficaz, reflejo de planteamientos político-criminales ampliamente superados.

Con una técnica legislativa más acorde con las últimas tendencias y, fundamentalmente, con una mayor ambición y voluntad tuteladora del patrimonio cultural, la mayoría de los Códigos penales latinoamericanos y europeos amplía el círculo punitivo al referirse, expresamente, a bienes u objetos que presentan un interés histórico, artístico, científico o cultural. Ya no se trata de la tutela de determinados bienes públicos sino de la protección del valor cultural *per se* aunque limitada, eso sí, por el interés individual que la norma ampara en última instancia. En esa línea, y siempre respecto del delito de daños, se enmarcan los textos punitivos de Honduras (art. 255. 5), Paraguay (art. 158. 1), El Salvador (art. 254. 3), Costa Rica (art. 229. 1), Colombia (art. 371. 4), Brasil (art. 165), Perú (art. 206), Portugal (art. 213. 1 y 2) y Alemania (§ 304) ⁽³⁾.

2. En el caso chileno, el daño debe exceder la cantidad de cien unidades tributarias mensuales. Ampliamente, ETCHEBERRY, A.: *Derecho penal. Parte Especial*, tomo III, 3ª ed. revisada y actualizada 1997, Santiago de Chile, 1998, pp. 480 y ss; VERDUGO MARINKOVIC, M.: *Código penal. Concordancias, antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia*, tomo III, Santiago de Chile, 1986, pp. 1056 y ss; CREUS, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1993, pp. 604 y ss.

3. En este sentido, el art. 254. 3 del Código penal salvadoreño se refiere a "cosas de valor científico, artístico, histórico, cultural o religioso"; el art. 371. 4 del Texto punitivo colombiano a "objetos de interés científico, histórico, asistencial, educativo, cultural o artístico"; el Código peruano, en su art. 230, a "bienes culturales"; el art. 213. 1 del Código penal portugués a "cosa perteneciente al patrimonio cultural" y, en su núm. 2, a "cosa ajena que posea un importante valor científico, artístico o histórico"; el art. 158. 1 del Código penal paraguayo a "cosa significativa para el arte, la ciencia, la historia o el desarrollo técnico" y, por último, el Código penal hondureño a "objeto de interés científico, histórico, asistencial, educativo, cultural o artístico".

El segundo grupo de figuras delictivas predominantes en este sistema de tutela indirecta viene constituido, aunque en menor medida, por delitos de desapoderamiento -hurto y robo- en los que la agravación versa sobre bienes de interés histórico, científico, artístico o cultural. Así, el art. 162. 1º. 2 del Código penal paraguayo castiga como hurto agravado la acción recayente sobre una cosa significativa para el arte, la ciencia, la historia o el desarrollo técnico siempre que se halle en una colección de acceso público o que esté públicamente expuesta; en la misma línea, el texto punitivo de Costa Rica aumenta la pena de los delitos de hurto y robo -en sus arts. 209. 6 y 213. 3- si el objeto material lo constituyen cosas de valor científico, artístico y cultural, cuando por el lugar en que encuentren estén destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas, o libradas a la confianza pública.

En las legislaciones pertenecientes a nuestro entorno cultural, el art. 204. 2. d) del Código penal Portugués y el parágrafo 243. 5 del StGB alemán incrementan notablemente la pena prevista en el tipo básico del delito de hurto si la acción recae sobre cosa mueble ajena que tenga importante valor científico, artístico o histórico y se encuentre en colección o exposición públicas o de acceso al público (4).

2. 1. 2. La tutela penal del patrimonio cultural mediante la tipificación simultánea de conductas lesivas en el Código penal y en leyes especiales. La legislación francesa e italiana en particular

Frente a la tradicional técnica legislativa por la que se afronta la tutela penal del patrimonio cultural a través de la tipificación de conductas lesivas en un solo texto normativo, determinadas legislaciones optan por configurar su política proteccionista mediante el recurso combinado al Código penal y a leyes especiales. Desde un planteamiento estrictamente teórico, la doctrina que ampara este sistema - adoptado principalmente por las legislaciones francesa e italiana - lo justifica por el grado de especialización de la actual normativa sobre patrimonio cultural y por ser el más adecuado, por su vocación globalizadora, para garantizar la ausencia de lagunas

4. El parágrafo 243. 5 del texto alemán añade el "desarrollo tecnológico" a los valores mencionados.

punitivas. Sin embargo, del análisis de ambos ordenes normativos se desprende la falta de coordinación entre la regulación administrativa y penal, la no previsión de ataques socialmente dañinos contra determinados bienes culturales, supuestos de doble tipicidad entre las leyes especiales y el Código penal y vulneraciones puntuales del principio de mínima intervención originadas por la criminalización de atentados que debieran constituirse en simples ilícitos administrativos ⁽⁵⁾. Consecuentemente, es fácil observar cómo ambas legislaciones desatienden la necesidad a la que NUVOLONE alude de “guardarse de la administrativización del derecho penal” por constituir “una hipocresía característica de los Estados de policía que termina con destruir de hecho los principios de legalidad y personalidad de la responsabilidad penal” ⁽⁶⁾.

En definitiva, el sistema de protección instaurado por las legislaciones francesa e italiana -cuya exposición emprendemos a continuación- resulta claramente inadecuado al presentar una excesiva dispersión y un solapamiento normativo entre ordenes jurídicos distintos, dificultando así no sólo una correcta labor exegética sino, fundamentalmente, una correcta aplicación de los tipos penales y una eficaz defensa del patrimonio cultural.

2. 1. 2. 1. Francia

Desde el decreto revolucionario de 13 de abril de 1793 -por el que se castigaban los actos de destrucción y grave deterioro de las obras de arte y esculturas del jardín de *Las Tuilerias*- el legislador francés ha protegido su patrimonio cultural mediante la previsión de disposiciones penales en las numerosas leyes especiales que regulan la materia. La legislación francesa en este ámbito constituye un verdadero aluvión normativo, caracterizado por la fragmentación y por la desconexión entre las distintas regulaciones ⁽⁷⁾.

5. En este último sentido y respecto de la doctrina italiana, por todos, ROTILI, B.: *La tutela penale delle cose di interesse artistico e storico*, Nápoles, 1978, p. 40.

6. NUVOLONE, P.: “Relazione di sintesi”, en *La tutela penale del patrimonio artistico. Atti del sesto simposio di studi di Diritto e Procedura Penali*, Milán, 1977, p. 319.

7. En idéntico sentido, PONTIER, J. M.; RICCI, J. C. y BOURDON, J.: *Droit...*, ob. cit., p. 341. Se equivoca, pues, PÉREZ ALONSO (“Los delitos...”, ob. cit., p. 615) cuando señala que en Francia la protección penal del patrimonio cultural se articula exclusivamente en torno al Código penal y no en leyes especiales.

Nos hallamos ante una tutela sectorial que ha originado, en última instancia, una normativa caótica y confusa, con continuas remisiones a preceptos penales recogidos en otras leyes especiales -e incluso en Códigos penales derogados- y una inseguridad jurídica difícilmente conciliable con los principios penales dimanantes de un Estado de Derecho.

Un análisis exhaustivo de la regulación penal francesa debe abordarse en Capítulo distinto del que ahora nos ocupa; sin embargo, una mejor comprensión del sistema de tutela vigente y una visión global de la problemática planteada exige una exposición sucinta de la normativa actual.

La Ley de Monumentos Históricos de 31 de diciembre de 1913, piedra angular del sistema proteccionista francés ⁽⁸⁾, refleja, a pesar de su vocación unificadora, la dispersión y la falta de sistemática con la que el legislador francés protege su patrimonio cultural. Si es criticable la criminalización que acomete, en sus arts. 29 a 34 bis, de conductas de muy distinta naturaleza vinculadas, en todo caso, al incumplimiento de obligaciones de carácter administrativo ⁽⁹⁾, mayor reproche merece la adopción de una técnica legislativa basada en constantes remisiones normativas que hoy, y pese al espíritu unificador de la Ley de 15 de julio de 1980, sigue vigente. Siendo esto así, no debe sorprender que el art. 30 bis castigue todas aquellas conductas que contravengan lo dispuesto en los arts. 13 bis y 13 ter de la Ley de Monumentos con las penas previstas... en el art. L. 480 - 4 del Código de Urbanismo ⁽¹⁰⁾.

En esa línea, los arts. 28 a 31 de la vigente Ley de Archivos de 3 de enero de 1979 establecen penas de prisión y multa para los supuestos de destrucción, grave deterioro, malversación, cesión, exportación o explotación de títulos o documentos incluidos en

8. Objeto de sucesivas reformas: Ley de 23 de julio de 1927; Ley núm. 43-92, de 25 de febrero de 1943; Ley núm. 70-1219, de 23 de diciembre de 1970; Ley núm. 76-1285, de 31 de diciembre de 1976; Decreto núm. 77-1468, de 30 de diciembre de 1977 y Ley núm. 85 - 835, de 7 de agosto de 1985.

9. Amplia y particularmente crítico, FRIER, P. L.: *Droit...*, ob. cit., pp. 130 y ss; WOLKOWITSCH, G.: *Archives...*, ob. cit., pp. 207 y ss.

10. En la misma línea, los arts. 21 a 23 de la Ley de 2 de mayo de 1930 por la que se reorganiza la protección de los monumentos naturales y lugares con valor artístico, histórico, científico, legendario o pintoresco, remiten la pena a lo dispuesto en el Código de Urbanismo (art. L 480-4) y al Código penal (arts. 322-2 y 463). Para un exhaustivo estudio sobre la materia, FRIER, P. L.: *Infractions pénales, Urbanisme*, Paris, 1997.

archivos, públicos o privados, sobre los que haya recaído una previa declaración administrativa... “sin perjuicio de la aplicación de los arts. 322-2 y 432-15 del Código penal”. Paralelamente, el art. 29 tipifica la vulneración de lo prescrito en los arts. 2 y 10, remitiendo la sanción a lo previsto en los arts. 226-13 y 226-14 del Código penal.

Remisiones y dispersión normativa que se observan, asimismo, en la protección penal del patrimonio arqueológico francés ya que, a la tutela genérica vertebrada, fundamentalmente, por las Leyes de 27 de septiembre de 1941 y 15 de julio de 1980, se une la dispensada singularmente por las leyes de 1 y 18 de diciembre de 1989, relativas a los bienes culturales marítimos y a los detectores de metales ⁽¹¹⁾.

En materia de exportación ilegal, la vigente Ley de 31 de diciembre de 1992, sobre productos sometidos a determinadas restricciones de circulación ⁽¹²⁾, tipifica la inobservancia de formalidades administrativas en la exportación de bienes culturales y la exportación ilegal – consumada o en grado de tentativa - de bienes culturales calificados como tesoros nacionales, estableciendo para esta última conducta la pena de dos años de prisión y multa de tres millones de francos (art.13).

Nos encontramos así con un cuadro normativo complejo en el que la existencia de abundantes disposiciones penales y la ausencia de armonización legislativa favorece la aparición de preceptos entrecruzados o solapados e, incluso, de normas de vigencia incierta ⁽¹³⁾. Y todo ello pese al intento de unificación realizado por el nuevo Código penal de 1994 al castigar con la pena de tres años de prisión y multa de 300. 000 francos la destrucción, alteración o deterioro de un bien inmueble o mueble clasificado o registrado, de un hallazgo arqueológico fortuito o producido en el curso de una excavación, de un yacimiento conteniendo vestigios arqueológicos o de un objeto

11. Ámpliamente, RIOU, A.: *Le Droit de la Culture et le droit à la culture*, Paris, 1996, pp. 145 y ss.

12. Desarrollada por el Decreto nº 93-124, de 23 de enero de 1993 (*Journal Officiel* de 30 de enero de 1993, pp. 1600 y ss) y modificada por Ley nº 94-679, de 8 de agosto de 1994 (*Journal Officiel* de 10 de agosto de 1994, pp. 11.668 y ss).

13. Particularmente críticos, POLI, J. F.: *La protection des biens culturels meubles*, Paris, 1996, pp. 290 y ss; RIGAMBERT, C.: *Le Droit...*, ob. cit., p. 117. Ámpliamente, ROUJOU DE BOUBÉE, G.; BOULOC, B.; FRANCILLON, J. y MAYAUD, Y.: *Code pénal commenté*, París, 1996, pp. 594 y ss.

habitualmente conservado o depositado en museos, bibliotecas o archivos pertenecientes a una persona pública, encargada de un servicio público o de reconocida utilidad pública ⁽¹⁴⁾.

2. 1. 2. 2. Italia

Aunque la primera disposición penal protectora del patrimonio cultural italiano se remonta a 1902 -año en que se aprueba la Ley n° 185, de 12 de junio-, el principal instrumento jurídico por el que se tutelan los bienes históricos, artísticos y culturales lo constituye la importante Ley n° 1089, de 1 de junio de 1939; Ley que, pese a sus notables carencias técnicas -ampliamente resaltadas por la doctrina ⁽¹⁵⁾-pretende unificar una materia tradicionalmente dispersa y asentar los principios generales y las instituciones fundamentales en el ámbito cultural.

A diferencia de la alambicada legislación francesa, la protección penal del patrimonio cultural italiano se cimenta en los arts. 733 del Código penal y 58 a 70 de la ley especial antes citada ⁽¹⁶⁾; sin embargo, y pese al esfuerzo de unificación y economía legislativa realizado, nos hallamos, una vez más, ante un cuadro normativo de extraordinaria complejidad. Por una parte, las sucesivas modificaciones operadas - destacando la llevada a cabo por la Ley n° 44, de 1 de marzo de 1975 ⁽¹⁷⁾ - generan inseguridad jurídica al dificultar una correcta labor exegética y plantear constantes dudas sobre la vigencia de determinadas disposiciones; por otra parte, existe un evidente defecto de coordinación,

14. Redacción conforme a la última modificación operada por la Ley núm. 95-877 de 3 de agosto de 1995. A tenor de la misma se introduce un último párrafo por el que se declara, asimismo, sujeto activo del delito al propietario del bien destruido, alterado o deteriorado. BERNARDINI (*Droit Pénal Spécial. Principaux crimes et délits contre les personnes et contres les biens*, Paris, 2000, p. 183) pone de manifiesto la modernización de estos delitos que ya la reforma de 1992 propició.

15. Por todos, PIOLETTI, G.: "Patrimonio artistico e storico nazionale (reati contro il)", en *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milán, 1982, p. 387.

16. En concreto, el art. 733 del Código penal dispone que "quien destruya, deteriore o de cualquier forma dañe un monumento u otra cosa propia que tenga un relevante valor, será castigado, si del hecho deriva un daño al patrimonio arqueológico, histórico o nacional, con la pena de arresto de hasta un año o con multa no inferior a 4.000.000 de Liras. Puede ser ordenada la confiscación de la cosa deteriorada o de cualquier forma dañada".

17. Para una amplia ilustración sobre las constantes modificaciones habidas desde principios de siglo hasta la actualidad, CORTESE, W.: *I beni culturali e ambientali. Profili normativi*, Padova, 1999, pp. 365 y ss.

reiteradamente denunciado por la doctrina, entre el Código penal y la ley especial ⁽¹⁸⁾, que conduce a una protección limitada del patrimonio cultural -pese al establecimiento de un régimen sancionador marcado por la dureza de las penas aplicables- y a aconsejar la reconducción de la totalidad de infracciones al Código penal, corrigiendo de este modo el actual sistema de tutela.

En definitiva, el sistema bifronte de protección penal adoptado por el legislador italiano, tipificando conductas de muy distinta naturaleza en el Código penal y en leyes especiales, no impide que existan “notables lagunas a la hora de sancionar determinados atentados socialmente dañinos contra concretos bienes culturales” ⁽¹⁹⁾ y que se produzcan casos de doble tipicidad de supuestos entre ambos cuerpos legales.

En efecto, el art. 59 de la Ley especial castiga con la pena de multa de 1.500.000 a 75.000.000 de Liras y arresto de 6 meses a un año a quien, sin la preceptiva autorización de la autoridad competente, efectúe operaciones de demolición, remoción, modificación y restauración de cosas sometidas a vínculos culturales.

18. MANZINI, V.: *Trattato di Diritto penale italiano*, 4ª ed. aggiornata, vol. X, a cura del prof. Pietro Nuvolone, Torino, 1964, p. 1079; FRANCO, A.: “Art. 733”, en AGRO, A. S.; GOLDONI, U.; MORELLI, M. R; PISANI, A. y TOTH, L.: *Codice penale commentato*, 3ª ed., Torino, 1995, p. 2158; DANESIN, F.: “Art. 733”, en CRESPI, A.; ZUCCALÀ, G. y STELLA, F.: *Commentario breve al Codice penale*, 4ª ed., Milán, 1996, pp. 1906 y ss; BELLACOSA, M.: “Patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale [tutela penale del]”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXII, Roma, 1990, 5; MANSI: *La tutela dei beni culturale*, Milán, 1993, p. 409; ZANNOTTI, R.: “L’art. 733 c. p. e la tutela del patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale”, en *Cassazione penale*, 1997, p. 1347. En la doctrina española, ACALE SÁNCHEZ, Mª.: “La protección penal del ambiente frente a las agresiones urbanísticas en la legislación italiana”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 60, Madrid, 1996, pp. 688 y ss.

19. SALINERO ALONSO, C.: *La protección...*, ob. cit., p. 204. En idéntico sentido, MOCCIA, S.: “Riflessioni sulla tutela penale del beni culturali”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 4, Milán, 1993, p. 1294.

2. 1. 3. La tutela del patrimonio cultural mediante el recurso exclusivo o preferente a la ley especial. Los ejemplos de Suiza y Méjico

2. 1. 3. 1. Suiza

En desarrollo del mandato recogido en el art. 24 *sexies* de la Constitución suiza por el que se constriñe a la Confederación a “proteger y conservar intactos los monumentos allí donde exista un interés general preponderante”, la Ley Federal de 1 de julio de 1966 sobre la Protección de la Naturaleza y del Paisaje se erige - pese a la inexactitud de su título - en el principal texto normativo dirigido a la defensa del patrimonio cultural suizo ⁽²⁰⁾. Con un objetivo prioritario centrado en la tutela y conservación de los monumentos históricos (art. 1) esta Ley constituye el único instrumento jurídico por el que se reprime penalmente la destrucción y el grave daño a los monumentos inventariados ⁽²¹⁾, previéndose una pena alternativa de prisión de hasta un año o multa de hasta 100. 000 francos en los supuestos de comisión dolosa y ausencia de autorización (art. 24. 1. a) ⁽²²⁾ y arresto o multa de hasta 40.000 francos si el sujeto activo actúa imprudentemente (art. 24. 2). En todo caso, el art. 24 e) faculta al Juez para ordenar que el importe de la reparación de los daños o de la indemnización prevista para el supuesto de daño irreparable corran a cargo del condenado.

20. Para un tratamiento exhaustivo de la materia en el Derecho suizo, VOGEL, Ph.: *La protection...*, ob. cit., pp. 20 y ss; KNAPP, B.: “La protection des biens culturels”, en *Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé*, Zurich, 1990, pp. 227 y ss.

21. La Ley Federal de Ordenación del Territorio, de 22 de junio de 1979, constituye el segundo instrumento jurídico de tutela del patrimonio cultural al proclamar, en su art. 17, “los lugares históricos y los monumentos naturales o culturales” como zonas especialmente protegidas; sin embargo, no prevé ninguna disposición penal que reprima los atentados cometidos sobre los mismos.

22. Redacción conforme a lo previsto en la modificaciones operadas por la Ley Federal de 24 de marzo de 1995, en vigor desde el 1 de febrero de 1996 (*Recueil Officiel 1996* 214 224; *Feuille Fédérale 1991* III 1137) y por la Ley de 21 de junio de 1996, en vigor desde el 1 de julio de 1997 (*RO 1997* 1152 1153; *FF 1995* IV 621). Para una amplia ilustración sobre el sistema suizo de protección del patrimonio cultural y de los diversos proyectos legislativos y textos consolidados en la materia, CORNU, M.: *Compétences culturelles en Europe et principe de subsidiarité*, Bruxelles, 1993, pp. 23 y ss.

2. 1. 3. 2. México

México afronta la protección penal de su patrimonio cultural en el Capítulo VI de la Ley federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, de 28 de abril de 1972. La tipificación, en el art. 397 del Código penal federal, de los daños en propiedad ajena producidos en bibliotecas, museos, templos y monumentos públicos no responde a una protección del patrimonio cultural en sí mismo considerado; antes bien, la tutela del valor cultural *per se*, motivada exclusivamente por las características histórico - artísticas del bien con independencia de su titularidad es únicamente predicable de la ley especial antes citada. Y ello por cuanto el legislador mexicano acomete mediante la misma una protección integral a través de la tipificación de conductas lesivas de muy distinto signo recayentes sobre un objeto material generosamente configurado. En efecto, por centrarnos exclusivamente en la figura de daños, el art. 52 prevé la pena de prisión de dos a diez años y multa hasta por el valor del daño causado al que por medio de incendio, inundación o explosión dañe o destruya un monumento arqueológico, artístico o histórico, imponiéndose la pena de prisión de uno a diez años y multa al que proceda al daño o destrucción de los mismos por cualquier otro medio.

Las definiciones de monumento arqueológico (art. 28), artístico (art. 33) e histórico (arts. 35 y 36) que la ley ofrece presentan un grado de abstracción lo suficientemente amplio como para dejar traslucir la voluntad legislativa de acometer una protección integral del patrimonio cultural ⁽²³⁾. Sin embargo, la generalidad e indeterminación

23. El art. 28 define los monumentos arqueológicos como los bienes muebles e inmuebles, producto de culturas anteriores al establecimiento de la Hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, de la flora y de la fauna, relacionados con esas culturas. A su vez, el art. 33 proclama que son monumentos artísticos los bienes muebles e inmuebles que revistan valor estético relevante, presentando como características que denoten la citada relevancia artística la representatividad, la inserción en determinada corriente estilística, el grado de innovación, materiales y técnicas utilizadas y otras análogas. Monumentos históricos son - para el art. 35 - los bienes vinculados con la historia de la nación, a partir del establecimiento de la cultura hispánica en el país, en los términos de la declaratoria respectiva o por determinación de la ley. Según reza el art. 36, son monumentos históricos por determinación de la ley: I. Los inmuebles construidos en los siglos XVI al XIX, destinados a templos y sus anexos; arzobispados, obispados y casas rurales; seminarios, conventos o cualesquiera otros dedicados a la administración, divulgación, enseñanza, a fines asistenciales o

de los conceptos manejados - por demás necesarios si se aspira a una protección real del patrimonio histórico - no empecen que la seguridad jurídica se vea reforzada al limitarse la protección penal a los bienes arqueológicos, artísticos e históricos determinados por la ley o declarados como tales por la autoridad administrativa competente, de oficio o a petición de parte (art. 5).

2. 2. La tutela penal directa y la consagración del valor cultural como bien jurídico autónomo de naturaleza supraindividual

La naturaleza supraindividual de determinados bienes jurídicos y su identificación con la noción de interés general propicia la existencia de un sistema penal que afronte directamente la tutela de los bienes culturales. El carácter autónomo del bien jurídico protegido genera una protección articulada a través de Títulos o Capítulos específicos e independientes en los que se pretende evidenciar su desvinculación respecto de otras figuras delictivas cuyo eje central gira en torno a la idea de interés individual y en los que la titularidad del bien se erige en elemento nuclear del tipo. En esa línea se integra la legislación penal cubana.

La Constitución de la República de Cuba de 1976, reformada en 1992, establece, entre los postulados de su política cultural, que “el Estado vela por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la Nación”, al mismo tiempo que “protege los monumentos nacionales y los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico” (art. 38). En base a esta declaración constitucional, el legislador penal cubano afronta el tratamiento penal del patrimonio cultural desde una perspectiva inusual, conformando la tutela del mismo de un modo directo y

benéficos; al servicio y ornato público y al uso de la autoridades civiles y militares. Los muebles que se encuentren o se hayan encontrado en dichos inmuebles y las obras civiles relevantes de carácter privado realizadas en los siglos XVI al XIX inclusive. II. Los documentos y expedientes que pertenezcan o hayan pertenecido a las oficinas y archivos de la Federación, de los Estados o de los Municipios y de las casas curiales. III. Los documentos originales manuscritos relacionados en la historia de México y los libros, folletos y otros impresos en México o en el extranjero, durante los siglos XVI al XIX que por su rareza e importancia para la historia mexicana, merezcan ser conservados en el país. IV. Las colecciones científicas y técnicas podrán elevarse a esta categoría, mediante la declaratoria correspondiente.

específico mediante la creación de un Título independiente -el Sexto- que deja traslucir el carácter colectivo del bien jurídico protegido.

En efecto, El Código penal cubano de 1987, reformado mediante Ley n° 87, de 26 de febrero de 1999, dedica su Título VI a los "Delitos contra el Patrimonio Cultural", dividiendo el mismo en cuatro Capítulos cuyo contenido se ha visto sensiblemente afectado por las importantes modificaciones introducidas por la Ley de 1999 anteriormente citada, sin que la sistemática seguida por el legislador cubano se haya visto por ello alterada. Puede, por lo tanto, distinguirse entre un Capítulo I referido a los "Daños a bienes del Patrimonio Cultural" (art. 243); un Capítulo II sobre "Extracción ilegal del país de bienes del patrimonio cultural" (art. 244); el Capítulo III respecto de la "Transmisión, tenencia ilegal de bienes del Patrimonio Cultural y falsificación de obras de arte" (arts. 245 y 246) y, por último, un Capítulo IV sobre "Exploración arqueológica ilegal" (art. 247).

Lo particularmente significativo de la legislación cubana es la ausencia de previsión del elemento cultural como circunstancia calificativa en los delitos contra el patrimonio, en clara disensión con el resto de legislaciones de su entorno cultural; por tal motivo, entendemos que la dimensión social del objeto de tutela en el Título VI queda notablemente reforzada al adquirir el carácter de protección exclusiva. La defensa del patrimonio cultural a través de los delitos contra el patrimonio - pese a la reciente reforma de 1999 antes citada - podría únicamente contemplarse mediante el encaje del objeto material, en una interpretación forzada, dentro de circunstancias agravatorias que no nacieron, evidentemente, con el propósito de tutelar valores de contenido inmaterial o espiritual. Así, respecto del hurto (art. 322. 2 d) y de la estafa (art. 334. 3) sería susceptible de aplicación la agravante de "grave perjuicio", mientras que en el caso del robo con fuerza en las cosas (art. 328. 2. d), apropiación indebida (art. 335. 2) y malversación (art. 336. 2) lo sería la de "objetos de considerable valor".

Por ello, la iniciativa que el legislador penal cubano ya emprendiera en el Código penal de 1979 -y que permanece en la actualidad- de tipificar en Capítulo autónomo los atentados contra el Patrimonio cultural merece una lectura altamente positiva al reflejar no sólo una especial sensibilidad y preocupación por salvaguardar su acervo cultural sino, principalmente, una plausible captación del valor y de la función de los bienes culturales sobre el conjunto de la sociedad.

2. 3. El sistema ecléctico seguido por el Código penal peruano de 1991 y por el Código penal español de 1995

2. 3. 1. Perú

Los continuos actos de depredación verificados en el ingente patrimonio cultural peruano no obtuvieron la necesaria respuesta punitiva por parte del legislador penal de 1924 ⁽²⁴⁾; si la intervención del Derecho penal se justificaba ante la imperiosa necesidad jurídica y la exigencia social de contener y disuadir el alarmante avance de la “delincuencia cultural”, el juez penal se veía constreñido a recurrir al tipo penal básico o al esquema central que describían las figuras de los delitos contra el patrimonio y el delito de contrabando para tratar de encuadrar como hechos punibles las conductas de lesa cultura ⁽²⁵⁾.

A partir de los años 80, la ausencia de una normativa adecuada y realista provoca que la doctrina mayoritaria reivindique la necesidad de introducir, cuando menos, circunstancias agravatorias específicas que otorguen un plus de antijuridicidad a la conducta lesiva del Patrimonio Cultural peruano ⁽²⁶⁾; así, con notable retraso, en los Proyectos de

24. Justificada por la evidente influencia en el mismo de los proyectos suizos de 1915, 1916 y 1918 que no tenían necesidad de criminalizar las conductas de lesa cultura a la vista de la realidad delictiva de suiza. En ese sentido, HURTADO POZO, J.: *L'influence de la législation pénale suisse sur le Code Pénal péruvien (partie générale)*, Bienne, 1972, pp. 169 y ss.; LAMAS PUCCIO, L.: «Sanción penal y Patrimonio Cultural», en *Thémis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 5, Lima, 1986, p. 41.

25. Circunstancia puesta de manifiesto, entre otros, por LAMAS PUCCIO (“Los delitos contra el patrimonio cultural”, en *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, núm. 1, Lima, 1984, p. 55) al resaltar cómo las actividades ilícitas de saqueo o de excavaciones clandestinas que se producían en perjuicio de los monumentos arqueológicos se tipificaban como delitos de “daños”, sin que se tuviera en cuenta que lo que se estaba castigando no era solamente una acción de tipo dañosa sino una conducta delictiva notablemente agravada por la trascendencia cultural e histórica de la cosa que se había dañado. Sobre la legislación anterior a 1991, ampliamente, PEÑA CABRERA, R.: *Derecho Penal peruano. Parte Especial*, vol. III, 1ª ed., Lima, 1986; ROY FREYRE, L. E.: *Derecho Penal peruano. Parte Especial*, tomo III, Lima, 1983.

26. Así, por todos, CUADROS VILLENA, C. F.: “Bienes del patrimonio cultural de la Nación. Ley nº 24047”, en *Revista del Foro*, núm. 2, Lima, 1987, p. 137. En los distintos proyectos y anteproyectos de Código penal elaborados y publicados desde 1928 hasta 1984 no se prevé ninguna circunstancia ni figura delictiva que tutele el patrimonio cultural. Sólo en el Proyecto elaborado por la Comisión Revisora constituida mediante Ley nº 23859, publicado en agosto de 1985, se establece como circunstancia

Código penal de 1990 (arts. 226 a 231) y de 1991 (arts. 217 a 223) se empiezan ya a introducir disposiciones que tipifican las infracciones contra el Patrimonio Cultural.

El vigente Código penal de 1991 -claramente influenciado en esta materia por el texto punitivo cubano- tipifica, por primera vez en la historia del Derecho penal peruano, determinadas conductas lesivas para su acervo cultural, integrándolas en el Título VIII - "Delitos contra el Patrimonio Cultural" y en Capítulo único ⁽²⁷⁾. Se procede así a la tipificación de actos depredatorios o de explotación no autorizada de yacimientos arqueológicos (art. 226), favorecimiento delictivo (art. 227), extracción u omisión de retorno de bienes culturales (art. 228, modificado por Ley n° 26690, de 30 de noviembre de 1996), agravaciones por la cualidad del agente (art. 229) y destrucción, alteración o exportación de bienes culturales prehispánicos (art. 230).

La positiva acogida por parte de la totalidad de la doctrina se fundamenta sustancialmente en la consideración del patrimonio cultural de la nación como bien jurídico autónomo y en el reconocimiento de su naturaleza supraindividual ⁽²⁸⁾. La tutela de valores tradicionalmente unidos, como lo son el cultural y el material, quiebra para dejar paso a la protección específica y directa de un valor espiritualizado - el cultural - alejado de valoraciones económicas y de intereses jurídicos de carácter individual. Tiene, por ello, razón TALANCHA CRESPO cuando señala, justificando el novedoso Título

agravante del delito de daños el hecho que la acción delictiva recaiga sobre un bien de valor científico, artístico, histórico, cultural, militar o religioso (art. 207).

27. En la Exposición de Motivos del Código de 1991 se establece que "dada nuestra riqueza cultural y nuestra tradición milenaria, en el Preámbulo de la Constitución Política se estableció como principio la defensa del patrimonio cultural de la Patria. En el texto de nuestra norma jurídica fundamental se expresa que los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, objetos artísticos y testimonios de valor históricos, declarados patrimonio cultural de la Nación, están bajo el amparo del Estado. La Ley regula su conservación, restauración, mantenimiento y restitución. Por ello se hace necesario la represión de conductas depredadoras de los yacimientos arqueológicos prehispánicos, su tráfico ilegal y otras lesivas a dicho bien jurídico".

28. En ese sentido, PEÑA CABRERA, R.: *Nuevo Código penal comentado y leyes complementarias*, Lima, 1992, p. 251; TALANCHA CRESPO, E.: *Los delitos culturales*, Huanaco, 1993, p. 85; PRADO SALDARRIAGA, V. R.: *Todo sobre el Código penal. Comentarios y notas*, tomo I, Lima, 1996, p. 268; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "El nuevo Código penal peruano", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLIV, fasc. II, Madrid, 1991, p. 523.

VIII, que es distinto el valor cultural y el valor material que encierran los bienes culturales. La ley penal tutela únicamente el valor cultural o intrínseco que tengan. En consecuencia, la protección penal de los bienes culturales no se debe a la importancia de los materiales con que hayan sido fabricados sino por el valor y significado histórico, científico, cívico o turístico que tengan para la Nación.

El acierto del legislador peruano de 1991 reside en la creación de un capítulo autónomo y en la configuración de un bien jurídico “patrimonio cultural” distinto de los bienes jurídicos que lo constituyen; de este modo, lo que conforma el bien jurídico penal no son los objetos arqueológicos (bienes de patrimonio cultural), éstos son sólo el substrato material sobre el que incide la conducta lesiva al bien jurídico. El bien jurídico está dado por la significación que éstos guardan para la búsqueda y reconstrucción del pasado. En suma, la ley penal protege las huellas y testimonios históricos que fluyen de los bienes de patrimonio cultural y cuya protección es fundamental para el crecimiento de la cultura peruana ⁽²⁹⁾.

Sin embargo, en contra de la opinión manifestada por SALINERO ⁽³⁰⁾, el Código de 1991 tipifica otras conductas que también lesionan bienes culturales y que están ubicadas, como circunstancias calificativas, en figuras delictivas que protegen bienes jurídicos desprovistos de connotaciones culturales. Así tenemos que dentro del Título V, que describe los delitos contra el patrimonio, el art. 206 establece como circunstancia agravante del delito de daños el hecho que la acción del sujeto activo recaiga “en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas”. Igualmente, dentro del Título XII relativo a los delitos contra la seguridad pública, el art. 275 prevé como circunstancia agravante del delito de peligro común si “el incendio provoca explosión o destruye bienes de valor científico, histórico, artístico, cultural, religioso, asistencial o de importancia económica”.

En esa línea, las últimas modificaciones operadas en el Código penal respecto de los delitos contra la propiedad evidencian la voluntad

29. PEÑA CABRERA, R.: *Nuevo...*, ob. cit., p. 251; en la 1ª ed., Lima, 1991, p. 233.

30. SALINERO ALONSO, C.: *La protección...*, ob. cit., p. 201.

legislativa de criminalizar todas aquellas conductas que supongan un atentado al patrimonio cultural. Por ello, aunque la protección se dirija al patrimonio individualmente considerado, la Ley n° 26319, de 1 de junio de 1994, aumenta notablemente la pena de los delitos de hurto (art. 186) y robo (art. 189) si el apoderamiento ilegítimo recae sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación ⁽³¹⁾. De este modo, en una evolución que puede considerarse atípica en el contexto jurídico - penal al haberse tutelado, directa y específicamente, el patrimonio cultural como categoría supraindividual con anterioridad a su previsión en figuras delictivas contra el patrimonio, el legislador peruano ha pretendido resaltar el componente colectivo y autónomo del bien jurídico protegido ⁽³²⁾.

2.3.2. España

En nuestro país, la tutela del Patrimonio Histórico ha sido tradicionalmente objeto de un sistema indirecto por el que la protección de los bienes de interés histórico - artístico se articulaba en atención a bienes jurídicos que le eran absolutamente ajenos por cuanto que las conductas tipificadas suponían una lesión o puesta en peligro de la seguridad interior del Estado, del orden público y, en última instancia, del patrimonio individual. Sólo con la aprobación del Código penal de 1995 se instaura, por el contrario, un sistema de protección directa al tutelarse el Patrimonio Histórico en sí mismo considerado como bien jurídico autónomo, aunque eso sí, en coexistencia con tipos penales que contemplan residualmente determinados aspectos del Patrimonio cultural y que protegen bienes jurídicos de distinta naturaleza. Estamos en presencia – como tendremos ocasión de comprobar - ante un sistema híbrido o mixto de protección.

31. Conviene destacar las sucesivas modificaciones operadas en el art. 189 y el injustificado aumento en el *quantum* de las penas previstas, confirmándose así la tradicional sobreprotección del patrimonio individual. En este sentido, la Ley n° 26630, de 21 de junio de 1996, prevé una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años en los supuestos de robo agravado; por Decreto - Legislativo n° 896, de 24 de mayo de 1998, se modifica la penalidad anterior, estableciendo la pena de prisión no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

32. Circunstancia unánimemente puesta de relieve por la doctrina. Por todos, BRAMONT ARIAS, L. A. y BRAMONT - ARIAS TORRES, L. A.: *Código penal anotado*, Lima, 1995, p. 443.



LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER POR LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES: DESDE EL CASO *STAKIC* HASTA EL CASO *OMAR AL BASHIR**

Héctor Olásolo Slonso

Catedrático de Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional
en la Universidad de Utrecht (Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y
Criminología); Letrado de Sala de la Corte Penal Internacional (2004-2010).

I. INTRODUCCIÓN

En 1963, Claus Roxin desarrolló el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en su libro *Täterschaft und Tatherrschaft*.¹ Ese mismo año escribió un artículo aplicando dicho concepto al caso *Eichmann* en el que un miembro de las SS nazis (*Adolf Eichmann*), después de haber sido secuestrado por los servicios secretos israelíes en Buenos Aires, fue acusado ante el Tribunal de Distrito de Jerusalén de ser uno de los principales responsables del Holocausto. El nuevo enfoque dado por Roxin al concepto de autoría mediata partía de las dificultades presentadas por las doctrinas tradicionales para considerar como autores a los líderes políticos y a los comandantes

* Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente aquellas del autor y no reflejan necesariamente las opiniones de la CPI, del TPIY, de las Naciones Unidas en general o del Gobierno de España. El presente artículo ha sido escrito en el marco del proyecto de investigación sobre formas de autoría y participación en el derecho penal internacional dirigido por la profesora de Derecho Penal de la Universidad Española a Distancia (UNED) Alicia Gil y Gil.

1. C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., 1963, pp. 242 y ss. La primera edición de este libro es aquella tomada como referencia para los efectos del presente artículo. La séptima edición de este trabajo fue publicada en el año 2004. En sus siete ediciones, Roxin mantiene su explicación original en relación con el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder. Se han añadido además varios anexos en los que el propio Roxin muestra el impacto que dicho concepto ha tenido en la teoría de la ciencia penal, así como en la jurisprudencia de los tribunales alemanes y de terceros países.

militares que dirigen aparatos organizados de poder a través de las cuales se cometen los delitos.²

Para resolver estos problemas, Roxin desarrolló un concepto, según el cual, cuando las organizaciones a través de las cuales se cometían los delitos tenían ciertas características distintivas que garantizaban el cumplimiento automático de las órdenes de los superiores por sus subordinados, los primeros podían ser considerados como quienes, desde atrás, detentaban el dominio del hecho, en cuanto que decidían si los delitos eran cometidos y de qué manera serían llevados a cabo. De esta manera, se podía considerar a dichos superiores como autores mediatos incluso en aquellos casos en los que los subordinados autores directos fueran plenamente responsables por los delitos cometidos. Según Roxin, la justificación de este concepto se encontraba en la particular manera en la que se estructuraban las organizaciones a través de las cuales se cometían los delitos.³

El concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder cuestionó seriamente los intentos de considerar como meros partícipes en los delitos cometidos durante la ejecución de la llamada Solución Final a los altos cargos políticos y militares nazis, así como a los mandos medios. Sin embargo, este concepto fue recibido inicialmente con escepticismo y rechazo tanto a nivel nacional como a nivel internacional debido a tres razones principales. En primer lugar, la ausencia de toda referencia a dicho concepto en la legislación nacional o internacional de la época. En segundo lugar, la creencia de que el ámbito de aplicación del concepto de autoría mediata se encontraba limitado a situaciones en las que se utilizan instrumentos no responsables para la comisión de los delitos.⁴ Finalmente, el hecho de que la aplicación del

2. *Ibidem*, p. 243.

3. C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., 1963, p. 244.

4. Este sería el caso, por ejemplo, cuando el autor directo actúa con error sobre las circunstancias fácticas de uno de los elementos objetivos del tipo, o sobre las circunstancias fácticas que dan lugar a la aplicación de una causa de justificación, como consecuencia del engaño al que ha sido inducido por su superior jerárquico (supongamos que el caso que un comandante militar ordena a sus subordinados bombardear una pueblo que no se encuentra defendido bajo el pretexto de que allí se encuentra la artillería enemiga). Este también sería el caso cuando las acciones del autor directo se encuentren justificadas por el estado de necesidad cuando el daño evitado por el cumplimiento de las órdenes ilícitas del superior es superior al daño ocasionado con su cumplimiento. Véase a este respecto H.Olásolo/A.I. Pérez Cepeda, 'The Notion

concepto de autoría mediata no tuviera necesariamente un impacto en la pena impuesta a los líderes políticos o comandantes militares, incluso en aquellos sistemas pertenecientes a la tradición Romano-Germánica, como el español o los latino-americanos, en los que el principio de atenuación de la pena para los partícipes constituye una razón importante para distinguir entre autores y partícipes.⁵

Fue necesario el paso del tiempo para que los tribunales nacionales e internacionales fueran progresivamente afirmando que las doctrinas tradicionales no reflejan adecuadamente la naturaleza de la contribución realizada por los superiores a la comisión del delito (planeamiento y control de los medios a través del cual se desarrolla la actividad criminal) puesto que los relega a un papel secundario que no se corresponde con la importancia de dicha contribución. Como resultado de esta constatación, tanto a nivel nacional como a nivel internacional se ha recurrido paulatinamente en la últimas dos décadas al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para reflejar de manera más precisa la responsabilidad penal de los líderes políticos y de los comandantes militares.

Este fenómeno tuvo lugar por primera vez a nivel nacional con la sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la *Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires*, que condenó a los comandantes militares que integraron las tres Juntas Militares argentinas que dirigieron el régimen militar que

of Control over the Crime and its Application by the ICTY in the *Stakić Case*', en *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004, pp. 475 y ss, p. 485. Sin embargo, cuando la persona que cometió físicamente el delito actuó sometido a *vis absoluta*, no es necesario recurrir al concepto de autoría mediata porque el superior es considerado de por sí como el autor directo que utilizó a su subordinado como un mero instrumento físico, de igual manera que podía haber utilizado una pistola o un martillo (por ejemplo, un subordinado es empujado por su superior contra el enviado especial del enemigo que se encuentra de pie junto al andén del ferrocarril cuando el tren se está aproximando, y como resultado este último cae a la vía y es mortalmente arrollado).

5. Por ejemplo, en la mayoría de los códigos penales latino-americanos (tales como en Argentina, Chile, Perú, Colombia o Uruguay), así como en el código penal español, se atribuye la misma pena a la autoría que a la instigación o a la contribución necesaria. Véase a este respecto F. Muñoz Conde/H. Olásolo, 'The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organised Structures of Power in Latin America and Spain', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Num 1, 2011.

gobernó Argentina desde 1976 hasta 1983.⁶ A partir de entonces el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder ha sido aplicado por tribunales nacionales, entre otros, en el caso del *Muro de Berlín* en Alemania, el caso contra el General Contreras en Chile, el caso contra el ex senador de la República *Álvaro Alfonso García Romero* en Colombia, los numerosos casos relativos al régimen de las Juntas Militares argentinas, o los casos contra el antiguo líder de Sendero Luminoso *Abimael Guzmán* y contra el ex presidente *Alberto Fujimori* en Perú.⁷

Por su parte, a nivel internacional, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder se aplicó por primera vez en la sentencia de 31 de julio de 2003 de la SPI II del TPIY en el caso contra *Milomir Stakic* - ex alcalde de la ciudad de Prijedor (Bosnia y Herzegovina) que se encuentra situada a pocos kilómetros del tristemente conocido centro de detención de Omarska.⁸ Desde entonces, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder ha sido aplicado por varios tribunales internacionales, incluyendo los casos contra *Milomir Stakic*, *Radoslav Brdanin*, *Momcilo Krajisnik*, *Milan Martić* y *Fatmir Limaj et al.* en el TPIY, el caso contra *Protais Zigiranyirazo* en el TPIR y los casos contra *Omar Al Bashir*, *Jean Pierre Bemba*, *Germain Katanga* y *Mathieu Ngudjolo Chui* ante la CPI.

Ahora bien, en la gran mayoría de estos casos, la aplicación de la autoría mediata se ha producido conjuntamente con la aplicación de la co-autoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Según este último concepto, cuando una pluralidad de personas participan en la comisión de un delito conforme al principio de división de funciones

6. Sentencias de la Corte Suprema, Vol. 29, I-II, pp. 36-1657. El texto de esta sentencia, así como el texto de la subsiguiente sentencia de 20 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema Argentina en la que se revoca la aplicación realizada por la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder, puede encontrarse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>.

7. Ver K. Ambos, 'The Fujimori judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organised Power Apparatus', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Num 1, 2011; y F. Muñoz Conde/ H. Olásolo, 'The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organised Structures of Power in Latin America and Spain', en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Num 1, 2011.

8. Véase *The Prosecutor vs Milomir Stakic*, Judgment, Case Num. ICTY-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrafos 808-816.

en la ejecución de un plan común, aquellos que comparten el control sobre la ejecución de dicho plan común como resultado de las funciones esenciales que les han sido encomendadas (sin el desarrollo de las mismas el plan no podría llevarse a cabo) deben ser considerados como co-autores.⁹ La aplicación conjunta de estos dos conceptos da lugar a la llamada co-autoría mediata¹⁰ que es aplicable en los siguientes dos tipos de situaciones: (i) cuando varios superiores que tienen un control compartido sobre una determinada organización lo utilizan de manera coordinada para asegurar la comisión del delito;¹¹ y (ii) cuando varios superiores, que dirigen distintas organizaciones (o partes de las mismas), utilizan dichas organizaciones para ejecutar de manera coordinada un plan común.¹² Este último escenario, es el que se ha presentado

9. *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de enero de 2007, párrafos 342 y 347; y *The Prosecution vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 515-525. Véase también, H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, London, 2009, pp. 265.267, 273-296 y 318-329.

10 Un estudio comprensivo de la aplicación de los conceptos de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, co-autoría basada en el co-dominio funcional del hecho y co-autoría mediata (aplicación conjunta de los dos primeros) se puede ver en H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, London, 2009, Capítulos 3 y 5. Ver también en relación con el caso *Katanga y Ngudjolo* ante la CPI, H. Olásolo, 'El Desarrollo de la Coautoría Mediata en Derecho Penal Internacional', en *Iter Criminis*, Vol. 7, 2009, p. 121, y en relación con el caso *Stakic* ante el TPIY H. Olásolo/A.I. Pérez Cepeda, 'The Notion of Control over the Crime and its Application by the ICTY in the *Stakic* Case', en *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004, pp. 475 y ss.

11. Esta es la situación fáctica en el caso del Muro de Berlín, en el que el Consejo de Defensa Nacional, que era el órgano responsable por la seguridad y defensa en Alemania del Este, estaba compuesto por varios miembros que actuaban conjuntamente. En consecuencia, deberían haber sido considerados como co-autores mediatos porque todos ellos conjuntamente controlaban las decisiones del Consejo. Sin embargo, la Corte Suprema Federal Alemana no abordó la cuestión relativa a la relación entre los distintos acusados, de manera que los condenó a todos ellos como autores mediatos de delitos de asesinato. Véase, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* 40, 218.

12. Se podría considerar un tercer escenario donde no todos los co-autores contralasen alguna estructura organizada de poder. En este escenario, aquellos co-autores que no estuvieran al frente de alguna organización jugarían un papel de coordinación en la ejecución del plan común por los otros co-autores a través de sus respectivas organizaciones. En el caso de las Juntas Argentinas, donde cada Junta Militar estaba compuesta por el comandante en jefe del ejército de tierra, de la armada y del ejército del aire,

en la gran mayoría de los casos de co-autoría mediata que hasta el momento han llegado a los tribunales internacionales. Sólo en el caso contra el actual presidente de Sudán *Omar Al Bashir* se ha aplicado el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por sí mismo, de manera autónoma¹³, y no como parte del más amplio concepto de co-autoría mediata.

A estos efectos, la SCP I de la CPI ha considerado que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder se fundamenta en el entendimiento de que un aparato organizado de poder tiene vida por sí mismo con independencia de la identidad de sus miembros fungibles.¹⁴ Por lo tanto, el superior que la controla (a) puede tener certeza en general de que sus deseos serán ejecutados por sus subordinados, de manera que no necesita preocuparse de quién será la persona concreta que se encargará de llevarlos a cabo; (b) no necesita ejercitar presión o engaño alguno sobre el autor material porque es consciente de que si un miembro de su organización se negara a cumplir sus instrucciones, otro miembro de la misma lo reemplazaría y las llevaría a cabo; y (c) mantiene el dominio del hecho puesto que la comisión del delito no puede ser interrumpida por la oposición o resistencia de sus subordinados.¹⁵ Así, desde la perspectiva de aquellos líderes políticos y militares que controlan aparatos organizados de poder, ellos constituyen los principales autores de los delitos en cuanto que no dejan en manos de aquellos subordinados que directamente los

se distinguían tres estructuras organizadas de poder. Sin embargo, a diferencia del caso *Stakic*, la Cámara Federal Nacional de Apelaciones de Buenos Aires consideró que el ejército de tierra, la armada y el ejército del aire no actuaron de manera coordinada en la comisión de los delitos. En consecuencia, sus respectivos comandantes en jefe fueron condenados únicamente por los delitos cometidos por sus propios subordinados. Ver la sentencia de la sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires, 29 y 804. Véase también el análisis realizado de la misma por M. A. Sancinetti, *Derechos Humanos en la Argentina Post-dictatorial*, 1988.

13. *The Prosecutor vs. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 4 de marzo de 2009, párrafo 223.

14. *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-01/04-01/07-717, Pre-Trial Chamber I, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 515 y 516. Ver también H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2009, pp. 116-125 y 318-327.

15. *Idem*.

llevan a cabo la decisión última sobre su ejecución. Los subordinados no son percibidos como individuos responsables, sino como miembros anónimos y fungibles de la organización.¹⁶

Para la SCPI de la CPI, la estructura jerárquica de una organización y el carácter fungible de los autores materiales son los factores esenciales, en los que se sustenta el control que tiene el superior sobre la voluntad de sus subordinados, de manera que la voluntad dominante del superior tiene el control último del hecho. En consecuencia, la justificación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no se encuentra en las actividades psicológicas concretas del superior que emite la orden, sino en la manera en que el aparato de poder de que se trate se encuentra organizado para asegurar el cumplimiento de las órdenes emitidas por el superior. Esto ha sido expresado por la SCP I de la CPI en los siguientes:

Además, determinadas características de la estructura jerárquica y organizada permiten al líder asegurar con certeza la comisión de los delitos. En esencia, el control del líder sobre la estructura le permite utilizar a sus subordinados como meros instrumentos en una máquina gigantesca para provocar automáticamente el hecho punible [...] Esta mecanización busca sobre todo asegurar que la ejecución efectiva del plan criminal no se verá comprometida por la negativa de un subordinado a cumplir con las órdenes. Cualquier subordinado que no cumple con las mismas puede ser simplemente sustituido por otro que las ejecutará; el autor material que implementa la orden es un por tanto un individuo fungible. Para ello, la organización debe ser lo suficientemente grande como para proporcionar un número suficiente de subordinados. La principal característica de este tipo de organizaciones es la existencia de un mecanismo que permite asegurar a sus más altas autoridades el cumplimiento automático de sus órdenes. De esta manera, estas organizaciones desarrollan una vida por sí mismas con independencia de la composición cambiante de sus integrantes. Funcionan de manera automática con independencia de la identidad del individuo que ejecuta las acciones. El líder que emite una orden dentro de una organización de estas características asume por tanto un tipo diferente de responsabilidad que en supuestos normales de emisión de órdenes ilícitas. Para este último tipo de supuestos,

16. *Idem.*

el artículo 25 (3)(b) del Estatuto prevé que un líder o comandante que ordena la comisión de un delito puede ser considerado como un partícipe.¹⁷

Dada la creciente aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, el presente artículo analiza los casos en los que el TPIY, el TPIR y la CPI han recurrido a este concepto en relación con líderes políticos y comandantes militares por delitos cometidos directamente por sus subordinados.

II. LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN EL TPIY Y EL TPIR.

II.1. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

II.1.1. El Caso *Stakic*

El concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue aplicado por primera vez a nivel internacional por la SPI II del TPIY, en su sentencia de 31 de julio de 2003 en el caso contra *Milomir Stakic*. Este caso tuvo como objeto la campaña de persecución desarrollada contra la población de origen no-serbio de la Municipalidad de Prijedor mediante asesinatos en masa, torturas, agresiones físicas, violaciones y otras agresiones sexuales, atentados contra la dignidad personal, destrucción y saqueo de domicilios privados y propiedades comerciales, destrucción y saqueo de edificios religiosos y culturales, deportaciones masivas, y actos de negación de otros derechos fundamentales.¹⁸

Según la SPI II del TPIY, esta campaña de persecución – que se llevó en particular a cabo en centros de detención así como en ciertas operaciones militares – constituyó el principal delito cometido en la Municipalidad de Prijedor, y, sólo pudo ser desarrollada mediante la acción conjunta de las tres estructuras de poder que co-existían en 1992 en Prijedor:¹⁹ (a) la administración civil de Prijedor, que se

17. *The Prosecution vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrs. 515 y 516. Traducción del autor.

18. *Prosecutor v Milomir Stakic*, Judgment, Case Num. ICTY-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrs. 808-816.

19. *Ibidem*, párrafo 490.

encontraba bajo la dirección de la Asamblea Municipal de Prijedor, después denominada Consejo de Crisis y posteriormente Presidencia de Guerra; (ii) la policía civil de Prijedor; y (iii) las unidades militares desplegadas en Prijedor (principalmente las unidades del ejército serbo-bonio (VRS/JNA) y las unidades locales de Defensa Territorial de Prijedor que actuaban bajo el mando de aquellas).²⁰

La SPI II del TPIY también consideró que los líderes políticos y los comandantes militares que dirigían cada una de estas tres organizaciones controlaban las mismas, conocían que sus órdenes serían ejecutadas por sus subordinados, y tenían el poder de poner fin a la comisión de los delitos en cualquier momento.²¹ En consecuencia, para la SPI II del TPIY, *Milomir Stakic* y los comandantes de las unidades de policía civil y del ejército desplegadas en Prijedor se habían repartido las funciones necesarias para desarrollar la campaña de persecución que habían previamente diseñado.

Más allá de planear la campaña de persecución contra la población no-serbia de Prijedor, su contribución principal fue instruir a sus respectivos subordinados para que desarrollaran las funciones que habían sido previamente encomendadas a sus respectivas organizaciones: la administración civil, la policía civil y el ejército. Si bien los miembros de la administración civil no fueron autores materiales de los delitos (la administración civil, dirigida por *Stakic*, estaba a cargo de proveer la asistencia logística y financiera²²), la policía civil y el ejército no habrían podido llevarlos a cabo sin su contribución.²³ Así mismo, *Stakic* ejercía también la función de

20. La SPI II del TPIY afirmó que, en general, los asociados de *Stakic* incluían las autoridades de la autoproclamada Asamblea del Pueblo Serbio de Bosnia Herzegovina en la Municipalidad de Prijedor, del Partido Socialista (SDS), del Comité de Crisis de Prijedor, de la Defensa Territorial, de la policía y del ejército. En particular, *Stakic* actuó junto con: (a) el jefe de la policía de Prijedor (Simo Drljaca); (b) el comandante militar de las unidades desplegadas en Prijedor (el coronel Vladimir Arsic y el comandante Radmilo Zeljaja); (c) el presidente del Comité Ejecutivo de la Municipalidad de Prijedor (Dr. Milan Kovacevic); y (d) el comandante de la Defensa Territorial de la Municipalidad y del campo de detención Trnopolje (Slobodan Kuruzovic).

21. *Prosecutor v Milomir Stakic*, Judgment, Case Num. ICTY-97-24-T, de 31 de julio de 2003, párrs. 86-101, y 469.

22. *Ibidem*, párrafos 482 y 486.

23. *Ibidem*, párrafo 490. La única excepción era el crimen de deportación, en el cual participaron directamente miembros de la administración civil bajo las órdenes de *Stakic*. Ver también el párrafo 712.

coordinación de las tres organizaciones.²⁴En consecuencia, la SPI II del TPIY resolvió condenar a *Milomir Stakic* como co-autor mediato.²⁵

Aunque la Sala de Apelaciones del TPIY rechazó en sentencia dictada en este mismo caso el 22 de marzo de 2005 la aplicación conjunta de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder y la co-autoría por co-dominio funcional del hecho,²⁶ la jurisprudencia del propio TPIY ha seguido aplicando dicha forma de autoría mediata si bien en combinación con un concepto subjetivo de co-autoría basado en la doctrina de la empresa criminal común.²⁷

II.1.2. Los casos *Brdanin*, *Krajinik* y *Limaj et al*

En el caso contra *Radoslav Brdanin* - ex presidente del Consejo de Crisis y, posteriormente, de la Presidencia de Guerra de la región autónoma de Krajina (RAK) en Bosnia y Herzegovina - por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el territorio de la RAK entre 1991 y 1995, la Sala de Apelaciones del TPIY declaró expresamente que la aplicación de la co-autoría basada en la doctrina de la empresa criminal común a los líderes políticos y a los comandantes militares no requiere que los subordinados autores directos de los delitos sean parte de la empresa criminal. Según la Sala de Apelaciones, los autores directos pueden ser utilizados como meros instrumentos para ocasionar los delitos por sus superiores, los cuales sí formen de la empresa criminal común. Tal y como explicó la Sala de Apelaciones del TPIY:

24. *Ibidem*, párrafo 482.

25. *Ibidem*, párrafos 490-497.

26. *Prosecutor v Milomir Stakic*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-97-24-A, de 22 de marzo de 2006, párrafo 62. Ver también H. Olasolo, 'Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgment', en *International Criminal Law Review* Vol. 7, 2007, p. 143.

27. Ver *Prosecutor v Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrafos 409-414; *Prosecutor v Milan Martić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-11-A, de 8 de octubre de 2008, párrafo 82; *Prosecutor v Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Appeals Judgment, Case Num. ICTY-03-66-A, de 27 de septiembre de 2007, párrafo 120; y *Prosecutor v Krajisnik*, Judgment, Case Num. ICTY-00-39-T, de 27 de septiembre de 2006, párrafo 883.

Sobre la base del análisis jurisprudencial desarrollado anteriormente, que permite determinar los contornos que la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a una Empresa Criminal Común tiene en el derecho internacional consuetudinario, la Sala de Apelaciones considera que lo que importa en la primera categoría de Empresa Criminal Común no es si el autor material del delito es miembro de la misma, sino si el delito de que se trate forma parte del propósito criminal común. En aquellos casos en los que el autor material de un delito no sea miembro de la Empresa Criminal Común, este requisito esencial puede ser deducido de varias circunstancias [...] Tal y como reconoce la Fiscalía, para que se pueda considerar a un acusado penalmente responsable por el delito cometido por otra persona, es necesario que exista un vínculo entre el acusado y el delito de que se trate. Según la Fiscalía, este vínculo se encuentra en el hecho de que los miembros de la Empresa Criminal Común utilizan a los autores materiales como instrumentos para cometer el delito. A la luz del análisis de la jurisprudencia derivada de los casos de la Segunda Guerra Mundial, y de la jurisprudencia de este propio Tribunal, la Sala de Apelaciones considera que, para que se pueda considerar a un miembro de una Empresa Criminal Común como responsable de los delitos materialmente cometidos por personas que no son miembros de la misma es necesario que se muestre que el delito de que se trate pueda ser imputado a un miembro de la Empresa Criminal Común, y que este último – al utilizar al autor material – actuara conforme al plan criminal común. La existencia de este vínculo tiene que ser valorado caso por caso [...] De la lectura del informe aportado por la Fiscalía parece deducirse que el hecho de que los autores materiales fueran utilizados como meros instrumentos por sus superiores fue, realmente, la explicación más factible de lo que sucedió en el territorio de la RAK durante el tiempo al que se refiere el Escrito de Acusación.²⁸

²⁸ *Prosecutor v Radoslav Brdanin*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. IC-TY-99-36-A, de 3 de abril de 2007, párrs. 410, 412, y 448. Traducción del autor.

Del mismo modo, en el caso contra *Momcilo Krajisnik* - ex vicepresidente de la auto-denominada República Serbia de Bosnia (República Srpska) y presidente de su Parlamento - por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en su territorio entre 1991 y 1995, la SPI I del TPIY no incluyó a los autores directos de los delitos entre los integrantes de la empresa criminal común puesto estos fueron utilizados como meros instrumentos para provocar la comisión de los delitos por los líderes políticos y los comandantes militares que sí fueron miembros de la misma. Según la SPI I del TPIY, formaron parte de la empresa criminal común, además de la más alta diligencia bosnio-serbia basada en Pale (en particular *Momcilo Krajisnik, Radovan Karadzic, Biljana Plavsic, Nikola Koljevic, Momcilo Mandic, Velibor Ostojic, Mico Stanisic* y, a partir del 12 de Mayo de 1992, al General *Ratko Mladic*), ciertos políticos locales, comandantes militares y de policía, comandantes paramilitares, y otros individuos que, si bien basados en regiones y municipalidades de la República Srpska, mantenían vínculos cercanos con Pale.²⁹

La jurisprudencia posterior del TPIY, entre la que cabe mencionar las sentencias de apelación en los casos contra *Fatmir Limaj, Haradin Bala y Isak Musliu* (antiguos miembros del Ejército de Liberación Kosovar)³⁰ y contra *Milan Martić* (ex ministro del interior y de defensa, y ex presidente de la RAK)³¹, se han referido con aprobación a los fundamentos jurídicos recogidos en la sentencia de apelación del caso *Brdanin* en relación con la aplicación conjunta de los conceptos de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, y de co-autoría basada en la doctrina de la empresa criminal común.³²

29. *Prosecutor v Krajisnik*, Judgment, Case Num. ICTY-00-39-T, de 27 de septiembre de 2006, párrafo 1087.

30. *Prosecutor v Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, Appeals Judgment, Case Num. ICTY-03-66-A, de 27 de septiembre de 2007, párrafo 120.

31. Véase *Prosecutor v Milan Martić*, Judgment, Case Num. ICTY-95-11-T, de 12 de junio de 2007, párrafo 438. Esta conclusión ha sido citada con aprobación por la Sala de Apelaciones del TPIY en *Prosecutor v Milan Martić*, Appeals Chamber Judgment, Case Num. ICTY-95-11-A, de 8 de octubre de 2008, párrafo 68.

32. En relación con los problemas presentados por la aplicación conjunta de estos dos conceptos véase H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2009, Capítulo 4, sección V.E.

II.2 El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: El caso contra *Protais Zigiranyirazo*

La aplicación conjunta de los conceptos de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder y la co-autoría basada en la empresa criminal común ha sido adoptada por la SPI III del TPIR en su sentencia de 18 de diciembre de 2008, en la que condenó a *Protais Zigiranyirazo* (tío político del difunto presidente ruandés *Habyarimana*) como miembro de una empresa criminal común cuyo propósito criminal fue el genocidio y el exterminio de miles de Tutsis en la colina Kesho.

Si bien, dadas las circunstancias especiales que rodearon este caso, la SPI III del TPIR concluyó que los autores directos fueron también miembros de la empresa criminal común a la que el propio acusado perteneció, la Sala subrayó que:

[...] los autores materiales que cometen directamente los elementos objetivos del tipo no tienen porqué ser miembros de la Empresa Criminal Común. Lo que importa en estos casos es si el delito en cuestión forma parte o no del propósito criminal de la misma, y si al menos uno de los miembros de la Empresa Criminal Común utilizó al autor directo para cometer el delito de conformidad con el plan criminal común.³³

III. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LOS CASOS AL BASHIR, BEMBA, KATANGA Y NGUDJOLO Y ABU GARDA

III.1 El caso *Al Bashir*

El caso *Al Bashir* constituye hasta la fecha el único caso ante una jurisdicción internacional en el que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder ha sido aplicado autónomamente, y no como parte del concepto de co-autoría mediata.

Según la Decisión de Orden de Arresto dictada por la SCP I de la CPI el 4 de marzo de 2009, los hechos del caso son los siguientes. Poco después del ataque al aeropuerto de El Fasher en abril de 2003, el Gobierno de Sudan, en respuesta a las actividades del Movimiento

33. *The Prosecutor v. Protais Zigiranyirazo*, Judgment, Case Num. ICTR-01-73-T, de 18 de diciembre de 2008, párrafo 384. Traducción del autor.

Sudanés por la Liberación (MSL), del Movimiento por la justicia y la Equidad (MJE), y de otros grupos armados de oposición en Darfur, decretó una movilización general de las milicias Janjaweed. A partir de ese momento comenzó una campaña de contra-insurgencia que fue desarrollada durante más de cinco años por las fuerzas del Gobierno de Sudan que incluían las fuerzas armadas sudanesas y sus aliados de las milicias Janjaweed, las fuerzas de policía, el servicio de seguridad e inteligencia nacional y la comisión para asuntos humanitarios.³⁴

Elemento central de esta campaña fue el lanzamiento de un ataque ilícito contra aquella parte de la población de Darfur (perteneciente en gran medida a los grupos Fur, Massalit y Zaghawa) percibida por el Gobierno de Sudan como cercana al MSL, al JEM y a los demás grupos armados de oposición.³⁵ Este ataque ilícito se caracterizó por (i) su gran escala, puesto que afectó a cientos de miles de individuos y se extendió a una gran parte del territorio de los tres estados de Darfur; y (ii) su naturaleza sistemática, dado que los actos de violencia siguieron en gran medida un mismo patrón.³⁶ En ejecución de este ataque ilícito, las fuerzas del Gobierno de Sudán: (i) llevaron a cabo numerosas operaciones ilícitas en ciudades y pueblos de la región que eran frecuentemente seguidas de saqueos; (ii) asesinaron y exterminaron a miles de civiles; (iii) violaron a miles de mujeres; (iv) sometieron a traslado forzoso a cientos de miles de civiles; y (v) realizaron actos de tortura contra la población civil.³⁷

La campaña de anti-insurgencia fue, en gran medida, ejecutada por: (i) los Comités de Seguridad locales (formados por el jefe de la localidad y los representantes en la misma de las fuerzas armadas, la policía, y el servicio de seguridad e inteligencia nacional);³⁸ y (ii) los Comités de Seguridad estatales (formados por el Gobernador del Estado y los representantes estatales de las fuerzas armadas, la policía, y el servicio de seguridad e inteligencia nacional).³⁹ Mientras los Comités de Seguridad

34. *The Prosecutor v. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 4 de marzo de 2009, párrafo 74.

35. *Ibidem*, párrs. 75 y 76.

36. *Ibidem*, párrs. 84 y 85.

37. *Ibidem*, párr. 192.

38. *Ibidem*, párrs. 217 y 218.

39. *Ibidem*, párrs. 217 y 219.

locales actuaban conjuntamente con las milicias Janjaweed a nivel local, los Comités de Seguridad estatales se coordinaban con los líderes regionales de dichas milicias.⁴⁰ El Vice- Ministro Federal del Interior era la persona encargada de la supervisión de los Comités de Seguridad de los tres estados de Darfur y la coordinación entre el Gobierno de dichos estados y los más altas instancias del Gobierno de Khartoum.⁴¹

Para la SCPI de la CPI, *Omar Al Bashir* y otros altos cargos políticos y militares del Gobierno de Sudán utilizaron de manera coordinada las organizaciones del aparato del Estado que dirigían para desarrollar conjuntamente la campaña de persecución arriba mencionada.⁴² En este contexto, había motivos razonables para creer que *Omar Al Bashir*, en cuanto que *de jure* y *de facto* presidente de Sudán y comandante en jefe de las fuerzas armadas sudanesas desde 2003 a 2008 jugó, cuando menos, un papel esencial en la coordinación del diseño y ejecución del plan común.⁴³

Además, de manera alternativa, la SCP I de la CPI consideró que existían también motivos razonables para creer que *Omar Al Bashir*: (a) jugó un papel que fue más allá de la coordinación en el diseño y la ejecución de la campaña de contra-insurgencia; (b) se encontraba en completo control de las distintas organizaciones que formaban el aparato del Estado en Sudán, incluyendo sus fuerzas armadas y de policía, el servicio de seguridad e inteligencia nacional y la comisión para asuntos humanitarios; y (c) utilizó dicho control para asegurar la ejecución de la campaña de persecución.⁴⁴

Por esta razón, la SCP I de la CPI, dictó el 4 de marzo de 2009 una orden de arresto contra Omar al Bashir por su presunta responsabilidad penal, conforme al artículo 25(3)(a) ER, como co-autor mediato, o, alternativamente, como autor mediato, por aquellos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos como parte de dicha campaña por miembros de las fuerzas del Gobierno de Sudán.⁴⁵

40. *Ibidem*, párrs. 218 y 219.

41. *Ibidem*, párr. 220.

42. *Ibidem*, párr. 216.

43. *Ibidem*, párr. 221.

44. *Ibidem*, párr. 222.

45. *Ibidem*, párr. 223.

III.2. El caso *Bemba*

La Decisión de Orden de Arresto en el Caso *Bemba* dictada por la SCP III de la CPI el 10 de junio de 2008 aplicó por primera vez el concepto de co-autoría mediata,⁴⁶ en el cual, como ya se ha señalado, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder juega un papel central. El hecho de que, dada la falta de elementos de prueba con respecto a la intención común de los presuntos co-autores, la propia SCP III recurriera posteriormente al concepto de responsabilidad del superior para confirmar los cargos,⁴⁷ no resta valor a esta decisión en cuanto que primera en la que la CPI aplica el concepto de co-autoría mediata.

La Decisión de Orden de Arresto tiene como objeto los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (asesinato, tortura, violación, atentado contra la dignidad personal y saqueo) presuntamente cometidos contra la población civil del sur de la República Centro-Africana (RCA) entre el 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003.⁴⁸ Según la SCP III, los delitos fueron el resultado de la ejecución de un plan común entre *Ángel-Félix Patassé*, presidente en aquel entonces de la RCA, y *Jean Pierre Bemba*, *de jure* y *de facto* presidente y comandante en jefe del Movimiento por la Liberación de Congo (MLC)⁴⁹. Este plan común consistía en: (i) el envío por *Jean Pierre Bemba* de una parte importante de las fuerzas del MLC al territorio de la RCA para apoyar militarmente a *Patassé* en el conflicto que este último sostenía frente a las tropas dirigidas por *François Bozizé*, quien se había levantado en armas contra aquel; y (ii) el apoyo logístico y estratégico de *Patassé* a *Bemba* contra el entonces presidente de la República Democrática del Congo *Joseph Kabila*.⁵⁰ Según el plan común, las fuerzas del MLC,

46. *The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-14-Ten, de 10 de junio de 2008, párrs. 69-84.

47. *The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 67 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08-424, de 15 de Junio de 2009, párrs. 114-178.

48. *The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-14-Ten, de 10 de junio de 2008, párrs. 45 y 68.

49. *Ibidem*, párrs. 69 a72.

50. *Idem*.

una vez en el territorio de la RCA, actuarían conjuntamente, de manera coordinada, con las tropas centro-africanas leales a *Patassé* (principalmente la unidad de seguridad presidencial) para frenar la ofensiva de las fuerzas de *Bozizé*.⁵¹

Para la SCP III, el plan común no iba dirigido a cometer ningún tipo de delito. Además, los delitos producidos no tenían por qué ser necesariamente el resultado de su ejecución, de manera que no podían considerarse como parte integral de dicho plan.⁵² Sin embargo, según la SCP III, su comisión constituía una consecuencia probable de la realización de dicho plan común, sobre todo si se tenían en cuenta los numerosos actos de violencia (asesinatos, robos, violaciones y destrucción de propiedad) que las fuerzas del MLC que iban a ser desplegadas en la RCA habían cometido en operaciones militares desarrolladas recientemente en diversas partes de la República Democrática del Congo.⁵³ Por lo tanto, el plan común contenía un “elemento de criminalidad” tal y como había sido requerido por la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso *Lubanga*.⁵⁴

La SCP III consideró, por tanto, que no había motivos razonables para creer que *Patassé* y *Bemba* hubieran ejecutado el plan común con la intención de que se cometieran los delitos, o con el conocimiento de que su ejecución provocaría necesariamente la comisión de los mismos. Por el contrario, para la SCP III sólo existían motivos razonables para creer que *Patassé* y *Bemba*: (i) eran conscientes de que los delitos cometidos contra la población del sur del la RCA serían una consecuencia probable, que no necesaria, de la ejecución de su plan común; y (ii) aceptaron mutuamente que este resultado probable pudiera acontecer.⁵⁵ En definitiva, según la SCP III, sólo existían motivos razonables para creer que ambos actuaron con un *dolo eventual* compartido.

51. *Ibidem*, párrs. 74 a 76.

52. *Ibidem*, párrs. 72 a 74 y 82.

53. *Ibidem*, párr. 80.

54. *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de enero de 2007, párr. 377.

55. *The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, ICC-01/05-01/08-14-Ten, de 10 de junio de 2008, párrs. 82 y 83.

La Decisión de Orden de Arresto también puso de manifiesto que *Patassé* y *Bemba* no llevaron a cabo directamente los elementos objetivos del tipo de los delitos que se les imputaban.⁵⁶ Como resultado, a diferencia del caso *Lubanga*, el concepto de co-autoría basado en el co-dominio funcional de hecho no era aplicable porque ningún miembro del plan común había contribuido a su ejecución a través de la participación directa en la realización de los elementos objetivos del tipo. Por el contrario, tanto *Bemba* como *Patassé* habían llevado a cabo sus contribuciones a la ejecución del plan común utilizando a sus subordinados en los grupos armados que dirigían y controlaban tanto *de jure* como *de facto*.

Según la SCP III, los autores materiales de los delitos imputados fueron miembros del MLC, sobre el que *Bemba* mantenía el control *de jure* y *de facto* como su máximo dirigente. Esto podría, en principio, haber hecho posible la consideración de *Bemba* como un autor mediato que recurrió a sus subordinados en el MLC para cometer los delitos. Sin embargo, la SCP III subrayó que los elementos de prueba presentados por la Fiscalía mostraban la existencia de motivos razonables para creer que los delitos cometidos fueron el resultado de la actuación coordinada de *Bemba* y *Patassé* en la ejecución de su plan común.⁵⁷ Para la SCP III, la comisión de los delitos fue posible en última instancia debido a la acción coordinada de sus respectivos subordinados para frenar el intento de golpe de estado lanzado por *Bozizé*. En consecuencia, aunque la SCP III no lo indicó expresamente, la Decisión de Orden de Arresto consideró a *Bemba* como un co-autor mediato de los delitos, que, con pleno conocimiento del carácter esencial de sus funciones para la ejecución del plan común, las llevó a cabo a través del grupo armado organizado (MLC) que dirigía y controlaba tanto *de jure* como *de facto*.⁵⁸

56. *Ibidem*, párrs. 80 a 82.

57. *Ibidem*, párrs. 73, 74 y 81.

58. *Ibidem*, párrs. 52 a 55 (sobre la estructura jerárquica del MLC), 75 a 81 (sobre el carácter esencial de la contribución de *Bemba* a la ejecución del plan común) y 83 (sobre el conocimiento que tenía *Bemba* de su posición de liderazgo en el MLC así como de su papel en la ejecución del plan común).

III.3. El caso *Katanga* y *Ngudjolo*

La SCP I de la CPI en su decisión de Confirmación de Cargos en el caso *Katanga* y *Ngudjolo* desarrolló el concepto de autoría mediata inicial acogido por la SCP III en el caso *Bemba*. El caso *Katanga* y *Ngudjolo* se refiere a hechos acaecidos durante el conflicto armado que tuvo lugar en el Distrito de Ituri (República Democrática del Congo) en la segunda mitad del año 2002 y durante el año 2003. Los sospechosos son los ex comandantes en jefe de los grupos armados organizados de origen Ngiti (FRPI) y Lendu (FNI), que lucharon con el apoyo de las fuerzas armadas de Uganda (UPDF) contra el Gobierno provisional de Ituri que en aquel momento se encontraba en manos del principal movimiento político Hema (UPC) y de su brazo armado (FPLC).⁵⁹

Según la SCP I, *Germain Katanga* (FREI) y *Mathieu Ngudjolo Chui* (FIN), quienes ya habían actuado conjuntamente en el pasado,⁶⁰ fueron los dos únicos integrantes del plan común.⁶¹ Ambos acordaron el lanzamiento coordinado, el 24 de febrero de 2003, de un ataque conjunto contra el pueblo de Bogoro, que en aquel momento tenía un indudable valor militar,⁶² debido a su situación estratégica en el cruce de las carreteras que unían Bunia con Beni⁶³ y Kasenyi con Mongwalu.⁶⁴

Según la SCP I, el plan común tenía dos objetivos principales: por una parte, obtener el control de Bogoro, que constituía un importante objetivo militar dado su valor estratégico;⁶⁵ y por otro lado, asegurar el mantenimiento posterior de dicho control mediante la destrucción de la población civil de Bogoro, que pertenecía en gran medida a la grupo étnico Hema y apoyaba por tanto a las fuerzas del FPLC que defendían

59. *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 233-245.

60. *Ibidem*, párr. 552.

61. *Ibidem*, párrs. 548-53.

62. *Ibidem*, párrs. 275a 83 y 548.

63. Bunia y Beni son respectivamente las capitales del distrito de Ituri y de la provincia del Norte de Kivu.

64. Kasenyi es el pueblo más importante en la margen congoleza del lago Albert, mientras que en Mongwalu se encuentra una de las minas de oro más importantes de la región.

65. *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párrafos 273 y 275.

el pueblo.⁶⁶ En consecuencia, la SCP I consideró que el plan común era íntegramente criminal puesto que se dirigía específicamente a atacar a la población civil de Bogoro.

Según la SCPI, *Katanga* y *Ngudjolo* no llevaron a cabo directamente ninguno de los delitos cometidos durante el ataque a Bogoro. Por el contrario, una vez que acordaron lanzar el ataque, su función fue la de garantizar: (i) una adecuada coordinación en su ejecución mediante la discusión de los detalles del mismo con los comandantes encargados de liderar a las distintas unidades en el terreno; (ii) el suministro de las armas necesarias; (iii) el despliegue de sus respectivas fuerzas; y (iv) la emisión a los comandantes en el terreno de la orden de lanzar el ataque contra Bogoro.⁶⁷ Por lo tanto, *Katanga* y *Ngudjolo* desarrollaron sus respectivas contribuciones a través de los grupos armados organizados que controlaban *de jure* y *de facto*,⁶⁸ los cuales, en opinión de la SCP I, cumplían con los requisitos de organización jerárquica y fungibilidad de sus miembros requeridos para la aplicación del concepto de autoría mediata por aparatos organizados de poder.⁶⁹

Además, como la propia SCP I señaló, ambos imputados pertenecían a diferentes grupos étnicos (Ngiti y Lendu) y se encontraban en control sobre grupos armados con una composición étnica diferente.⁷⁰ Esto hacía muy poco probable que los miembros de dichos grupos cumplieran con órdenes dictadas por líderes pertenecientes a otro grupo étnico.⁷¹ De esta manera, el éxito del ataque dependía de la acción conjunta y coordinada de ambos imputados porque sus respectivos subordinados se negarían a ejecutar órdenes dadas por otros (contribuciones esenciales coordinadas que dieron lugar a un co-

66. *Ibidem*, párrafos 273, 275, 548 y 549.

67. *Ibidem*, párrs. 555 a 561.

68. *Ibidem*, párrs. 540-541.

69. *Ibidem*, párrs. 543-547.

70. El FRPI dirigido por *Germain Katanga* estaba formado principalmente por miembros por miembros del grupo étnico Ngiti, mientras que el FNI, comandado por *Mathieu Ngudjolo Chui*, estaba formado en su gran mayoría por miembros del grupo étnico Lendu.

71. *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 septiembre de 2008, párr. 519.

dominio funcional del hecho).⁷² Fue a la luz de esta situación fáctica que la SCP I decidió recurrir al concepto de co-autoría mediata.

III.4 El caso *Abu Garda*

El concepto de co-autoría mediata ha sido recientemente aplicado en la decisión de Orden de Comparecencia⁷³ dictada por la SCP I el 7 de mayo de 2009 en el caso *Abu Garda*. Este caso, que surge de la investigación de la situación en Darfur (Sudán), se refiere al ataque presuntamente lanzado el 29 de septiembre de 2007 por los miembros de una facción que se acababa de escindir del Movimiento por la Justicia y la Equidad (MJE), la cual actuaba de manera coordinada con un segundo grupo armado de oposición, contra la base de la Misión de la Unión Africana en Sudán situada en el área de Haskanita.⁷⁴ Una decena de miembros de la misión africana murieron en el ataque y varios vehículos e importantes cantidades de combustible fueron tomadas por los atacantes.

El ataque tuvo lugar en el contexto del conflicto armado de carácter no internacional entre el Gobierno de Sudán y varios grupos armados de oposición, incluido el MJE, que se desarrolló en Darfur a partir de agosto de 2002 y hasta, al menos, noviembre de 2008. Según la decisión de Orden de Comparecencia, *Abu Garda*, que era el comandante de la jerárquicamente organizada escindida facción del MJE, tenía, junto con los dos comandantes de las fuerzas del otro grupo armado de oposición que participó en la operación, un plan común para atacar la base de Haskanita, que incluía la comisión de crímenes de guerra.⁷⁵ Además, las funciones asignadas a cada uno de ellos en cuanto que comandantes en el terreno de sus respectivas fuerzas eran esenciales para la ejecución del plan común puesto que el éxito del mismo dependía de la actuación conjunta de los miembros de ambos

72. *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008, párr. 560.

73. *The Prosecutor vs Abu Garda*, Decision on the Prosecution's Application under Article 58, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-02/09-1, de 7 de mayo de 2009, párrs. 24-28.

74. *Ibidem*, párr. 12.

75. *Ibidem*, párrs. 12 y 26.

grupos durante el ataque.⁷⁶ En consecuencia, *Abu Garda* tenía, junto con los otros comandantes, tenían un dominio compartido sobre los delitos imputados.⁷⁷

Ahora bien, como había ciertos elementos de prueba que apuntaban a la presencia física del propio *Abu Garda* en el ataque a la base de Haskanita, la Orden de Comparecencia concluyó que había motivos razonables para creer que *Abu Garda* era penalmente responsable como co-autor, o alternativamente como co-autor mediato, de los delitos imputados.⁷⁸ Es importante, sin embargo señalar, que en su decisión de 8 de febrero de 2010, la SCP I decisión rechazar la confirmación de cargos debido a la falta de prueba sobre la responsabilidad penal del imputado.⁷⁹ La Fiscalía ha señalado que en un futuro próximo tiene la intención de solicitar nuevamente la confirmación de los cargos sobre la base de nuevos elementos de prueba.

CONCLUSIÓN

A pesar del rechazo inicial de los tribunales nacionales e internacionales a aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, la situación ha venido cambiado de manera importante a lo largo del tiempo. Desde que se aplicase por primera vez en el Juicio de las Juntas Militares Argentinas en 1985, este concepto ha sido aplicado en numerosos casos a nivel nacional e internacional, incluyendo la CPI, el TPIY y el TPIR.

Como la SCP I de la CPI ha subrayado, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder ha sido con frecuencia utilizado en combinación con la noción de co-autoría:

Para empezar, la Sala subraya que, en los casos Lubanga y Katanga y Ngudjolo, la Sala ha sostenido que el artículo 25 (3)(a) del Estatuto acoge el concepto de dominio del hecho como criterio determinante para distinguir entre la autoría y la participación. Además, como la Sala ha señalado ya

76. *Idem*.

77. *Ibidem*, párr. 27.

78. *Ibidem*, párr. 28.

79. *The Prosecutor vs Abu Garda*, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-02/05-02/09-243-Red, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-02/09-243-Red, de 8 de febrero de 2010, párr. 158-236.

en tales casos, el artículo 25(3)(a) del Estatuto también adopta las siguiente cuatro manifestaciones del concepto de dominio del hecho: autoría directa, autoría mediata o a través de una tercera persona, co-autoría basada en el co-dominio funcional del hecho, y co-autoría mediata.⁸⁰

La aplicación conjunta de estos dos conceptos da lugar a la llamada co-autoría mediata que ha sido aplicada en los casos *Stakic*, *Brcanin*, *Krajisnik* y *Martic* ante el TPIY, así como en los casos *Bemba*, *Katanga* y *Ngudjolo* y *Abu Garda* ante la CPI, en situaciones en las que varios líderes políticos y comandantes militares, que dirigen distintas organizaciones (o partes de las mismas), utilizan dichas organizaciones para ejecutar de manera coordinada un plan común. Si bien es necesario observar que mientras en los casos ante el TPIY la autoría mediata se aplica conjuntamente con un concepto subjetivo de co-autoría basado en la doctrina de la empresa criminal común, en los casos ante la CPI se utiliza en combinación con un concepto de co-autoría basado en el co-dominio funcional del hecho.⁸¹

Los tribunales internacionales han recurrido al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, o de co-autoría mediata, para condenar a los más altos cargos políticos y militares. Pero además, tal y como lo muestran los casos *Stakic* y *Brđanin* ante el TPIY, y el caso *Katanga* y *Ngudjolo* ante la CPI, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder ha sido utilizado a nivel internacional para enjuiciar a personas que no ocupaban los puestos más altos en las organizaciones a las que pertenecían. Esto es coherente con la opinión de Roxin de que aquellos mandos intermedios que tienen la competencia para emitir órdenes a sus subordinados son también autores mediatos por dominio de la voluntad de los delitos cometidos por sus subordinados en tanto en cuanto utilicen dicha competencia para favorecer su ejecución.⁸² De hecho, cuando Roxin

80. *The Prosecutor v. Omar Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, de 4 de marzo de 2009, párr. 210.

81. H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2009, capítulo 4, secciones V.B y V.D. y capítulo 5, sección VI.

82. C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., 1963, p. 245. Los delitos sólo son cometidos a través de estructuras organizadas de poder porque sus miembros, a diferentes niveles, dirigen la parte de la organización que se encuentra bajo su control

definió el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en 1963 tenía en mente el Holocausto, la organización nazi y su red de campos de concentración y exterminio. Si bien en lo más alto de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler, el funcionamiento efectivo de la misma requería la coordinación de miles de miembros de la misma, que conforme a una cadena de mando estrictamente jerárquica, operaban a los diferentes niveles de la organización nazi.⁸³ Esto aparece perfectamente reflejado en el caso de Adolf Eichmann, quien a pesar de no ser parte del más alto liderazgo nazi, desempeño desde su oficina (el nunca estuvo presente en la escena de los delitos) una función clave para la aplicación efectiva de la llamada Solución Final.

En definitiva, como Ambos ha subrayado recientemente, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder es hoy en día “una opción seria para que los líderes respondan por su responsabilidad penal”.⁸⁴ Este es el resultado de la creciente percepción de que, con independencia del impacto que puedan tener en la determinación de la pena, la aplicación de formas de participación como la instigación o la contribución necesaria en este tipo de situaciones relegan a un papel secundario la función de los superiores lo que no se corresponde con su importancia real en la realización del hecho punible.

para garantizar la comisión de los delitos. Desde la perspectiva de los más altos líderes políticos y militares, los mandos medios de la organización son reemplazables. Sin embargo, desde la perspectiva de dichos mandos medios, ellos retienen el control último sobre las actividades delictivas de los subordinados porque: (a) tienen pleno conocimiento de las circunstancias fácticas constitutivas de los elementos objetivos del tipo; (b) actúan sin estar sometidos a coerción cuando deciden si dirigen la parte de la organización que controlan a facilitar la comisión de los delitos; y (c) perciben a sus subordinados (miembros de la organización bajo su control) como anónimos y reemplazables, y, por tanto, no dejan en manos del autor material la decisión autónoma sobre si los elementos del tipo objetivo de los delitos han de ser cometidos. En el mismo sentido, K. Ambos/C. Grammer, ‘Dominio del Hecho por Organización. La Responsabilidad de la Conducción Militar Argentina por la Muerte de Elisabeth Kasemann’, en *Revista Penal*, Vol. 12, 2003, pp. 28 y ss.

83. C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., 1963, p. 245.

84. K. Ambos, ‘The Fujimori judgment: A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organised Power Apparatus’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8 (2010), p. 1.

DEFICIENCIA EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS VICTIMALES EN MÉXICO

Lic. Javier Alberto Higuera Zazueta
Instituto Tecnológico Superior de Sinaloa A.C.
Mazatlán, Sinaloa, México.

I. JUSTIFICACIÓN

Hablar de los derechos de aquellas personas que han sido víctimas de algún tipo de acto que ha afectado, ya sea su integridad física o personal o sus bienes o derechos mismos, implica una gran responsabilidad y, ante todo, una conciencia social y jurídica. La responsabilidad estribaría en el hecho de que la sola razón de haberse visto afectado en cualquiera de los intereses personales, en su bien jurídico tutelado, basta y sobra para buscar de inmediato un mecanismo de apoyo y protección instantánea de todas las índoles posibles a favor de esas personas. Además, no debe dejarse de lado el compromiso social que implica el conocer la situación de esas víctimas de actos considerados como ilícitos o mínimamente inadecuados, y no buscar la exigencia de que la autoridad encargada de su atención ejecute todas aquellas tareas para las cuales fue concebida en primer lugar. Esto nos lleva a la obligación legal que tiene la misma y que por decreto de la Carta Magna de nuestra Nación debe cumplir a cabalidad, y no dejarlo como una situación opcional sino como parte de su encargo.

A partir del día 2 de Septiembre de 1993, se inicia una nueva era legal en cuanto a lo que protección a los derechos de las víctimas se trata, toda vez que por reforma elaborada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se adicionó a su artículo 20 una sección en la que se señala de manera muy clara y sencilla todos aquellos derechos de los que puede y debe ser titular una persona a la que se le ha reconocido la categoría de víctima cualquiera que sea su implicación, ya que el numeral constitucional referido no señala ninguna restricción al respecto y no debemos olvidar que donde la Ley no distingue no se debe discriminar ninguna situación en particular,

y de donde, como punto principal, vemos que se trata de mandato ineludible y no discrecional.

A la luz de la reforma mencionada en el párrafo que precede, es fácil comprender cuál es la razón de existir de la misma, que como su misma redacción deja en claro: “proporcionar a la víctima todo tipo de asistencia desde la comisión del delito, durante el proceso y después de él”. Resulta, por lo tanto, necesario realizar un análisis crítico a la autoridad que está obligada a poner en práctica estas estrategias, en donde se vean cuáles son sus fortalezas y debilidades, con miras a lograr una protección realmente efectiva a las garantías constitucionales relativas al ofendido.

II. INTRODUCCIÓN

En el diario devenir de la vida, nos encontramos con una serie de vicisitudes que nos marcan de alguna manera el rumbo que podría tomar nuestra existencia, y que definitivamente han de significar cambios fundamentales tanto en el desarrollo humano como en el entorno social mismo, más aún si esas contingencias tienen que ver o afectan los intereses del individuo, lo cual le convertiría en una víctima del actuar de otras personas.

Desde el punto de vista jurídico se entiende como víctima a aquella persona física o jurídica que ha recibido un daño de cualquier especie, es decir que no tiene que ser necesariamente físico, ya que incluso se considera el daño emocional o moral como parte de esos efectos nocivos, y que dicho daño venga como consecuencia lógica de una acción evidentemente considerada como delito por la ley penal vigente de la zona geográfica y época en que se desarrolle.

En ese tenor, las Naciones civilizadas a través de los diversos organismos nacionales e internacionales, durante las distintas etapas de evolución de la ciencia jurídica, se han más o menos preocupado por las personas que se ubican dentro de la denominación que se menciona en el párrafo que precede, creando instituciones o cuerpos de leyes fundamentalmente destinados a la protección de los derechos de quienes se han visto convertidos en blanco de ciertas acciones ilícitas que han vulnerado su integridad física, su libertad, su patrimonio, entre otros intereses personales, que básicamente le ponen en calidad

de sujeto pasivo o víctima en esas acciones inadecuadas, pero que desafortunadamente no siempre cumplen con esa noble misión.

El propósito de este trabajo es, además de analizar la existencia de los derechos victimales, hacer una crítica objetiva de las normas jurídicas mexicanas relativas a las prerrogativas legales que debieran tener aquellos individuos expuestos a este tipo de daño físico o moral, pero que por razones políticas, lagunas legales, fallos presupuestales o en definitiva desinterés institucional no ha sido así, es decir, que se les ha dejado en el olvido jurídico, provocando que aquellas personas agraviadas por conductas ilícitas, o pierdan el interés en sus propios asuntos o se conviertan en blanco de una doble victimización, al ser ignorados por la autoridad que debía, en primer lugar, haber buscado su bienestar y restaurarle sus derechos.

No debemos olvidar también que no sólo las personas que han sido afectadas por conductas delictivas reúnen la categoría de víctima, sino también aquellas personas que han sufrido el flagelo del terrorismo, el cual, si bien es cierto que en nuestra nación mexicana es aun una práctica poco común, también lo es que no está exenta del mismo; en años recientes se ha presentado en forma esporádica, pero no es sólo este mal el que amenaza a la población civil, sino que también existe la posibilidad de resultar afectado a partir de desastre de carácter natural que deja muy vulnerables a las personas tanto en su integridad física como en su patrimonio, y que, a falta de programas de apoyo o de ayuda de las agencias gubernamentales, ha dejado casi en el completo abandono a cientos de familias.

Otra nueva situación que ha dejado un profundo daño físico, emocional y económico en cientos de personas a lo largo y ancho de la geografía nacional es el fenómeno del narcotráfico y del crimen organizado en sus diversas vertientes, ya que estas acciones no sólo se catalogan como ilícitas por las normas penales, sino también afectan de manera indirecta y a veces de forma directa a muchas personas que nada tienen que ver con las actividades desarrolladas por estos grupos delictivos, y de donde se desprende una nueva categoría en el área de la victimización, como lo es la de los testigos "protegidos", los que no cuentan con una real protección institucional, ya que existen un número impresionante de personas que se han sometido a estos fallidos programas y que han acabado abatidos, en muchas ocasiones

por aquellos a quienes se les había confiado su propia seguridad. Mínimamente son estos mismos quienes los han entregado a las manos de quienes les privaron de la vida o les lesionaron, alejándolos del objetivo principal por el cual se acogieron a los programas de protección, que era el de denunciar o participar con la autoridad en algún tipo de investigación.

Igualmente válido resulta decir que los derechos de las víctimas se han inscrito dentro de la categoría de los Derechos Humanos inalienables e irrenunciables en todo caso, y que lamentablemente circulan por el rumbo del olvido y más que nada pasan por las mil vicisitudes que implica la gran maraña gubernamental en lo que a burocratismo, insensibilidad y lentitud de trámites se refiere, puesto que es lastimosa la actitud de las autoridades de cualquier nivel de gobierno hacia los Derechos Humanos, considerados hoy por hoy parte de las garantías fundamentales de las personas previstas por nuestra Carta Magna. Tristemente, en los días actuales, no existe una verdadera voluntad política para su real defensa y protección.

Muchos han sido los programas, pero muy pocos los verdaderos resultados. Igualmente son muchos los campos en que se han dejado de lado la defensa de los derechos de las víctimas y los derechos humanos, ya que si bien es cierto que son la mayor fuente de violación y daño a los derechos de los individuos, también lo es que cada vez que una función jurídica de cualquier institución del Estado atente contra lo que legalmente le correspondería a las personas que debían estar bajo su protección, se produce una afectación todavía mayor a la que la persona había sido originalmente sometida (doble victimización).

Con el ánimo de no hacer este punto de inicio tedioso y poco interesante, terminaré por comentar que es esta una pequeña aportación y la vez un llamado de atención hacia una problemática cada vez más preocupante, debido a la gran cantidad de posibilidades de verse víctima de una conducta inapropiada y que pudiese producir una pérdida humana o material, con las consecuencias lógicas y trágicas que van aparejadas, pero más aun por la indiferencia que de alguna manera u otra se presenta ante estas difíciles circunstancias.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Benjamín Mendelsohn, primer mentor de la Victimología

De nacionalidad originalmente rumana para posteriormente nacionalizarse israelita, fue un abogado y criminólogo considerado el padre de la Victimología junto al también criminólogo alemán Hans von Hentig, a quien se le atribuye ser el primero en acuñar el término antes citado, quien por el año 1946 consideró por primera vez la necesidad de conocer la relación entre víctima y victimario, planteando que el hecho de ser víctima de algún delito no necesariamente implica que se es inocente en la dinámica del hecho delictivo en sí mismo, y que además existía una necesidad apremiante para realizar un estudio científico sobre la víctima con el objeto de determinar a qué clasificación corresponde y si la causa de su victimización es atribuible a sí misma o a la acción de un tercero activo del delito.

Mendelsohn partía de la idea de que para comprender la relación autor-víctima debía elaborarse un estudio bio-psico-social de donde se pudiese determinar el grado de culpa que adquiere cada una de las partes de un hecho delictivo, es decir, asignar de manera firme un grado de responsabilidad ya sea al activo del delito o a la víctima del mismo.

Cuestiona, además, el desinterés en la víctima por parte de la autoridad encargada de asegurar su bienestar, cuando la realidad es que es más fácil recordar al delincuente que a la persona a la que ha dañado, ya que la atención de los actores encargados de la procuración y administración de justicia, así como de los medios de comunicación, han encontrado siempre en los victimarios un material de trabajo mucho más fructífero, desde el punto de vista científico, jurídico y social.

Así, históricamente, el nacimiento de la Victimología “se atribuye a Benjamín Mendelsohn profesor de origen Israelita, lo que no es casualidad pues los judíos vivieron el holocausto Hitleriano Alemán, quién en el año de 1956, escribe la obra denominada *Le Victimologie* 11, ganando con ello el título de “padre de la Victimología”. A partir de Mendelsohn, los estudios victimológicos se centran en la Víctima en relación a la comisión del delito y se concibe el binomio de la pareja

penal: Delincuente-Víctima y asimismo crea una tipología que sirve como base a las demás aportaciones que le sucedieron"¹

La tipología a que se refiere el párrafo anterior se describe desde lo que él llamaba "la víctima inocente a la culpable" teniendo, de manera general, la siguiente clasificación:

- La víctima totalmente inocente
- La víctima por ignorancia
- La víctima que es tan culpable como el delincuente
- La víctima que es más culpable que el delincuente (víctima agresora, simuladora e imaginaria)

Como podemos observar, la necesidad de atender los requerimientos de aquellos individuos afectados por diversas causas dio origen a una serie de estudios criminológicos destinados a determinar la calidad y causa de victimización en cada persona, en un afán de poder considerar a la víctima en sí misma, ya que, como se ha mencionado antes, las ciencias penales han desdeñado la presencia de las mismas en la investigación jurídica de los delitos. Si bien es cierto se han generado normas de control legal en relación a ellas, también lo es el hecho de que estas leyes no cubren o contemplan un plan efectivo de protección que evite una doble victimización por parte de la autoridad investigadora, sea ministerial o policiaca, quienes desestiman los hechos que han experimentado, incluso asumiendo que el hecho delictivo que les aqueja fue propiciado por ellos mismos, lo cual encuadraría dentro de las características mencionadas por el profesor Mendelsohn, dejando la verdadera esencia del problema en la víctima misma.

Mendelsohn atrae la atención sobre la víctima, cuestionando el desinterés con que ha sido tratada y señalando que no puede hacerse justicia sin tomarla en cuenta. Para eso, desde su personal punto de apreciación, fue necesario crear una ciencia independiente: la Victimología.

1. *Aspectos Históricos y Reflexiones sobre la Victimología y el Derecho Victimal en México*, Carlos Rodríguez Campos, Fundación de Victimología, España.

B. Inicio del reconocimiento de la víctima posterior a la Segunda Guerra Mundial

Uno de los más grandes flagelos de los que ha sentido su efecto la humanidad reciente tendría que ser la Segunda Guerra Mundial, cuya sombra ha dejado hasta nuestros días una serie de heridas que aun no han podido cerrar, y cuyos vestigios se ven reflejados en diversas partes del orbe. Su principal cosecha es la enorme cantidad de víctimas de diversas índoles, que de alguna manera u otra han sentido en carne propia los efectos de dicha confrontación o han visto en sus familias o posesiones los mismos. Ello sin duda tiene que ser el parte aguas para la creación de una serie de ordenamientos y disposiciones internacionales que se encargaría de la protección de esos bienes jurídicos, lo cual es una consecuencia directa de los resultados de daño causados a la población civil durante y después de la conflagración.

Con la “ Declaración Universal de los Derechos Humanos”, emitida por la Organización de la Naciones Unidas en 1948, se hacen claros y evidentes los derechos inherentes de todos los seres humanos de la Tierra. Este valioso y único instrumento describe, señala, enumera y hace constar los preceptos de igualdad necesarios e indispensables para la paz y prosperidad de la sociedad mundial.

Los valores, conceptos y contenidos de “La Declaración Universal de los Derechos Humanos” son generalmente desconocidos por la sociedad. Esta Declaración es parte del área de estudios de pocas instituciones educativas de las naciones de este pequeño Planeta Tierra. Nadie puede reclamar lo que no sabe que tiene o posee. Gran parte de la población que cuenta con conocimientos sobre sus derechos carece, sin embargo, de un concepto objetivo de cómo hacerlos cumplir o de cómo obtener el apoyo de alguna estructura que le garantice el respeto y cumplimiento de los mismos.

El concepto “Derechos Humanos”, que deriva de “Derechos del Hombre” surge del seno de la Organización de las Naciones Unidas, en 1948. Sin embargo, estos derechos han sido y siguen siendo los protagonistas principales en el drama de la historia de la humanidad. La violación de estos derechos es la causa de la gran mayoría de los conflictos en la historia de la civilización. La lucha por los derechos de las personas es tan antigua como la historia de la humanidad.

La mayoría de las religiones del mundo basan en cierta forma sus enseñanzas en el concepto y la práctica de los Derechos Humanos.

Su importancia se debe a que es un instrumento de protección para la humanidad y un patrón de conceptos y comportamiento a seguir, tanto al nivel individual como global. También, a que no es un instrumento sectario, sino una declaración y afirmación de carácter global, quizás universal. Su importancia e impacto es que fue firmada y ratificada por representantes de los gobiernos de todo el planeta.

La “Declaración Universal de los Derechos Humanos” es el único documento en la historia de la humanidad que fue ratificado por más de 35 estados y gobiernos. Con la aprobación, el 16 de diciembre de 1966, a unanimidad, en la Asamblea General de la Naciones Unidas, de los tres instrumentos y arbitrios que son parte de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Se toma el paso más significativo de protección y respeto a favor del ser humano en la historia de la civilización.

La Declaración es el único mecanismo global en existencia que protege los derechos inalienables del ser humano. Lo más importante es que, además, es el único mecanismo que tiene facultades jurídicas con poder de ejecución.

América Latina se encuentra aun en un proceso de desarrollo democrático y rápido crecimiento económico y por ello es de gran importancia el concientizar a la población civil en general sobre Derechos Humanos.

En Latinoamérica se necesita, sin lugar a duda, emprender una campaña en el ámbito nacional y dirigido a la sociedad civil, para concientizar a la población, en un lenguaje simple y entendible, sobre lo que son los Derechos Humanos, deberes y responsabilidades de esta sociedad. Empezando esta labor garantizaremos el desarrollo y el proceso de respeto a las víctimas en Latinoamérica al generar entre sus naciones el mismo nivel de conciencia.

Es de hacerse notar, además, que existe una derivación de dicha declaración que se refiere de manera más precisa a los derechos de quienes han sido víctimas de actos ilegales o del uso desproporcionado del poder en cualquiera de sus vertientes, cuya creación original fue con la noble intención de proporcionar un tratamiento digno y compasivo a aquellas personas agraviadas por cualquier causa.

“Un evento muy importante en el desarrollo de la Victimología y Asistencia a Víctimas fue la creación de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder en el día 29 de noviembre 1985. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración por consenso y la incorporó como un elemento del plan mundial para producir cambios en los países miembros con el fin de que las víctimas sean “tratadas con compasión y con respeto por su dignidad y para que tengan el derecho a buscar restitución por el daño sufrido a través del sistema de justicia penal, compensación y la prestación de servicios de asistencia para favorecer su recuperación” (Handbook, 1998). De hecho, esta declaración para las víctimas ha sido llamada la “Carta Magna” de los derechos de las víctimas.”²

Como se menciona en el párrafo antes transcrito, de la declaración en mención se desprendió la creación de un Manual para la aplicación de la propia declaración, y que ésta no se quedase solamente en una serie de normas huecas que sólo regulasen esa necesidad de auxilio a las víctimas en el papel, sino que estableciera a nivel internacional un grupo de estrategias y programas, que deben iniciar por la parte más importante de la logística, que en todo caso debe ser la información. Se sabe de antemano del poder persuasivo y mediático de la misma, iniciándose por educar a aquellas personas que no saben a que tienen derecho o porque razón deben estar protegidas. Así, se tiene un gran comienzo. Uno de los principales medios de defensa es primero saber cómo y contra que se debe defender, obviamente sobre la base jurídica que representa la protección de las personas, tal como lo señala la Declaración y tal cual lo contemplan en cada país las respectivas Constituciones generales. Por supuesto no es la excepción, ya que desde hace algunos años se han tomado algunas decisiones relativas a este supuesto, quizá no las mejores, pero al menos se ha estudiado y tratado el problema en la medida de lo posible y se han buscado soluciones. Probablemente, en la práctica no se han puesto en marcha los mejores programas; eso no hace, sin embargo, que la reglamentación a ese respecto se desvirtúe sino que más produce la búsqueda de nuevas alternativas que se ajusten a los nuevos retos y permitan tratar de

2. Artículo: Nuevas Tendencias Victimológicas, John P.J. Dussich, Ph.D., California State University – Fresno, U.S.A.

forma más eficaz los problemas para los que fue creada la declaración en primera instancia.

Una de las últimas creaciones internacionales se dio en 1998, año en el que se editó una Guía para la Elaboración de Políticas, destinada a todos aquellos operadores que dedican su trabajo a la creación de procesos de planificación a la hora de toma de decisiones que pudiese mejorar las condiciones de las víctimas, y que básicamente contribuyen a los sistemas penales a procurar mejores oportunidades a las mismas.

C. La Víctima en México

Una de las primeras acciones tomadas por nuestra nación, al respecto de la creación de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, aprobada finalmente por la Asamblea General de dicha Institución internacional, según acuerdo 40/34, en fecha 29 de Noviembre de 1985, su mismo año de creación, fue la aceptación y adhesión a la misma, por México, lo que sin duda representa un gran avance en las tareas del País, en lo que respecta a la protección de los afectados por conductas ilícitas.

Aun así, los resultados de dicha aprobación por México no dieron frutos inmediatos. En el año de 1993, por decreto publicado en el Diario Oficial de fecha de 3 de Diciembre, se adicionó al numeral 20 de dicha Carta Magna un apartado en el que textualmente se indicaba: "En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera, y los demás que señale la ley". Eso sin duda representó en su momento, un avance significativo en el cumplimiento de los compromisos internacionales de México en relación a la defensa de los derechos de las víctimas y por consecuencia la de los derechos humanos, que son situaciones íntimamente relacionadas y que no pueden bajo ningún supuesto ser separadas ni entendidas como cosas ajenas o no dependientes entre sí.

Con el paso del tiempo, y bajo la necesidad y premisa de crear una nueva legislación que protegiese de manera integral y efectiva los derechos de las personas, más aún cuando estas tienen la característica de víctima, se dio una nueva reforma al artículo 20 constitucional,

adicionando al mismo un nuevo apartado B, exclusivamente relacionado con la víctima del delito en lo que respecta a sus nuevos derechos y a la consecuente creación de centros de apoyo y programas de protección que garanticen su bienestar.

D. Situación actual en lo que respecta al tratamiento y obtención de protección a las víctimas

Una de las principales aportaciones que se han sacado de esa nueva reforma constitucional es que, por definición sabemos que, desde el punto de vista legal, el enunciado "Atención a Víctimas" significa: "El apoyo, auxilio y servicios que proporcionen las autoridades obligadas a atender a víctimas u ofendidos de delitos de acuerdo con la Ley".

De manera general, dicha garantía de seguridad jurídica señala que el Ministerio Público o Fiscal del Estado: "...deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación."

Como podemos ver entonces, la protección a víctimas de cualquier delito, ya sea de manera directa como sujeto pasivo o indirecta en calidad de doliente o deudo de la víctima, no es una situación discrecional de la autoridad investigadora o impositora de sanciones, sino más bien una obligación jurídica por mandato constitucional, que no está sujeta a ningún tipo de negociación o pretexto para no otorgarse.

¿Por qué entonces cada vez menos las personas reciben una atención especializada y sobre todo adecuada, después de haber sido doblemente victimizadas, haciendo alusión con esto al mal trato institucional que reciben a la hora de denunciar un hecho delictivo, si la función de la autoridad debiera ir enfocada en otro sentido? Quizá la principal respuesta sea la indiferencia.

En el País, existen por disposición oficial una serie de Procuradurías Generales de Justicia que tienen por obligación la investigación y persecución de los delitos de su competencia, con la ya mencionada obligación de proteger a las víctimas de los mismos, debiendo establecer centros de apoyo y ayuda institucional a quienes lo requieran o de manera oficiosa deben recibirla.

El trabajo de estos será: proporcionar a la víctima u ofendido del delito la protección que busca del Estado, desde que inicia la

averiguación previa hasta que termine el procedimiento penal respectivo y aún después de concluido.

Los beneficios que otorga la Ley a las Víctimas de Delitos normalmente son:

- a) Asesoría Jurídica.
- b) Atención Psicológica.
- c) Atención Médica.
- d) Asistencia Social.
- e) Apoyo para empleo.
- f) Protección policial (vía custodia física o rondines).
- g) Albergue.

Como vemos, se supondría que los beneficios que la norma jurídica consagra a las víctimas de delitos son en verdad amplios y precisos, pero en la práctica real resalta el hecho de que no resulta tan sencillo. Veamos algunas razones que así lo exponen:

- a) La víctima o el ofendido deben presentar denuncia o querrela ante el Ministerio Público.
- b) El Agente del Ministerio Público debe iniciar Averiguación Previa.
- c) La víctima o el ofendido serán informados de la protección legal a que tiene derecho y deberá manifestar que desea recibirla.
- d) La comparecencia de la víctima u ofendido, en la que conste la manifestación expresa de que se desea recibir los beneficios de la Ley.
- e) El acuerdo que inicie la averiguación previa.
- f) De todo lo anterior, la víctima debe exhibir al Centro de Atención a Víctimas, copias certificadas.

Se aprecia entonces que no resulta nada alentador para una persona que ha sido afectada la forma en que los servicios del Estado proporcionan su atención, ya que pareciera que los operadores del gobierno preferirían no atender los llamados de auxilio que cumplir con su deber, lo que sin duda, se convierte un fuerte y penoso obstáculo para los ofendidos.

De lo antes mencionado es posible concluir acerca de una serie de graves inconvenientes tales como el hecho de que es la víctima misma

la que debe procurarse esa documentación, de parte de la autoridad, cuando lo lógico debía ser que es esta última quien de oficio debería proporcionarla en el caso de la solicitud expresa de protección de la víctima.

No se toma en cuenta que lo primero es atender el estado físico y emocional en que se encuentra la persona después de haber sufrido una conducta delictuosa y más aún si se trató de un acto atentatorio contra la vida o la integridad física en cualquier modalidad.

Habrà que esperar a que se inicie una de las fases del procedimiento penal en la Averiguación Previa y hasta entonces solicitar la atención, lo que nos ubica en un doble nivel de victimización por la burocracia y falta de prontitud en el pedimento de protección.

Desde el punto de vista puramente legal, es obligación de la autoridad la garantía de exacta aplicación de la ley, entendiéndose como tal el cumplimiento de lo preceptuado en su contenido, a efectos de un ejercicio jurídico integral.

En el tema que nos ocupa, se hace notar que si bien es cierto que se cumple en parte con la función pública, también lo es que en este trabajo hay mucha ineficacia sobre todo en la prestación de la seguridad a las víctimas debido al incumplimiento de la ley aplicable a cada caso.

Para efecto de ejemplificar lo expuesto en los párrafos que preceden, es necesario analizar lo que la legislación contempla a ese respecto, a saber:

Artículo 8° de la Constitución Política relativo al derecho de petición que en su primera línea dice: "*Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición*"³, lo que en términos generales implica la pronta atención a cualquier solicitud, sobre todo si se trata de víctimas de delitos. El Artículo 20, apartado B de la misma Carta Magna, ya mencionado en este trabajo, y que básicamente señala cuales son los derechos a que están facultadas las personas que han solicitado la protección institucional.

En general, se carece de un sentido de servicio real, que trae como consecuencia una total desconfianza en la ley y en la autoridad que la pone en práctica.

3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 19, Editorial RAF.

En ese tenor vale la pena mencionar: el personal que tiene contacto con víctimas de delitos, como lo es el adscrito a las agencias del Ministerio Público (elementos de policía ministerial, peritos, médicos) y a los servicios de salud (en las salas de urgencia), carece de capacitación para atender a personas en crisis.

Además, en ocasiones su actuar no se dirige a salvaguardar la legalidad y eficacia en el desempeño de sus funciones.

Minimizan el evento, cuestionan a la víctima, la descalifican, ignoran, trivializan el evento o argumentan pesadas cargas de trabajo. De tal modo que, desde la perspectiva de la víctima, el acceso a la justicia y la reparación del daño se perciben fuera de su alcance.

Otra situación que se ha generado a partir de la reforma constitucional, ya reseñada en párrafos precedentes, se relaciona con las personas que, no siendo víctimas de algún delito, han participado de ellos, pero en una forma en que siendo protagonistas de las conductas ilícitas, se han acogido a los programas de protección a testigos al proporcionar información a las autoridades que les ayude a estas últimas a resolver los problemas de la delincuencia organizada. Sin embargo, en estas tareas de protección a dichas personas, se han encontrado también graves fallas en los sistemas de seguimiento y protección, ya que en muchos casos las personas que han decidido prestar estos servicios de información al Estado fueron asesinados por miembros del crimen organizado, con cuya ayuda informativa pretendían erradicar o enviar a prisión, en ocasiones de manera alarmante, por oficios de las mismas personas que estaban destinadas a protegerlas, pero que de forma principal pone de manifiesto el poco o nulo interés en preservar la integridad de estos individuos. En México actual, se han dado una gran cantidad de ejemplos de ello; uno de los más recientes corresponde a Edgar Enrique Bayardo del Villar, quien fuera en su momento uno de los mandos o elemento clave de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, y que sucumbiera a la tentación de la corrupción del narcotráfico. Ése, al llegar a un punto insostenible, decide acogerse a la protección de testigos de la Procuraduría General de la República, lo cual probó ser más que una solución, una decisión por demás fatal. Más aun, dio cuenta públicamente de la poca o nula preocupación de la autoridad federal por proteger en realidad a dicho individuo.

“El gobierno federal no ha podido dar una explicación de las muertes de los dos testigos protegidos. ¿Qué hacía en la calle Bayardo, un testigo protegido que había revelado importantes secretos del poderoso Cártel de Sinaloa? ¿Por qué estaba a media mañana en una de las cafeterías con más afluencia en la Ciudad de México? ¿Cómo pudo ahorcarse Rambo III, soplón que era vigilado las 24 horas por agentes de la P.G.R.?”⁴

En la transcripción antes mencionada se da cuenta de cómo resulta inexplicable que una persona que se consideraba testigo de alto impacto haya sido asesinada en esa forma, al encontrarse sin la mínima protección policial y que más aún da cuenta de que la autoridad no cumplió con su cometido en hacer valer los derechos de la persona en mención, faltando estrepitosamente a su mandato legal.

A pesar de las notables deficiencias oficiales, es necesario también reconocer la labor de algunas personas que han realizado una gran labor de trámite de apoyo a víctimas y testigos protegidos, a través de empresas privadas y patrocinios voluntarios de diversos servicios que han aliviado un poco los males de quienes han sido agraviados. No obstante que la mayoría de los empresarios de México son el blanco perfecto para la delincuencia, sus esfuerzos para auxiliar a quienes lo necesitan son notables, incluso siendo ellos mismos víctimas secundarias de diversos delitos. Una de sus aportaciones principales es la solicitud de creación de una Red Nacional de Atención para Víctimas del Delito del Secuestro, otra de sus acciones es la petición al Gobierno de la República, de la creación de una ley federal de atención a víctimas del delito, la que hasta la fecha sigue en proceso.

Ahora bien, no podemos negar que las instituciones oficiales han hecho también un gran esfuerzo en cuanto a ayuda institucional. Si es cierto que no es suficiente, también logra en parte su cometido, a través de la creación de recientes programas de apoyo, como el de fecha 28 de agosto de 2008 de la Secretaría de Seguridad Pública Federal. En este caso, me refiero a la RED NACIONAL DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS: aunque se trata de una red virtual, de alguna manera cubre ciertas necesidades y de igual forma resulta necesaria la creación de más centros de apoyo, no sólo a nivel estatal, sino también en cada una

4. *Los Infiltrados, El Narco dentro de los Gobiernos*, Aponte, David, p. 145, Editorial Grijalbo

de las entidades federativas que conforman la Nación. Igualmente es necesaria la existencia de una ley a nivel federal que regule la atención a víctimas y protección a testigos y mejore los sistemas de seguimiento a los programas de apoyo. Otra forma eficaz sería simplificar las formas de acceso a esos servicios y no provocar con el burocratismo una victimización secundaria que la mayoría de las veces hace que el agraviado caiga en el desinterés legal.

CONCLUSIONES FINALES

Durante el tiempo de desarrollo de este trabajo documental, han venido a mi mente una gran cantidad de reflexiones, que de una manera u otra han marcado mi manera de sentir en relación con las personas victimizadas, ya que estas sin tener ningún grado de culpa han tenido que afrontar una serie de retos personales e incluso, en la mayor de las veces, en su propia integridad física, con la consecuente cantidad de problemas que esto acarrea, pero que más lastimeramente se ven opacados por una indiferencia institucional estrepitosa y aberrante.

Nunca antes de iniciar mis investigaciones respecto de los derechos de la víctimas, de la violación sistemática de garantías constitucionales que se supone debieran protegerles, y sobre todo a la forma deficiente en que la autoridad encargada de ello la lleva a cabo. Me había preocupado la posibilidad de experimentar una situación similar, aun y cuando esta no fuese de manera directa en mi persona, pero a la vez, también consideré la necesidad de observar y sobre todo evaluar que es lo que nosotros (población civil y operadores oficiales) estamos haciendo para mejorar esta eventualidad. Más que señalar los fallos, hay que preguntarnos: ¿qué estamos proponiendo a nivel personal e institucional para resolver tan grave problema?

Quizá no sea mucho, pero al menos es un inicio: el hablar primero y el actuar después. Como dije en el contenido y curso de este trabajo de investigación, lo verdaderamente importante es educar, dotar a otros con las herramientas de información y conocimientos necesarios, a fin de que logren primero saber a que tienen derecho, cuáles son las garantías que les concede la Constitución, y después lograr que esta información, bien estructurada y sobre todo bien intencionada, permita al ciudadano buscar los medios de defensa de sus derechos, ya que como he mencionado, “no se puede defender lo que no se sabe que

se tiene". Si partimos de la premisa de que la información es poder, entonces al conocer nuestras prerrogativas legales, podríamos ejercer ese poder que nos proporciona el imperio de la ley, en la medida que nos asista la razón.

BIBLIOGRAFÍA

Aspectos Históricos y Reflexiones sobre la Victimología y el Derecho Victimal en México, Carlos Rodríguez Campos, Fundación de Victimología, España.

Nuevas Tendencias Victimológicas, John P.J. Dussich, California State University.

Los Infiltrados, El Narco en los Gobiernos, David Aponte, Editorial Grijalbo.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



AUTORITARISMO DE ESTADO: EL TERROR DE LA DESREGULACIÓN POR VÍA DE LA LEGISLACIÓN

José Antonio Álvarez León

Doctor en Derecho por la UNAM; Profesor de posgrado en la FES Acatlán, UNAM, Residente en estancia posdoctoral por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Alejandra Maciel Garduño

Licenciada en Filosofía por la UNAM, Catedrática de la UNAM; la Universidad La Salle y la Universidad del Valle de México.

I. INTRODUCCIÓN

En la producción del orden civilizatorio, el hombre vive en una constante tensión entre la necesidad de crear o aceptar límites, de vivir entre ellos, y su voluntad por trascenderlos. En ese sentido, la elaboración abstracta es una forma de delimitación de la realidad, conceptual, simbólicamente. Más allá del proceso natural de la simple aprehensión, la ordenación de la realidad por el pensamiento es un paso necesario para proceder de manera práctica; aquélla brinda un espacio de seguridad que facilita la acción cotidiana y la manipulación ordinaria de los objetos que integran a ésta. El lenguaje, los significados, los valores, las normas, las expresiones culturales, la ideología, las fronteras, son todos ejemplos de esta construcción.

Por ahora sólo nos ocuparemos de reflexionar en torno del sistema normativo, y más específicamente del conjunto de normas jurídicas, que constituye una forma concreta de dicha construcción abstracta. Por definición, la norma posee intrínsecamente un fin regulatorio. Cada norma pretende delimitar de manera ideal el comportamiento de los miembros de un grupo social, para garantizar la mutua convivencia y el logro de objetivos comunes; así mismo, el orden legal prefigura lo que a cada hombre le está permitido esperar para su realización personal, tanto de los otros como de sus personificaciones institucionales. Con la pérdida de los parámetros legales, cada individuo se vería desprovisto de un sistema social de interpretación y acción estable. Bajo tal situación hipotética, el sujeto atravesaría por una especie de vacío

simbólico. Pero puesto que la subjetividad está a tal grado atravesada por la dimensión simbólica, es más correcto afirmar que dicho vacío tendería a ser llenado de manera “espontánea” por nuevos contenidos, en mayor o menor medida sociales, socializables y socializantes.

En la sociedad moderna, el orden legal está compuesto de un conjunto de normas establecidas por consenso y representatividad política. O más aún, según comprendimos con Kant, dicho orden legal se presume emanado de una racionalidad común a todos los seres humanos, lo cual incrementa la legitimidad del mismo y el imperativo de deber respecto al cumplimiento de sus reglas. Así, la regulación es en realidad una autorregulación, de la que todos somos responsables y por la cual nos son concedidos derechos equivalentes. En el contexto moderno, el estado es el depositario de esa racionalidad y por ello es el garante del bienestar social, así como el encargado de administrar el sistema jurídico, lo cual incluye tanto la administración de sanciones como el uso de la violencia legítima en el caso de la infracción de la norma. Bajo esta lógica, lo subjetivo se prolonga en lo colectivo, en lo histórico; mientras que dialécticamente, en un momento posterior, la individualidad queda sobredeterminada por la objetividad social. El estado es, pues, uno de los dispositivos más esenciales de regulación de la producción simbólica del mundo moderno, específicamente a nivel político.

Sin embargo, dicho así, incurrimos en una simplificación riesgosa. Plena de matices, compleja y contradictoria, la temática de lo estatal nacional, de cara a la globalización, vertebró los debates actuales sobre el futuro del orden mundial, de manera que no es sencillo recoger en estas breves líneas la totalidad de aspectos y perspectivas que implica.

Partiremos entonces de la tesis dominante sobre el tema. A saber, que en el contexto de la innegable mundialización, la eliminación de las fronteras que por definición podría implicarse apunta a una superación de lo nacional; el estado nacional, pues, parece estar en vías de extinción. Resultados de diversas investigaciones¹, no obstante, muestran que la nación moderna y su aparato estatal están muy lejos de desaparecer; por el contrario, ambos perviven y se actualizan

1. Nos referimos especialmente a los avances teóricos que desde la filosofía han sido alcanzados por la Dra. Ana María Rivadeo, investigadora de una Universidad Nacional Autónoma de México. Véase particularmente: *Lesa Patria. Nación y globalización*, UNAM-ENEP Acatlán, México.

a través de mutaciones diversas, ya que su existencia constituye el espacio nutricional y la condición de posibilidad para el desenvolvimiento de la propia globalización.

Dos de esas mutaciones se reconocen en sentidos distintos y en apariencia opuestos: el debilitamiento del estado-nación y su fortalecimiento autoritario. Ambas coexisten en el escenario internacional, incluso de manera simultánea al interior de un mismo país. De esta paradoja nos ocuparemos en las siguientes páginas. La intención última es mostrar que si la producción consensuada, consciente y responsable de sistemas codificados de regulación social a través del estado posibilitan un espacio de seguridad y crecimiento individual y colectivo; el proceso inverso de desregulación inducida por intereses particulares genera un estado de opresión y terror existencial, una vez amenazada el esquema de sobrevivencia y la oportunidad de proyección vital de los individuos y de las masas. Diremos también que el autoritarismo es justamente el reflejo de su fragilidad. Dicha desregulación es el síntoma del debilitamiento del estado nacional frente al poder transnacional. Éste exige a aquél, a toda costa –en palabras de Bolívar Echeverría: “por las buenas, mediante una política demagógica, o por las malas, sirviéndose de la represión”, autoritariamente–, la sustitución de su sistema de normas legítimas por una plataforma legal para su operación y dinámica de rentabilidad. Actualmente los ejes de producción simbólica son extra-nacionales, incluso ilocalizados, tienen la misma virtualidad que el imperativo financiero: su realidad no es la realidad efectiva; su razón es el delirio².

Las reflexiones que aquí presentamos son en realidad una revisión articulada de diversos autores, cuyos planteamientos convergentes nos permitirán un análisis crítico de los procesos de producción normativa.

II. ESTADO DE DERECHO *VERSUS* ESTADO AUTORITARIO

Todo estado es una materialización ideológica. La construcción y reproducción de la ideología se da en función de dos procesos separados por su naturaleza pero simbióticos por necesidad. El primer proceso es

2. “¿Cómo comprender la categoría de delirio cuando pasamos al nivel político? *La reducción de los procesos colectivos a las propias categorías individuales* [intereses particulares] es ya un equivalente del delirio en los procesos históricos.” Rozitchner, León, *Freud y el problema del poder*, Losada, Buenos Aires, p. 197.

de orden natural, el segundo de orden elaborado u oficial³. El proceso natural de construcción ideológica es la recolección de algunos valores emanados de las dinámicas sociales en la relación espacio-tiempo y conglomerado humano; por ejemplo, las tradiciones y costumbres, el arte, la enseñanza, etcétera. Estas valoraciones se sintetizan en razón del orden económico y político que impere en la estratificación social. El proceso de elaboración oficial ideológico atiende a la síntesis valorativa de las conductas que reproducirán las necesidades de las clases dominantes en la construcción social; las normas y las instituciones son, entonces, la determinación concreta del régimen político-social de un estado.

El momento simbiótico de los dos procesos de la construcción ideológica del estado surge cuando los intereses de las clases dominantes y las expresiones cotidianas del resto de los grupos sociales se logran relacionar, y cuando se logra la identificación de los gobernados.

El estado de derecho es en esencia expresión ideológica de libertades, valoración económica y límites jurídicos del régimen político creado en pro del conglomerado humano en él circunscrito.

El estado de derecho tiene como icono ideológico oficial el límite a las facultades de punición del orden público sobre los gobernados para reproducir las libertades y las oportunidades de desarrollo económico-social y humano dentro del marco pactado en el contrato social. En este sentido, el estado de derecho es un orden de protección. No obstante, la garantía sobre su eficacia y probidad en estas tareas siempre es un deber que se refrenda y se actualiza.

El Estado moderno, como Estado de derecho tiene el monopolio de la violencia y del las condiciones de terror legítimos [...] La ley conforma el orden represivo y la organización de la violencia ejercida por el Estado. Instituye los espacios de aplicación y los objetos de la violencia. Estructura las condiciones de funcionamiento de la represión, designa sus modalidades y encuadra sus dispositivos. Lejos de la escisión –oposición entre ley y violencia–, la ley constituye el código de la violencia pública organizada. De ahí que la cuestión de los límites, o las garantías, que el Estado como Estado de derecho pone

3. Del Palacio, Alejandro, *Los mecanismos del poder. La democracia ficticia*, Costa-Amic, México, 1976.

contra su propia violencia sea siempre una cuestión abierta, que se juega en el campo de la correlación de fuerzas sociales.⁴

Encargado en principio de la unificación por medio de la regulación de las contradicciones o tensiones en el seno de la base económico-social a través de la organización del poder político, el estado liberal evolucionó hasta madurar como estado de derecho, pero en su simiente capitalista estaba la tendencia autoritaria que hoy engendra.

Dentro del estado de derecho, toda acción estatal debe de ser expresión normada. Particularmente, el derecho del castigo como instancia reproductora y contenedora de las conductas sociales es expresión clara de la ideología estatal. En consecuencia, el cumplimiento de la norma es la razón jurídica del estado; conforme a esta razón todo actuar del estado respecto de los gobernados es legítimo. El incumplimiento de la norma contra los gobernados o los grupos de poder por una parte del gobierno es una *razón de estado*, un acto ilegal como derecho reservado.

Los contenidos de las normas jurídicas son expresión de los valores sociales, las pretensiones ideológicas del estado y los hechos recogidos bajo la costumbre. Las normas o leyes son una articulación simbólica entre el estado y el destinatario de la norma. Los enunciados normativos articulan conceptos jurídicos y hechos; esta relación genera contextos donde el sujeto se encuadra y vive aceptando una realidad que le ha sido construida. El conjunto de cuerpos legales en un estado debe de nutrir, proteger y generar una dinámica social favoreciendo a los que acatan la norma. El estado representa, por tanto, protección y seguridad.

El lenguaje normativo debe de vincular los hechos y los conceptos definitorios del estado. La articulación del conjunto de normas genera un contexto real donde los hechos aparecen como reales a la luz de los discursos plasmados en la norma (construcción de la realidad). Alejandro del Palacio afirma que:

La fijación de conceptos obliga a la depuración y reconstrucción del lenguaje. Las palabras tienen además de un significado conceptual, un sentido emotivo. En algunas ese sentido priva sobre el significado.⁵

4. Rivadeo, Ana María, "Violencia neoliberal. La demolición de los vínculos. Hacia una epistemología del terror", Rev. *Dialéctica*, año 22, núm. 3, primavera 1988. p.65.

5. Del Palacio, *op. cit.*, p. 17.

La construcción del lenguaje jurídico permite que todo estado se pueda agenciar de forma arrogante o arbitraria discursos que lo autocalifiquen como *democrático, autónomo, legal, justo, republicano*, etcétera. El lenguaje emotivo genera contextos vinculatorios entre el discurso y el destinatario de la norma. La vinculación se da cuando el contexto creado por el lenguaje jurídico concreta la construcción de símbolos o signos que une al destinatario con los hechos que percibe (por la construcción de la realidad que es el contexto). El lenguaje emotivo es también un símbolo que permite contener semejanzas o analogías o referencias variadas. Este tipo de símbolos son un icono o cualisigno⁶ “que funciona como sustancia”⁷; la sustancia es sólo un referente, pero permite calificar algo y articular una serie de signos-símbolos que permitan concretar las operaciones lingüísticas y los escenarios que sean necesarios (realidad construida). Las normas primarias en un estado de derecho están en sus constituciones; esa superioridad les permite describir sustancialmente qué hace a cada estado, como el concepto definitorio general; ejemplos de ello serían los conceptos de democracia, justicia, libertad, equidad, revolución. Las normas secundarias, entonces, articulan los referentes reales (crean hechos) en los que opera el estado. La norma de uso secundario tiene que ser operativa, es decir, debe de concretar los signos de referencia primarios. Un signo necesita de otros para ir de forma continua construyendo referentes para su intérprete o destinatario.

El destinatario o intérprete del signo se vuelve el referente; de él se desprende otra interpretación, y luego otra, y otra, y otra... Así, entre interpretación e interpretación, se articulan hábitos, ideas, comportamientos. Intérprete y signo aparecen siempre juntos y su unión indisoluble está en las ideas o conceptos que les permiten la elaboración de contextos permanentes, inagotables.

[...] en el intérprete se da una identidad con la que se interpreta [...] y puede ser un concepto, una acción [...] Y resulta que ese intérprete es un signo de ese signo que se interpretó. [...] y éste puede desatar otro y éste otro, y así

6. *Cualisigno*: Segunda forma de clasificación de los signos según Pierce. El cualisigno es una referencia general, no concreta, que permite muchos significantes.

7. Beuchot, Mauricio, *La semiótica. Teoría del signo y el lenguaje en la historia*, FCE, México, 2004, p. 138.

sucesivamente. Lo cual nos habla de una interpretación sin fin, de una semiosis infinita.⁸

La lógica simbólica de los contenidos definitorios del estado son los que proveen a los gobernados de cierta seguridad e identidad; el conjunto de estos dos elementos da la cohesión social y la reproducción ideológica. El estado de derecho se agenció una serie de principios generales cuyo contexto fue inscrito en los límites de la seguridad como el freno a su propia potestad punitiva; es decir, el estado de derecho articuló de forma secundaria las libertades económicas, las formas de legitimación democrática y los valores socio-culturales que le dan su identidad.

En esta lógica, el estado aparece como un gran sistema, y el conjunto de sus operaciones materiales se dan a través de las instituciones con referente a los incluidos dentro de su sociedad.⁹ Los procesos de manutención y reproducción del sistema estatal se ven formalizados a través del subsistema penal, en la lógica de la exclusión y la seguridad. Por ello, la norma jurídico-penal cumple dos fines en el plano simbólico. El primer fin es el *plano motivador*, éste “sólo puede comprenderse situando al sistema jurídico penal en un contexto mucho más amplio del control social, es decir, de disciplinamiento [...]”¹⁰. En este caso, la función simbólica de la norma está en el señalamiento de los bienes jurídicos que se ponderan valiosos por las prácticas sociales, por intereses sociales o por disciplinas aceptadas por la propia sociedad; significa también el autorreconocimiento de las instituciones del sistema y el respeto a ellas; en síntesis, la cohesión social, la seguridad y el mundo de referencias posibles para un individuo dentro del estado. El derecho penal significa la seguridad dentro del estado y el mundo de posibilidades que el estado brinda a partir de sus propias definiciones.

La segunda tarea del derecho penal es la conocida como *prevención especial*, es decir, la significación del castigo aplicado a quién infringe el orden. La pena o castigo es la articulación simbólica y operacional que protege y reproduce de manera concreta los fines del estado. La

8. Beuchot, quién cita a Pierce, *op. cit.*, p. 137.

9. El derecho opera en sí mismo como un subsistema, cuya autorreproducción genera la general inclusión y exclusión. En todo orden jurídico, aquellos que estén regulado esa norma y la acaten serán los incluidos; los excluidos serán aquellos que, estando dentro del complejo social, no son vistos por el derecho.

10. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Monografías Jurídicas, n. 28, Temis, Bogotá, 1999. p. 25.

pena no cumple una función integradora, menos aún en los estados sociales de derecho; su fin es de advertencia al mero cumplimiento del orden pactado previamente, basado en las propias diferencias del sistema de producción. En este sentido, la norma penal es el símbolo de símbolos que interpretan y reproducen al estado.

En esta lógica, el estado de derecho da al gobernado la certeza en sus actos. La norma jurídica genera expectativas y con ello seguridad. El lenguaje emotivo general del derecho está integrado por la certeza de lo posible en abstracto, ubicado en las normas primarias; las normas secundarias nos indican lo que somos y lo que debemos hacer (disciplina), ejemplo de esto son las normas penales. En conjunto, las normas primarias y secundarias forman lo concreto material es decir, nos enuncian lo que se supone podemos alcanzar en el sistema (ideológico). Veamos un ejemplo, primero refiriéndonos a la certeza de lo posible: México es un país democrático. El pueblo elige a sus gobernantes, porque de él dimana el poder público. Esto es sólo una posibilidad, una expectativa general de funcionalidad del sistema de derecho respecto de la democracia; porque el problema está en cómo lograrlo: ¿quién puede gobernar, ser el gobernante?, ¿cuándo decide el pueblo? Ahora veamos el ejemplo correspondiente, referido a lo posible material: Si se quiere ser gobernante, se tiene que ser parte de un sistema de partidos y entrar a los filtros de las instituciones electorales; por tanto, ¿cuándo el pueblo tiene el poder democrático?, ¿qué es democracia?, ¿por qué no hay candidaturas independientes? La serie de preguntas podría continuar. Cuando se conjugan estos dos factores basados en la certeza de lo posible y lo concreto material, sólo queda una expectativa segura dentro del estado de derecho, y es obedecer y estar seguros, de lo contrario el sistema nos excluye o elimina.

El estado de derecho es expresión del deber ser jurídico. Todo lo regulado por el estado se hace cumplir para la sociedad; su fin último es la protección y el orden para los gobernados, así como la reproducción de la estructura social. Este fin justifica entonces cualquier acción estatal, por lo que todo acto institucional es legal. En algunos casos, dentro del estado de derecho, los procesos de regulación normativa son complejos; la complejidad deriva del choque entre los miembros de la sociedad por la diferencialidad entre sus intereses. La resolución de los conflictos puede ser política o jurídica, en ambos casos, los acuerdos

son permitidos por el deber ser. Por tanto, el estado sintetiza poder y razón ordenadora.

Sin embargo, en algunos casos, los intereses de la clase política dominante soslayan los intereses de la sociedad o de otros grupos dominantes para imponer un nuevo orden o quehacer regulado generando confrontación. La confrontación entre grupos o el desorden social derivado del desacuerdo enfrentan a los grupos en el poder o convulsionan a algún sector de la sociedad, lo que es resuelto por la clase política en el poder a través de dos vías: 1) Imposición por vía de los hechos. 2) Supeditación del consenso necesario propio del derecho para imponer la ley con criterios parciales. En ambos casos, el estado de derecho deja la razón ordenadora y sólo hace uso del poder para operar la ley a través de las instituciones con fines particulares. El derecho general pasa a ser derecho de unos cuantos. Las instituciones operan matizando la norma, de tal suerte que el resultado en la controversia de grupos suele ser favorable a la minoría gobernante.

Cuando la ley se instrumenta y opera desde los órganos del poder público y su aplicación, entonces deja de responder a los fines últimos que definieron al estado: se está en presencia de razones de estado o ante el derecho del estado.

La seguridad deja de ser protección de los bienes y derecho de los gobernados para convertirse en condición necesaria de la función pública que requiere de la regularidad operativa para subsistir.¹¹

La imposición de una razón de estado legitima por hecho normativo el uso incluso de la violencia estatal, convirtiendo esa razón o imposición en un acto injusto pero legal, por el simple hecho de estar avalado institucionalmente en la aplicación de las normas. La decisión legal injusta pierde entonces el sentido de la legitimidad en términos de las razones morales colectivas que refieren a la justicia. El derecho del estado, entonces, es legal y legítimo por condición obligada dentro del mundo del deber ser, pero autoritaria de hecho.

En todo estado de derecho existen razones jurídicas y de estado que se empatan en su aplicación como producto de la lucha y ejercicio por el poder. Sin embargo, las razones jurídicas dentro del estado siempre prevalecen y se manifiestan a través de la operación administrativa

11. Del Palacio, Alejandro, *Del estado de derecho, al derecho del estado*, Leega, México, 1999. p 65.

del sistema en sus procesos de autorregulación y corrección, es decir, evocando los lenguajes emotivos del estado que permiten construir nuevas articulaciones lingüísticas que enlazan a los miembros de la sociedad. Ejemplo de ello es la democracia, concepto emotivo que genera contextos de unión operativa, como democracia de partidos y consensos en tanto vía para resolver diferencias sociales. El estado de derecho se salva a sí mismo por la articulación del lenguaje normativo secundario derivado del lenguaje emotivo primario y con ello siempre busca de una u otra manera la protección de los destinatarios por el sentido de la pertenencia (las acciones estatales son por y para sus gobernados). La razón de estado, después de su instauración, se diluye con el tiempo gracias al matiz dado por las normas articulantes (por la aceptación); así se crean nuevas realidades normativas. Por tanto, el origen de una razón de estado pasa a ser una razón legal de sometimiento, a pesar de ser una norma injusta o autoritaria.

Cuando el estado de derecho se empieza a nutrir de normas que en su origen fueron autoritarias, o con normas que sólo buscan resolver problemas de gestión sin responsabilidad social, o bajo el imperio del interés descarado de un grupo de poder, el fin mismo del estado se empieza a diluir. Las estructuras de un gobierno que opera así dentro de un estado de derecho son propias de un gobierno administrador. Las tareas de este tipo de gobierno ya no son la sociedad administrada, sino la administración total.

La administración total significa el paso del gobierno asistencial, de un estado social y democrático de derecho, al gobierno posburocrático¹² neoliberal de control. La esencia de un gobierno administrador es la búsqueda de una optimización de recursos y el endurecimiento del control individual y colectivo para la obtención de beneficios comerciales y/o de los grupos hegemónicos. "La administración total significa la oportunidad de obtener con el mínimo de cambios el control del mismo estado social"¹³; sin embargo, esto no significa que en la confrontación entre los fines del estado y las metas del gobierno administrador se apele a la desarticulación de los procesos verticales

12. *Posburocracia*: Estado de corte gerencial; estado neoliberal que reduce sus cometidos a la desincorporación de sus bienes y servicios para entregarlos a manos privadas.

13. Del Palacio Díaz, Alejandro, *Estado, Ciencia y Administración. La sociedad administrada*, Edicol, México, 1991, p. 82.

derivados del régimen constitucional que le daban sentido y definición al estado mismo.

La desregulación de los principios esenciales del estado social y de derecho equivale a la regulación de los fines de ejecución operativa de una administración más eficiente. La desregulación del estado implica la supeditación incluso de principios dogmático-sociales e individuales que definían al propio estado. Este proceso implica la pérdida de valores colectivos de identificación nacionalista, así como la desacreditación de los intereses generales derivados del desarrollo sustentable del estado; es por ello que, por ejemplo, en el ámbito de lo penal es bien visto crear normas operativas de control que contravengan los principios de seguridad jurídica de los gobernados, pues si se quiere ser feliz y vivir en paz se debe de ceder la libertad en lo individual. Esto significa que para el gobierno administrador es más fácil controlar y someter al gobernado desde su psique (convencerlo) o reprimirlo, que cambiar el régimen económico que generó el estado de inequidad social.

El proceso de suplantación de normas esenciales por normas operativas genera una reorientación de los procesos políticos dentro del país, y con ello una nueva interpretación de la política. El gobierno operador o gestor finca sus principios de operación en necesidades materiales cuantitativamente controladas y en procesos retóricos para el mayor control social; con estos referentes, el gobierno gestor deja atrás los beneficios cualitativos del estado nacional, es decir, el problema político se ve como un problema de dirección: se debe “[...] considerar al gobierno no tanto un problema de poder, sino más bien como un problema de conducción¹⁴”

La pérdida del proceso político como instancia consensual en la búsqueda del bien común (sin dejar de lado el interés colectivo) ha dado lugar a un nuevo régimen cibernético de control.

El proceso de control cibernético cambia los discursos del lenguaje emotivo en la ley (derechos básicos y fundamentales) por el discurso de un bienestar inmediato. Por ejemplo, la justicia social y la equidad, en tanto sólo pueden ser resultado de un acuerdo político de los actores sociales y productivos en busca de una mejor distribución de la riqueza, son cambiados por los discursos de seguridad y orden, como reductos del quehacer cotidiano del gobierno y de los gobernados en la lucha

14. *Ibid.*, p. 89.

por una vida de bienestar que cada quien se proporciona. La creación de normas operativas y sus aplicaciones retóricas de convencimiento social producen la ineficacia de las normas sustanciales del estado. En este contexto, la eficacia o ineficacia de la norma se refiere a su utilidad o inutilidad respectiva. La ineficacia pone en cuestionamiento la existencia de la norma y por tanto su vigencia. La determinación de la no-vigencia de la norma genera una desregulación sustantiva del estado nacional y al mismo tiempo se regula ese vacío legal que deja la norma desaparecida con una norma de control o de ejecución administrativa. En otros casos, cuando la norma fundamental del estado no puede ser pasada por el proceso de desregulación, simplemente se deja de observar y se articulan normas que, aún contraviniéndola en su jerarquía de las normas esenciales del estado, buscan resolver problemas en la inmediatez, hecho que les da eficacia y observancia retórica; este proceso también es considerado desregulación-regulación.

El modelo gerencial de gobierno busca desregular cada uno de los espacios de intervención del estado como en la economía y la administración de bienes públicos, en la cultura, en la educación y en general en todas las instituciones sociales donde éste tenga un espacio de injerencia y excluya la intervención de los particulares para generar ganancia privada; de ahí que el principio de la regulación-desregulación sea llamada *reforma del estado*. La reforma del estado es un proceso de cambio de orientación en los fines del estado a través de nuevo marcos regulatorios. Este proceso desarticulador del estado ha dejado una secuela de desorden e incertidumbre, pobreza, desempleo, acumulación brutal de la riqueza en unos cuantos, surgimiento de nuevas dimensiones del crimen y otros muchos procesos de descomposición social que confinan al individuo a la precariedad dentro de la vida colectiva y supuestamente segura.

[...] los gestores cambiaron de la *regulación normativa* a la seducción, de la vigilancia policial diaria a las relaciones públicas y al imperturbable excesivamente regulado y rutinario modelo panóptico del poder dominación por medio de la incertidumbre difusa y desenfocada, la precariedad y la caprichosa alteración de las rutinas.¹⁵

15. Bauman, Zygmunt, *Vida Líquida*, Paidós, Barcelona, p. 79.

El proceso de reafirmación del estado regulador es, sin duda, el de ser un estado policía, altamente eficiente en sus procesos de desincorporación y en su reducción del interés por la cosa pública, a través de su misión como controlador social disciplinario. El problema radica entonces en el abandono de la búsqueda del bien común y de la protección de lo privado; esto ha significado nuevos paradigmas para el derecho a castigar, para el ejercicio de la facultad de punición. Entre los efectos más importantes están el endurecimiento del aparato penal y la renuncia de los principios garantistas. El surgimiento de nuevas reglas penales para controlar a la sociedad desbocada en la incertidumbre de la subsistencia y en la crisis de valores que va dejando el neoliberalismo es altamente radical.

La violencia formal de estado respecto del ciudadano a controlar es tan difusa como el complejo social producto del neoliberalismo. Por un lado, surgen presupuestos de desregulación que se basan en la no-eficacia de normas constitucionales ante la delincuencia transnacional y las nuevas conductas antisociales que se gestan al seno de una sociedad convulsionada. Según esta hipótesis, se crean lenguajes contextuales y retóricos que hacen que la sociedad acepte conductas jurídicas que no entiende pero acepta en pro del supuesto beneficio y ante la urgencia de cambiar normas "obsoletas". Con ello se justifica la reforma penal estatal; su fin: endurecer su presencia en los ámbitos que eran intocados por la ley, por ser esferas únicas del sujeto individual privado, como por ejemplo en las comunicaciones privadas. Así, el gobernado acaba cediendo sus derechos a cambio de su protección. Por otro lado, la desregulación-regulación penal ha generado marcos legales secundarios y políticas públicas de operación que, al concretarse, violan los derechos de los gobernados por la vía de los hechos. Bajo estos artificios basados en acuerdos, reglamentaciones, decisiones de facultad discrecional de la autoridad y otros medios más ejecutivos se empieza a crear una dinámica de control sobre el gobernado por la vía punitiva. La estrategia violenta del gobierno operador está centrada en la construcción de una percepción de salvación del sujeto y la recuperación de los espacios públicos tomados por la delincuencia. Es decir, dicha estrategia funciona bajo una retórica de hechos que forma y nutre contextos a través de imágenes-lenguaje, lo que equivale a la construcción de realidades que el gobernado acepta por costumbre.

Las prácticas del gobierno administrador en el estado de derecho se van transformando de una definición garantista a una tónica autoritaria. El diseño de políticas criminales represivas traslada al estado de derecho a un autoritarismo de estado, muy próximo a las justificaciones del estado autoritario.

El autoritarismo evoca una actitud de imposición y no de consenso. Dentro de las estructuras políticas, el autoritarismo significa la imposición de decisiones; la sistemática jurídica dentro del sistema político. Es decir, se contraviene con la aplicación normativa y los actos de gobierno el fin primario de protección pactado en las normas superiores. Las decisiones autoritarias dentro del estado de derecho son actitudes antidemocráticas e intolerantes, donde el poder se manifiesta por encima de cualquier razón.

La decisión autoritaria por sí sola no significa sino la imposición de manifestaciones psicológicas del poder dominación sobre el sujeto vulnerado. Sin embargo, la imposición de estas actitudes negativas de poder autoritario sistematizado como medio de funcionamiento colectivo de dominación sólo puede comprenderse en un régimen político autoritario.

Los riesgos del autoritarismo como método político están centrados en dos dimensiones. La primera se halla referida a la construcción de una ideología de control violento; dicho control es ejercido desde el gobierno como única posibilidad de contener el desorden social, para que en función de él sea posible generar bienestar; el derecho es la única forma de regulación en toda sociedad y la coerción es aquí el medio para llegar a los fines del estado. La segunda está referida a la jerarquización social en dos únicos estratos: gobierno y sociedad. La expresión conjunta de estas dos dimensiones es la génesis de los estados totalitarios.

Hasta hoy, en México, las expresiones jurídicas emanadas de la ultra derecha en el poder, y en protección del capitalismo global, han ubicado las decisiones del gobierno administrador en la primera dimensión del estado autoritario. Con esto se han ido construyendo normas que en la aplicación cotidiana van formando un proceder ideológico de dominación, que ha terminado por ser una autoimposición por los gobernados (por la aceptación inconsciente) en busca de su seguridad, cada vez más alejada de los filtros de la democracia y el

beneficio personal. El riesgo es el acercamiento hacia alguna nueva expresión totalitaria.

Como resulta claro, la conversión del estado de derecho en estado autoritario no es inmediata; antes bien, depende de diversas torsiones autoritarias que en conjunto llegan a integrar auténticos regímenes totalitarios, e incluso fascistas. Entre esas torsiones se cuentan la manipulación de la elaboración semiótica, la recurrencia arbitraria a la razón de estado y su traducción en nueva norma, el vaciamiento continuado del sistema de derechos, el abuso del ejercicio de la violencia legítima, la justificación demagógica de la inoperancia, la inducción de la ineficacia de la norma para el desmantelamiento del sistema normativo, etcétera. Este proceso es paulatino, no siempre descarado ni evidente, y depende de múltiples factores relativos a la correlación de fuerzas sociales y políticas. Por tanto, la tendencia estatal hacia formas no democráticas no es sinónimo de fatalidad. Pero la continuidad, permanencia y expansión de las formas autoritarias instaaura estados de opresión intensificada que dificultan la posibilidad de resistencia oportuna, propician la atomización y facilitan la centralización del poder.

Por otro lado, en la época actual, la deriva hacia el autoritarismo estatal es mayormente un proceso inducido por intereses externos a la nación misma que una necesidad interna. El control social suele darse también a través de la complicidad de distintos dispositivos de enajenación, muchos de ellos mediáticos, como la publicidad y la propaganda. En el marco de la globalización, estos intereses externos, de naturaleza neoliberal, integran una especie de *metarrégimen*, un autoritarismo superior, no local, que a su vez compromete el estado de derecho de una nación, sólo a través de la cual puede encarnar, ya que no posee de suyo territorio ni soberanía alguna. De esta manera, por ejemplo, la razón neoliberal encarna en razón de estado, en propuesta de ley. Los gobiernos en turno se vuelven títeres defensores de la ideología única; se muestran dispuestos a cualquier crueldad y al sacrificio completo de la porción del planeta bajo su mando.

Esta subsunción de lo nacional a lo transnacional, no obstante su despliegue autoritario hacia dentro, explica el debilitamiento tan tematizado en los estudios relativos al estado moderno.

III. NADA CONTRA EL ESTADO, TODO POR EL CAPITAL¹⁶

La debilidad del estado autoritario no radica en una incapacidad para el ejercicio de la brutalidad, sino en la instrumentalización política –por obediencia–, bajo una racionalidad impostora, de esa capacidad represiva para el capital (transnacional), que lo somete y lo utiliza a favor de su afán perverso de acumulación a cualquier costo.

Los Estados débiles son justamente lo que necesita el Nuevo Orden Mundial, que con frecuencia se parece a un nuevo *desorden* mundial, para sustentarse y reproducirse. Es fácil reducir un cuasi Estado débil a la función (útil) de una estación de policía local, capaz de asegurar el mínimo de orden necesario para los negocios, pero sin despertar temores de que pueda limitar la libertad de las compañías globales.¹⁷

Entonces, el estado autoritario actual [neoliberal] puede aparecer perfectamente camuflado en la pantomima de la democracia y sus poderes garantes. En los espacios en donde se lucha por la verdadera representatividad, pueden verse toda serie de recursos retóricos para la implementación legítima de la necesidad de la violencia anticipada.

Los estados nacionales son, en efecto, el espacio político en el se que encarna eso que Vivian Forrester llama “una extraña dictadura”: el ultraliberalismo, en tanto “régimen político único”, “totalitario”. Citando más ampliamente sus palabras:

Es un régimen autoritario capaz de imponer las coerciones reclamadas y otorgadas por su poder financiero sin poner de manifiesto el menor aparato, el menor elemento que deje traslucir la existencia del sistema despótico instaurado para implantar su ideología imperiosa.¹⁸

Y más adelante:

Esta dictadura sin dictador se ha insinuado sin acometer a una nación en particular. Se ha impuesto una ideología de la ganancia sin otro objetivo que la omnipresencia del poder financiero ilimitado,

16. Paráfrasis irónica. Recuérdese que el fascismo italiano, protagonizado por Benito Mussolini, solía abanderarse bajo la expresión: “Todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado”. No obstante, el corporativismo estatal de la época y propio de ese régimen es sustituido aquí por un corporativismo transnacional.

17. Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999. p. 92

18. Forrester, Viviane, *Una extraña dictadura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. p. 19

que no aspira a tomar el poder sino a dominar a quienes lo ejercen, aboliendo su autonomía. Éstos aún toman decisiones, conservan la administración del Estado, pero en función y bajo la férula de un terrorismo financiero que no les deja liberta de elección.¹⁹

Previamente, Max Horkheimer había diagnosticado esta tendencia histórica del estado moderno refiriéndose a él como *Capitalismo de Estado*²⁰.

Esta dictadura, de envergadura mundial, hace del estado su cómplice tirano, quien no sólo monopoliza el ejercicio de la fuerza directa, sino que está en posición de ejercer con impunidad el terror simbólico, la tortura de la desesperación por el enfrentamiento con unas condiciones de vida que lo único que ofrecen es el fracaso y la frustración. La dominación del gobernante sobre el gobernado tiene como nuevo fundamento la angustia por incertidumbre e inseguridad. Desestructuración, desarticulación, desregulación generalizada o cambio unilateral de la norma, institucionalización del agravio, degradación de la política, desprotección, polarización, segregación, marginación, exclusión, represión... es la disyuntiva entre vida o la muerte lo que pende de un hilo. Es un verdadero estado de terror. Así lo afirma Horkheimer:

El verdadero fundamento de la identidad entre estado autoritario y terrorismo está en el hecho de que la base racional del dominio se encuentra ya en proceso de desaparecer cuando ese estado se hace cargo de la sociedad.²¹

Y en palabras de Ana María Rivadeo:

El terror neoliberal de nuestros días apunta a quebrar la medida común de lo *humano* que había logrado construir la humanidad a través de organizaciones, derechos, valores, instituciones, prácticas,

19. *Ibidem*, p. 36.

20. Cfr. Horkheimer, Max, *Estado Autoritario*, Itaca, México, 2006. Tema aparte para nosotros, también tratado en este texto referido, es el autoritarismo de los estados pseudosocialistas, como el staliniano. El capitalismo de estado no es la única derivación de la tendencia autoritaria del estado moderno. De hecho, Horkheimer considera que el *socialismo de estado* o *estatismo integral* es "la forma más consecuente del estado autoritario, la que se ha liberado de toda dependencia con respecto al capital privado" (p.45).

21. Horkheimer, Max, *op. cit.*, p. 54.

todo lo que podríamos condensar en los conceptos, las obras y los sueños colectivos de la democracia como soberanía popular efectiva.²²

IV. CONCLUSIÓN

El terror –declarado o no– es la anticipación al advenimiento de ciertas catástrofes, aún evitables. En sentido estricto, no es el vacío normativo lo que caracteriza el desmantelamiento de nuestra democracia, sino la sustitución democrático-procedimental de nuestro sistema constitucional por un conjunto de nuevos compromisos violatorios de sus fines supremos. En el campo del derecho, contra la legitimación del terror por vía de la legislación, ha de destacarse la importancia del activismo jurídico a favor de la sensatez de la norma. Retomando otra vez las valiosas reflexiones de Forrester, hay que decir con ella que la primera forma de resistencia es el rechazo. Pensar ya es rebelarse. Después de todo, el basamento de cualquier tipo de totalitarismo es la negación del respeto a los derechos, siempre ganados a través de la lucha histórica por la construcción y consolidación de órdenes democráticos. La lucha por la recuperación, conservación, y multiplicación de esos derechos es la que se debe de seguir librando.

V. BIBLIOGRAFÍA

Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

_____, *Vida líquida*, Paidós, Barcelona, 2006.

Beuchot, Mauricio, *La semiótica. Teoría del signo y el lenguaje en la historia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Del Palacio, Alejandro, *Del estado de derecho al derecho del estado*, Leega, México, 1999.

_____, *Estado, ciencia y administración. La sociedad administrada*, Edicol, México, 1991.

_____, *Los mecanismos del poder. La democracia ficticia*, Costa-Amic, México, 1976.

Forrester, Viviane, *El horror económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

22. Rivadeo, Ana María, "Violencia neoliberal. La demolición de los vínculos. Hacia una epistemología del terror", *Rev. Dialéctica*, año 22, núm. 3, primavera 1988, p. 64.

_____, *Una extraña dictadura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

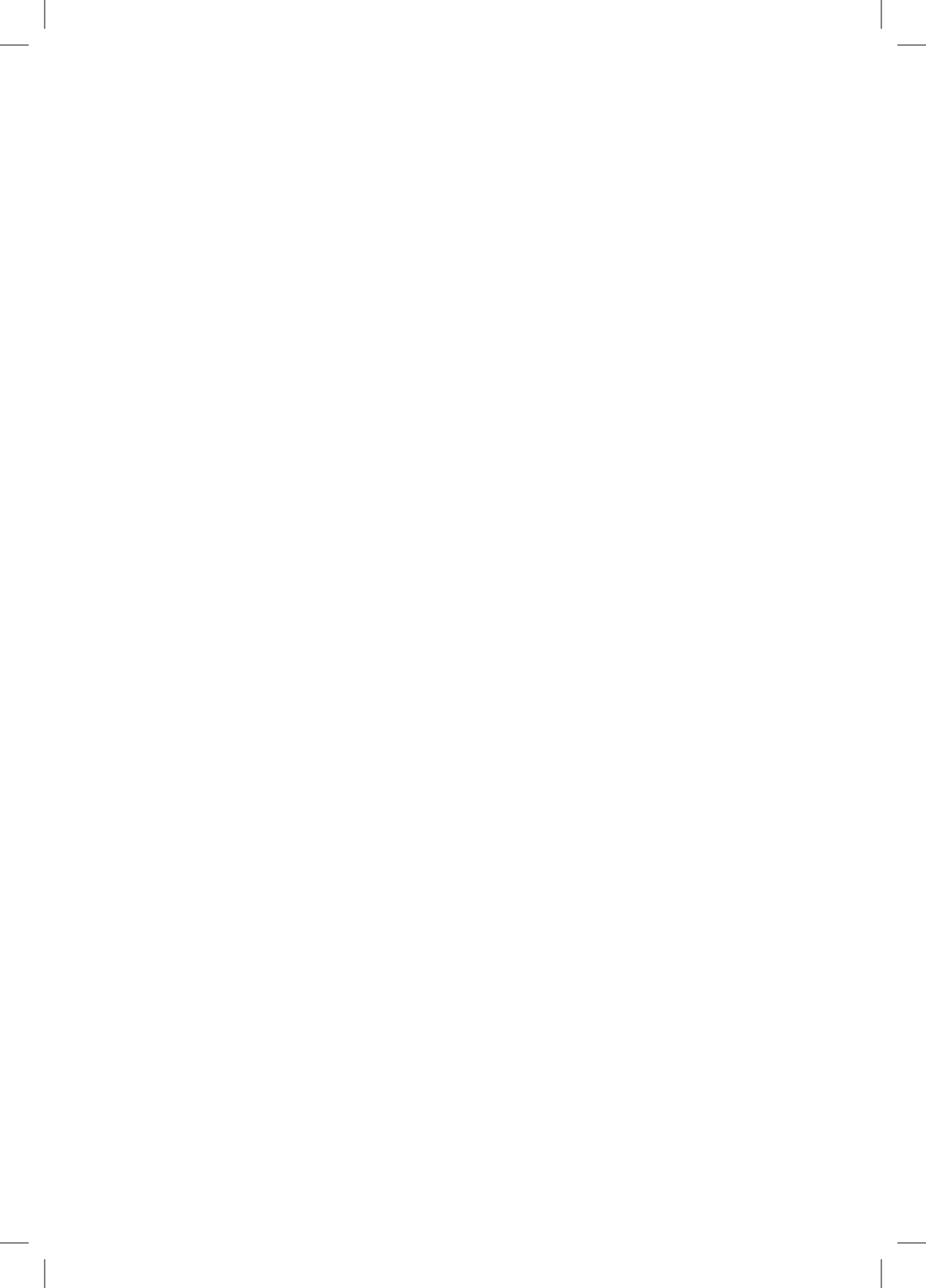
Horkheimer, Max, *Estado autoritario*, Itaca, México, 2006.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Monografías Jurídicas, n. 28, Temis, Bogotá, 1999.

Rivadeo, Ana María, *Lesá Patria. Nación y globalización*, UNAM-ENEP Acatlán, México, 2003

_____, "Violencia neoliberal. La demolición de los vínculos. Hacia una epistemología del terror", *Rev. Dialéctica*, año 22, núm. 3, primavera 1988.

Rozitchner, León, *Freud y el problema del poder*, Losada, Buenos Aires, 2003.



SADOMASOQUISMO VERSUS SADISMO

José Martín Amenabar Beitia

Profesor de tiempo completo, Facultad de Psicología
de la Universidad del País Vasco, España.

1. INTRODUCCIÓN

Es indudable que en los países occidentales van superándose progresivamente los prejuicios en torno a la sexualidad, pues a diferencia de lo que ocurría hasta no hace mucho tiempo, y todavía sucede en algunas sociedades, hemos dejado atrás un modelo único (circunscrito a lo vivido entre un hombre y una mujer que, después de gratificarse con besos y caricias en determinadas partes corporales, proceden a efectuar el coito vaginal, a veces casi por obligación o compromiso, y en bastantes casos adoptando siempre la misma postura) para asistir a la emergencia de un universo plural de relaciones eróticas. Actualmente, junto a la práctica heterosexual se asume con “normalidad” la práctica homosexual (hombre/hombre, mujer/mujer). Y las posibilidades reconocidas y admitidas para disfrutar del cuerpo se han ampliado considerablemente. Las consecuencias que estos cambios culturales suponen para el bienestar de la gente son fácilmente reconocibles, tanto para los integrantes del colectivo heterosexual (que pueden vivir con gran apertura y creatividad su sexualidad) como para los integrantes de las minorías sexuales. Especialmente para estos últimos, puesto que la opción de participar de un amplio espectro cultural de la vida sexual trae consigo que puedan asumirse como personas singulares, con derecho a poner en práctica sus preferencias y gustos sexuales, en lugar de ser objeto de reclusión o exterminio, que es como se les trata en las sociedades intolerantes.

¡Cuántas falacias no se han ideado en torno a ciertos comportamientos sexuales, signados como “vicios”, “pecados” o “crímenes”, con el pretexto de proteger los valores de la familia, de la sociedad o incluso de la civilización misma, provocando pánico moral entre la población en general y marcando las pautas para una estigmatización (y persecución) de los disidentes sexuales! ¡Qué reto,

qué heroicidad constituye la lucha por ser feliz y por defender la propia identidad, siendo minoría, en semejantes condiciones socioculturales! ¡Qué bendición, qué alivio, qué liberación para aquellos que, víctimas en su momento, han visto cómo la sociedad ha transitado de la represión a la tolerancia!

Sobra decir que en las comunidades cuyos ciudadanos apuestan por un universo plural de la sexualidad, hay algunos comportamientos, sean sexuales o no, que, en tanto en cuanto suponen violentar la libertad del otro o su capacidad de ejercerla (para lo cual es menester contar con una edad legal mínima, con un nivel suficiente en las aptitudes de juicio y razonamiento, y estar libre de amenaza), son censurados. Y es a la luz de este postulado, el de la actitud para con el tercero, que voy a acercarme al estudio del masoquismo y del sadismo, dos modalidades sexuales que fueron bautizadas así por Kraft-Ebing, en 1886, con la publicación de la primera edición de *Psicopatía Sexual*, para referirse a las escenas eróticas relatadas en sus novelas por Sacher-Masoch y el Marqués de Sade, respectivamente.

2. LA DOMINACIÓN REGULADA

El masoquista desea verse completamente sometido por alguien que, aupado a la condición de amo, le humille e incluso le pueda maltratar físicamente, mediante una o varias de las siguientes acciones:

- 1) sumisión física (por ejemplo, a través de la restricción o inmovilización de movimientos, o siendo encerrado en algún lugar);
- 2) sumisión sensorial (por ejemplo, a través de un vendaje en los ojos);
- 3) humillaciones (mediante insultos, o siendo obligado a realizar o a padecer determinados actos que lo ponen a uno en situación de burla, ridículo, menosprecio o utilización, como por ejemplo, cuando un sujeto es “forzado” a arrastrarse y ladrar como un perro, cuando es tratado y vestido como un niño pequeño, cuando es “obligado” a vestirse con ropas del sexo opuesto o bien cuando sobre su cuerpo el dominante orina y/o defeca);
- 4) daños físicos (latigazos, golpes, descargas eléctricas, quemaduras, cortes, pinchazos y perforaciones, intentos de estrangulación, mutilación).

El masoquismo, también denominado sadomasoquismo, hace referencia a un vínculo sexual en el que uno de los integrantes adopta el

papel de dominante y el otro de masoquista o sumiso. Una desigualdad o asimetría relacional que, no obstante, es ejercida por expreso deseo de ambos participantes en la relación. El sadomasoquismo opera con personas libres que supuestamente saben qué hacen y a qué juegan. A este respecto, cabe destacar que en cualquiera de las acciones de dominación-sumisión anteriormente señaladas, el masoquista queda en una situación de relativa indefensión, a merced de las decisiones de quien está en la posición de dominante. Imaginémoslo, por ejemplo, que acepta ser acostado y amarrado en una cama, con los ojos vendados, y que a continuación su compañero empieza a realizarle algunos cortes y a verter cera en distintas zonas de su cuerpo, para luego practicar la asfioxifilia. El dominante tiene el poder de decidir sobre la intensidad de sus acciones, además de jugar con los silencios que envuelven en el misterio los nuevos pasos a dar; el suspense y la incertidumbre son ingredientes de la dominación mental que ejerce sobre el masoquista, con el objetivo de hacerle cimbrar sus barreras y defensas psicológicas, para penetrar y bucear en sus miedos. Son momentos intensos. La adrenalina mana a borbotones. Las emociones están a flor de piel en un tipo de escena que suele culminar en la mayoría de las ocasiones, por no decir siempre, con un final feliz, siempre y cuando el dominante sepa lo que hace y sea consciente de que el placer que está en juego es cosa de dos y para los dos.

La confianza es un ingrediente primordial en el sadomasoquismo. Debido a los riesgos que comporta la posición de entrega o sumisión, el masoquista necesita que se le responda adecuadamente, esto es, con conocimiento, tanto en lo que respecta a los utensilios a utilizar, cuya gama es muy variada (pinzas, agujas, fustas, pezoneras, collares, esposas, grilletes, mordazas, arneses, sogas, cadenas, etc.), como con respecto a los efectos que la dominación produce en el cuerpo y la mente, y con responsabilidad. Necesita de su pareja el compromiso de atenerse a las reglas de un juego erótico en el que, a modo de contrato, se estipulan cuestiones tales como quién es el amo y quién el esclavo, los límites de la escenificación en los roles a desempeñar, el contexto (pues fuera del sadomasoquismo cada uno de los integrantes tiene su propia vida privada y su mundo de relaciones) y el tiempo de vigencia, todo ello pensado para que cada uno de los integrantes tenga la posibilidad de poder vivir y disfrutar sensaciones placenteras en lo que

sería un viaje por misteriosos senderos mentales. Sirva como ejemplo lo que aparece acordado a continuación:

CONTRATO ENTRE LA SEÑORA FANNY VON PISTOR Y LEOPOLD VON SACHER-MASOCH¹

El señor Leopold von Sacher-Masoch se compromete, bajo palabra de honor, a ser el esclavo de la señora Von Pistor y a cumplir incondicionalmente, durante un período de seis meses, cada uno de sus deseos y órdenes.

La señora Fanny von Pistor no deberá exigir, por su parte, del señor Leopold von Sacher-Masoch nada que vaya contra su honor (que lo deshonre como ser humano y como ciudadano). Además tendrá que concederle seis horas al día para sus trabajos y no mirará jamás sus cartas y papeles. Por cada infracción o negligencia, o delito de lesa majestad, le es lícito a la dueña (Fanny Pistor) castigar a su esclavo (Leopold Sacher-Masoch) según su leal saber y entender. En resumen, su súbdito Gregor ha de tratar a su dueña con sumisión de esclavo, tomar sus muestras de bondad como una gracia encantadora, no hacer valer ningún derecho como amante de ella; Fanny Pistor, por su parte, promete ponerse un abrigo de pieles tantas veces como sea hacadero, en especial cuando sea cruel con él.

Pasados los seis meses, ambas partes tendrán por inexistente este *intermezzo* de esclavitud y no aludirán en serio a él. Olvidarán todo lo ocurrido y volverán a la anterior relación amorosa. [*Este párrafo fue tachado posteriormente.*]

No es preciso que los seis meses sean seguidos; pueden sufrir grandes interrupciones, empezar y terminar a capricho de la dueña.

Ratifican este contrato con su firma

Fanny Pistor Bagdanov.

Leopold, caballero de Sacher-Masoch.

Comienzo, el 8 de diciembre de 1869.

Habiendo cedido el masoquista su voluntad y gobierno, el dominante se congratula de ejercer un poder que podría considerarse prácticamente de absoluto si no fuera porque está mediado y contenido

1. SACHER-MASOCH, L. (1870), *La Venus de las pieles*, pp. 185-186, Barcelona: Tusquets, 2006.

por los epígrafes contractuales. Y aun cuando a primera vista el masoquista no hace otra cosa que obedecer, la verdad es que todos los caprichos y requerimientos del dominante pasan por él. Todo ha de ser finalmente aceptado y asumido por el masoquista, que es quien traza los linderos por los que transita la relación y sobre quien gravita el universo imaginario que ha sido creado. Él tiene la última palabra, aquella que le permite hacer terminar o cesar el juego erótico de dominación-sumisión.

Para que no haya dudas o confusión ha tenido que convenirse de antemano que cierta palabra o formulación es clave, una especie de alarma, por la cual el masoquista da a conocer de manera inequívoca que el sufrimiento que está padeciendo en determinado momento le resulta insufrible, intolerable, no aportándole nada positivo a su vivencia fantasiosa, por lo que solicita, de manera urgente, que el dominante suspenda o rectifique la acción que está ejerciendo. Un dolor que poco antes le sumergía al masoquista en el placer, de repente ha cambiado de tonalidad, bien porque el dominante ha aumentado la intensidad o bien porque ha desbordado la zona corporal en que estaba confinado su padecimiento gozoso. Así, por ejemplo, a un sujeto le puede entusiasmar que le azoten en determinada parte del trasero, y un poco más allá de esa zona el dolor le resulta agónico. A decir verdad, «A ningún sadomasoquista le gustan todos los tipos de dolor»².

Cuando el sumiso o masoquista pronuncia la palabra clave, indicadora de haberse sobrepasado los umbrales del juego erótico, el dominante (en caso de continuar con la práctica sexual en lugar de darla por terminada) tendrá que recular o rectificar, debiendo incorporar a continuación otras acciones que resulten aceptables y tolerables. Ha de hacer gala de capacidad de entendimiento y buen juicio, aunque, también es cierto, a veces, «Resulta difícil encontrar el punto justo en la dominación sexual: si llegas demasiado lejos, tu pareja se puede sentir avasallada; si no llegas lo bastante lejos, se sentirá engañada. La dominación es menos popular de lo que se suele creer porque implica demasiadas responsabilidades»³. Es por eso que los masoquistas «aprecian a los compañeros sofisticados que saben exactamente cómo actuar dentro de las reglas del juego, al mismo tiempo que –con matices

2. STOLLER, R. J. (1991), *Dolor y pasión. Un psicoanalista explora el mundo sadomasoquista*, p. 29, Buenos Aires: Manantial, 1998.

3. PHILLIPS, A. (1998), *Una defensa del masoquismo*, p. 183, Barcelona: Alba.

exquisitos— aparentan violar sus límites»⁴. Es en ese tenor que se hace comprensible lo comentado por cierta mujer: «una vez que usted me teme, quiero que se sienta a salvo y seguro de que no voy a hacerlo sangrar si no quiere, o que si yo quiero que sangre, no habrá nada malo en eso. Que si yo hago que sangre, está bien»⁵.

Al hablar del dominante y del masoquista lo hago de manera genérica, sin que ello suponga referencia a un sexo determinado, dando por supuesto que entre ambos individuos pueden darse combinaciones de tipo heterosexual (mujer dominante/hombre sumiso u hombre dominante/mujer sumisa) y homosexual (hombre dominante/hombre sumiso o mujer dominante/mujer sumisa).

Quisiera comentar también que el término sadomasoquismo hace referencia en una segunda acepción a la coexistencia de sadismo y masoquismo en un mismo individuo.

3. A LOS PIES DE UNA DIOSA

El masoquista trata de colmar y gratificar al dominante en su necesidad de autoafirmación narcisista. Se convierte en esclavo (voluntario), en lo que se le solicita que sea, en su recipiente a medida. Pero todo ello con un objetivo: asegurar la presencia del otro. En este sentido, la entrega total es la tela de araña que el masoquista teje para capturar y mantener al otro en su universo imaginario. Alguien que en muchos casos ha sido seducido o convencido para protagonizar conductas tiránicas y arbitrarias. El dominante castiga al masoquista no sólo por lo que éste haya hecho o dejado de hacer sino que a veces incluso sin importar lo que haya hecho. Y también puede recompensarlo y tratarlo con dulzura cuando le plazca. Un reinado déspota que, curiosamente, provoca deleite en quien sufre su impiedad e injusticia. Gozosa servidumbre.

No cabe duda que el sumiso o masoquista busca a alguien que personifique todo aquello que lo rebasa en sus limitaciones, alguien que pueda encarnar atributos sobrehumanos, alguien a quien poder adorar o venerar, tal como lo refiere Sacher-Masoch a través de un personaje de ficción:

4. STOLLER, R. J. (1991), *Dolor y pasión. Un psicoanalista explora el mundo sado-masoquista*, p. 32, Buenos Aires: Manantial, 1998.

5. *Ibidem*, p. 97.

«...si bien un matrimonio sólo puede basarse en la igualdad, en la coincidencia, las grandes pasiones brotan, en cambio, de las antítesis [...]. No puedo ser feliz mirando a mi amada desde arriba. Quiero poder adorar a una mujer y sólo puedo hacerlo si ella es cruel conmigo»⁶.

«Sólo podemos amar de veras aquello que está por encima de nosotros, una hembra que nos somete, que se convierte en nuestra déspota por su belleza, por su temperamento, por su inteligencia, por la fuerza de su voluntad»⁷.

Lo que el masoquista pretende vivir a través del sadomasoquismo no es un simple episodio amoroso sino la consagración del amor sublime, el amor con mayúsculas, la posibilidad de contactar y entrar en relación con una figura mítica, con una especie de diosa en el relato que hace Sacher-Masoch.

Al masoquista le excita la sensación de estar encadenado a un gran poder, estar a merced de un ser superior a cuanto él pudiera lograr o actuar por sí mismo. Y para que así sea, cumple con su papel. Porque lo que da pie o pone en juego el poder supremo del otro, su entronización, es la humillación o degradación de aquel que desempeña el rol de sumiso. En otras palabras, el advenimiento de una figura mítica se da gracias a la infravaloración que protagoniza y reclama para sí el masoquista. Es un juego de polaridades, muy bien ilustrado, por cierto, por un poeta bohemio, al que en cierta ocasión que caminaba yo por las ramblas de Barcelona escuché formular lo siguiente: «¿Qué es lo que permite visualizar las estrellas en el cielo?». Y a continuación él mismo dio la respuesta: «La oscuridad. Mucha oscuridad». En consecuencia, sin la una no se harían visibles las otras, no se podrían reconocer o manifestar. Las estrellas tan sólo brillan en la oscuridad. Y cuando asoma la luz, esto es, el fenómeno de la otredad, el poder del que también está ahí, tienden a desvanecerse. La condición de su presencia o manifestación es la asimetría, la desigualdad complementaria. No sería desacertado decir, entonces, que ciertas personas se adentran en la sumisión con la ilusión de estimular o hacer asomar la imago divina del partenaire, por

6. SACHER-MASOCH, L. (1870), *La Venus de las pieles*, pp. 48-49, Barcelona: Tusquets, 2006.

7. *Ibíd.*, p. 49.

ejemplo, convirtiendo imaginariamente a una mujer en la Gran Mujer, en una especie de diosa, irradiada plenamente de poder y gloria.

4. LA TRANSMUTACIÓN DEL DOLOR EN PLACER

Los masoquistas presentan ciertas conductas de flirteo con el dolor (tales como los latigazos, los cortes, las quemaduras o las perforaciones) que, debido a su gran intensidad, pueden causar asombro, incompreensión en sumo grado, cuando no rechazo entre la gente ajena al masoquismo. De todas formas, entre quienes no se consideran masoquistas es relativamente habitual la producción de dolor poco intenso (los pellizcos, los pequeños mordiscos en los pezones, los leves tirones de cabello o vello, las palmadas en el trasero, los arañazos en la espalda, etc.).

Tal como sucede con lo experimentado a través de otras sensaciones corporales, ciertos niveles de dolor (ya sean de gran o poca intensidad, dependiendo del momento y del sujeto en cuestión) pueden acompañar o ser fuente de excitación sexual. Sabido es, por ejemplo, que algunas personas necesitan ser azotadas para conseguir la erección o para aumentar su fogosidad. Pero eso no significa que el dolor por sí mismo sea apetecible; «los latigazos son cualquier cosa menos placenteros. No son sino un requisito previo para el contacto sexual que se espera para después [...]. Una vez recibido el castigo, el cuerpo estará vivo para la sensación, completamente abierto a la receptividad y ansiando una sensualidad positiva»⁸. El dolor o sufrimiento experimentado posibilita el acceso al gran gozo, a lo sublime. Y en tanto que aparece como acompañante o catalizador del placer, tiene una finalidad, un sentido, como así lo plantea en el programa *Sexo en secreto*⁹ una masoquista:

«Yo no aguanto. Yo disfruto. En el momento en que aguanto o sólo aguanto, se acaba la sesión, la corto. Porque yo no vengo a aguantar dolor; yo vengo a disfrutar, a gozar. El dolor *per se* no me gusta. El dolor *per se* no tiene sentido».

En palabras de otro masoquista:

«...me gusta el dolor cuando éste, a su vez, me produce placer, y eso no es tan sencillo como ir al bar de la esquina,

8. PHILLIPS, A. (1998), Una defensa del masoquismo, p. 183, Barcelona: Alba.

9. Documentos TV del 18 de diciembre de 2006.

provocar al primer borracho que se te cruce y dejar que te ponga la cara como un mapa»¹⁰.

En el sadomasoquismo se evita el dolor no erotizable, de tal manera que una jaqueca o un golpe en la espinilla puede resultar para el masoquista tan molesto y lamentable como para cualquier persona. Ante tal tipo de dolor, se busca tratamiento, remedio. El masoquista se acerca tan solamente al dolor que cree que le puede reportar alguna satisfacción, en cuyo caso es enfrentado o abordado en circunstancias favorables y con una persona que sea digna de confianza. Con un buen dominante, con un compañero que sea capaz de ayudarlo a transitar por el dolor, a reconducir o convertir el dolor en algo que llegue a causarle placer, en una vivencia dichosa. Se trata de trabajar el dolor, de procesarlo psíquicamente. Hay ocasiones en que el dolor es fundamentalmente una vía de liberación mental.

El sadomasoquismo, en opinión de Stoller, constituye un intento por dominar el episodio problemático infantil; «el comportamiento erótico adulto *contiene* el trauma precoz. Ambos encajan: los detalles del guión adulto cuentan qué le pasó al niño»¹¹. Dicho trauma se reproduciría en la vida erótica adulta, pero con la particularidad de que en esta ocasión el desenlace es favorable, puesto que la producción del dolor nunca produce un dolor intolerable así como tampoco la representación de la humillación provoca verdadera humillación. Todo está bajo control, dentro de los límites de un guión. Es así que la imitación del trauma (que incluye dolor y/o humillación) no es traumática. Al contrario, implicaría un intento de superación o elaboración.

Y hablando de acontecimientos del pasado y de su incidencia en el devenir de la sexualidad humana, quisiera mencionar una aportación especialmente relevante. Corresponde al creador del psicoanálisis, a Freud. Él estudia la fantasía de fustigación o paliza a un niño que le es relatada por 6 pacientes (4 mujeres y 2 hombres) y que, acompañada de sentimientos placenteros, remite a lo acontecido en la niñez. Con

10. SÁEZ, F. Y VIÑUALES, O. (2007), *Armarios de cuero. Relatos de vida BDSM*, p. 32, Barcelona: Bellaterra.

11. STOLLER, R. J. (1991), *Dolor y pasión. Un psicoanalista explora el mundo sado-masoquista*, p. 39, Buenos Aires: Manantial, 1998.

respecto a los pacientes del sexo femenino, la mencionada fantasía sería el producto o resultado de las siguientes etapas:

– PRIMERA FASE: La niña se encuentra «fijada con ternura al padre», pero los hermanos de edades similares a la suya le obligan a compartir el amor. Es por tal motivo que esos hermanos, en tanto que rivales, son odiados. «*El padre pega al niño (que yo odio)*»; «*El padre no ama a ese otro niño, me ama sólo a mí*». Cabe destacar que el término “niño” es empleado por Freud en sentido general, sin determinar el sexo.

– SEGUNDA FASE: El odio para con los hermanos así como el amor incestuoso generan sentimiento de culpa. Y como consecuencia de ello «*El padre me ama*», entendido en un sentido genital, se transforma por medio de la regresión a la etapa sádico-anal en una fantasía masoquista: «*El padre me pega*».

– TERCERA FASE: Aparece la formulación «*Pegan a un niño*», relacionada aparentemente con el sadismo, aunque «sólo la forma de esta fantasía es sádica; la satisfacción que se gana con ella es masoquista»¹², en tanto que la parte libidinal reprimida («*sólo me ama a mí*») y la conciencia de culpa buscan la gratificación. De hecho, los numerosos niños (casi siempre son muchos niños en lugar de uno) que son golpeados por una figura paterna o de autoridad no dejan de ser elementos sustitutos de la propia persona fantaseadora.

Con respecto a la fantasía de fustigación referida por los pacientes del sexo masculino, la madre parecería como la figura que azota. Pero este contenido, que es o puede ser consciente, en opinión de Freud, estaría vinculado a otro («*Yo soy azotado por el padre*»), por lo general inconsciente. Así pues, y al igual que en los pacientes del sexo femenino, la relación sexual reprimida en los varones, camuflando el amor incestuoso en golpes, tiene que ver con una actitud de entrega hacia el padre.

12. FREUD, S. (1919), «Pegan a un niño», p. 188, en *Obras Completas*, vol. 17, Buenos Aires: Amorrortu, 1979.

La formulación freudiana vincula el masoquismo con el sentimiento de culpa; y en este sentido, «la experiencia necesaria de dolor, sumisión y humillación para obtener gratificación sexual es el castigo inconsciente por las implicaciones edípicas prohibidas de la sexualidad genital»¹³. Dicho de otro modo, el masoquista necesitaría padecer un cierto grado de sufrimiento o castigo con objeto de aliviar el sentimiento de culpa que se interpone con la posibilidad de disfrutar de la relación sexual. Acepta los golpes como el peaje a pagar por el placer, como una expresión de amor («Me pega porque me ama»), como el indicador de que subsiste la ligazón con la persona amada, con aquella que arrastra los ecos de la relación edípica.

5. EL BUEN HACER DEL DOMINANTE

Existe un chiste muy apropiado para el tema que nos ocupa. Un masoquista le pide con apremio a un sádico: ¡Pégame! ¡Pégame! ¡Pégame! Y el sádico contesta sarcásticamente: ¡No!, con lo cual deja al masoquista tocado en el alma, sumido en un estado de desasosiego. Al rechazarlo rechazándole de una posible relación se echa por tierra una demanda que tiene que ver con la necesidad de ser rechazado en el marco de una relación. Lo que el masoquista espera del otro es que se ocupe de él. Que acepte jugar su juego. Necesita que alguien entienda su propuesta, que la acepte y que la pueda protagonizar con éxito. El masoquista busca un partenaire adecuado con el cual poder vivir o escenificar sus fantasías sexuales. Y cuando alguien se convierte en su amo, estaría dando cuenta de su interés o dependencia para con él. Además, el hecho de encontrar a alguien que lo maltrate puede resultar tremendamente tranquilizador para el masoquista, pues a partir de ese momento dispone de la oportunidad de ligar la angustia con una determinada escena erótica así como de expiar la culpa que le tiene atado de pies y manos.

La tarea de ocupar el lugar o rol de “maltratador a medida” no es fácil. No se trata de ejercer cualquier tipo continuado de “maltrato”, de vez en cuando aderezado con ciertas recompensas. No. Es algo más, por no decir mucho más. Tal como relata una dómina en el programa *Sexo*

13. KERNBERG, O. (1995), *Relaciones amorosas. Normalidad y patología*, p. 218, Buenos Aires: Paidós, 1997.

en secreto: «Hay que estrujarse la cabeza»¹⁴. El rol de dominante exige mucha responsabilidad y también mucha imaginación, creatividad, para poder satisfacer al otro con los niveles, matices y tipos de humillación y/o dolor que necesita. Hay que saber corresponder al acto de entrega; «el sumiso desea libremente depositar su voluntad en el Dominante, quien, a su vez, debe hacer méritos suficientes y demostrar, así, ser digno de esa entrega que se le ofrece, merecedor de hacerse cargo de las necesidades del sumiso»¹⁵.

El dominante puede exigir al sumiso o masoquista, como muestra de entrega, someterse al dolor y/o a ciertos tipos de humillación; y aunque no le agrade hacer lo que se le pide, si el sumiso accede a ello, es porque el dominante sigue dando cuerpo y ocupando un rol que se adecua a las pautas cinceladas en el juego erótico establecido entre ambos. Una vez terminada la sesión de sadomasoquismo, el sumiso evaluará si le ha merecido la pena o no participar en tal experiencia; si resulta que sí, no solamente se debe al hecho de haberse probado que ha llegado hasta donde se le exigía llegar, o por haber dado todo lo que se le pedía dar, sino probablemente también porque el dominante ha conseguido doblegarle la voluntad con “sabiduría”. Según dice un practicante del sadomasoquismo:

«Bajo ciertas circunstancias –sobre todo si estoy excitado–, ahora soy capaz de aguantar bastantes azotes; e incluso en una ocasión, no hace mucho, una Dómina amiga de mi mujer me vendó los ojos y me clavó agujas en los pezones, mortificación que en ningún otro caso hubiese aceptado, pero que en aquel momento y ejecutado como fue con maestría, me excitó mucho»¹⁶.

Según informa otro participante:

«Me hizo suyo, fui un juguete en sus manos. Soporté el dolor como nunca lo había soportado...Me hizo desear las pinzas, el látigo...Y hubiera conseguido de mí lo que hubiese querido si hubiera dispuesto de más tiempo. Sin un grito, sin una palabra más alta que otra. Ni siquiera

14. Documentos TV del 18 de diciembre de 2006.

15. SÁEZ, F Y VIÑUALES, O. (2007), *Armarios de cuero. Relatos de vida BDSM*, p. 38, Barcelona: Bellaterra.

16. *Ibidem*, p. 147.

eyaculé aquella noche. Y, sin embargo, jamás he sentido un placer semejante, un goce que trascendió la simple descarga y que se prolongó hasta la madrugada»¹⁷.

El buen dominante sabe cómo proceder para que el dolor que provoca sea soportable, para que su partenaire saboree un dolor delicioso. Un dolor que, como podemos ver en las dos viñetas anteriores, el sumiso agradece haber experimentado y disfrutado. Por su parte, para el dominante el hecho de saberse merecedor del sacrificio del partenaire, comprobar que ha logrado someterlo a sus pruebas y caprichos, le hace sentirse todopoderoso, exultante. Poder embriagador, placer inefable.

«Contemplar cómo la persona que tienes enfrente se despoja de sí misma y te cede el bien más valioso que posee, sentir que te brinda su entrega, su voluntad, es una de las sensaciones más intensas y plenas que es posible experimentar, y más difícil de explicar con palabras»¹⁸.

De todas maneras, conviene subrayarlo, la entrega no es indiscriminada ni pasiva. No hemos de perder de vista que el dominante del sadomasoquismo disfruta del poder con que se le ha asignado. Y el hecho de que el masoquista ceda su voluntad, para ser incorporado en la voluntad del otro, ya es en sí mismo un acto de voluntad. Podríamos decir que el masoquista hace uso de la voluntad de no tener voluntad. Juega a no tener poder ni iniciativa. Es el dominante quien debe estar a la altura de las circunstancias y responder a lo que se espera de él. Es él quien tiene que demostrar su valía, su competencia, su desempeño, mientras que el sumiso o masoquista disfruta de la condición de haber sido liberado de responsabilidades, dejándose llevar, gozoso de no tener que demostrar nada.

La sumisión erótica no se acompaña necesariamente de la sumisión social, pues si bien es cierto que hay sujetos que en todos los contextos (ya sea dentro del sadomasoquismo como fuera del mismo) se comportan como sumisos, hay otros que en sus relaciones cotidianas o sociales se desempeñan de manera asertiva, dominante o triunfadora, en cuyo caso el sadomasoquismo constituye una oportunidad para desprenderse de las obligaciones y responsabilidades con que se les conoce habitualmente.

17. *Ibidem*, p. 202.

18. *Ibidem*, p. 38.

A veces el masoquista llega en su capacidad de entrega más allá de lo que en principio imaginaba poder hacer. También puede ocurrir que, bajo el disfraz de la degradación con que es investido durante la escenificación sadomasoquista, oculte el orgullo de ir tan lejos como se propone.

Si bien es cierto que en bastantes ocasiones es el dominante quien plantea al masoquista someterse al dolor, en otras ocasiones es el propio masoquista quien lo demanda, porque lo necesita como si de oxígeno se tratara, para estar en condiciones de enfrentarse a la vida. En cualquier caso, como ya lo he apuntado antes, la tarea del dominante radica en ayudar al masoquista a transmutar el dolor en placer, en un sufrimiento gozoso. Y cuando el masoquista disfruta sufriendo, habría que decir del dominante que está haciendo bien su tarea, que está comportándose como un buen amante, si se me permite la expresión. A decir verdad no es propio del buen dominante provocar dolor gratuito o poco placentero, pues «De lo que se trata es de causar daño de la forma adecuada y en el momento justo, dentro de un escenario sofisticado y sumamente artificial»¹⁹. El buen dominante ha de estar pendiente de que sus acciones sintonicen con las necesidades y el deseo del partenaire.

Hay dominantes que reconocen tener una parte sumisa, la cual aflora en unas pocas y determinadas ocasiones. Otros practicantes del sadomasoquismo, a los que se les conoce con el término de «switch», presentan gran facilidad para protagonizar los dos roles, tanto el de dominante como el de sumiso.

Así como ocurre en otro tipo de relaciones o prácticas sexuales, también en el sadomasoquismo se requiere la compenetración y el intercambio entre sus participantes. Se trata de una relación en la que el dominante ha de saber conectar con la mente de su partenaire, observando las reacciones de éste y si lo que está aconteciendo en determinado momento, le agrada o no. El buen dominante muestra sensibilidad y empatía para con el masoquista o sumiso. Ha de saberle conducir por episodios humillantes y dolorosos con conocimiento y buen criterio, con maestría. Ha de entender que el masoquista no busca ni vivencia el sufrimiento por el sufrimiento sino como vía o vehículo para algo más: para sumergirse en la entrega y acceder al placer.

19. PHILLIPS, A. (1998), *Una defensa del masoquismo*, p. 29, Barcelona: Alba.

6. LA DOMINACIÓN DESBORDANTE, SIN CORTAPISAS

Aunque el sadomasoquismo sea un tipo de relación sexual que se asienta en la desigualdad o asimetría, el poder del que goza el dominante no le da derecho a hacer lo que le da la gana. Es por eso que los masoquistas aprecian a los dominantes eficientes y responsables, y reniegan de aquellos que no tienen escrúpulos o que tan sólo buscan su propio placer. El “maltrato” ha de llegar como mucho hasta donde el masoquista lo permite, con lo cual cualquier acción que rebase los límites señalados por él denota abuso. Pues de la misma forma que una mujer puede ser violada por su esposo o una prostituta por un cliente, el masoquista puede ver vulnerada su decisión de no participar en una determinada acción, aun cuando, y eso no vale como excusa para el dominante, en una sesión anterior o con respecto a otras acciones hubiera otorgado el consentimiento. Considérese que, independientemente de los contenidos que caracterizan una determinada práctica o fantasía erótica, lo que la adscribe al plano de la “relación sexual” es el consentimiento mutuo de sus participantes y, por tanto, que la entrada en los límites territoriales (corporales y/o psíquicos) del partenaire sea por invitación, y no por intrusión.

Cuando los actos de dominación son gustosamente aceptados por la persona a la que van dirigidos, hablaríamos de sadomasoquismo. Pero dicho término no podría utilizarse cuando los actos de dominación son impuestos. Cuando alguien no desea participar de la situación en que se encuentra. Y no puede sustraerse a ella. Cuando está atrapado. Cuando es obligado, en contra de su voluntad, a sufrir o padecer lo que el dominante en exclusiva decide y quiere hacer con él, pues en tal trance los actos de dominación, lejos de reportarle placer, le provocarían un sufrimiento intolerable, traumático. «La diferencia es elocuente, hasta el punto de que puede compararse con la existente entre relación sexual y violación»²⁰. Estoy refiriéndome al sadismo, que consiste en el placer sexual que acompaña a la provocación de dolor y humillación sobre un sujeto por el que no se siente respeto ni consideración.

A diferencia del dominante del sadomasoquismo, que para seguir disfrutando de su posición de poder ha de contar con el favor del masoquista, el dominante del sadismo (esto es, el sádico) no quiere saber nada de dependencias ni de poderes recortados o limitados por

20. *Ibidem*, p. 97.

el otro. Leamos al respecto algunas argumentaciones del Marqués de Sade:

«¿Qué se desea cuando gozamos? Que todo lo que nos rodea se ocupe exclusivamente de nosotros, que no piense más que en nosotros, que cuide solo de nosotros. Si los objetos que nos sirven gozan, desde ese momento los tenemos probablemente más ocupados de ellos que de nosotros, y nuestro goce por lo tanto resulta perturbado»²¹.

«...no hay comparación posible entre lo que sienten los demás y lo que nosotros sentimos; la dosis más fuerte de dolor en los demás debe ser para nosotros nada, y el más leve cosquilleo de placer experimentado por nosotros nos conmueve; por tanto debemos preferir, al precio que sea, ese ligero cosquilleo que nos deleita a esa suma inmensa de desgracias de los demás, que no podría afectarnos»²².

El sádico reniega del contrato. Si lo acepta, tan sólo es temporalmente, porque así le conviene, porque sabe que de esa forma se hace con una víctima que desconoce en qué aventura se ha metido, para luego romper las reglas y dar rienda suelta a todos sus deseos y caprichos. Para el sádico lo único importante son las sensaciones de placer y de displacer que él mismo, y no otro, pueda sentir, porque aquello que no se vive en carne propia o que no le afecta a uno directamente no le pertenece ni le tendría que comprometer afectivamente en modo alguno.

Con el propósito de ejemplificar la falta de sensibilidad con que se conduce el sádico, nos basaremos en lo que un recluso confeso de varios homicidios y múltiples violaciones, al que para ocultar su verdadera identidad he decidido llamarle Oruan, me relató en cierta ocasión:

«En el futuro voy a sentar a un individuo en una parrilla caliente. A su mujer la sentaría en una cuña de acero. También he llegado a pensar en la mutilación, en cercenarle el cuello a la mujer mientras mi socio le esté haciendo el amor. Cuando él sintiera que ella está en pleno

21. SADE, MARQUÉS DE (1795), *La filosofía en el tocador*, p. 223, Madrid: Valdemar, 2004.

22 *Ibidem*, pp. 145-146.

orgasmo juntamente con él, yo le agarraría a ella y con una motosierra le cortarí el cuello».

Y en otra ocasión:

«Mi socio le estaría haciendo el amor a la mujer durante unos 30 ó 45 minutos. Así él la va a calentar, la va a encender; la va a hacer sentir mujer, amada, para que disfrute de la relación y al mismo tiempo de la violación. A los 30 ó 45 minutos de estar penetrando a la mujer, y gozando, se le va a agarrar de las greñas y se le va a cercenar el cuello, quedando la cabeza en manos de nosotros, que se la vamos a mostrar a los familiares. Yo me imagino incluso el cuerpo decapitado, pero penetrado por mi cómplice. ¿Te imaginas el placer que va a sentir el individuo? Mi cómplice va a estar sintiendo las convulsiones, los estertores, los movimientos ya involuntarios del cuerpo cercenado. Tú te das una idea».

En la primera viñeta Oruan habla en un inicio de las acciones sádicas, a ejercer sobre un hombre y sobre su mujer, centradas en la zona corporal del trasero. Provocación de dolor, erotismo sádico-anal, fantasías de penetración anal. Posteriormente, en una segunda parte de la primera viñeta y también a lo largo de la segunda viñeta, relata la fantasía de violación sexual de la mujer, a quien en determinado momento se decapitaría. Coito vaginal y provocación de traumatismo psicológico. Y muerte.

Oruan sostiene que la violación es en sí misma placentera para la víctima, como si resultara inevitable disfrutar de las sensaciones corporales que se derivan de toda penetración vaginal, independientemente o más allá de que ésta sea voluntaria o forzada y de su correspondiente connotación psicológica, tal vez porque necesita creer que la mujer siempre responde favorablemente (desde el placer) a quien da muestras evidentes de potencia viril, a quien sería agente dispensador de placer. De todas formas, el supuesto placer que al sádico le interesa provocar en la víctima no tendría otra finalidad que servir de soporte para incrementar el placer personal, lejos de la intención de compartir placer o de anhelar la dicha para el partenaire. El destino del otro, su vivir, su sufrir, le es irrelevante.

El sadismo es una práctica sexual inscrita en la órbita narcisista. El dominante del sadismo no quiere para el partenaire más placer que el que sirve para reforzar o apuntalar el suyo propio, no importándole ni retrayéndose ante la posibilidad de que su cota de placer sea a costa de hacer desaparecer el placer del otro o de trocarlo en un sufrimiento tan insoportable como indeseable. El sufrimiento ajeno en lugar de alejarlo o frenarlo en su objetivo de realización erótica, supondría un mayor nivel de excitación y de acercamiento al orgasmo, como así se vislumbra en Oruan que, dando por hecho que yo podía imaginarme el grado de placer al que accedería el violador de su fantasía sádica, trataba abiertamente de contagiarme su entusiasmo por la dominación absoluta.

El sádico no evita hacer sufrir al otro si con ello se divierte y satisface. Ese es su planteamiento. Empuja al otro a ir más allá de sus límites de procesamiento físico y psíquico, lo lanza al abismo del sufrimiento insufrible, insoportable, a un verdadero infierno. Se congratula de poder doblegarlo y utilizarlo a su antojo. Placer unipersonal, sin ataduras, despiadado. Insensibilidad y omnipotencia. En definitiva, el sádico vive la pasión de ignorar los límites del partenaire.

COMENTARIOS FINALES

A continuación voy a señalar, a modo de síntesis, algunas de las grandes diferencias existentes entre sadomasoquismo y sadismo:

- 1) El dominante del sadomasoquismo toma en consideración a su partenaire, mientras que el dominante del sadismo pasa por encima de él, desestimando sus límites, ignorando sus necesidades, desoyendo su voz.
- 2) El sadomasoquismo es una práctica sexual donde es visible la comunicación, la confianza y el intercambio mientras que el sadismo remite a un universo unipersonal, narcisista.
- 3) El dominante del sadomasoquismo sumerge a su partenaire en un sufrimiento soportable, también gozoso, delicioso, mientras que el sádico sumerge a su víctima en un sufrimiento insufrible, insoportable.
- 4) El masoquista se siente afortunado de contar con la compañía de un dominante, a quien rinde adoración y entusiasta entrega (de lo cual dan cuenta expresiones muy significativas: «Me postro ante usted»; «Pongo mi cuerpo a su disposición para

que haga conmigo cuanto desee», «Soy suyo»; «Desearía poder servirle de cojín», «Permítame besar el suelo que pisa»), mientras que la víctima del sadismo no quiere otra cosa que escapar de un dominante que se le presenta como figura terrorífica y encarnación de lo inhumano.

- 5) Si bien la dominación del sadomasoquismo se desarrolla en el orden de la simulación o elaboración del trauma, la dominación sádica tiene que ver con la provocación del trauma.

El sadomasoquismo es una escenificación erótica de las relaciones de poder, pero eso no significa, ni mucho menos, que los participantes en el mismo justifiquen o promuevan las relaciones abusivas en la vida real. «Deberíamos distinguir a quienes hacen daño de quienes, al tratar de anular los efectos del daño sufrido en los primeros años de su vida, juegan a provocarlo»²³. Tal como les sucede a algunas víctimas de violación, que en ciertos casos y ante determinadas personas se ven obligadas a demostrar que no son culpables de lo que les ha ocurrido, los practicantes del sadomasoquismo pueden verse comprometidos, para desterrar las sospechas o falsas acusaciones que operan en contra de ellos, a manifestar públicamente su indignación ante los abusos de poder. ¿Pero acaso por fantasear o jugar a la provocación de un trauma se es más proclive a provocar el trauma que quien no tiene tales fantasías o no se las puede permitir?

Si nos despojamos de prejuicios infundados, podemos convenir que el practicante del sadomasoquismo no está más cerca, ni más lejos, que una persona cualquiera del ejercicio de la violencia sexual como tampoco aquel que participa en juegos de guerra está más cerca, ni más lejos, que una persona cualquiera de llegar a matar a alguien. Entendamos que el sadomasoquismo es un peculiar juego erótico que implica la búsqueda consensuada de placer, mediatizada por la dominación y/o el dolor, para todos y cada uno de los integrantes de la relación. Seamos capaces de ver que existen muchas y diversas prácticas sexuales para compartir, para estar y ser con el otro, tan respetables como la que es predominante en una determinada sociedad. No reprimamos ni condenemos ninguna práctica sexual que haya sido consensuada por sus participantes. Seamos capaces de apostar por la

23. STOLLER, R. J. (1991), *Dolor y pasión. Un psicoanalista explora el mundo sadomasoquista*, p. 35, Buenos Aires: Manantial, 1998.

diversidad, por una cultura donde sean posibles diferentes fórmulas de convivencia e interacción. Sirvan de reflexión al respecto las siguientes palabras:

«Un brahmán se pone verde cuando nos ve comer una hamburguesa. ¿Cuál de los estómagos secreta la verdad: el suyo o el nuestro?»²⁴.

24. *Ibidem*, p. 35.

TRATA DE PERSONAS, PROSTITUCIÓN, DERECHOS HUMANOS Y GÉNERO: HACIA UNA VISIÓN INTEGRAL

Julieta Morales Sánchez

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Doctora en Derecho con Mención Honorífica; Directora General Adjunta de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Comisión Nacional de Seguridad.

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Los debates sobre la prostitución continúan planteándose desde hace décadas, arrojando resultados similares ante la falta de unanimidad: se pospone la discusión, se retrasan aún más las acciones y se perpetúa el *status quo* vigente, lo cual agrava la situación existente en torno a este fenómeno y perjudica severamente los derechos humanos de las personas que se dedican a esta actividad. No es posible seguir invisibilizando el fenómeno; hoy se demandan propuestas integrales e incluyentes para la plena garantía de los derechos humanos de las personas inmersas, directa o indirectamente, en este contexto.

La realidad de las personas que ejercen la prostitución es compleja y llena de matices. Aunque la historia de violencia y discriminación que afecta a las personas que ejercen la prostitución, particularmente a las mujeres, permite establecer ciertas regularidades en las diferentes experiencias nacionales, no debemos perder de vista que dichas personas poseen esquemas particulares para la integración de su identidad y el ejercicio de la autonomía. No obstante, el carácter universal del paradigma de los derechos humanos como forma de realización de una vida digna, nos obliga a profundizar en el análisis de las condiciones que obstaculizan el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas que ejercen la prostitución. Este artículo busca plantear una visión del fenómeno de la prostitución desde la perspectiva de los derechos humanos con perspectiva de género. Así, un enfoque de este tipo tendrá que vislumbrar las distintas afectaciones a los derechos de este grupo de personas, diferenciando los casos en los que: 1) se producen conductas criminales (como la trata de personas); 2) las personas ejercen la prostitución debido a la falta de opciones

de vida, a la pobreza o al desempleo; y 3) las personas ejercen la prostitución como resultado de una elección personal producto de su consentimiento libre e informado.¹

2. DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES E IGUALDAD DE GÉNERO: BREVE PLANTEAMIENTO SOBRE LA NECESIDAD DE TRANSVERSALIZAR LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Históricamente las mujeres han enfrentado una situación de desigualdad y discriminación en relación con los hombres. La división sexual del trabajo propició la construcción de estereotipos y roles que han dejado a las mujeres con pocas o nulas posibilidades de participar en la esfera pública, de trascender más allá del “deber ser” para “ser”, de apropiarse de su cuerpo y tomar sus propias decisiones. Es indudable que existen avances en la equidad de género: ejemplo de ello son los instrumentos internacionales y nacionales que buscan el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Sin embargo, aún quedan muchos retos por superar, entre ellos, transitar de una igualdad formal o legal entre mujeres y hombres hacia una igualdad real, ya que todavía las mujeres ocupan las posiciones más bajas en desarrollo humano.

De acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la feminización de la pobreza es una realidad en muchos países. Por ejemplo, en México ninguna entidad federativa y en ningún municipio el desarrollo humano de las mujeres se equipara al de los hombres.² La invisibilidad y la naturalización de la desigualdad de género explica el hecho de que las instituciones del Estado ignoren las diferencias de roles, realidades y necesidades entre mujeres y hombres, lo que se traslada a las políticas públicas y limita sus efectos.

En toda sociedad existen una serie de creencias, ideas, atribuciones sociales, normas, valores y deberes diferenciales entre mujeres y

1. Estos casos quizás se producen en menor proporción –en comparación con los primeros dos planteamientos– y, posiblemente, es uno de los más polémicos debido a las categorías morales que se introducen cuando se aborda el tema de la prostitución. Se precisa que este trabajo parte de una visión que pretende ser lo más objetiva posible frente a un fenómeno social en particular. Estos aspectos se abordarán *supra*.

2. El Índice de Desarrollo Humano mide el logro promedio de un país, estado o municipio u otra división geográfica-administrativa, en tres dimensiones del desarrollo humano: longevidad (esperanza de vida) conocimientos (logro educativo) y nivel de vida digno (ingresos–PIB real per cápita).

hombres que se construyen socialmente a partir de las diferencias anatómicas del orden sexual. Esta construcción social y cultural, a la cual denominamos género, no es lineal ni estática, más bien se encuentra en constante transformación y se crea y reproduce a través de los medios de comunicación, las instituciones, los grupos religiosos, la familia, etcétera.

En este marco, la perspectiva de género es una nueva visión gracias a la cual se puede identificar y visualizar los impactos diferenciales que las políticas públicas, legislación y decisiones jurisdiccionales tienen en mujeres y hombres.

La perspectiva de género es un instrumento de análisis que además aporta criterios para la definición de políticas y estrategias que aseguren la estructuración y funcionamiento del aparato público en correspondencia con las demandas y necesidades diferenciales de mujeres y hombres.

Más aún, la categoría del género integra otros ejes de desigualdad, como la etnia, orientación sexual, clase social, edad y discapacidad. Así, los mecanismos de opresión de género se interrelacionan y se cruzan con las opresiones de clase, raza/etnia u orientación sexual, que aun con elementos comunes afectan de forma diferencial. Es pertinente recordar que el género es un concepto relacional e incluyente de mujeres y hombres.

Pero también hay que enfatizar, como lo hace Gloria Bonder, que el género es una categoría de análisis de todos los procesos y fenómenos sociales y no se puede reducir a una cuestión de identidades y roles.³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado que la reflexión “con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana”.⁴ Así, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes; situación que se agrava cuando los estereotipos se

3. Bonder, Gloria, *Género y subjetividad: avatares de una relación no evidente*, http://www.iin.oea.org/IIN/cad/taller/pdf/M%C3%B3dulo%204%20%20Genero_y_subjetividad_Bonder.pdf [fecha de consulta: 1 de junio de 2010].

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 540.

reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas que pueden perjudicar la vida de las personas y estigmatizar las actividades que éstas realizan.⁵

La perspectiva de género es, entonces, una herramienta que permite acercarnos a la igualdad entre mujeres y hombres y por ello se debe transversalizar, es decir, incorporarla en todos los procesos públicos –pero también privados, posiblemente a través de la educación– a fin de que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. Ninguna política ni programa debe partir de “universales” que en realidad son masculinos.

Si los y las servidoras públicas están más conscientes de las desventajas que enfrentan las mujeres y los hombres, entonces podrán tomar acciones concretas para corregir estas desigualdades y las políticas públicas podrán ser más eficientes.

Para modificar el paradigma cultural vigente en las sociedades patriarcales es necesario empoderar a los grupos desfavorecidos por la estructura vigente. El empoderamiento es el proceso por el que las personas, las organizaciones o los grupos toman conciencia de las dinámicas del poder que operan en su contexto vital, desarrollan las habilidades y la capacidad necesarias para lograr un control razonable sobre sus vidas, ejercitan ese control sin infringir los derechos de otros y apoyan el empoderamiento de otras personas en la comunidad.

En este tenor, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo señala que el proceso de empoderamiento o potenciación de las mujeres implica:

La adquisición del conocimiento y comprensión de las relaciones de género y los modos en que estas relaciones pueden modificarse.

- a) El desarrollo de un sentido de autoestima y de confianza en su capacidad para asegurar que los cambios deseados ocurran y en el derecho a controlar su propia vida.

5. *Ibidem*, párr. 401.

- b) El desarrollo de la capacidad de organizar e influir en la dirección que tome el cambio social para crear un orden económico y social más justo, tanto nacional como internacionalmente.⁶

3. TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN SEXUAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (ESNNA)

Es un hecho que la mayoría de las personas que ejercen la prostitución lo hacen de manera forzada y que muchas de ellas son víctimas de trata de personas. Por ello toda política pública que se plantee vinculada a la prostitución debe considerar la urgente y efectiva prevención, detección, sanción y erradicación de las conductas criminales que se asocian a este fenómeno. La trata de personas y la explotación sexual son problemas que por su complejidad y dimensiones han encontrado en cada estado, ciudad y comunidad de nuestro país las condiciones para expandirse y convertirse en una de las formas más agresivas y violatorias de los derechos de las personas.

La trata de personas constituye una forma de coerción y violencia que implica la obtención de ganancias en condiciones inmorales e indignas, es decir, en la configuración de modalidades contemporáneas de esclavitud, en la cual niñas, niños, mujeres y hombres son tratados como objetos sexuales y mercancías.⁷ De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la ESNNA se refiere a la utilización de niñas, niños y adolescentes en actividades sexuales con la promesa de una remuneración económica o cualquier otro tipo de retribución (pago o en especie) o bajo amenazas.⁸

Ahora bien, la definición (no tipo penal) de trata de personas contenida en el Protocolo para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Trata

6. *Indicadores de Desarrollo Humano y Género en México*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006.

7. Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial Infantil en Estocolmo, Suecia, 1996, Declaración Programa de Acción, párrafo 5.

8. *Glosario de Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes*, Organización Internacional del Trabajo, Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. Al respecto, la ESNNA se manifiesta en las siguientes conductas: la utilización de personas menores de edad en actividades sexuales remuneradas en dinero o especie; la trata de niñas, niños y adolescentes para la explotación sexual; el comercio sexual en viajes y turismo, y la producción, promoción y divulgación de pornografía involucrando a personas menores de 18 años; así como su utilización en espectáculos sexuales (públicos o privados).

de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se desglosa en tres elementos: los actos, los medios utilizados para cometer esos actos y los fines u objetivos (formas de explotación). En el caso de niñas, niños y adolescentes se excluye toda posibilidad de consentimiento, independientemente de que se usen o no medios ilícitos como la fuerza, coacción o engaño.⁹

Un problema que se plantea en el tipo penal de trata de personas radica en la exigencia de comprobación de los medios comisivos. Al respecto Colombia establece expresamente que el consentimiento no equivale a la exoneración sin necesidad de comprobar los medios comisivos, como colombiana en su Ley 985/2005 sobre la materia instituye que: “El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación no constituirá causa de exoneración de la responsabilidad penal”. Otros países han optado por utilizar los medios comisivos para agravar la pena como la Federación de Rusia en su Ley Federal N° 162-3 e Italia con la Ley 228.

En muchos lugares de América, las condiciones generalizadas de pobreza, aunadas a las determinantes sociales, culturales, económicas, políticas y otras, colocan a la población en una situación de vulnerabilidad de sus derechos. La pobreza, corrupción e impunidad han contribuido a aumentar la vulnerabilidad de miles de personas, sobre todo mujeres, niñas, niños y adolescentes, que están en riesgo de ser víctimas de ESNNA y trata. La exclusión social –que implica condiciones de desventaja jurídica, racial, étnica o por motivos de género– impide que las mujeres, niñas y niños se tracen un proyecto de vida propio y sean más vulnerables a la explotación sexual.¹⁰ El carácter multicausal y multifactorial de estos problemas se acentúa frente a otros fenómenos; por ejemplo, México es un país de origen, tránsito y recepción de migrantes. Además de la migración internacional, es relevante la migración y desplazamiento interno. Debido al carácter clandestino de estos crímenes no es posible dimensionar cabalmente

9. *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Programa Mundial contra la Trata de Personas, New York, 2009, pp. 2, 3 y 6.

10. *Informe sobre la introducción clandestina de personas y la protección de sus derechos*, Naciones Unidas, Relatora especial sobre la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, E/CN.4/Sub.2/2001/26, párrafo 10.

la problemática ni conocer realmente el número de personas que son víctimas de estos delitos ya que los datos generalmente implican un subregistro. Se debe, entonces, reconocer que la persistencia de estos delitos se refuerza por la tolerancia cultural, permisividad social y falta de sanción legal efectiva.

Por ello es fundamental actuar en el rubro de la prevención, ya que independientemente de que pueda y deba darse atención integral a la víctima, es necesario trabajar para que esa víctima no exista. En este marco, las deficiencias en la respuesta institucional se traducen en la inexistencia o precariedad de una cultura preventiva. La sociedad en general y las instituciones públicas y privadas no están suficientemente sensibilizadas sobre la gravedad del problema. Por ello se debe enfatizar la atención en la prevención. Existe una insuficiente respuesta institucional frente al problema por lo que se debe de diseñar e instrumentar una actuación interinstitucional, coordinada, estratégica, planificada y con una visión integral de atención a los distintos niveles de intervención: prevención, investigación, sanción y acompañamiento a las víctimas desde su ubicación hasta su restablecimiento. La planificación debe basarse en una evaluación adecuada de las problemáticas cuyo análisis debe partir de una visión integral e integradora, ya que atacar las causas estructurales de estos crímenes es el camino más viable para la generación de soluciones.

Existe un amplio marco legal internacional¹¹ sobre la ESNNA y la trata de personas. Lamentablemente, con base en la realidad prevaleciente en el país, es fácil constatar que se está incumpliendo con los compromisos internacionales contraídos por el Estado mexicano. Como un principio fundamental que se desprende de la normativa internacional e internacional se encuentra el interés superior de la infancia y adolescencia,¹² el cual debe de observarse plenamente. Las leyes estatales sobre trata de personas deben de estar armonizadas

11. Desde la Convención relativa a la esclavitud (1926) hasta el 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 (2002), pasando por muchos otros instrumentos internacionales, conferencias mundiales y planes de acción.

12. El interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado mexicano el 21 de septiembre de 1990, señala las implicaciones del interés superior consagrado en su artículo 3. En el ámbito regional, la Corte Interamericana lo ha definido en su Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto

entre ellas y con la ley federal¹³ y ésta con la normativa internacional para evitar que existan acciones aisladas, sanciones dispares y tipos penales no unificados, lo cual puede redundar en impunidad. Por todo lo anterior, es necesario verificar la operatividad e incidencia de los tipos penales establecidos, los cuales a su vez deben cumplir con los principios de legalidad y seguridad jurídica.

4. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS QUE EJERCEN LA PROSTITUCIÓN

Actualmente, las personas que ejercen la prostitución, en muy diversas partes del mundo, sufren violencia institucional por parte de la policía y de las distintas instituciones públicas, en el ámbito administrativo y desde el poder judicial hasta el sistema de salud. Estas personas son denigradas, discriminadas y estigmatizadas. De manera tácita o explícita, se les niega el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos, lo que redundará en exclusión y marginación que se agudizan cuando se trata de prostitución “callejera”.

Por otro lado, se encuentra el caso de las personas trans,¹⁴ a quienes se les violenta su derecho a la identidad, razón por la cual enfrentan graves dificultades para encontrar un lugar en el mercado de trabajo formal. Las opciones de trabajo y de subsistencia son restringidas y pueden cerrarse a tal punto que sólo se les deja el trabajo sexual, la pornografía o el espectáculo. No son las y los proxenetas ni la trata sexual quienes conducen a las personas trans al ejercicio de la prostitución; es la propia sociedad con una actitud incongruente y discriminatoria que condena a la mayoría de las personas transexuales a vivir del trabajo sexual. Ante la situación ya mencionada de discriminación social y laboral, el trabajo sexual se convierte para muchas personas trans en el único medio para su subsistencia. El Derecho, las y los legisladores, el gobierno en su conjunto deben de hacer frente a esta situación particular y solucionarla inmediatamente.

de 2002. La Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal hace lo propio en su artículo 4.

13. A nivel federal existe la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (noviembre de 2007) y en el Distrito Federal, se emitió la Ley para Prevenir y Erradicar la Trata de Personas, el Abuso Sexual y la Explotación Sexual Comercial Infantil (octubre de 2008).

14. Este término incluye a las personas travestis, transgénero y transexuales.

Claramente la discusión se debe sacar del territorio moral. Hay que reconocer que, en este momento, las y los trabajadores sexuales están ahí y tienen necesidades concretas que el Estado está obligado a atender.

También se propone escapar, al menos en un primer momento, del debate respecto a la pertinencia o no de una ley o cualquier otra perspectiva concluyente.

Se debe reconocer a la prostitución como una realidad social y se tiene que garantizar derechos y mejorar el entorno urbano de quien ejerce la prostitución, de las y los clientes, vecinas y vecinos. Se debe recordar que las y los trabajadores sexuales, como todas las personas, son sujetos de derechos y el Estado tiene la obligación de protegerlos integralmente. Además de que, como fenómeno social, la prostitución debe tratarse a través de políticas públicas.

Aunque del hecho de que la prostitución exista no se sigue –forzosamente– que tenga que seguir existiendo, al momento de analizarla se deben descartar los falsos dilemas o los mitos en torno a ella, a su regulación, prohibición o abolición. Así, por ejemplo, no puede decirse que reglamentando o no reglamentando, aumenta el número de personas que se dedican al trabajo sexual ya que no existe una relación causa-efecto científicamente probada, es decir, la evidencia no es concluyente. Esto hace que todas las posturas –abolicionista, reglamentista o prohibicionista– se sustenten en datos que, al menos, son cuestionables; además, las políticas tienen diversos efectos según el contexto.

Pero, quizás, lo que se puede afirmar es que si aumenta la pobreza o el desempleo puede incrementarse el número de personas que opten por dedicarse a la prostitución. En un reciente reporte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se revela que el número de personas desempleadas en el mundo está en su máximo nivel histórico, mientras la generación de puestos de trabajo se estancó desde hace más de una década.¹⁵

La OIT desde 1998, se pronunció por el reconocimiento de la prostitución como sector económico, aunque no se ha posicionado respecto a su legalización. Sin embargo, afirma que las y “los adultos

15. *Reporte sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2010*, <http://www.milenio.com/node/471417> (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2010).

tienen libertad para elegir trabajar en la prostitución o para ocuparse en la pornografía".¹⁶

Recientemente, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T629/10 determinó los casos en los que la prostitución implica un contrato de trabajo –para ello debe ser ejercida voluntariamente, la trabajadora o trabajador sexual cumple un horario, depende de esa actividad, hay subordinación y recibe una remuneración periódica–. Además, instó a las autoridades a proteger de manera efectiva, los derechos de las personas que ejercen la prostitución, tanto en lo que tiene que ver con sus derechos a la integridad personal y salud como respecto de sus derechos laborales.¹⁷

Por otra parte, la misma OIT ha generado un concepto relativamente nuevo: trabajo decente. El trabajo decente se traduce en tener un trabajo que sea productivo y que genere un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo, protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que las personas expresen sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres.¹⁸ El trabajo decente es en sí un trabajo digno y se opone al concepto de subempleo o a empleos mal remunerados.

Al respecto, la ONU advirtió que en América Latina aumentó el número de los llamados “trabajadores pobres”, es decir, personas que tienen un empleo pero que ganan menos de 1.25 dólares diarios.¹⁹ Esto evidencia una realidad que lejos de solucionarse puede agravarse.

La premisa fundamental de cualquier acercamiento al tema de la prostitución es que los derechos de todas las personas se deben respetar y proteger en todas las circunstancias y en todos los contextos. Sin embargo, la comunidad académica y política, así como las

16. *The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia*, International Labour Office, Geneva, 1998. http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang-es/WCMS_008942/index.htm (fecha de consulta: 03 de junio de 2010).

17. La sentencia completa se puede ver en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm> (fecha de consulta: 7 de octubre de 2010).

18. <http://www.ilo.org/global/Themes/Decentwork/lang-es/index.htm> (fecha de consulta: 23 de junio de 2010).

19. *Reporte sobre los Objetivos...*, cit.

organizaciones civiles, en diversas partes del mundo, se han preguntado si la prostitución es una forma de explotación o dominio patriarcal que debe ser abolida o prohibida, o si es una profesión que hay que regular. Respecto a la primera postura, algunos sostienen que la prostitución es un soporte del control patriarcal, que lo confirma y consolida al establecer que la función primera de las mujeres sería la de estar al servicio sexual de los hombres.²⁰ La prostitución se fundamenta en la visión de las mujeres como objetos, es decir, se mercantiliza el cuerpo femenino, se cosifica a las mujeres y, en menor proporción, a los hombres. Pero no puede negarse que esta mercantilización también se da fuera del trabajo sexual, en escenarios tan cotidianos que los hemos normalizado. Por otra parte, hay sectores que ven en la prostitución una práctica de resistencia y de liberación sexual de las mujeres frente a las normas sexuales y a los preceptos morales tradicionales que han servido para controlarlas y someterlas. Una tercera posición sobre este tema es el que observa a la prostitución como una manifestación del derecho a la autodeterminación que implica que una persona pueda elegir y tomar decisiones con total autonomía, lo que puede incluir el hecho de tener relaciones sexuales comerciales. En este entorno de posturas disímiles, contrarias y confrontadas debemos rescatar y centralizar el papel de los derechos humanos.

Como puede verse la prostitución se da en un contexto social, económico y cultural determinado; entorno en el que existen desequilibrios estructurales, sociales, económicos, políticos y de género. Así, una persona puede optar por el ejercicio de la prostitución porque no tenía otras opciones. Esto hace que se cuestione no sólo la libertad de elección de las personas sino también el consentimiento de éstas, ya que pueden existir vicios en la elección espontánea y consciente provocados por una estructura de Estado que reduce o nulifica las opciones de vida y de subsistencia. Así, la libre elección para dedicarse a la prostitución no puede analizarse aislada de las condiciones de vida, culturales, sociales, económicas y de asunción de roles de género que afectan a mujeres y hombres.

Ahora bien, se debe diferenciar entre las personas que ejercen la prostitución y desean dejar de hacerlo de las que por propia decisión

20. Hofman, Cecilia, *Sexo: de la intimidación al "trabajo sexual" o es la prostitución un trabajo humano*, http://webs.uvigo.es/pmayobre/pdf/prostitucion_cecilia_hofman.pdf

quieren continuar en ella. En el caso de las personas que desean abandonar esta actividad, hay que diseñar estrategias para dicho fin, entre las que se encuentran: ofrecer opciones reales de educación, capacitación y empleo,²¹ establecer un plan de acción de alto impacto y crear o consolidar redes sociales de apoyo. En cuanto a las personas que por decisión propia deciden seguir ejerciendo la prostitución, ésta debe ser reconocida como un proyecto de vida que se debe dignificar, a través de políticas y programas institucionales de seguridad social, salud, educación y condiciones dignas de empleo.²² Hay que tomar en cuenta que una relación laboral implica, por definición, cesión en la libertad personal y de desempeño profesional a cambio de dinero.

5. REFLEXIONES FINALES

Sería difícil hablar de “conclusiones” en un tema como el de la prostitución; es más, este trabajo sólo pretendió ofrecer otra visión acerca del fenómeno y motivar el inicio de una reflexión tolerante, objetiva e integral en torno al mismo –siempre teniendo como eje el respeto pleno a los derechos humanos y a los disímiles proyectos de vida de cada persona– a la que se invita a sumarse a los y las lectoras. Incluso aceptando la existencia de personas que declaran ejercerla libremente y cuyos casos constituirían contraejemplos a la prostitución como una forma de violentar y degradar a las mujeres, tenemos que hacernos cargo de las conductas criminales –como la trata y la explotación sexual– que se asocian a este fenómeno; y también es obligación del Estado garantizar los derechos de todas las personas independientemente de la actividad a la que se dediquen. Quizá, después de separar los delitos asociados a la prostitución de la elección que se declara como libre, encontraremos que dichos contraejemplos son tan aislados que aparecen como excepciones a la caracterización de la prostitución como un fenómeno asentado en la desigualdad de género.

Entonces, ¿qué podemos hacer frente a los delitos vinculados con la prostitución? En el caso de la trata y la explotación, la agenda es amplia pero podríamos empezar por sensibilizar en derechos humanos

21. En este sentido, hay que implementar en nuestro país el concepto de “trabajo decente” manejado por la Organización Internacional del Trabajo, <http://www.ilo.org/global/Themes/Decentwork/lang-es/index.htm>

22. A este respecto, cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T629/10.

y género, fortalecer la censura social y la obligación de denuncia que existe en aquellos casos en que se obliga a la prostitución de manera aislada o en redes; pero también es fundamental eliminar la demanda. Es imperativo establecer acciones para garantizar que, ante la disminución de la oferta de la prostitución, la demanda del servicio sexual no propiciará un incremento en los niveles de trata de personas.

Se requiere un cambio cultural profundo en torno al fenómeno de la prostitución “libre” o “voluntaria” como es llamada. Por ejemplo, si el rechazo social que produce el trabajo sexual se debe a prejuicios morales y culturales e incluso algunos sectores lo considera “indigno”, cabe preguntarnos por qué nuestra sensibilidad social no se ofende de la misma manera cuando contemplamos a una persona realizar un trabajo “alienante o embrutecedor”.²³

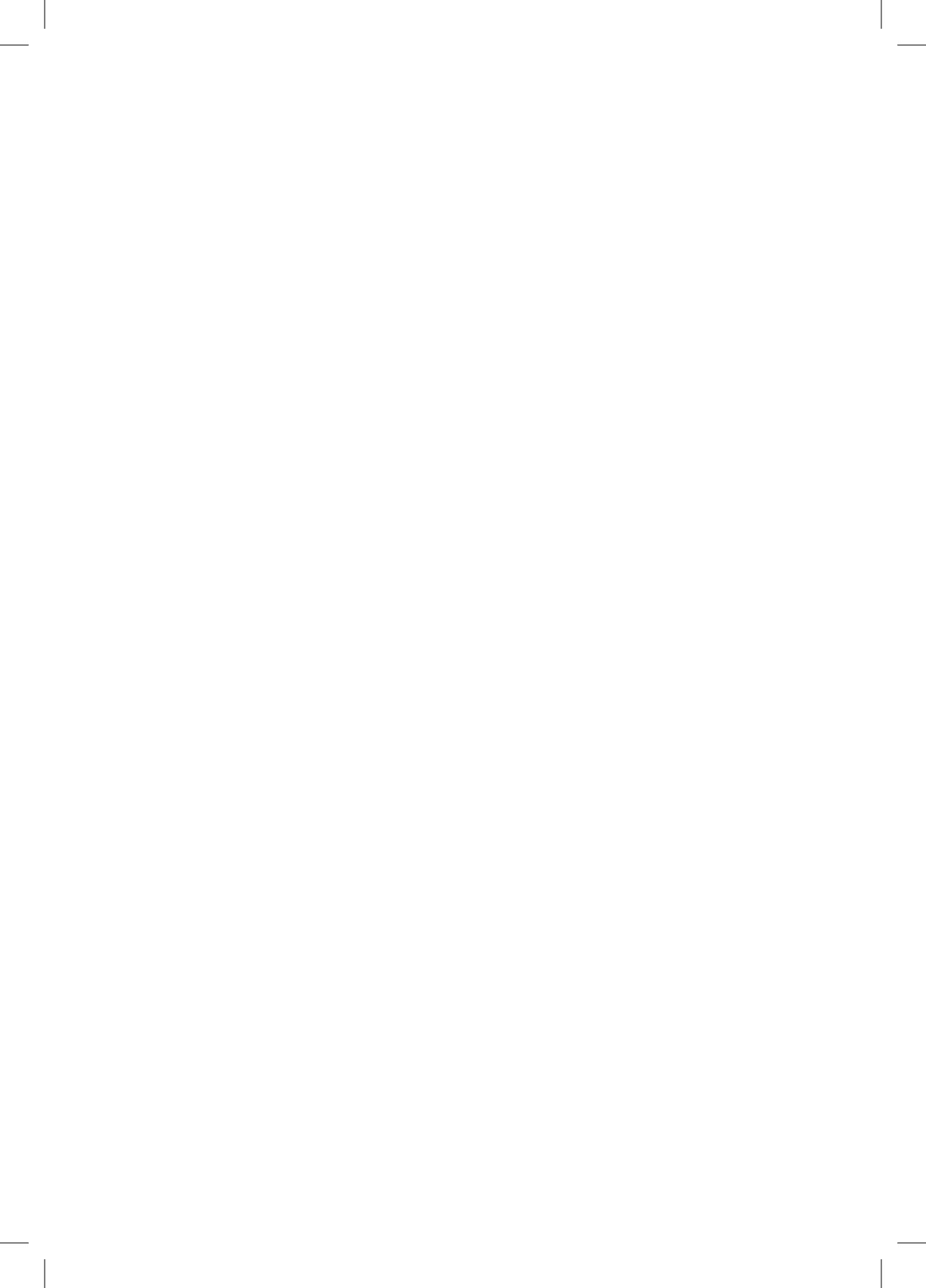
La garantía efectiva de los derechos de quienes ejercen la prostitución no está en función de lo cuantitativo, es decir, si del 100% de las personas que ejercen la prostitución, 99% quieren dejar de dedicarse a esta actividad el Estado tiene la obligación ofrecer condiciones para que esto suceda. Pero en un régimen democrático –en donde se busca el respeto de los derechos de todas y todos incluyendo a las minorías– si un 1% opta voluntariamente²⁴ por dedicarse a la prostitución, ese 1% debe ser respetado en su derecho a elegir y ejercer el trabajo que le parezca más conveniente a sus intereses y el Estado debe proteger y garantizar su derecho de hacerlo en condiciones dignas y con pleno respeto a sus derechos humanos. Nadie puede disponer sobre un cuerpo que no es suyo, ni los particulares, ni el Estado.

En un Estado Democrático de Derecho lo que se rechaza es el atentado a la libertad pero nunca su efectivo ejercicio.²⁵

23. Jareño Leal, Ángeles, “La política criminal en relación con la prostitución: ¿abolicionismo o legalización?”, en Serra Cristóbal, Rosario (Coord.), *Prostitución y trata, Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 75.

24. Es decir que su consentimiento no esté viciado y cuando teniendo otras opciones entre las cuales elegir opta precisamente por dedicarse al trabajo sexual.

25. Ejercicio que claramente tiene como límite los derechos de las demás personas pero no sus perjuicios morales.



LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS POR CUESTIONES PENALES EN MÉXICO

Manuel González Oropeza

Maestro con especialidad en Derecho Público, por la Universidad de California en Los Ángeles; Doctor en Derecho por la UNAM; Investigador Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Carlos Báez Silva

Licenciado en derecho; Maestro en Ciencia Política y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Profesor de Posgrado en la Escuela Libre de Derecho; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

David Cienfuegos Salgado

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Guerrero; Maestro y Doctor en Derecho con mención honorífica por la UNAM; Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid.

1. SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS CIUDADANOS MEXICANOS

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece actualmente las prerrogativas o derechos y obligaciones del ciudadano en el artículo 35, aunque es posible relacionarlos con derechos consagrados en otros artículos constitucionales. En efecto, no todos los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos están prescritos en el citado artículo 35 constitucional. Es necesario hacer una lectura integral de la Constitución federal y de los ordenamientos de origen internacional que, conforme al artículo 133 constitucional, forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión en esta materia.¹

Así como la Constitución mexicana establece los derechos políticos de manera detallada, también prevé la suspensión o pérdida de los mismos.

El artículo 38 de la CPEUM prescribe lo siguiente:

Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

1. Esencialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH).

- I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36.² Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;
- II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;
- III. Durante la extinción de una pena corporal;
- IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;
- V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, y
- VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.

La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.

En este trabajo se analizarán las causas de suspensión de las prerrogativas ciudadanos relacionadas con cuestiones penales, por lo que se excluirá, en consecuencia, el análisis de las causas previstas en las fracciones I y IV.

Ahora bien, puesto que se ha identificado a las prerrogativas ciudadanas con los denominados “derechos políticos” (categoría que incluye la subcategoría de los derechos “político-electorales”), en este momento se empleará de manera indistinta la expresión “suspensión de derechos políticos” para hacer referencia a lo que el artículo 38

2. El Artículo 36 de la CPEUM prescribe lo siguiente: “Son obligaciones del ciudadano de la República: I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes. La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley; II. Alistarse en la Guardia Nacional; III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley; IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y V. Desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado”.

constitucional prescribe como “suspensión de prerrogativas de los ciudadanos”, al margen de que con posterioridad se plantee la cuestión de si la suspensión prescrita en el referido artículo 38 tiene por objeto sólo las prerrogativas ciudadanas prescritas en el artículo 35 constitucional (que incluyen necesariamente a los derechos político-electorales) o también al resto de derechos políticos ya anteriormente identificados.

- a) Así, ahora será objeto de análisis la suspensión de derechos políticos por las siguientes causas:
- b) Estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;
- c) Estar extinguiendo una pena corporal;
- d) Estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, y
- e) Estar extinguiendo esa pena de suspensión expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada.

2. LOS PRECEDENTES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA FEDERACIÓN EN MATERIA PENAL

En comparación con otros temas, los precedentes de los tribunales penales del Poder Judicial de la Federación (PJF), relacionados con la suspensión de derechos, son realmente pocos. A continuación se sistematizan dichos precedentes conforme a las diversas fracciones del artículo 38 constitucional que interpretan.

- *Estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión* (artículo 38, fracción II)
 - a) En noviembre de 1924, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció, en una tesis aislada, que la suspensión de los derechos políticos por virtud de lo dispuesto en la fracción II del artículo 38 constitucional, “es de orden público; y, en consecuencia, no puede ser interrumpida por la suspensión en el amparo”.³

3. DERECHOS POLITICOS., en *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Instancia: Pleno, Tomo XV, p. 1163, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

- b) En febrero de 2005, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitió un precedente que daría lugar a la jurisprudencia I.6o.P. J/17,⁴ en el que se afirmaba que, respecto de la fracción II, del artículo 38 constitucional, los derechos del ciudadano no se suspendían ante el dictado de un auto de sujeción a proceso, puesto que la condición constitucionalmente impuesta para que opere la suspensión es la existencia de un auto de formal prisión.
- c) En junio de 2005, al interpretar el artículo 46 del Código Penal Federal, que dispone que la suspensión de los derechos políticos comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena, a la luz del artículo 38, fracción II, constitucional, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito consideró que el artículo del referido código penal *amplía* la garantía a que se refiere el propio artículo constitucional, es decir, “dilata la imposición de dicha medida hasta que cause ejecutoria la sentencia respectiva, lo que se traduce en un beneficio para el procesado, pues no debe soslayarse que las garantías consagradas en la Ley Suprema son de carácter mínimo y pueden ampliarse por el legislador ordinario, además de que la presunción de inculpa-bilidad opera a favor del procesado hasta que no se demuestre lo contrario en el proceso penal que culmine con una sentencia ejecutoria”.

Lo anterior condujo a que el referido tribunal colegiado concluyera que “la resolución del Juez instructor que ordena la suspensión de derechos políticos del inculpado desde el auto de formal prisión vulnera en su perjuicio las garantías contenidas en los artículos 14, tercer párrafo, y 16, primer párrafo, ambos de la Constitución Federal”.⁵

4. De rubro SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. ES IMPROCEDENTE DECRETLARLA EN UN AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: XXVIII, Agosto de 2008, p. 996.

5. SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS DEL INCULPADO. LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ INSTRUCTOR QUE LA ORDENA DESDE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, VULNERA LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14, TERCER PÁRRAFO, Y 16, PRIMER PÁRRAFO, AMBOS DE LA CONSTITUCIÓN

En una jurisprudencia diversa, el mismo órgano jurisdiccional insistió en afirmar que el numeral 46 del Código Penal Federal amplía la garantía constitucional prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional⁶, pues “a favor del procesado opera la presunción de inculpabilidad hasta que no se demuestre lo contrario, y esto vendría a definirse en el proceso penal, el cual de terminar con una sentencia ejecutoriada en tal sentido, ello sustentaría la suspensión de los derechos políticos del quejoso, por lo que es inconcuso que aquella norma secundaria es más benéfica, ya que no debe soslayarse que las garantías consagradas en la Constitución son de carácter mínimo y pueden ser ampliadas por el legislador ordinario”.

Este criterio fue superado mediante la resolución de la contradicción de tesis 29/2007-PS, mediante la cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación generó la jurisprudencia 1a./J. 171/2007.

- d) El Código Penal para el Estado de Querétaro no hace referencia expresa a la suspensión de los derechos políticos del inculcado desde la fecha del auto de formal prisión, sino que en sus artículos 55 y 56, alude a la suspensión de derechos en general vinculada a una sentencia que cause ejecutoria. En octubre de 2007, el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito del PJF, sostuvo que lo anterior se explicaba como una “omisión” del legislador ordinario de dicho Estado, consistente en no “adecuar oportunamente el texto del ordenamiento secundario con las reformas constitucionales que obligan al Juez a suspender los derechos políticos del inculcado desde el dictado del referido auto, y no hasta que se dicte sentencia condenatoria en la causa penal”.

FEDERAL., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: XXII, Septiembre de 2005, p. 1571 Tesis: I.10o.P.20 P aislada.

6. Jurisprudencia I.10o.P. J/8, de rubro DERECHOS POLÍTICOS SUSPENSIÓN DE. EL ARTÍCULO 46 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL AMPLÍA LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL QUE PREVÉ LA FRACCIÓN II DEL ORDINAL 38 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXIII, Mayo de 2006, p. 1525.

Dicho órgano jurisdiccional consideró que no cabía “interpretar que el legislador local quiso ampliar las garantías constitucionales a favor de los ciudadanos eliminando la posibilidad de suspender los derechos políticos desde el dictado del auto de formal prisión”, puesto que “de haber tenido la intención de ampliar la garantía sobre el momento procesal en que deben suspenderse los derechos políticos, el propio legislador, en la exposición de motivos del Código Penal vigente hubiera esgrimido argumentos expresos que sostuvieran esa postura”.⁷

- e) También en octubre de 2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción entre las tesis que sustentaron el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito y los Tribunales Colegiados Décimo y Sexto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito.

Mediante la jurisprudencia 1a./J. 171/2007⁸ la referida Primera Sala estableció que si bien el artículo 46 del Código Penal Federal señala que la suspensión de los derechos del ciudadano se impondrá como pena en la sentencia que culmine el proceso penal por delito que merezca pena corporal, que comenzará a computarse desde que cause ejecutoria y durará todo el tiempo de la condena -lo cual es acorde con la fracción III del propio artículo 38 constitucional-, ello **no** significa que:

- La suspensión de los derechos políticos establecida en la Carta Magna haya sido objeto de una ampliación de garantías por

7. DERECHOS POLÍTICOS. AUNQUE EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO NO PREVÉ SU SUSPENSIÓN DESDE LA FECHA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, ATENTO AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, EL JUZGADOR DE INSTANCIA DEBE HACERLO DESDE ESE MOMENTO PROCESAL CONFORME AL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: XXVI, Octubre de 2007, p. 3158 Tesis: XXII.1o.21 P aislada.

8. De rubro DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: XXVII, Febrero de 2008, p. 215.

parte del legislador ordinario en el código citado,⁹ puesto que como la fracción II del artículo 38 no contiene prerrogativas “sino una restricción de ellas, no es válido afirmar que el mencionado artículo 46 amplíe derechos del inculpado”;

- Ni que exista contradicción o conflicto de normas, ya que se trata de dos etapas procesales diferentes, pues “no debe confundirse la suspensión que se concretiza con la emisión de dicho auto [de formal prisión] con las diversas suspensiones que como pena prevé el numeral 46 aludido como consecuencia de la sentencia condenatoria que al efecto se dicte, entre las que se encuentra la de derechos políticos, pues mientras la primera tiene efectos temporales, es decir, sólo durante el proceso penal, los de la segunda son definitivos y se verifican durante el tiempo de extinción de la pena corporal impuesta.”

Por lo tanto, cabe concluir de lo anterior que aunque el Código Penal Federal no lo prescriba, los derechos políticos del ciudadano deben declararse suspendidos desde el dictado del auto de formal prisión por un delito que merezca pena corporal, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Federal.

- f) El 28 de mayo de 2009, al resolver la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció de la constitucionalidad de artículo 7, fracción I, del Código Electoral del Estado de Coahuila, el cual prescribía que, entre otros impedimentos para ser elector, se encontraba el de estar sujeto “a proceso penal por delito *doloso* sancionado con pena privativa de la libertad. El impedimento surtirá efecto, a partir de que se dicte el auto de formal prisión”. El referido Pleno declaró la invalidez de una porción normativa de dicha prescripción, precisamente de la palabra “doloso”.

Cabe tener presentes las afirmaciones que realizó al respecto el referido órgano jurisdiccional:

- El artículo 38, fracción II, de la Constitución federal no establece un derecho fundamental, una prerrogativa o una garantía susceptible de ser ampliada, sino que tiene una naturaleza

9. Como lo había afirmado el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en la tesis I.10o.P.20 P aislada.

jurídica distinta, pues es una restricción constitucional,¹⁰ es decir, una privación temporal de las prerrogativas ciudadanas durante el tiempo que dure el proceso penal.

- Tal restricción constitucional “podría conceptuarse como una consecuencia accesoria de la sujeción a proceso y no como pena, sanción o medida cautelar, pues su naturaleza y finalidad no responden a la de estos últimos conceptos”.
- La referida restricción constituye una medida de seguridad que no supone en forma alguna una sanción ni una consecuencia a una sanción.
- La suspensión de derechos políticos por virtud del dictado de un auto de formal prisión ocurre “por mandato directo de la Constitución”.
- Puesto que el artículo 34 constitucional prescribe entre las condiciones para gozar de la ciudadanía la tener un modo honesto de vivir, “es decir, que respete las leyes, y que de esa forma contribuya al mantenimiento de la legitimidad y al Estado de derecho”, de la sentencia se infiere, pues no lo dice expresamente, que a quien se le dicta un auto de formal prisión no se le considera con un “modo honesto de vivir”, tal como se sigue del siguiente párrafo:

el fundamento de los derechos políticos proporciona, a su vez, la justificación para que su ejercicio pueda ser restringido por actos cometidos por el titular que revelen su desapego a la ley, pues en esa medida los derechos de ciudadanía dependen del comportamiento, y si ello no ocurre en la forma debida, deberá decretarse su restricción.

- La restricción prescrita en el artículo 38, fracción II, constitucional no es contraria al principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 20, inciso B, fracción I, de la propia Constitución federal, puesto que, por una parte, así lo autoriza el artículo 1 de la referida Constitución y, por la otra, la suspensión “no equivale ni implica a que se le tenga por responsable del delito que se le imputa, tan es así que la referida restricción constituye una privación temporal de derechos, pues concluye con la resolución definitiva que ponga fin al juicio, sea absolu-

10. Lo que ya había sido prescrito en la citada jurisprudencia 1a./J. 171/2007.

toria o condenatoria, y sólo en caso de que sea condenatoria se le declarará penalmente responsable. Por lo tanto, el suspenso seguirá gozando del derecho fundamental a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia dictada por el juez de la causa”.

Cabe precisar que en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma que, “al igual que la prisión preventiva tiene sus motivos, *la suspensión de los derechos políticos tiene los propios*, pero constituye de igual manera una medida de seguridad que no supone en forma alguna una sanción ni una consecuencia a una sanción, pues únicamente constituye una restricción constitucional de carácter provisional al ejercicio de un derecho, ello *con finalidades precisas*, en cuya atención no puede eliminarse por la legislación ordinaria”.

Sin embargo, en tal sentencia no se expresan específicamente los “motivos propios” ni las “finalidades precisas” de la suspensión de los derechos políticos por el dictado de un auto de formal prisión. De la misma manera, si bien se dice que la suspensión de derechos políticos es una consecuencia accesoria y no una pena, lo cierto es que el propio texto constitucional genera dudas, puesto que, conforme a la fracción VI del artículo 38, la suspensión de derechos políticos es una pena en sí misma, por lo que la incertidumbre se abre paso: ¿por qué razón la suspensión de derechos políticos en ocasiones es una consecuencia accesoria y en otras es una sanción en sí misma? ¿Qué elemento, propio de la suspensión de derechos políticos, la torna consecuencia o sanción?

Es evidente que la suspensión de derechos políticos es una privación de éstos, que, a diferencia de otras medidas cautelares que implican privación (el secuestro judicial por ejemplo), carece de justificación como tal, puesto que su implementación no auxilia a conservar la materia del litigio; es decir, si el litigio se centra en decidir si un individuo es responsable o no de la comisión de tal o cual delito, ¿en qué medida la suspensión de derechos políticos tiende a conservar esa materia del litigio? Antes bien, puesto que la propia Constitución conceptualiza la suspensión de derechos políticos como una pena en sí misma que es susceptible de ser impuesta de manera independiente, la suspensión de tales derechos, antes del dictado de una sentencia condenatoria en torno a la responsabilidad penal del procesado, conlleva necesariamente la imposición de un castigo sanción antes de ser juzgado.

Así, conforme a lo anterior, se obtiene que, por lo que se refiere a la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión:

Tales derechos no se suspenden ante el dictado de un auto de sujeción a proceso.

A quien se le dicta un auto de formal prisión no se le considera con un “modo honesto de vivir”.

Puesto que el artículo 38, fracción II, de la Constitución federal no establece un derecho fundamental o una prerrogativa susceptible de ser ampliada, sino que es una restricción constitucional, en caso de que la legislación secundaria (constituciones locales o legislación penal, sea federal o estatal) prescriba que la suspensión de derechos políticos opera hasta que se dicte una sentencia ejecutoriada, y no desde el dictado de un auto de formal prisión, se debe aplicar directamente la Constitución federal.

La suspensión de derechos en este caso opera por mandato directo de la Constitución.

Tal restricción constitucional es una “consecuencia accesorias” del auto de formal prisión (“una medida de seguridad”) que no supone en forma alguna una sanción.

La restricción referida no es contraria al principio de presunción de inocencia, porque, por una parte, así lo autoriza el artículo 1 de la Constitución y, por la otra, la suspensión no equivale ni implica que se le tenga al ciudadano por responsable del delito que se le imputa, tan es así que la referida restricción constituye una privación *temporal*.

- *Estar extinguiendo una pena corporal* (artículo 38, fracción III);
 - a) En abril de 2002 el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sentó un criterio que a la postre daría paso a la jurisprudencia I.6o.P. J/7,¹¹ en la cual se prescribe que aún cuando la suspensión de derechos políticos no se prevea es-

11. De rubro DERECHOS POLÍTICOS, SUSPENSIÓN DE. NO PUEDE CONSIDERARSE QUE SEA DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA PORQUE NO SE PREVEA ESPECÍFICAMENTE COMO SANCIÓN, YA QUE SU IMPOSICIÓN DERIVA DE LOS ARTÍCULOS 45 Y 46 DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, COMO CONSECUENCIA DIRECTA Y NECESARIA DE LA PRISIÓN IMPUESTA POR EL DELITO COMETIDO., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*,

pecíficamente como sanción, dicha suspensión, que opera por ministerio de ley, no puede considerarse de naturaleza administrativa, pues es consecuencia directa y necesaria de la prisión impuesta por el delito cometido.

- b) Entre junio y noviembre de 2004, el mismo Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sentó diversos criterios que dieron origen a la jurisprudencia I.6o.P. J/8,¹² en la cual se prescribe que “la suspensión de derechos políticos, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta por el delito que se hubiese cometido, debe ser decretada por la autoridad judicial, *aun cuando no exista pedimento del órgano acusador en su pliego de conclusiones*”,¹³ pues dicha suspensión deriva “de lo dispuesto expresamente en la Constitución General de la República, y lo único que procede es enviar la información respectiva a la autoridad electoral para que ella ordene la suspensión”.
- c) Entre abril y agosto de 2005, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sentó diversos precedentes que dieron origen a la jurisprudencia I.3o.P. J/16,¹⁴ en la que

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXI, Enero de 2005, p. 1554.

12. De rubro, DERECHOS POLÍTICOS. CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUDICIAL DECRETAR SU SUSPENSIÓN, POR SER UNA CONSECUENCIA DIRECTA Y NECESARIA DE LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA, AUNQUE NO EXISTA PETICIÓN DEL ÓRGANO ACUSADOR EN SUS CONCLUSIONES., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXI, Enero de 2005, p. 1547.

13. Las cursivas son agregadas. En la jurisprudencia I.3o.P. J/16, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito prescribió esencialmente lo mismo, pero puso énfasis en que la suspensión de derechos políticos de los gobernados, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta al pronunciar sentencia condenatoria, *debe decretarse únicamente por la autoridad judicial*, aun cuando no exista pedimento del órgano acusador en su pliego de conclusiones.

14. De rubro DERECHOS POLÍTICOS. EL JUEZ NATURAL DEBE DECRETAR EXPRESAMENTE SU SUSPENSIÓN AL PRONUNCIAR SENTENCIA CONDENATORIA Y NO SÓLO ORDENAR EL ENVÍO DEL OFICIO RESPECTIVO A LA AUTORIDAD ELECTORAL “PARA LOS EFECTOS DE SU COMPETENCIA”, PUES ESA OMISIÓN, VIOLA EN PERJUICIO DEL GOBERNADO LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXII, Septiembre de 2005, p. 1282.

se prescribe básicamente que, considerando que la suspensión de derechos políticos de los gobernados, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta al pronunciar sentencia condenatoria, *debe decretarse únicamente por la autoridad judicial*,¹⁵ si el juzgador no decreta expresamente dicha suspensión y únicamente informa al Registro Federal de Electores “para los efectos de su competencia”, “la autoridad electoral, en una interpretación inadecuada de ese comunicado, podría suspender los derechos políticos del sentenciado sin estar autorizada legalmente para ello, pues no debe perderse de vista que la intención del legislador fue, precisamente, señalar cuál autoridad judicial local o federal está facultada para decretar la suspensión de los derechos políticos de los gobernados, y a cuál [sic] corresponde sólo ejecutar la orden”.

- d) En mayo de 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prescribió, en la jurisprudencia 1a./J. 67/2005, que esta causa de suspensión de los derechos políticos se establece *por ministerio de ley* como consecuencia necesaria de la imposición de una sanción o de la pena de prisión: “la suspensión de derechos por ministerio de ley, es la que de manera intrínseca se produce como consecuencia necesaria de la imposición de una sanción o de la pena de prisión, que el Juez debe tomar en cuenta ineludiblemente al dictar sentencia”.¹⁶

La circunstancia de que la suspensión de derechos políticos se imponga por ministerio de ley implica que una vez que el gobernado se ubica en la hipótesis constitucional -como cuando se extingue una pena privativa de libertad-, *no se requiere un*

15. Ya en la jurisprudencia I.6o.P. J/8, inmediatamente citada, se prescribe que la suspensión de derechos políticos, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta por la comisión de un delito, “debe ser decretada necesariamente en la sentencia por la autoridad judicial y no por la autoridad electoral, a quien únicamente le corresponde ejecutar dicha pena impuesta por la autoridad judicial local o federal”.

16. DERECHOS POLÍTICOS. PARA QUE SE SUSPENDAN CON MOTIVO DEL DICTADO DE UNA SENTENCIA QUE IMPONGA UNA SANCIÓN O LA PENA DE PRISIÓN, NO ES NECESARIO QUE ASÍ LO HAYA SOLICITADO EL MINISTERIO PÚBLICO., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: XXII, Julio de 2005, p. 128 Tesis: 1a./J. 67/2005 jurisprudencia.

acto voluntario diverso para que se produzcan sus consecuencias, sino que operan de manera inmediata.

En razón de lo anterior, “es innecesario que en estos casos el Ministerio Público (del fuero común o del fuero federal) solicite la indicada suspensión en la etapa procedimental en la que formula sus conclusiones acusatorias. En consecuencia, si el órgano jurisdiccional, al momento de dictar la sentencia respectiva y en ejercicio de sus facultades, suspende los derechos políticos del sentenciado, no rebasa la acusación, ya que dicha suspensión no está supeditada a la solicitud del Ministerio Público, sino a lo dispuesto por una norma constitucional, la cual se desarrolla por otra de carácter secundario en los términos apuntados”.¹⁷

- e) En septiembre de 2006, al resolver la contradicción de tesis 8/2006-PS¹⁸, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que en el supuesto previsto en la fracción III del artículo 38 constitucional “la suspensión de derechos políticos es una sanción que se produce como consecuencia necesaria de la pena de prisión, por lo que su naturaleza es accesoria, pues deriva de la imposición de la pena corporal y su duración depende de la que tenga ésta”.

Como consecuencia de lo anterior, la referida Sala prescribió que la aplicación de la suspensión de derechos políticos *como sanción accesoria* no corresponde al juzgador, como sí sucede tratándose de penas autónomas, las cuales son impuestas en uso de su arbitrio judicial y de conformidad con el tipo penal respectivo.

De lo anterior se deriva que “cuando la pena de prisión es sustituida, la suspensión de derechos políticos como pena accesoria de la primera, sigue la misma suerte que aquélla, pues debe

17. *Ibidem*.

18. Jurisprudencia 1a./J. 74/2006, de rubro SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. AL SER UNA SANCIÓN ACCESORIA DE LA PENA DE PRISIÓN CUANDO ÉSTA ES SUSTITUIDA INCLUYE TAMBIÉN A LA PRIMERA., en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: XXIV, Diciembre de 2006, p. 154.

entenderse que se sustituye la pena en su integridad, incluyendo la suspensión de derechos políticos que le es accesoria".¹⁹

- f) El 28 de mayo de 2009, al resolver la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo un pronunciamiento en torno a esta fracción en el sentido de que "tiene la naturaleza de una pena o sanción accesoria, es decir, no es una pena que se impone en forma independiente, sino una sanción que se deriva –por ministerio de ley– de la imposición de una pena privativa de la libertad la que vendrá a ser la pena principal, respecto a la suspensión como pena accesoria".²⁰

Así, conforme a los criterios de los tribunales del PJJ en materia penal, se obtiene que, por lo que se refiere a la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos durante la extinción de una pena corporal, se concluye que:

1. La referida suspensión por esta causa no es de naturaleza administrativa, puesto que sólo un juez puede decretarla, aún en caso de que no exista pedimento por parte del Ministerio Público en el pliego de conclusiones;
2. A la autoridad administrativa electoral sólo le compete ejecutar la referida suspensión;
3. Si el juez competente no decreta la referida suspensión en la respectiva sentencia, la autoridad administrativa encargada de ejecutarla no puede hacerlo *motu proprio*.
4. La suspensión de derechos por esta causa es una pena accesoria y su duración depende de la que tenga la pena de prisión principal; así
5. Si la pena de prisión es sustituida, también lo debe ser la de suspensión de derechos políticos.

19. En la sentencia correspondiente a la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reiteró que "la suspensión de derechos políticos, en tanto de naturaleza accesoria a la pena privativa de libertad, iniciará y concluirá simultáneamente con esta última (lo accesorio sigue la suerte de lo principal)".

20. Lo que ya había sido afirmado en la Jurisprudencia 1a./J. 74/2006.

Cabe precisar que de una lectura de cierta parte de la jurisprudencia 1a./J. 67/2005²¹ y de cierta parte de la jurisprudencia 1a./J. 74/2006,²² se puede generar la idea de que puesto que la suspensión de derechos durante la extinción de una pena corporal es una sanción accesoria que no corresponde al juzgador, sino que es impuesta por ministerio de ley que opera de manera inmediata y que, por tanto, no requiere de un acto de voluntad diverso, entonces la autoridad administrativa electoral puede *motu proprio* ejecutar dicha suspensión sin que medie mandamiento expreso del juzgador. En otras palabras, en lo que toca a esta fracción no se cuenta con criterios claros.

En términos generales, en la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación identificó tres modalidades de suspensión de derechos políticos prescritas en el artículo 38 constitucional, consistentes en:

- a) Suspensión derivada de la sujeción a proceso por delito que merezca pena corporal (fracción II);
- b) Suspensión derivada de una condena con pena privativa de libertad (fracción III); y
- c) Suspensión que se impone como pena autónoma, concomitantemente o no con una pena privativa de libertad (fracción VI)

En torno a las mismas, el referido Pleno se pronunció en el sentido de que “podrán ser reguladas por los códigos punitivos locales y Federal en la forma que el legislador ordinario considere conveniente –así lo establece el párrafo final del propio artículo 38 de la Constitución Federal–, *pero en ningún caso, podrán oponerse a la norma constitucional y, por lo tanto, su aplicación es preferente respecto a cualquier otra disposición que pudiera contradecirla*. Lo anterior en acatamiento al principio de supremacía constitucional

21. La circunstancia de que la suspensión de derechos políticos se imponga por ministerio de ley implica que una vez que el gobernado se ubica en la hipótesis constitucional -como cuando se extingue una pena privativa de libertad-, no se requiere un acto voluntario diverso para que se produzcan sus consecuencias, sino que operan de manera inmediata.

22. La aplicación de la suspensión de derechos políticos *como sanción accesoria* no corresponde al juzgador, como sí sucede tratándose de penas autónomas, las cuales son impuestas en uso de su arbitrio judicial y de conformidad con el tipo penal respectivo.

establecido en el artículo 133 de la Constitución Federal”, las cursivas son añadidas.

Inmediatamente después, el referido órgano jurisdiccional puntualizó que:

las causas por las que dicha suspensión puede ser decretada son independientes y tienen autonomía entre sí, de manera tal que una misma persona puede estar privada de sus derechos políticos durante un período de tiempo sin solución de continuidad, por tres causas diferentes: a) por estar sujeta a proceso por delito que merezca pena corporal; b) por sentencia ejecutoria que imponga pena privativa de libertad y, c) por cumplimiento de una pena de suspensión de derechos políticos.

Respecto de la causa prevista en el artículo 38 constitucional para que los derechos del ciudadano se vean suspendidos al *estar extinguiendo la pena de suspensión de derechos políticos, expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada*, en la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que la suspensión de derechos políticos “como pena autónoma establecida en la fracción VI del artículo 38 constitucional puede revestir dos modalidades: cuando se impone como pena única, caso en el que surtirá efectos a partir de que cause ejecutoria la sentencia que imponga dicha pena y cuya duración será la establecida en la sentencia misma y, cuando se imponga simultáneamente con una pena privativa de libertad”.

En torno a la causa de suspensión de derechos políticos consistente en estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, no existen precedentes relevantes.

3. LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Los casos que analizaremos son aquellos que han llegado al TEPJF y que consideramos son relevantes para discutir el contenido del artículo 38 constitucional en materia de suspensión de derechos políticos por cuestiones penales. Se trata de los asuntos nombrados por los correspondientes promoventes: Pedraza Longi, Orozco Sandoval, Sánchez Martínez y Godoy Toscano.

A. Caso Pedraza Longi (SUP-JDC-85/2007)

El 11 de diciembre de 2006, José Gregorio Pedraza Longi acudió al módulo de atención ciudadano del Registro Federal Electoral correspondiente a su domicilio solicitando el trámite de inscripción al padrón electoral. El 19 de enero de 2007, se le negó la expedición de su credencial de elector, debido a la no procedencia de su trámite, derivado de su situación judicial.

El 31 de enero de 2007, el actor promovió ante el módulo de referencia, la solicitud de expedición de credencial para votar con fotografía, a la cual se le asignó el número 0721062202379. El 16 de enero de 2007, el Vocal del Registro Federal de Electores de la 06 Junta Distrital Ejecutiva en el Estado de Puebla, emitió resolución de la promoción ante la instancia administrativa, calificando de improcedente la solicitud de expedición de Credencial para Votar presentada por Pedraza Longi, puesto que en la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores existía información proporcionada por el Juez Penal del Juzgado Mixto de San Juan de los Llanos Libres Puebla, en la que se señalaba que se dictó en su contra auto de formal prisión por delitos sancionables con pena de prisión, por lo que fue suspendido de sus derechos políticos conforme a lo dispuesto en el artículo 38 constitucional. Debe mencionarse que Gregorio Pedraza se encontraba sujeto a libertad bajo fianza durante el proceso penal llevado a cabo en su contra, por haber sido acusado de delitos culposos no graves.

Notificado del fallo el día 19 de febrero de 2007, Pedraza Longi promovió juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en contra de tal resolución. Durante el trámite, la magistrada instructora requirió el 28 de febrero de 2007 al Juez de San Juan de los Llanos Libres, diversa información y documentación necesaria para la sustanciación y resolución del juicio.

En la sentencia del SUP-JDC-85/2007, al Sala Superior del TEPJF revocó de la resolución de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, y ordenó se reincorporara en el padrón electoral y listado nominal correspondiente a su domicilio y se expidiera su credencial para votar con fotografía a Pedraza Longi.

En el estudio respectivo se señaló que José Gregorio Pedraza Longi solicitó su credencial para votar, la cual le fue negada por considerarlo suspendido en sus derechos político-electorales, fundamentándose este

supuesto en el artículo 38 constitucional, fracción II: por estar sujeto a un proceso criminal que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.

En el estudio realizado, la Sala Superior consideró que las garantías plasmadas en la Constitución deben entenderse como principios mínimos, ampliándose por el legislador ordinario, o por convenios internacionales, que la misma Constitución señala en su artículo 133 como “Ley Suprema de la Unión”. Aplicando los convenios al caso concreto, resultaba aplicable el artículo 25 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, en el sentido de que a las personas a quienes se prive de la libertad, pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho de votar, por lo tanto debe permitírsele ejercer el derecho a votar y por consiguiente, el alta en el Padrón Electoral y la expedición de la credencial de elector que solicitó.

Aunado a esto, se apoyaba en lo dispuesto por los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en lo relativo al derecho a la presunción de inocencia, reconocido éste a través de diversos instrumentos internacionales, como lo cita el numeral 8 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por consiguiente, se consideró que mientras no sea condenado con una sentencia ejecutoria, mediante la cual se le prive de la libertad, no debe ser suspendido en su derecho político-electoral de votar.

En la argumentación se menciona que como no hay una pena privativa de libertad que reprima al actor en su esfera jurídica o que le impida materialmente ejercer los derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones que justifiquen la suspensión en su derecho político-electoral de votar.

En los hechos, al actor, al ser procesado y por tratarse de delitos catalogados como no graves y satisfacer las exigencias que dispone el artículo 350 del *Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del estado de Puebla*, se le concedió la libertad bajo fianza, por ende, cuando la pena de prisión se extingue, la suspensión de derechos políticos, al ser una pena accesoria, sigue la suerte de la principal, por

lo que si se sustituye ésta, la suspensión de derechos deja de surtir sus efectos.

Tomando en cuenta de que el artículo 46 del Código Penal Federal amplía la garantía constitucional que prevé la fracción II del artículo 38 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, es improcedente ordenar en el auto de formal prisión la suspensión de derechos políticos del procesado, pues la pena comenzará desde que cause estado la sentencia respectiva y durará el tiempo de la condena.

Los derechos políticos y prerrogativas son inherentes a la ciudadanía y ésta no puede ser fraccionada, por lo que con base en el artículo 24 de la *Constitución Política del Estado de Puebla*, al continuar el actor en su carácter de ciudadano, puede ejercer de manera plena sus derechos y prerrogativas en todo el territorio nacional, y en consecuencia la posibilidad de votar, no obstante encontrarse sujeto a un proceso penal.

Por lo tanto se resolvió por unanimidad de votos, que se revocara la resolución emitida por la instancia administrativa, ordenándose que se reincorporara en el Padrón Electoral y listado nominal correspondiente y se expidiera la credencial para votar al ciudadano José Gregorio Pedraza Longi, con el fin de que no se le vulnere la posibilidad de ejercer su derecho al sufragio.

En la sentencia también se reconoció la posibilidad de que una sentencia posterior suspendiera los derechos del actor, por lo cual en uno de los puntos resolutive se señaló que en caso de dictarse sentencia condenatoria privativa de libertad, el juez de la causa debería de inmediato comunicarlo al Instituto Federal Electoral para que, por conducto del Registro Federal de Electores, se procediera a darlo de baja del padrón electoral y listado nominal correspondiente a su domicilio.

B. Caso Orozco Sandoval (SUP-JDC-98/2010)

Tomando un criterio similar, la Sala Superior del TEPJF resolvió el caso de Martín Orozco Sandoval al cual se le había impedido su registro como candidato del Partido Acción Nacional para contender por el cargo de Gobernador del Estado de Aguascalientes. La razón de la negativa radicaba en que se le atribuía la comisión de diversos ilícitos durante el desempeño del encargo de Presidente Municipal del Ayuntamiento de Aguascalientes.

En este caso, Martín Orozco Sandoval se encontraba sujeto a un procedimiento penal y sí contaba con auto de formal prisión, pero no se hallaba en ejecución de una pena corporal, debido a la libertad bajo caución de la cual gozaba, y de la suspensión definitiva del acto reclamado (auto de formal prisión y todas las consecuencias que de hecho y de derecho se generen) que había otorgado en un juicio de amparo el Juez Tercero de Distrito en Aguascalientes. De manera similar al caso Pedraza Longi, Martín Orozco Sandoval tampoco había sido condenado con una sentencia ejecutoria, por la cual se le podría privar de la libertad.

Respecto de los amparos que tramitó, que controvertían la orden de aprehensión girada en su contra y el auto de formal prisión, éstos le habían sido concedidos, caucionando su libertad durante el proceso penal. Igualmente estaba activo en el padrón electoral y en la lista nominal de electores.

Estas consideraciones sustentan la afirmación de que cumplía con los requisitos de elegibilidad para ser Gobernador del Estado según el artículo 37 de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes, estando en pleno ejercicio de sus derechos, luego entonces, no había razón de suspenderle en su derecho de votar y ser votado, así como tampoco de negarle el registro como candidato del Partido Acción Nacional para ser Gobernador del Estado.

Se revocaron, para los efectos precisados en la ejecutoria, la resolución emitida por el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Aguascalientes, que negó la solicitud de registro de Martín Orozco Sandoval como candidato del Partido Acción Nacional a Gobernador del referido Estado, restituyéndolo en pleno uso y goce de sus derechos político-electorales, ordenando otorgar el registro mencionado con antelación.

Conforme al criterio de la tesis jurisprudencial XV/2007 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se interpreta que sólo procede la suspensión de los derechos políticos-electorales prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional cuando se prive de la libertad al ciudadano. Exponiendo que aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al habersele otorgado la libertad caucional y materialmente no se le hubiere recluido a prisión, no hay razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos

político-electorales, pues al no haberse privado la libertad personal y al operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar con el uso y goce de sus derechos.

C. Caso Sánchez Martínez (SUP-JDC-157/2010 y SUP-JRC-173/2010 Acumulado)

El 16 de marzo de 2010 dio inicio el proceso electoral ordinario en el Estado de Quintana Roo. Posteriormente, el 27 de abril siguiente los representantes de los partidos de la Revolución Democrática, Convergencia y del Trabajo, presentaron para su registro ante Consejo General del Instituto Electoral de Quintana Roo, el convenio de la coalición total y la plataforma política común, para la elección de Gobernador del Estado, y el 30 de abril se aprobó el registro de la coalición “Mega Alianza Todos por Quintana Roo.

El 1º de mayo de dos mil diez, se presentó ante el Consejo la solicitud de registro de Gregorio Sánchez Martínez, como candidato a Gobernador de Quintana Roo, mismo que fue aprobado el 6 del mismo mes y año.

El 1º de junio de 2010, el juez Segundo de Procesos Penales Federales de El Rincón, Municipio de Tepic, Nayarit dictó auto de formal prisión en contra de Gregorio Sánchez Martínez por su probable responsabilidad en la comisión de diversos delitos, por lo cual el 3 de junio posterior, el Consejo General del Instituto Electoral de Quintana Roo, determinó el cancelar el registro de Gregorio Sánchez Martínez, como candidato a Gobernador de dicho Estado.

El 4 de junio de 2010, Gregorio Sánchez Martínez presentó ante el Instituto Electoral de Quintana Roo, una demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano registrado como expediente SUP-JDC-157/2010. El 6 de junio, la representante de la coalición mencionada, presentó ante el citado Instituto Electoral, una demanda de juicio de revisión constitucional electoral (expediente SUP-JRC-173/2010).

En la sentencia se encontró justificado el *per saltum*, solicitado por Gregorio Sánchez Martínez y la representante de “Todos por Quintana Roo”, tomando en cuenta la proximidad de la jornada electoral local que se realizaría el 4 de julio de 2010, y que cualquier retraso en la resolución de los presentes asuntos podría ocasionar un

perjuicio irreparable a los enjuiciantes en el resultado de la jornada electoral, a Gregorio Sánchez Martínez por impedirle ser votado, en tanto que a la coalición por cancelársele el registro de su candidatos para la elección para Gobernador de dicha entidad.

En lo que interesa los agravios planteados por la coalición y por Gregorio Sánchez Martínez, se pueden dividir en los siguientes ejes temáticos:

a) Violaciones procesales y formales en la emisión del acuerdo reclamado

En la demanda se adujo que el análisis de la elegibilidad de los candidatos puede presentarse en dos momentos: el primero, cuando se lleva a cabo el registro de los candidatos ante la autoridad electoral; y, el segundo, cuando se califica la elección, por lo cual el actor consideraba que se violaba en su perjuicio el debido procedimiento, al no existir las condiciones legales que sustentaran el análisis de elegibilidad, fuera de los supuestos legales y procesales previstos en la legislación aplicable.

El agravio se estimó infundado, puesto que la actuación de la autoridad se dio en cumplimiento de un mandato constitucional ante la inhabilitación de uno de los candidatos registrados en la contienda.

b) Violaciones de fondo en el dictado del acuerdo de cancelación de candidatura

Debe mencionarse que se dictó auto de formal prisión contra Gregorio Sánchez Martínez, como probable responsable de los delitos de:

- 1) Delincuencia organizada previsto en el artículo 2º, fracción I (hipótesis de delito contra la salud), y III (hipótesis de tráfico de indocumentados), del Código Penal Federal.
- 2) Contra la salud, en la modalidad de colaborar de cualquier manera al fomento de la comisión o ejecución de delito contra la salud, previsto en el artículo 194, fracción III del Código Penal Federal; y,
- 3) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, en su modalidad de: depósito dentro del territorio nacional, de recursos con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con el propósito de alentar alguna actividad ilícita, previsto en el artículo 400 bis, y cuarto párrafo del Código Penal Federal.

Al momento de la presentación de la demanda, se constató que Gregorio Sánchez Martínez se encontraba sujeto a proceso penal, en el que le recayó un auto de formal prisión, por virtud del cual se encontraba privado de su libertad, y por ser los delitos imputados considerados como graves, no operaba el beneficio de libertad bajo caución. Como consecuencia se le dio de baja en el padrón electoral, lo cual conlleva que la posesión de su credencial para votar no produce efecto jurídico alguno.

Se estimó en la sentencia que no es concebible que una persona que se encuentra privada de su libertad en un centro penitenciario pueda ser candidato a elección popular, pues estaría imposibilitado para asumir o ejercer el cargo por el cual contiende. Luego entonces, se consideró que está impedido jurídica y materialmente para el ejercicio de sus derechos político electorales.

Asimismo, se consideró que al ser procedente la cancelación del registro de Gregorio Sánchez Martínez, como candidato al cargo de Gobernador del Estado de Quintana Roo, no puede realizar actos de campaña en su favor, ya que éstos tienen por objeto el convencer al electorado de que sufraguen a favor de una persona que pueda asumir y ejercer un cargo de elección popular. Ello imponía la necesidad de que la coalición que lo postuló, debía solicitar la sustitución de su candidato en la elección de Gobernador, so pena de perder su derecho a realizarlo.

c) Agravios vinculados con los efectos de la cancelación de la candidatura respectiva

La coalición enjuiciante alegó en la demanda del juicio de revisión constitucional acumulado, que el acto reclamado resulta contrario a Derecho por ordenarse el retiro de la propaganda en plazo improrrogable de cinco días, sin dar oportunidad de sustituirla por otra parte del mismo género, además del retiro inmediato de la propaganda, el cambio de boletas electorales y de candidato, la mención sobre la definitividad de las boletas electorales y la advertencia sobre el retiro de la totalidad de la propaganda, no se encuentran previstas en la legislación, por lo que la responsable resolvió en exceso al imponer esas sanciones como inusitadas y trascendentes.

La alegación se estimó infundada, puesto que al ser demostrado que Gregorio Sánchez Martínez está impedido para ser candidato de la

coalición multicitada por estar privado de su libertad, es evidente que su nombre no puede ser incluido dentro de las opciones que someterán a votación ante la ciudadanía, pues al estar impedido para ejercer el cargo, tal situación afectaría el principio de certeza y la efectividad del derecho del voto de los ciudadanos quintanarroenses.

Al haberse confirmado la cancelación del registro de Gregorio Sánchez Martínez como candidato a Gobernador del Estado por la coalición "Mega Alianza Todos por Quintana Roo", la Sala Superior estimó procedente vincular al Consejo General del Instituto Electoral de Quintana Roo para emitir un acuerdo en el cual se determinara otorgar un plazo de cuarenta y ocho horas a la coalición para sustituir su candidato, además de sustituir el nombre en las boletas electorales y demás documentación electoral para la elección de Gobernador del Estado de Quintana Roo, así como garantizar a la coalición la realización de la correspondiente campaña electoral, mediante los actos de campaña y el empleo de la propaganda electoral pertinente.

Debe mencionarse que la decisión se adoptó por mayoría de votos, con un voto en contra y dos votos concurrentes.

D. Caso Godoy Toscano

En el caso del ciudadano Julio César Godoy Toscano, resuelto en el expediente SUP-JDC-670/2009, se le suspendieron sus derechos político-electorales justo después de haber sido electo como diputado federal, pues no se le permitió el acceso al recinto oficial para la toma de protesta, así como el registro y credencialización que lo acreditarían en el cargo, esto por estar en calidad de prófugo de la justicia, y tener un libramiento de orden de aprehensión girado en su contra, encuadrándose inmediatamente en el artículo 38, fracción V de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Por consiguiente el criterio aplicado al caso del ciudadano Godoy Toscano, al no ser la norma impugnada la fracción II del artículo constitucional, sino la fracción V que refiere a la suspensión de derechos políticos por encontrarse prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, es distinto, pues la fracción II hace alusión a suspensión de derechos políticos por causa de procesamiento penal, y la fracción V por la condición de estar prófugo de la justicia.

Sin embargo, consideramos que en cierto punto concurren ambas fracciones, pues, para que pueda considerarse prófugo de la justicia, tendría que haberse dictado con anterioridad una orden de aprehensión en su contra, sin embargo la diferencia en sus efectos es el término de dicha suspensión, dicho de otra manera, la rehabilitación de sus prerrogativas, pues al no estar materialmente recluido el sujeto durante el proceso penal, el efecto de la fracción V es que la suspensión de derechos se extinguirá hasta que se agote el término de la media aritmética de la pena del delito del que se trate.

En efecto, la motivación utilizada por el Tribunal Electoral para la resolución del "caso Pedraza" fue en cierta medida aplicable en los criterios para el "caso Godoy", específicamente en el principio de presunción de inocencia, la cual está contenida en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución, que dispone, como derecho de toda persona imputada, a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Sin embargo al caso concreto, y situado el ciudadano Julio César Godoy Toscano en la hipótesis consignada en la fracción V del artículo 38 constitucional, prófugo de la justicia y al cual le fue librado una orden de aprehensión en su contra, sustraído de la justicia, y dado que se demostró que se habían llevado a cabo investigaciones para poder localizarlo y se lograra su comparecencia al juicio sin que ello fuera posible, se constató que el sujeto se encontraba prófugo de la justicia.

Aunado a lo anterior, el delito que se le imputó no evidencia argumento alguno para la posibilidad jurídica de que le sea concedido beneficio de libertad bajo caución, durante su proceso, pues supuestamente cometió un delito considerado como grave.

Finalmente, dado que el sujeto no se encontraba presente materialmente por ende no podría desempeñar el cargo, así que se confirmó la determinación de negar el registro del actor en su carácter de diputado federal y la expedición de su respectiva credencial.

Debe agregarse que, con posterioridad, el 23 de septiembre de 2010, Godoy Toscano tomó protesta como diputado federal, sin embargo se inició el procedimiento de declaración de procedencia que permitirá, si fuere el caso, su encausamiento penal sin la inmunidad

procesal que le otorga la investidura de representante popular. Además, en octubre de 2010, renunció al partido político en el que militaba.

Cabe finalmente reflexionar, en términos generales, en torno a la delicada relación que, en torno al tema estudiado, guardan los derechos de ser votado y de votar. En efecto, en los casos anteriores se ha resaltado la tutela del derecho político a ser votado, pero se ha omitido el estudio del ejercicio de votar. En efecto, desde el punto de vista de los electores, el hecho de que un candidato registrado sea suspendido en el ejercicio de sus derechos políticos, entre ellos el de ser votado, le priva, en principio, de una opción política, lo que puede dar lugar a que la elección deje de ser competitiva o decaiga el interés de los ciudadanos en el proceso electoral.

En este sentido, la suspensión de los derechos políticos de un candidato no debe recibir exclusivamente atención en cuanto que implica la afectación del ejercicio de derechos fundamentales de una determinada persona, sino también en cuanto puede afectar las opciones del electorado, que tiene a su vez un impacto relevante en la forma republicana de gobierno.

En ésta la participación ciudadana es vital, pero si el electorado ve reducidas sus opciones políticas, en razón de la suspensión de derechos político decretada a un candidato, dicha participación se puede ver afectada, ya sea porque la opción de preferencia del elector ha sido cancelada o bien porque el interés ciudadano decaiga ante la disminución de competidores. Si bien es posible afirmar que se trata de evitar que en la elección participe un presunto delincuente, no es menos cierto que, aún en el supuesto de que se eligiera a una persona a la posteriormente se le impute la comisión de ilícitos penales, siempre es posible recurrir al retiro del fuero constitucional para su debido procesamiento.

4. REFLEXIONES ACERCA DE UNA NUEVA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una de las bases del constitucionalismo mexicano ha sido la eliminación de tribunales y procedimientos inquisitoriales, donde la inocencia se tiene que probar y la culpabilidad se presume. No obstante, la sombra de personajes, como Antonio López de Santa Anna, sobreviven actualmente, al aplicarse la suspensión de derechos

políticos, de manera automática, gracias al artículo 38, fracción II, todavía vigente en la Constitución Mexicana y que proviene de las denominadas *Bases Constitucionales* de 1843, en cuyo artículo 21, fracción III, se despojaba de los derechos a cualquier ciudadano “por estar procesado criminalmente, desde el acto motivado de prisión”.

La historia constitucional recoge los excesos de Santa Anna,²³ en la aprehensión de figuras públicas, como Francisco Zarco, que motivaron la inclusión de las garantías del debido proceso legal contenidas en el artículo 16 en la Constitución de 1857 y, entre los cuales, seguramente se encontraba el despojo de derechos ciudadanos fundado en dicha disposición.

Aunado a lo anterior, el contenido del artículo 38, en lo relativo a la suspensión de los derechos, fue ideado antes de insertar al Ministerio Público dentro de las atribuciones de los Poderes Ejecutivos, reforma que se actualizó por la iniciativa de Porfirio Díaz que se aprobó el 25 de mayo de 1900; por lo que cuando la investigación de los delitos se adscribe como atribución, no de los jueces, sino de personal subordinado a los poderes ejecutivos, tanto federal como estatales, la consignación de delitos ante los jueces se convierte en una función de colaboración de parte del órgano jurisdiccional a las pesquisas del Ministerio Público, que cuentan con la presunción de legalidad, y dan inicio a un proceso donde se comprobará la culpabilidad del acusado.

En el sistema actual, la persona acusada de cometer uno o varios delitos goza de una presunción de inocencia desde la reforma al Código Penal del 13 de enero de 1984, producto de la ratificación por parte de México el 3 de abril de 1982 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* o Pacto de San José.

Sin embargo, la Constitución de 1917 puede leerse con dos disposiciones contradictorias. Por un lado, la fracción II del artículo 38 establece la suspensión de derechos políticos desde el momento en que se dicta el auto de “formal prisión”; además, el mismo precepto determina en la fracción VI que la suspensión de los derechos ciudadanos procede por sentencia ejecutoria que imponga la pena de dicha suspensión. ¿Pueden coexistir lógicamente la hipótesis de la suspensión de derechos como pena, al momento en que un inculgado

23. Salado Álvarez, Victoriano, *De Santa Anna a la Reforma*, J. Balleescá, México, 1903.

está únicamente vinculado a un proceso penal, por presumir su culpabilidad penal, con la disposición –de la misma jerarquía– que requiere una sentencia ejecutoria? ¿Es un auto dictado a petición del Ministerio Público equivalente a una sentencia ejecutoria? En pocas palabras, ¿es dable imponer una pena, como la suspensión de los derechos ciudadanos, cuando se tiene sólo la presunción de culpabilidad?

Esta contradicción de normas constitucionales, a nuestro parecer, no puede resolverse con la aplicación aislada de alguno de los preceptos, sino con la interpretación integral y sistemática del texto fundamental, apoyada en la revisión histórica de los principios constitucionales que tienen repercusión en el análisis que se realiza.

Al efecto, debe tenerse presente que la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008, estableció en el artículo 20, apartado B, fracción I, el principio de presunción de inocencia, donde antes de aplicar cualquier pena, debe probarse ante el órgano jurisdiccional la culpabilidad del acusado. Es el caso que la misma Constitución Mexicana califica como pena a la suspensión de derechos políticos, y así la doctrina jurídica la concibe.²⁴

Esta y otras reformas constitucionales constituyen un cambio de rumbo que justifica con creces la interpretación que proponemos, misma que atiende a la protección de los derechos políticos, reconocidos no sólo por el texto constitucional mexicano sino por los instrumentos internacionales a que se ha obligado el Estado mexicano. Esto nos permite afirmar que se da una interpretación en el mismo nivel normativo, al referirse a mandatos constitucionales y, además, de una interpretación que es acorde con el compromiso contraído por el Estado Mexicano al suscribir tratados en donde se hace evidente la protección de derechos de los mexicanos, lo cual refrenda la corrección de la interpretación que se propone aquí.

La interpretación sugerida tiene como eje la revisión del alcance de la suspensión de los derechos políticos, en aquellos asuntos de naturaleza penal, esencialmente los relacionados con la sujeción a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; por encontrarse extinguiendo

24. González Contró, Mónica, "Comentario al artículo 38 constitucional", *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. XVII, p. 523

una pena corporal, y por estar extinguiendo esa pena de suspensión expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada. Como puede advertirse, el tema aparece relacionado con la privación de la libertad o en términos más preciso con la reclusión del ciudadano, a efectos de encontrarse sujeto al proceso o en cumplimiento de una pena corporal que afecta la libertad personal.

En tal tenor, debe señalarse que la reclusión de ciudadanos sólo se justifica en nuestro sistema constitucional actual, con base en un sistema penitenciario que pretenda la reinserción del **sentenciado** a la sociedad, mediante su rehabilitación, tal como lo prescribe el artículo 18 constitucional, a partir de su reforma publicada el 23 de febrero de 1965. Debe señalarse que cuando se aprobó la fracción II del artículo 38 en 1917, no había sistema penitenciario, ni la detención de ciudadanos tenía reconocido ese objetivo, ya que el propio Constituyente originario no superó el legado porfirista en esta materia.

Muestra de lo anterior es el reconocimiento de la posible implementación de la pena de muerte en las entidades federativas, ante la falta de un sistema penitenciario, según se desprende de la discusión del original artículo 22 de la Constitución.²⁵ La abolición de la pena de muerte acaecida mediante reforma constitucional del 9 de diciembre de 2005, abona en este cambio de dirección en la política penitenciaria y en el abandono del concepto de prisión que se tuvo cuando se aprobó la fracción II del artículo 38.

La pena de suspensión de derechos políticos se ha denominado como “muerte civil”²⁶ pues priva a los ciudadanos de sus derechos políticos, como en el caso, no sólo de ser votado, sino también de votar, que en México no ha sido reconocido a las personas privadas de su libertad.

25. El 12 de enero de 1917 se discutió el artículo, donde se explicó por el Constituyente, particularmente el diputado Gaspar Bolaños que las penas son un medio para conseguir la “corrección moral” del delincuente. Además observó que la irrevocabilidad de tal pena no deja lugar a la enmienda de errores judiciales, por lo que la hace irreparable. Enrique Díaz Aranda, “La pena de muerte en México”. www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulo/a_20080521_64

26. Nora V. Demleitner. “Continuing payment on one’s debt to society: The German model of felon disenfranchisement as an alternative”. *84 Minnesota Law Review* 753. Abril 2000. p. 757. Sudáfrica, por cierto, autoriza el derecho de ejercer el sufragio a los acusados privados de su libertad.

Aún en los Estados Unidos, que no ha suscrito las convenciones sobre derechos humanos que se han mencionado, y en donde más de la mitad de sus entidades federativas reconocen todavía la pena de muerte, en veinte Estados, se priva del disfrute de los derechos políticos sólo por sentencia *condenatoria* con más de un año de prisión; y se ha reconocido judicialmente en otros Estados dicho disfrute a ciudadanos privados de su libertad.²⁷ Por ello, Lyndon La Rouché pudo hacer campaña para Presidente de ese país en 1992, desde su confinamiento en Minnesota.²⁸

Asimismo, consideramos que los tratados internacionales deben aplicarse con prelación al derecho doméstico, tratándose de los derechos humanos más favorables a la persona, según la interpretación *a contrario sensu* del artículo primero de nuestra Constitución, que prohíbe la suspensión de derechos consagrados en la propia Constitución. Conforme con esto, la fracción II del artículo 38, queda rebasada en la actualidad por la fracción VI del mismo artículo, así como por la intención del Poder Constituyente permanente en sus reformas de 2005 y 2008 en materia de pena de muerte y de presunción de inocencia, refrendada por la *Convención Americana de Derechos Humanos* referida y la *Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*.

La ley suprema de la Unión, según reza el artículo 133 constitucional, en todos sus tres ordenamientos: la Constitución misma, a través de su interpretación sistemática, la ley federal que lo es el Código penal y los tratados internacionales, respaldan *todos* la conclusión de que:

- a) La suspensión de los derechos políticos es una pena inconstitucional, ya que atenta contra los objetivos de las penas que son la rehabilitación del individuo;

27. Precedentes como *Locke v. Farrakhan* del Estado de Washington y *Haydan v. Pataki* de Nueva York así lo hacen. En contraste, el caso de *Richardson v. Ramirez* 418 US 24 (1974), donde la Suprema Corte desechó el argumento de que sería inconstitucional toda legislación estatal que impusiera la pena de suspensión de derechos políticos.

28. Incluso en los nuevos países surgidos del extinto bloque soviético, como lo es Latvia, se permitió a Alfred Rubiks llevar a cabo su campaña para la presidencia de su país en 1996.

- b) La pena de suspensión de derechos políticos prejuzga sobre la culpabilidad del acusado, contraviniendo así el principio constitucional de presunción de inocencia;
- c) La pena de suspensión de derechos políticos para un candidato que pretende contender en próximas elecciones contraviene la obligación del Estado Mexicano de observar el principio de derecho internacional de reparabilidad, establecida en el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;²⁹ y,
- d) La suspensión de derechos políticos ha sido considerada como una infracción al principio de sufragio libre y universal.

Aunque se permita en algunas jurisdicciones la limitación de los derechos políticos por razones de que el ciudadano esté privado de su libertad por haber cometido un delito, que no era el caso en el SUP-JDC-157/2010 y su acumulado SUP-JRC-173/2010 (caso Sánchez Martínez), ya que el actor sólo estaba vinculado a un proceso que determinaría en el futuro su responsabilidad o no en el ámbito penal, estas limitaciones deben ser “razonables”, “proporcionales” y “constitucionales”.

En efecto, la suspensión de derechos políticos es una pena que se impone a un ciudadano que ya fue condenado por la comisión de un delito; no puede ser una medida cautelar o preventiva, como se pretende. Al ser una pena debe estar prevista en la ley como tal, precisando los delitos que ameritan dicha pena y, en obvio de razones, la duración máxima por la que el juez competente puede imponerla. No existe pena alguna que no tenga una temporalidad definida en la ley, de admitir lo contrario se estarían imponiendo penas ilegales, que contrarían la idea de cualquier estado constitucional democrático.

A modo de ejemplo citamos la legislación de Francia que dispone que una vez que un juez dicta una sentencia condenatoria puede imponer como pena la privación del derecho de votar y/o de ser electo, únicamente tratándose de los delitos previstos por la ley y no puede ser mayor a diez o cinco años según el tipo de delito cometido. No es viable en una democracia concebir la suspensión de derechos políticos, que

29. Que establece: “9.5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. ¿De qué manera podría ser reparado el derecho político a ser votado de un candidato que, después de la elección en la cual no pudo competir, es absuelto de la responsabilidad penal imputada?

es un acto que viola la dignidad de la persona y, que en ciertos casos, el daño causado puede llegar a ser irreparable, como una sanción que se impone de inicio por tiempo indefinido.

En el caso *Re Bennett* decidido en 1993 por las autoridades judiciales de Nueva Zelanda, se consideró que la ley electoral reformada en 1993, para suspender de sus derechos ciudadanos a cualquier persona que esté privada de su libertad a consecuencia de una sentencia condenatoria, es contraria a la sección 12 de la ley de derechos de ese país que establece que todo ciudadano a los 18 años tiene el derecho a votar y ser votado en una elección genuina y periódica.³⁰ Esta decisión descansó en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que determina que todo ciudadano gozará del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, de ser electo en elecciones periódicas y auténticas, llevadas a cabo mediante sufragio universal y, en general, tener acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.³¹

Respecto de la interpretación del artículo 25 del Pacto Internacional, ésta tuvo como sustento el comentario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, rendido en 1996. De este comentario se desprende que se impone la obligación a los Estados firmantes de adoptar la legislación necesaria para garantizar los derechos establecidos en dicho artículo.³² Dicha legislación no cubre los supuestos del artículo 38 de la Constitución.

En el mencionado comentario se señala:

Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables [...] El ejercicio de estos derechos por los

30. La *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, señala en su artículo 12: "Every New Zealand citizen who is of or over the age of 18 years; (a) has the right to vote in genuine periodic elections of members of the House of representatives, which elections shall be by equal suffrage and by secret ballot".

31. *Report to the Attorney-General under the New Zealand Bill of Rights Act 1990 on the Electoral (Disqualification of Convicted Prisoners) Amendment Bill*. House of Representatives.

32. "Observación general no. 25", *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos*, Naciones Unidas, 2004, pp. 194-199.

ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos precisados en la legislación y que sean razonables y objetivos.

Los límites sobre los derechos políticos deben ser “razonables”, para que sean compatibles con un régimen democrático, según el célebre precedente de la Suprema Corte de Canadá *R v. Oakes* (1986) 1 SCR 103. En dicho caso se concluyó que la carga de la prueba establecida en la ley para que el ciudadano pruebe su inocencia en un procedimiento penal es asumir la presunción de culpabilidad y, por lo tanto, constituye una limitación no razonable a los derechos fundamentales del individuo.

Lo interesante de este precedente extranjero que puede muy bien aplicarse en nuestro país, radica en que fijó dos reglas para identificar la razonabilidad de los límites a los derechos políticos:

- a) La limitación a los derechos políticos, y en general a los derechos humanos, debe tener como objetivo fomentar los fines de una sociedad democrática;
- b) La limitación debe evitar la arbitrariedad o la injusticia y evitar el mayor daño posible, demostrándose su importancia frente al derecho afectado.

En México se debe sopesar si la suspensión de derechos políticos acaecida después del registro del candidato de una coalición para contender en una elección que se llevará a cabo en breve término, a través de un auto de vinculación a su proceso penal, sin consistir en una sentencia ejecutoria, promueve los fines de una sociedad democrática. Nuestra respuesta es contundentemente negativa.

Igualmente, según los estándares de las naciones democráticas contenidas en las resoluciones judiciales que se has venido citando,³³ la suspensión de los derechos políticos a través de un auto de vinculación al proceso, resulta arbitraria, pues no puede promover los objetivos de toda pena, que es la rehabilitación, siendo en consecuencia, desproporcionada ya que priva a un candidato de contender en una elección democrática, con pleno conocimiento por parte del electorado de su situación, violentando la competitividad en las elecciones e impidiendo, por lo tanto, la celebración de elecciones genuinas.

33. Y que se recoge en la famosa resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos *Paquete Havana* 175 US 677 (1900).

Cabe precisar que estas consideraciones no se alejan de algunos de los precedentes aprobados por la Sala Superior del TEPJ, entre ellos el relativo al expediente SUP-JDC-98/2010 (Caso Orozco Sandoval), en el cual se sostuvo que no procedía la suspensión de los derechos políticos del actor, en virtud de que si bien existía un auto de formal prisión, el actor se encontraba bajo el régimen de libertad bajo caución y que prevalecía la presunción de inocencia.

En efecto, ante las anteriormente señaladas contradicciones de nuestra Carta Magna, la referida Sala como tribunal constitucional en materia electoral, debe, caso por caso, garantizar cada vez más la protección de los derechos políticos, generar que éstos se potencialicen, así como la permanencia del régimen democrático fortaleciendo los principios constitucionales que rigen todo proceso electoral. La función de los jueces electorales no debe limitarse a velar por la legalidad y constitucionalidad de los actos de las autoridades electorales, debemos también buscar y encontrar las soluciones jurídicas que permitan que situaciones extraordinarias en la vida democrática no vulneren el curso legítimo de un proceso electoral y, por ende, la legitimidad de la integración de los poderes del Estado.

No debe omitirse mencionar, con relación a la responsabilidad penal de los servidores públicos que, cuando finalmente se demuestra, no deja de ser efectiva si el candidato ha sido electo y está en el desempeño de un encargo que lleva aparejada cierta inmunidad procesal, toda vez que puede proceder el mecanismo constitucional de la declaración de procedencia, ampliamente conocido como desafuero, que permita su correspondiente enjuiciamiento y sanción por parte de los tribunales competentes, con lo cual se advierte la completitud del sistema jurídico mexicano.

A lo anterior debe agregarse que, finalmente, la aprehensión de un candidato registrado en plena campaña electoral, a poco tiempo de que se celebre la jornada electoral, atenta contra el principio constitucional consistente en que las elecciones deben ser auténticas. La democracia no es una situación de derecho que perdura por sí misma, al contrario debe ser constantemente reforzada con la intervención, ciertamente de los ciudadanos, pero también de los tres poderes de Estado conjuntamente. Si bien, uno de los elementos de las elecciones democráticas es que el elector pueda escoger a candidatos cuya trayectoria y honorabilidad no estén en duda, estas elecciones requieren también por parte de

los actores políticos activos (partidos y candidatos) de certeza en la continuidad y equidad de un proceso electoral.

CONCLUSIONES

La exposición hasta aquí realizada nos lleva a concluir que resulta necesario que los poderes en conjunto reflexionen sobre las reformas necesarias para reforzar nuestra democracia. En todo régimen democrático, el Poder Ejecutivo propone iniciativas de ley, el Poder Legislativo las discute y, en su caso, las aprueba, y el Poder Judicial aplica esas leyes. Al final de este proceso, y con el transcurso del tiempo, el juez es el eslabón que más conoce de las deficiencias de la ley y está en posibilidades de proponer reformas que, en su opinión, podrían mejorar la ley y así perfeccionar el orden social, esta ponencia hace eco de tal criterio.

La protección de los derechos políticos resulta sustancial para contribuir al desarrollo democrático del país. Acorde con las reformas constitucionales más recientes urge que el órgano revisor realice las adecuaciones pertinentes para garantizar que la suspensión de los derechos políticos sea acorde con el principio de la presunción de inocencia, lo cual contribuirá a la consecución de procesos electorales con un alto grado de credibilidad y confiabilidad.

Mientras se realizan tales adecuaciones constitucionales y legales, los tribunales deben garantizar la protección de los derechos políticos, como condición de la vida democrática del país. En la materia electoral, debe tenerse presente que ante escenarios de creciente politización, es una posibilidad real la de que los procedimientos penales pueden ser manipulados contra candidatos y electores que, súbitamente, por la aplicación literal de los preceptos analizados, se verían despojados de sus derechos políticos, en detrimento de la credibilidad de los resultados de la contienda electoral.

De ahí que sea la labor de los tribunales, en tanto se realizan las modificaciones en el plano constitucional y legal, la que contribuya a dar certeza en aquellos casos en que se requiere garantizar la investidura que ostentan candidatos y servidores públicos en los procesos electorales. Con tal actuación de los tribunales se puede lograr que las elecciones sean verdaderamente competitivas.



VIOLENCIA, DECADENCIA Y TRAGEDIA INSTITUCIONAL

Desdoblamiento, Elasticidad y Trama Relacional en las Subjetividades Policiales

María Eugenia Suárez de Garay

Comunicóloga; Maestra en Antropología Aplicada y Doctora
en Antropología Social y Cultural por la Universidad Autónoma
de Barcelona; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

Hoy México está frente a escenarios caóticos, marcados por los altos niveles de las manifestaciones de las diversas violencias, la criminalidad y la inseguridad, pero simultáneamente por los altos niveles de ilegalidad que se expanden por prácticamente todos los espacios sociales. Sin duda, en un contexto así, las policías adquieren un rol preponderante para la gobernabilidad de nuestro país. Actualmente mandos militares ocupan las secretarías públicas de 15 estados del país (Aguascalientes, Chiapas, Guanajuato, Guerrero Michoacán, Morelos, Nuevo León, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas); las direcciones de policía estatal en tres entidades (Chihuahua, Coahuila y Colima) y dos egresados de la Marina están al frente de secretarías estatales (Quintana Roo y el Distrito Federal).¹ Además de que generales, coroneles y capitanes dirigen labores de vigilancia en municipios y ciudades disputadas por los cárteles de la droga. Esta expansión del Ejército en la seguridad pública ha supuesto un desplazamiento de mandos policiales de manera directa por militares. Expresiones de la militarización de la seguridad que requieren todavía una mayor comprensión y que se dan a la luz de una mayor dependencia gubernamental hacia las policías; no sólo por el número de efectivos policiales que se requieren para tener una cierta cobertura territorial, sino porque aunque prevalezca una perspectiva belicista de la seguridad, “la policía” sigue siendo el actor clave encargado de la seguridad, el orden y la estabilidad pública.²

1. Agradezco el apoyo de Enrique Bouchot, asistente de investigador de INSYDE, para el procesamiento de esta información.

2. Dammert, Lucía, “Reforma policial en América Latina”, en *La seguridad ciudadana: un reto de las democracias*, CIES-SAFE WORLD, 2009, <http://www.cies.wordpress.com>.

Sin embargo, este rol protagónico de las policías, al menos en México, no se corresponde en lo absoluto con su transformación radical, reflejada en mayores niveles de profesionalización, eficacia y responsabilidad en el ejercicio de la función policial. Ello en mucho se debe a que aquí hemos carecido de un modelo policial fundado en un conjunto de conocimientos, normas, recursos y órganos sistemática y metodológicamente ordenados, que pudieran generar una estructura doctrinaria y una cultura policial vinculados a la defensa de los derechos humanos, la ley, el orden y la seguridad ciudadana. Y que simultáneamente promoviera toda una mística y vocación de servicio en la que descansara una gestión y cultura organizacional que emergiera en la interacción social, en el diálogo, la convivencia ciudadana y la paz social, representada por símbolos distintos de mando, autoridad, costumbres y tradiciones que pudieran ir construyendo una sólida estructura de integración e identidad policial.

Por el contrario, lo que observamos son instituciones policiales, las más de las veces sumidas en una crisis institucional masiva, sistemática y crónica, compuesta por ejércitos de hombres y mujeres muchas de las veces quebrados por dentro que hace imposible que cumplan con el mandato policial que se les ha encomendado. Esto es, muchos de estos hombres y mujeres no cuentan con una estructura de funcionamiento (mental, emocional, física, relacional) para escenificar la profesión policial, lo que hace difícil sostener el argumento de que exista una moralidad policial como un sistema. Más bien se trata de una moralidad práctica construida de formas muy diferentes a las que definiría el deber ser policial, capaz de garantizar los derechos y las libertades individuales.

Lo que se observa en el mundo policial son formas muy variadas de interacción, ancladas a cierta racionalidad policial que coloca a estos sujetos permanentemente en ese espacio de amenaza y peligro; que, por un lado, les exige ser sujetos siempre en enfrentamiento con otros; propiciadores de violencia y victimarios de un poder muchas veces destructivo, que los condena a vivir en permanente conflicto o alerta. Pero por otro lado, se observa a sujetos que a fuerza de golpe se curten en las complejidades de habitar las interfases del mundo policial y el delictivo, teñido de descontrol y desorden institucional, que hace emerger con toda su crudeza su decadencia, mostrando la propia vulnerabilidad y fragilidad de los sujetos mismos. Se trata pues

de procesos que le dan cuerpo a esa especie de *subjetividad sojuzgada* que caracteriza a los policías y que tiene altos costos institucionales, organizacionales, individuales y por supuesto, para la ciudadanía. Se trata sin duda, de una especie de *espiral sin salida* que condena a los policías al *estigma sin salida*. Trasmundo desmesurado donde el universo moral de las contradicciones irreconciliables no traza lucidamente los principios lo que está “bien” o lo que está “mal” con respecto a la violación de los derechos humanos. Mundo *cerrado, imbuido, cercado y separado* donde justamente el *ethos “profesional”* parece componerse de la capacidad para saldar la tensión entre lo legal y lo legítimo, a través del conocimiento de las tramas burocráticas que pueden convertir los *excesos* en *figuras legales*, en detrimento de los derechos ciudadanos.³

Como se sabe, la dimensión de impunidad, delito y corrupción al interior de las instituciones policiales, no es una cara distinta de la crisis de seguridad pública, sino expresión, causa y consecuencia de la debilidad institucional que ha caracterizado a todo el sistema de seguridad pública en México durante décadas. Mundo de traiciones, complicidades, indolencias, desviaciones e ineficacias –hoy en el foco de atención de la opinión pública- que ha aumentado la tradicional desconfianza y la distancia en la relación ciudadano-gobierno, así como la crisis de confianza en las instituciones de procuración y administración de justicia.

Uno de los rasgos más dramáticos del sistema policial vigente es ese *otro orden subterráneo* caracterizado por un poder punitivo al margen de cualquier legalidad y control institucional. Justamente, una de las características de la policía en México ha sido el predominio del uso de la fuerza en el accionar policial y las formas de intervención policial de tipo reactivo y de choque como práctica sobresaliente de las tareas policiales. De ahí que se podría aventurar como hipótesis que esta situación ha favorecido el desarrollo de un tipo de violencia institucional de corte claramente ilegal, resultado también de la incompetencia policial institucional para formar y capacitar en el uso de la fuerza a sus cuadros, lo que se traduce en que algunos integrantes de las mismas instituciones policiales, ya sea de forma individual o

3. Garriga Zuca, José, “Se lo merecen. Definiciones morales del uso de la fuerza física entre los miembros de la policía bonaerense”, en *Cuadernos de Antropología Social*, No. 32, Buenos Aires, Julio-Diciembre 2010, p. 91, <http://www.scielo.org.ar>.

concertada hagan un uso ilegal de la misma.⁴ Ello ha traído consigo toda una subcultura policial al margen de lo que los reglamentos y la otra cultura institucional dictan. En este *otro lenguaje* de las organizaciones policiales, “los significados del reconocimiento, la obediencia y el acatamiento no pasan tanto por la asunción o interiorización de una deontología o ética profesional, de lo que significa ser *buen policía*, sino por la decodificación de las pautas secretas pero *archireconocidas* en la institución, que los recién llegados (y los policías en general) deben develar y asimilar, para convertirse en miembros plenos de la comunidad.”⁵ La presencia de esta cultura policial informal/ilegal es la que posibilita este deslizamiento continuo de los policías entre el combate al delito y la comisión del mismo. Deslizamiento que parte de ese principio rector de actuación policial que ha sido la autonomía para decidir qué y cuándo es *aceptable, excusable, viable, operable y apropiado* desde esa *moralidad secularizada* del profesionalismo echar mano del uso (i)legal de la fuerza.

De cómo se forja el carácter

Algunas estudiosas de la policía han argumentado que la formación impartida en los distintos espacios de academia policial debe comprenderse como una especie de periodo *liminal* –a la manera de Víctor Turner. Es un cambio de estado, dice Sirimarco.⁶ En estos espacios de formación se da ese cambio de naturaleza. Es un cambio ontológico, y no una simple adquisición de conocimientos. Aquí resulta fundamental lo que se muestra, lo que se dice y lo que se hace. Esto es así y a ello hay que agregar, que la fuerza de estos espacios formativos, estará mediada no sólo por su dimensión institucional, organizacional y por una cultura policial; sino también por un conjunto de ideologías y un contexto sociocultural y político determinado.

4. Suárez de Garay, María Eugenia, “Policías, delito e inseguridad. Reflexiones desde el lente de género”, en *Crimen, castigo y género. Ensayos teóricos de un debate en construcción*, Universidad de Guadalajara/Ayuntamiento de Guadalajara, Guadalajara, 2009, p. 44.

5. *Ibidem*, p. 52.

6. Sirimarco, Mariana, “Marcas de género, cuerpos de poder. Discursos de producción de masculinidad en la conformación del sujeto policial”, en *Cuadernos de Antropología Social*, núm. 20, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004.

En ese sentido, en México no se ha logrado instaurar una carrera policial institucionalizada, como lo establecen los ordenamientos jurídicos. En el mejor de los casos, esta encomienda se cumple con improvisación y precariedad sin trascender de lo interno, haciendo de las academias espacios sin la impronta que supondría para forjar un carácter policial. Sobre todo si contemplamos que se trata de una “capacitación” expedita que a nivel nacional, no sobrepasa los cuatro meses y medio de duración, lo que sólo permite hablar de una inducción básica con la finalidad de resolver las necesidades de personal en prácticamente todas las instituciones policiales del país. Prueba de ello es que en México “cuando hay enfrentamientos mueren más policías que delincuentes, por la poca capacitación y el menor equipamiento. Aproximadamente 40 por ciento de las lesiones que sufren los uniformados son autoinflingidas o causadas por sus propios compañeros en prácticas o durante operativos, generalmente derivadas del mal acondicionamiento físico y poco desarrollado técnico.”⁷

Ciertamente, al igual que en otros espacios de socialización inicial, en muchas de nuestras academias, una parte importante de los requisitos culturales para alcanzar el status de *policía* pasa por la superación de pruebas y desafíos. Enfrentarlos se vuelve clave para la recreación y escenificación de los valores y principios de actuación, considerados “correctos” y por la exaltación de ciertas características y patrones patriarcales altamente valorados en el mundo policial, que van dándole cuerpo no sólo a un sujeto masculino, sino también a un tipo de sujeto institucional. Así pues, en los ritos de liminalidad, se transita entre la exaltación de la hombría representada en cuerpos fuertes, resistentes, robustos y potentes siempre a prueba de todo. Y que se exige que se demuestre con *un temple* capaz de ser obediente, abnegado y controlado ante las agresiones y las provocaciones.

Sin embargo, es justo en estos *periodos de paso*, donde es posible comenzar a observar las contradicciones latentes en la dimensión institucional y organizacional de la policía y de su baja capacidad ideológica para borrarlas. Por ejemplo, hace un tiempo observaba en una academia estatal del norte del país, un entrenamiento para intervenir en

7. Zepeda Lecuona, Guillermo, “Los retos de la eficacia y la eficiencia en la seguridad ciudadana y la justicia penal en México: mejorar la seguridad ciudadana y la justicia penal en México a través de una intensa reforma y del uso racional y eficiente de los recursos disponibles”, documento de trabajo, 2010.

altas concentraciones. Los cadentes, todos jóvenes, estaban divididos en dos grupos. Unos representaban a los manifestantes e iban vestidos como tales: jeans, playeras y rostro cubierto. Y la otra parte del grupo representaba a la autoridad policial e iban enfundados en su equipo antimotines: escudo de policarbonato, espinilleras, rodilleras, PR24, casco balístico y chaleco. Un principio básico para actuar en altas masas es avanzar como una unidad bajo las instrucciones del mando a cargo a partir de cómo se da el nivel de resistencia. El mando es el único responsable de dar las órdenes de escalada en el uso de la fuerza. Esto es, a mayor resistencia, mayor nivel de fuerza. Sin embargo, lo que comenzó siendo un entrenamiento conducido, terminó siendo un campo de batalla que excedía todos los estándares profesionales en el manejo del uso de la fuerza en altas concentraciones. Los cadetes que representaban a los manifestantes aventaban sin cesar piedras a sus compañeros que se abalanzaban sobre ellos sin escuchar orden alguna y sin reconocer que el principio fundamental para lograr éxito es actuar como una unidad, nunca de manera individual. Así, lejos de considerar esto una anécdota de principiantes, hay que entenderla como un corpus de prácticas y discursos que juegan un papel preponderante y que terminan por validar en el mundo policial la creencia de un terreno autónomo para la violencia policial que le abre al sujeto policial la posibilidad de tomarse las libertades que su estatus les confiere por principio, sin ser capaz de entender que en el ejercicio policial “hay límites que se castigan.” Y no los entiende porque desde la institución, no sólo no se castigan, si no que se promueven formas de ser y hacer policía que los alientan.

Es así como estos índices van delineando la trama relacional y avalando una cierta forma de ser y actuar en la agencia policial. Todos sabemos que las instituciones se producen y reproducen a través de los discursos, las prácticas, las rutinas y las bases simbólicas de sus miembros. En este sentido, resulta crucial comprender esos discursos y prácticas, en tanto productores y vehiculadores de mandatos sociales e institucionales que, al subordinar el cuerpo individual al cuerpo político-social, ayudan a la conformación de un determinado *sujeto policial*.⁸ Justo ahí es que es posible encontrar las pistas para entender ese proceso de *personalidad reprogramada* donde la piedra

8. Sirimarco, Mariana, “Marcas de género *cit.*”

angular del mismo está en cómo el mensaje formal u oficial se contradice sustancialmente con los hábitos y prácticas cotidianas especialmente en el espacio intertextual e interpersonal. Es ese vínculo comunicativo, interactivo e interpersonal, la base y la forma cultural en el que se fundan, se presentan o producen todas las expresiones y manifestaciones de esa *otra agenda oculta y paralela* de las instituciones policiales que pueden ir desde el marco de las incivildades hasta el plano del delito.

La vida policial está en otra parte

A diferencia de otras culturas policiales, el proceso de transición hacia el nuevo status policial no se alcanza por completo con el paso por las academias policiales. En la academia, los *cadetes* están todavía *fuera de los acuerdos estructurales* que legitiman el desplazamiento hacia una reserva de principios y patrones de comportamiento que marcan la debida distancia con las comunidades y la ciudadanía en general.

Como se sabe, en las instituciones policiales de nuestro país ha prevalecido una concepción *policialista* de la seguridad pública basada en la consideración de la policía como la principal instancia de gobierno y la sociedad para conjurar el delito y mantener el orden público.⁹ Lo que ha traído consigo que la labor policial ante el delito haya sido sistemáticamente concebida como un combate o lucha contra el enemigo delincuente, al que se deba eliminar o exterminar. Es decir, se ha fortalecido una cultura que privilegia la reacción por encima de la prevención y que considera al tejido social como fuente de problemas más que de soluciones.¹⁰ En un contexto policial de esta naturaleza, la sociedad no puede aparecer más que como un actor secundario y pasivo o como un mero espectador de una dialéctica de confrontación permanente, en la que termina por justificarse y legitimarse toda forma de acción represiva centralmente asentada en el uso de la fuerza y la exaltación de la violencia.

Aunado a lo anterior, las estrategias de contención con soluciones militares frente a la crisis de inseguridad, violencias y criminalidad

9. Sain, Marcelo, *El Leviatán Azul. Policía y política en la Argentina*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2008, p. 8.

10. Martín, Manuel, *Las entidades sociales y la policía*, Universidad de Barcelona, Zaragoza, 1996.

han tenido mayor cabida, recrudesciendo el histórico distanciamiento con la ciudadanía. No sólo porque las escasas labores en materia de prevención del delito que se hacían, se vieron mermadas por la lógica de la guerra contra el narcotráfico y sus implicaciones, sino también porque el proceso de hiperestigmatización hacia la institución policial se ha venido profundizando, producto también de la penetración del crimen organizado entre las filas de los diversos cuerpos policiales del país.

De ahí que podamos decir que la institución policial al ser un espacio social altamente *alterado, desestabilizado, desordenado y desviado* descansa en el modelo de formación que podríamos llamar de "compañerismo" para dar curso a la enseñanza gradual de los sentidos de la vida en activo. Es a través de las prácticas y el flujo de información informal, procedente de los compañeros o de los superiores, que el policía recién llegado de la academia corroborar, confirmar, desmiente o esperar más información, con la intención de dar sentido a su propia existencia dentro de la institución policía. Y aquí justamente es que hay que preguntarse cómo se concibe al sujeto policial. No es gratuito que esté tan interiorizado en el mundo policial el apelativo de *elemento*, para referirse al sujeto policía, ello habla a las claras del grado de cosificación y la invisibilidad en el que se encuentra como individuo. No hay rostro, no hay nombre, hay un hueco que habrá de ser llenado con los contenidos de una cultura que reproduce los parámetros de actuación asentados en la concepción del delincuente enemigo, del entorno altamente problemático, pero sobre todo de la inculcación de la autonomía como principio rector de actuación.

En estos procesos, la humillación y la degradación juegan un papel crucial. Es en la escenificación del exceso, que un otro es reducido al silencio frente al superior. Ya Víctor Turner decía cuando analizaba su importancia durante el período liminal, "las pruebas y humillaciones a las que se somete a los nuevos representa en parte una destrucción del status previo y en parte una mitigación de su esencia con el fin de prepararles para hacer frente a las nuevas responsabilidades. Se les tiene que demostrar que no son más que arcilla o polvo, pura materia, cuya forma es moldeada por la sociedad."¹¹

11. Turner, Víctor *cit.* 1984.

Un ejemplo importante que contribuye a ilustrar estos métodos son los esquemas de depuración (porque no se podría hablar de políticas), tan recurridas en las policías municipales. Esos procesos de purga policial, concebidos como la “eliminación de la suciedad”, o “impurezas de una sustancia”, suelen buscar atacar las consecuencias, que casi siempre dejan de lado las causas estructurales enquistadas en la decadencia institucional. Esto queda claramente reflejado en las maneras en cómo se escenifican esos procesos que lejos están de garantizar la seguridad laboral del factor humano a cargo de la delicada función de velar por la seguridad ciudadana.

Uno de los ejemplos más paradigmáticos de depuración es el llevado a cabo en la Policía Municipal de Ciudad Juárez durante 2008 y 2009. El Gobierno Municipal encabezado entonces por José Reyes Ferriz impulsó una estrategia para la conformación de la llamada *Nueva Policía de Ciudad Juárez*, con miras a retomar el control de la institución, ya que vivía la corrupción más profunda de su historia y era necesario recuperar las riendas de manos del crimen organizado. Producto de esa intervención, salieron alrededor de 1,000 policías y se reclutó a 1,500 nuevos policías. Por un lado, los policías que lograron sobrevivir a este proceso relatan los diversos rostros de la arbitrariedad institucional en un contexto donde no parece existir la justicia y el conjunto de violaciones a los derechos humanos que se cometieron contra los policías sin que se denunciaran y trascendieran más allá de las puertas de la institución policial. Y por otro lado, la incorporación masiva y poco cuidadosa del personal de nuevo ingreso, así como el poco respeto hacia sus derechos laborales básicos que parece ir a contracorriente con la idea de una *Nueva Policía* que promete promover una institución policial moderna y próxima a la sociedad. Ejemplo de ello, son justamente los entrenamientos militares a los que fueron sometidos durante su etapa inicial. Testimonios de estos nuevos policías respecto a su estancia en los campos militares de la región, señalan que los dejaban sin comer por días, que permanecían bajo el sol en pleno desierto durante las horas más duras del día y que solían recibir humillaciones graves. Tiempo atrás, me tocó trabajar con policías que originalmente pertenecieron a la Agencia Federal de Investigaciones (AFI) y que en sus cursos de formación básica habían sido entrenados por militares, curiosamente reseñaban las mismas prácticas en sus estancias en los campamentos militares, incluso

hablaban de golpes en los cascos por no escuchar órdenes, de haber sido hincados para azotarlos frente al grupo y hasta torturas graves.

Así pues, cuando a través de los superiores se impone el castigo, se promueve la degradación que va abriendo paso a la instauración de la estigmatización policial. Es justamente su fuerza expresiva y comunicativa y el mero hecho de conocer que alguien es objeto de dicha medida coactiva, aunque no se sepa qué acto la provocó, la que da la certeza de que se es sólo un sujeto *prescindible, desechable, basura*. En este sentido, este entramado de certezas apunta a la filosofía del endurecimiento que hace valorar al policía su propio comportamiento. Es así que va adquiriendo fuerza esa identidad estigmatizada, que ante el descontrol, maniobra con elasticidad incursionando por estos pliegues del doblez institucional para escenificar el mandato policial, donde actuar de manera autónoma se convierte en una motivación fundamental y una de las claves más significativas de la vida policial.

Pero paradójicamente, en el mundo policial el poder se expresa no solamente en los márgenes de acción y decisión que todo policía va desentrañando en su tránsito policial, sino también en la posibilidad de contar con los recursos de la lealtad y la complicidad necesaria para que la trasgresión de la ley no sea explícita y no se haga visible. Es decir, la complicidad que permite actuar trasgrediendo la ley con un uniforme de protector de la ley requiere de un margen de lealtad enorme. Así, los márgenes de protección para operar sus propios márgenes de decisión, se amplían en la medida que el policía tiene más alianzas, más poder. Es así que esos márgenes de complicidad y lealtad van mostrando también ser profundamente frágiles. Llegado el momento, la fragilidad de ese vínculo depende en gran medida de que aparezcan otros actores que rompan ese equilibrio precario de esa lealtad y logre que quien protege a alguien lo traicione a cambio de salvarse él. En diversas conversaciones con ex policías en prisión, la articulación tremendamente endeble entre lealtad y deslealtad es muy visible. Desde aquellos que por “prestar” servicios extraordinarios de custodia a funcionarios públicos con los cuales creían tener ese vínculo de lealtad, fueron olvidados por los mismos cuando fueron aprehendidos portando armas de uso exclusivo del ejército, propiedad de sus custodiados; quienes creían tener a su servicio a las “madrinas” para poder “joder” a sus jefes, pero que las mismas priorizaban sus ganancias por sobre las intenciones de los policías; quienes habiendo cometido secuestro con conocimiento de

sus jefes y ante la imposibilidad de que estos últimos los salvaran, hoy pagan condenas por extorsión; o quienes creyeron que pasarían poco tiempo en prisión porque sus allegados del mundo policial los podrían sacar, pero que han terminado por acabarse el patrimonio que habían hecho estando en la policía al costearse su defensa.

Como puede observarse, el margen que hay entre el valor y el antivalor es muy pequeño. Por ello, el recurso de la fundación de una nueva lealtad se convierte siempre en una necesidad que tiene un alto costo en el mundo policial. Esto es, el ejercicio del poder jerárquico es entendido y practicado en estos contextos policiales con otros contenidos que no pasan sólo por la lógica formal, sino que se establecen desde una lógica autoritaria, delimitando posiciones y relaciones diferenciales que reproducen y mantienen vigente la desigualdad. Así, los modos de sobrevivir de ciertos imaginarios policiales que se asocian al poder, a la trasgresión, a la violencia y al delito, van capitalizando el desorden institucional que caracteriza a las instituciones de seguridad pública. Y al vivir y constatar la ambivalencia que las caracteriza, los policías asumen el riesgo de trasgredir como sistema y en forma de operación, los límites de los que les es permitido hacer.

Lo inquietante de esta cultura policial imperante es que los márgenes que existen para construir una trayectoria policial, no suelen ser casi nunca exclusivamente la trayectoria que la institución policial propone por la vía de la acción declarada. Es decir, entrar a la policía, transitar por sus filas supone toparse con la necesidad de decidir entre las muchas carreras posibles. Y en este proceso, iniciar la carrera policial, recorrer y habitar la institución policial significa, por lo tanto, olvidarse de la vida pasada y asumir que la policía es una identidad excluyente donde ser policía implica necesariamente dejar de pertenecer a la sociedad civil.¹² El subrayar de tal modo el contraste entre civiles y policías es una de las marcas identitarias de la institución policial. De ahí que pueda explicarse –en parte- esa separación tan tajante y absoluta entre la policía y la sociedad civil, producto, tal vez, de considerar que ser policía no es un trabajo, es un estado.¹³

Como se puede constatar, esta cultura altamente patriarcal, masculina, machista y violenta - con profundas raíces en el interior

12. Sirimarco, Mariana, *Marcas de género cit.*

13. *Idem.*

de las instituciones y presencia en el plano de las interacciones cotidianas de las mismas - tiene un papel preponderante en la configuración y legitimación de los pliegues y puentes a partir de los cuales se compatibiliza la duplicidad de fines y *modus operandi* de las instituciones; entre lo legal y lo ilegal, entre la persecución del delito y la comisión de actos delictivos.¹⁴ Es decir, no se trata sólo del dominio del código que habilita a los policías para ejercer un rol que implica el uso de la fuerza, sino de toda una subjetividad que está hecha también de habilidades y recursos para saldar las tensiones entre lo formal y lo informal, entre lo lícito y lo ilícito, para “habitar la institución” justamente en ese plano liminal que la caracteriza.

Al incursionar por estos pliegues del doblez institucional es importante pensar el carácter específico que toma en México el *agente*, el policía de carne y hueso.¹⁵ Ese sujeto que ingresa y se ubica en el último peldaño de la jerarquía de la organización y cuya *subjetividad subordinada* lo coloca en estado de *espera* - sin actividad fija o protocolos claros de sus rutinas profesionales- y abiertas a las *órdenes* de sus superiores. Ese sujeto que suele jugar como *carne de cañón* en los operativos, o en las *comisiones*, siempre al arbitrio de la autoridad discrecional de sus superiores: desde traer los refrescos, los periódicos o los cafés, hasta llegar a ser parte del equipo de un comandante (provisto personalmente de armas y de equipo) que le dará sentido y trayectoria a su vida como policía. Mientras aprehende y comprende los hábitos y comparte los significados de las prácticas, e incorpora la violencia como modo de vida, hasta estar en condiciones de escenificarla y ponerla en actos por cuenta propia.¹⁶ Así, los policías, lejos de ser profesionales capaces de garantizar los derechos y las libertades individuales, se transforman en agentes altamente temidos y estigmatizados. Y las conclusiones catastróficas sobre las instituciones policiales no pueden detenerse: su lógica corruptígena en México, donde ascender es hacerse inmune, parece ser imbatible y el poder del crimen organizado para reproducirla, incuestionado.¹⁷

14. Inchautegui, Teresa, “Introducción”, en *Crimen, castigo y género. Ensayos teóricos de un debate en construcción*, Universidad de Guadalajara/Ayuntamiento de Guadalajara, Guadalajara, 2009.

15. *Idem*.

16. *Idem*.

17. *Idem*.

Un apunte final

México encara dos grandes desafíos, simultáneos e interdependientes: por un lado, la reforma policial y la construcción de políticas de seguridad ciudadana que actúen sobre las causas de las violencias y la delincuencia y que promuevan una cultura preventiva, encaminada a cimentar comunidades y ciudades con mayor calidad de vida, con un pleno desarrollo colectivo de la convivencia, la cohesión social y respetuosas de los derechos humanos y la libertad individual.

Hay al interior de nuestras instituciones policiales sed de cambio y hay reformas parciales también. En cualquier escenario, la reforma policial no debe postergarse más y requiere de ciertas condiciones políticas fundamentales. Por principio de una férrea voluntad política para ejercer la conducción del proceso de reforma y con la capacidad de convocar en este proceso a diversos actores de la sociedad que acompañen y potencien modernización doctrinal, organizativa y funcional de la policía, reivindicando y dando un peso especial al servicio a la ciudadanía, el respeto a la legalidad y a los derechos humanos, la transparencia y la rendición de cuentas.

En este camino, los ciudadanos tenemos como desafío reconocer que queremos otro policía y construir cómo es esa otra policía que queremos. Entre nuestros retos están pugnar con urgencia por la disminución del uso ilegal de la fuerza que provocan las diversas manifestaciones del abuso policial. Desmilitarizar a la policía y refundarla impulsando su misión civilista y su vocación ciudadana es nuestro derecho. Al igual que la obligación de las policías de reconocer su compromiso de contribuir en el largo y necesario camino de reconciliación con la ciudadanía para aumentar su legitimidad a partir de una visión moderna, eficiente y profesional. Pero para todo ello, necesitaremos a los policías viviéndose dueños de sí mismo como sujetos de derecho, con un estatuto firme y limitado



DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Rodolfo Stavenhagen

Doctor en Sociología por la Universidad de París; Maestro en Antropología Social por la Escuela Nacional de Antropología e Historia, México; ex Subdirector general de la UNESCO, encargado de la División de Ciencias Sociales.

En nuestro medio usamos ampliamente tres conceptos del término “justicia.” El primero se refiere a las instancias y procedimientos judiciales que “imparten” la justicia. El segundo se refiere al concepto más político de “justicia” social y económica que tiene que ver con el diseño, la aplicación y los resultados de diversas políticas públicas. Estos dos usos están, sin embargo, anclados en la concepción fundamental de la justicia como un valor ético y moral que se supone subyace a los otros dos usos.

En estos campos de la justicia, la población indígena ha sido tradicionalmente discriminada y rezagada, víctima de distintas formas de “injusticia” (que es, precisamente, la ausencia de justicia). Las dos primeras concepciones de justicia están estrechamente vinculadas no sólo por su origen histórico sino también en cuanto a su expresión en la legislación. En décadas recientes han sido entrelazadas aún más en el discurso de los derechos humanos. Hoy en día ya no se puede hablar de justicia sin hacer referencia forzosamente a los derechos humanos. Desde el mes de junio de 2011 el artículo 1º de la Constitución Política de los EUM dice que 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. Por otra parte, el artículo 2º, modificado en 2001, dice reconocer y garantizar el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación.

México ratificó en 1990 el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales y firmó en 2007 la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas además de muchos otros instrumentos jurídicos internacionales en la materia. No es, pues, por falta de textos constitucionales, legislativos o internacionales que los indígenas en México siguen siendo víctimas de la “injusticia.” Tampoco es por desconocimiento de sus derechos

ahora reconocidos en la Constitución, en las leyes y en la legislación internacional de la que nuestro país forma parte.

La explicación probable ha de encontrarse en la estructura económica y del poder político en el país. Por razones históricas bien conocidas los pueblos han sido ignorados, negados, excluidos, marginados y relegados sistemáticamente por los grupos dominantes y todos los gobiernos que se han sucedido desde la Independencia. Primero el conservadurismo y el liberalismo, luego el latifundismo, después el corporativismo nacionalista y, por último, el neoliberalismo rampante y globalizante, todos estos “ismos” que han caracterizado las distintas etapas de nuestra historia desde hace dos siglos, contribuyeron a la perenne injusticia en la que se encuentran inmersos aún hoy los pueblos indígenas del país. El régimen colonial español se convirtió en un colonialismo interno que se expresó en una persistente “colonialidad del poder,” que no permitió completar la plena ciudadanía de los indígenas. En otras palabras, ha existido en México la contradicción entre un país *formal*, el de las leyes y de las instituciones, y un país *real*, el de la vida cotidiana, del ejercicio del poder, de la acumulación del capital, del caciquismo, del clientelismo, de la corrupción y de la persistente cultura de la transa.

Sin embargo, las ocasionales aperturas del estado a la pluriculturalidad, y la creciente capacidad de organización de la sociedad civil, especialmente la de los pueblos indígenas, han permitido la creación de espacios de confrontación y negociación en los que se plantean y debaten alternativas y estrategias de cambio.

El racismo excluyente que caracterizaba el discurso público todavía a principios del siglo pasado fue sustituido paulatinamente por la política indigenista integradora que surgió de los primeros gobiernos posrevolucionarios. La idea del mestizaje racial y cultural junto con la integración modernizante promovida desde el estado hizo pensar que pronto el “problema indígena,” como se le llamaba, sería resuelto en pocas décadas... al desaparecer los indígenas. En efecto, la población definida como indígena disminuyó a lo largo del siglo XX de más de 30% a menos de 15% de la población total, pero en números absolutos ha seguido aumentando.

Es en el área de la justicia que se han reportado las mayores desigualdades y violaciones a los derechos indígenas en México. En el

informe sobre mi misión a México en 2003 como Relator Especial de la ONU para los derechos de los indígenas, señalé la falta de traductores en lenguas indígenas, la poca capacitación de los defensores de oficio que operan en zonas indígenas, la discriminación y el racismo en los ministerios públicos, los tribunales y las cárceles, la práctica de la tortura y abusos físicos, la detención arbitraria, las desapariciones forzadas, los maltratos a las mujeres y las niñas.

Las irregularidades que sufren los presos indígenas han obligado a la CDI, la CNDH y algunos gobiernos estatales a establecer programas de excarcelación que han beneficiado a numerosos detenidos en distintas partes de la República. La CDI vigila, con medios insuficientes, la estricta aplicación de la ley a los indígenas inculpados. Un programa semejante funciona en el estado de Oaxaca. Un estudio de internos indígenas en reclusorios del Distrito Federal indica que ninguno había sido asistido por un traductor y el 90% refiere no haber sido defendido adecuadamente.

Un patrón recurrente en las regiones conflictivas es la criminalización de las actividades de protesta, denuncia, resistencia y movilización social de los involucrados, lo cual implica con frecuencia la imputación de múltiples delitos, la fabricación de delitos difíciles o imposibles de demostrar, la detención ilegal de los acusados, los abusos físicos, la dilatación en el proceso judicial comenzando por las averiguaciones previas etc. Se reportan detenciones, allanamientos, acoso policial, amenazas y enjuiciamientos a autoridades y líderes comunitarios, a dirigentes y miembros de organizaciones indígenas y sus defensores. Se han denunciado “desaparecidos transitorios”, personas privadas ilegalmente de su libertad por algún tiempo, con lo cual se busca desarticular la actividad social legítima e intimidar a sus participantes.

Ante el panorama descrito, algunas comunidades indígenas, en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, decidieron establecer su propio sistema de vigilancia local. Un caso emblemático es el de la Montaña de Guerrero en donde varias comunidades indígenas decidieron en 1995 crear una Policía Comunitaria alternativa a las policías estatales y municipales constituidas, “con el único propósito de rescatar la seguridad que estaba en manos de la delincuencia” y que las “autoridades indígenas impartieran justicia de acuerdo a nuestros usos y costumbres.” Este experimento de autodeterminación en

materia de justicia se realiza no sin dificultades y agresiones por parte de las autoridades del Estado.

El artículo 2º constitucional también señala que “en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales.... Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.” La información de la que se dispone indica que el sistema judicial está aún lejos de cumplir con estos mandamientos. El Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI), creado por la Ley general de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas en 2003, se ocupa, entre otras tareas, de formar a traductores e intérpretes en lenguas indígenas. No se trata, por supuesto, solamente de técnicas de traducción lingüística sino de un proceso de mediación e interpretación cultural, puesto que el diálogo intercultural que significa la administración de justicia es necesario para el pleno cumplimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Este tema complejo ha sido analizado en el caso de la jurisdicción indígena en Oaxaca. En esta entidad, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, expedida en 1998 y reformada en 2001, reconoce el derecho a la jurisdicción indígena y la existencia de sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas (art. 28), y también señala que las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base estos sistemas y en el marco de sus ámbitos jurisdiccionales, “serán compatibilizadas y convalidadas por las autoridades estatales” (art. 34). Las interpretaciones de los diversos artículos de la Ley – así como de artículos correspondientes de la Constitución Política del Estado de Oaxaca–se prestan a dificultades y complicaciones en su aplicación, especialmente en relación a otras leyes estatales. Un estudio de la ONU señala que estas leyes restan “a las autoridades indígenas posibilidades reales para el ejercicio de la jurisdicción,” y sugiere que existen consecuencias de las lagunas y contradicciones en la interpretación o de la misma legislación que reconoce los derechos indígenas, en la medida en que se utilicen parámetros del derechos positivo para determinar la legalidad, validez o legitimidad de la decisión de la autoridad indígena, en vez de utilizar los parámetros que empleó la propia autoridad conforme al sistema normativo indígena.

En años recientes se ha venido hablando mucho de la necesidad de reconocer el pluralismo legal en los países latinoamericanos, incluyendo México. Con frecuencia el discurso se polariza, al plantearse la coexistencia de un derecho positivo estatal y un derecho indígena (“usos y costumbres”). Desde la perspectiva normativa, hay quienes afirman que solamente el derecho positivo puede ser reconocido por el estado, y otros quienes argumentan que los indígenas tienen el derecho a su propio derecho. Esta segunda perspectiva ha sido adoptada ahora por el derecho internacional de los pueblos indígenas y por la Constitución mexicana y en algunas leyes estatales y reglamentarias. En la práctica, el derecho estatal y el derecho indígena no son mutuamente excluyentes, sino que son ambos utilizados por los actores para negociar los diversos conflictos que se presentan. Especialmente relevante es el papel que pueden jugar las organizaciones de derechos humanos al generar nuevos espacios de mediación, promoviendo que los asuntos se resuelvan con base en acuerdos entre las partes, sin tener que llegar a las instancias estatales.

El papel de las mujeres indígenas sigue siendo importante en todos campos de la vida social y no solamente en cuanto al acceso a la justicia. Numerosos investigadores e investigadoras han documentado las distintas formas de marginación y discriminación que sufren las mujeres indígenas en la vida económica y política. Con frecuencia se afirma que el derecho indígena discrimina contra las mujeres y se citan ejemplos de la discriminación que sufren las mujeres en sus propias comunidades a mano de los varones indígenas. Respondiendo a estas preocupaciones y a esta realidad, una de las primeras medidas adoptadas por el EZLN en las áreas bajo su control en 1994 fue la adopción de una Ley de Derechos de las Mujeres. Esta apertura estimuló la creciente participación de las mujeres en la vida política y social de las comunidades zapatistas y tuvo un efecto indirecto en numerosas organizaciones de la sociedad civil con creciente participación de mujeres indígenas. Los derechos de las mujeres indígenas figuran ahora de manera prominente en las diversas leyes estatales y los programas de gobierno para los pueblos indígenas.

A pesar de algunas recientes victorias para los derechos humanos indígenas en los tribunales nacionales e internacionales (el sistema Interamericano de derechos humanos), la violación de los derechos indígenas persiste y su acceso a la justicia es restringido.



LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS MEDIDAS ESPECIALIZADAS PARA MENORES INFRACTORES

Ruth Villanueva C.

Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México;
Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México; ex Presidenta
del Consejo Federal de Menores de México.

El proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona.

Cançado Trindade

La Convención sobre los Derechos del Niño fue un gran parteaguas para la atención especializada que requiere este grupo de población. Así, tomando como base la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, entre otros instrumentos de Naciones Unidas, pudo ser realidad el reconocimiento de la necesidad de privilegiar el interés superior del niño, la protección y la especificidad como principios sustantivos para atender a la niñez, reconociéndosele la necesidad de una debida protección legal.

Bajo este entendido, se presenta el análisis en relación a los menores de edad que infraccionan la ley penal y que requieren por ello la aplicación de una serie de medidas, que en México han quedado señaladas en la Constitución puntualmente.

Hablar de medidas significa una clara diferenciación de la aplicación de penas de un sistema propio para los adultos, en donde éstas tienen el sentido de aflicción que las distinguen de cualquier otra medida de seguridad, dentro de las que se incorporan, por ejemplo, las medidas del nuevo texto constitucional en cuanto a menores de edad que han infraccionado la ley penal, (orientación, protección y tratamiento) o bien las que se observan en el Código Penal Federal,¹ bajo este mismo contexto.

En este sentido los instrumentos internacionales han señalado:

- Convención sobre los Derechos del niño

1. Art. 24 Código Penal Federal “las penas y medidas de seguridad son: 17. Medidas tutelares para menores ...”

Art. 40 "Los Estados partes reconocerán el derecho de todo niño de quien se alegue que a infringido las leyes penales, o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en las que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad... Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción."

- *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores*

Art. 5 "El sistema de Justicia de Menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito."

Art. 22 "El personal encargado de administrar Justicia de Menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema..."

En el diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se define a la pena como el castigo impuesto por una autoridad legítima, al que ha cometido un delito, reafirmando así este sentido punitivo.² Por otra parte, señala que la distinción entre pena y medida de seguridad se formula desde diversos puntos de vista, reconociendo el sentido expiatorio de la pena, que produce un sufrimiento al condenado, a diferencia de la medida de seguridad que no supone este sufrimiento y que conlleva una privación de derechos

2. Cfr. "Esta denominación aparece en el lenguaje jurídico a principios del S. XIV. La pena es la primera y principal consecuencia Jurídica del delito... La pena es retribución por el delito cometido y en consecuencia debe guardar con éste la justa proporción..." *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, p. 2820.

con una finalidad de protección. Lo anterior no se contrapone con el principio de legalidad.³

Hans Welzel, en este sentido, ha afirmado que “la distinción esencial entre pena y medida de seguridad no se encuentra donde generalmente se busca, en su estructura, sino en la diferencia de sus razones de justificación. Ambas, pena y medida de seguridad implican (preponderantemente) una privación de libertad.”⁴

Bajo este contexto, las medidas de orientación, protección y tratamiento que se conciben como especializadas para los menores de edad que han infringido la ley penal pertenecen a la clasificación de medidas de seguridad y de ninguna manera deben confundirse con penas, pues aquéllas tienen un fin correctivo y educativo.

Así pues, estas medidas se entienden con el fin de intervenir para crear situaciones que mejor respondan a las necesidades del menor y que le permitan una vida en forma armoniosa. Al respecto Rousseau ha dicho: “si el hombre es bueno por naturaleza, se deduce que sigue siéndolo mientras nada extraño a él lo altere; cerrad pues la entrada al vicio, y el corazón humano será siempre bueno.”⁵

Medidas de Orientación

Orientar significa colocar algo en determinada dirección, determinar el rumbo que se ha de seguir, dirigir a una persona, cosa o acción hacia un fin determinado.

De este modo, la medida de orientación debe de partir del conjunto de atenciones, métodos o disposiciones tendientes a la mejor formación del menor, mismas que le permitan transitar favorablemente en su desarrollo.

3. Cfr “...en cuya virtud sólo deben aplicarse medidas previamente previstas en la ley y como consecuencias de presupuestos contemplados en la misma... debe ser aplicada por órganos jurisdiccionales, previa realización de un proceso rodeado de garantías en el que resulte preservado el derecho a la defensa... lo anterior conduce al establecimiento de plazos máximos de duración, con la finalidad de evitar que las medidas de seguridad se conviertan en remedios más severos que las penas...” Op cit., p. 2493.

4. Cfr “...en todo caso en ambas esta privación debe procurar la resocialización del preso, y esta tentativa no puede, ni en la una ni en la otra, diferenciarse sustancialmente en su configuración si quiere ser práctica y exitosa.” Welzel Hans, *Las Penas y las medidas de seguridad*. Leyer, Colombia, 2005, p. 22.

5. Rousseau Juan Jacobo, Emilio, Editores Mexicanos Unidos, México, 2002, p. 12.

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal⁶ indica como medidas de orientación: la amonestación; el apercibimiento; la terapia ocupacional; la formación ética, educativa y cultural; y la recreación y el deporte, puntualizando que la finalidad de éstas es que el menor no vuelva a incurrir en infracciones a la ley penal y señalando que estas cinco medidas llevan implícitas la advertencia, la conminación, la invitación para la realización de determinadas actividades en beneficio de la sociedad, el ofrecimiento para participar en actividades relacionadas con valores de las normas morales, sociales y legales, así como la inducción a la participación en actividades que coadyuven a su desarrollo integral.

Medidas de Protección

Proteger significa resguardar, apoyar y defender. Las medidas de protección justo a esto deben encaminarse. Así se ha señalado también en la normatividad citada, puntualizando que éstas son, entre otras, el arraigo familiar; el traslado a lugar donde se encuentra el domicilio familiar; la inducción para asistir a instituciones especializadas; la prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos; y la aplicación de los instrumentos, objetos y productos de la infracción. En todas estas medidas, se observa que efectivamente buscan resguardar, apoyar y defender a los menores de edad, entendiendo que, en cada caso en particular, la supervisión del personal especializado para tal fin será relevante e indispensable.

Medidas de Tratamiento

Tratar significa proceder con una persona de determinada manera. Tratamiento es el modo de tratar, el procedimiento empleado en una experiencia, la aplicación sistemática de un conjunto de conocimientos, o de procesos. En el campo técnico, por tratamiento se entiende la aplicación de sistemas o de métodos especializados, con la aportación de diversas ciencias técnicas y disciplinas a partir de la observación, y de un diagnóstico, para lograr un fin determinado.

Esta medida así se comprende como un modelo de intervención para con el menor infractor, existiendo también en la Ley para el

6. Ley Federal vigente, publicada el 24 de diciembre de 1991.

Tratamiento de Menores Infractores citada, consideraciones puntuales al respecto.⁷

Al hablar de tratamiento, es importante no confundir como mucho se ha hecho con internamiento, ya que aquél puede ser también en externación y, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, el tratamiento en internamiento se debe utilizar como último recurso y durante el período más breve que proceda (Art. 37).

Por otra parte, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores contemplan específicamente lo relativo al tratamiento tanto fuera como dentro de establecimientos y para mayor abundamiento, remiten a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos en su art. 27, donde consta que éstas serán aplicables “en la medida pertinente al tratamiento de los menores”.

En este mismo ordenamiento se apuntan dos capítulos, uno específico para el tratamiento fuera de los establecimientos, y otro para cuando éste se lleve a cabo dentro de estos centros. Esta clasificación aclara, ante cualquier confusión, el hecho de confundir el tratamiento con el internamiento y permite, además, entender la importancia de considerar las etapas de observación, de clasificación, y de diagnóstico, previo al señalamiento en cuanto al tratamiento que debe de ser considerado con base al personal técnico (psicólogos, pedagogos, sociólogos, trabajadores sociales, profesores, médicos, criminólogos, etc.).

No se puede entender la ejecución de las medidas sin tomar en cuenta estas consideraciones. Al hacerse la remisión a las Reglas para el Tratamiento de los Reclusos debe observarse lo que en este sentido se señala,⁸ ya que se hace una clara puntualización al respecto, que

7. Art. 111 “El tratamiento deberá ser integral, secuencial, interdisciplinario y dirigido al menor con el apoyo de su familia y tendrá por objeto: *I.* Lograr su autoestima a través del desarrollo de sus potencialidades y de autodisciplina necesaria para propiciar en el futuro el equilibrio entre sus condiciones de vida individual, familiar y colectiva; *II.* Modificar los factores negativos de su estructura biopsicosocial para propiciar un desarrollo armónico, útil y sano; *III.* Promover y propiciar la estructuración de valores y la formación de hábitos que contribuyan al adecuado desarrollo de su personalidad; *IV.* Reforzar el reconocimiento y respeto a las normas morales, sociales y legales y de los valores que éstas tutelan; así como llevarlo al conocimiento de los posibles daños y perjuicios que pueda producirle su inobservancia y *V.* Fomentar los sentimientos de solidaridad familiar, social, Nacional y humana.”

8. Art. 61 “En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de exclusión de la sociedad...” Art. 62 “Los servicios médicos...deberán aplicar cualquier tratamiento

debe de valorarse en cuanto a la interpretación del significado técnico del tratamiento para los menores infractores.

Por otra parte, es necesario también diferenciar el concepto de tratamiento con el de programa; éste significa proyecto, plan, lista de distintas partes o detalles de un trabajo, espectáculo, ceremonia, que no debe confundirse con el amplio concepto ya señalado de tratamiento. Efectivamente la programación puede formar parte del tratamiento, pero no lo sustituye; ejemplo: 6:00 am levantarse; 6:30 am aseo individual; 7:00 am desayuno; 8:00 am aseo dormitorio; 8:30 am asistencia a escuela; 13:00 pm comida; 15:00 pm aseo individual; 16:00 pm asistencia a talleres; 20:00 pm cena; 21:00 pm aseo individual, 21:30 pm dormirse.

Llevar a cabo un programa grupal e individualmente es sumamente importante, pero es insuficiente y por ello es necesario revalorar el significado del tratamiento, tanto en internamiento como en externación, ya que esto es parte de los derechos de los menores de edad que han infraccionado la ley penal: el de recibir una respuesta por parte del Estado que les permita a ellos modificar sus circunstancias negativas, para propiciar su sano desarrollo, con base en un tratamiento integral que incida así en todos los aspectos que conforman su desarrollo biopsicosocial, con la participación de las diversas disciplinas de las ciencias de la conducta.

Por todo lo anterior, este tema es de suma importancia, sobre todo partiendo de la base de que las medidas especializadas deben tener como fin la reintegración social y familiar del menor, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades, diferenciando, siempre que éstas no son penas, y que en su naturaleza y finalidad se marcan notorias diferencias que hacen insalvable la consecución del fin si no se atienden.

médico, quirúrgico y psiquiátrico que se juzgue necesario." Art. 63 "Estos principios exigen la individualización del tratamiento, que a su vez, requiere un sistema flexible de clasificación por lo tanto, conviene que los grupos sean distribuidos en establecimientos distintos, donde cada grupo pueda recibir el tratamiento necesario..." Art. 65 "... Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar el respeto en si mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad..." Art. 67 "Los fines de la clasificación deben ser... Repartir a los internos en grupos a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social." Art. 69 "Tan pronto como ingrese en un establecimiento un condenado a una pena o medida y después de un estudio de su personalidad, se establecerá un programa de tratamiento individual, teniendo en cuenta los datos obtenidos sobre sus necesidades individuales, su capacidad y sus inclinaciones."



