

CÉSAR BARROS LEAL
JULIETA MORALES SÁNCHEZ

Organizadores

SERIE ESTUDIOS
EN CIENCIAS PENALES Y
DERECHOS HUMANOS

III

Curso Brasileño
Interdisciplinario en
Derechos Humanos



César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez
Organizadores

**Serie Estudios en Ciencias
Penales y Derechos Humanos**

Tomo III

En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo

2014



SUMARIO

| | |
|---|-----|
| Presentación | 5 |
| Control Social y Ejecución Penal en México (Pasado Inmediato y Perspectivas Futuras) Antonio Sánchez Galindo | 9 |
| La Búsqueda de Alternativas al Poder Penal del Estado Carlos Alberto Elbert | 25 |
| Las Transformaciones de la Pena en un Mundo en Transición: Una Breve Reflexión desde la Perspectiva de los Derechos Humanos César Barros Leal | 45 |
| Derechos Humanos, Criminalidad y Justicia Penal en América Latina en el Siglo XXI Elías Carranza | 55 |
| Globalización, Pobreza y Derechos Humanos Emma Mendoza Bremauntz | 81 |
| El Control Constitucional y el Convencional frente a la Actividad Protectora de los Derechos Humanos Enrique Carpizo | 111 |
| Maestro Antonio Sánchez Galindo: Significado de su Obra Penitenciaria Hilda Marchiori | 177 |
| Migración y Derechos Humanos: Criterios desde el Sistema Interamericano Julieta Morales Sánchez | 189 |

| | |
|---|-----|
| Algunas Consideraciones en torno a un Programa Penal Julio César Kala y Juan de Dios Ramírez Márquez..... | 221 |
| Una Nueva Mirada a la Seguridad Pública - Policía Ciudadana y la Experiencia de los Conflictos de Mediación Lilia Maia de Morais Sales y Vita Caroline Mota Saraiva | 241 |
| El Arraigo y su Control de Convencionalidad en México Luis Felipe Guerrero Agripino y Leandro Eduardo Astrain Bañuelos | 265 |
| Derechos Humanos e Institucionalización de la Perspectiva de Género: Una Experiencia en el Distrito Federal Luis González Placencia y Mariana Lojo Solórzano | 285 |
| Política Criminal, Administración de Justicia y Derechos Humanos Manuel Vidaurri Aréchiga y Fátima Rostro Hernández..... | 299 |
| La Academia Mexicana de Ciencias Penales y Criminalia. Medio Siglo en el Desarrollo del Derecho Penal Mexicano (Una Aproximación) Sergio García Ramírez | 317 |

PRESENTACIÓN

Hay muchas formas de celebrar el talento de un gran hombre. Ésta es una de ellas. Pero no lo es bastante.

En honor a Antonio Sánchez Galindo, la serie *Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos* tuvo inicio el año 2010, con el sello editorial del Instituto Estatal de Ciencias Penales de Guanajuato (México), del Congreso del Estado de Guanajuato y del Instituto Brasileño de Derechos Humanos, siendo sus organizadores César Barros Leal, Mauricio Alejandro Murillo de la Rosa y René Yebra Núñez. Para ello se habían firmado en 2008 convenios de colaboración e intercambio entre las tres instituciones que, por motivos diversos, no tuvieron la continuidad pretendida.

Preocupados por dar secuencia y periodicidad regular a la Serie, tomamos la decisión de publicar un tomo todos los años, en ocasión de los Cursos Brasileños Interdisciplinarios en Derechos Humanos que se realizan en Fortaleza, organizados por el Instituto Brasileño de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, a través de su Oficina Regional para América del Sur, en Montevideo, en alianza con el Centro de Estudios y Entrenamiento de la Procuraduría General del Estado de Ceará y la Universidad de Fortaleza.

Para llevar a cabo el proyecto, hemos buscado el apoyo de una cohorte de selectos juristas, de distintos países, movidos por el honor de asociarse a este brindis virtual, ofrecido a uno de los más prestigiosos pensadores latinoamericanos, novelista, poeta, investigador de renombrados institutos, profesor universitario, autor de innumerables libros, especialmente en el ámbito de la infancia y la juventud y de las prisiones, temas que domina merced también a la experiencia vivida como director de centros de internación de jóvenes y adultos, además de consultor de las Naciones Unidas.

Entre los presentes en esta Serie está Hilda Marchiori, Profesora de Criminología y del Post-Grado de Victimología de la Universidad Nacional de Córdoba. Sus palabras, como portavoz de una legión de amigos y admiradores, esparcidos por distintos países, son

emblemáticas: “El Dr. Sánchez Galindo es un humanista, es decir, un hombre preocupado en la comprensión de los individuos que se encuentran en prisión. Su profunda vocación, idealismo, generosidad en el quehacer diario, lo convierten en un Maestro. Poseedor de una cultura amplísima –como todo humanista- se nutre no solamente de los clásicos de la Filosofía, del Derecho, de la Literatura, Criminología, Sociología, sino que acude permanentemente a las raíces de la filosofía prehispánica. Es un profundo conocedor de la historia mexicana. Su espíritu generoso es ampliamente reconocido, así como su vocación pedagógica de dar, brindar, asistir, acompañar, pero también escuchar y comprender a las personas más vulnerables.”

Ésta es la imagen que Antonio Sánchez Galindo transmite a todos los que tienen el privilegio de conocerlo personalmente, admirar su erudición, oírlo cantar (sí, puesto que es también un tenor) y disfrutar la lectura de sus textos, sean jurídicos, sean literarios.

Esta colección simboliza, tal y como dijo el Doctor Luis Felipe Guerrero Agripino, Rector del Campus Guanajuato de la Universidad Guanajuato, en el prólogo del primer tomo, “la comunión que existe entre el trabajo académico y el afecto personal, pues en definitiva se trata de una colaboración rigurosa y sincera de un grupo de académicos y profesionales que más allá de las fronteras y diversidades ideológicas conjugan esfuerzos para un fin común: realizar un merecido homenaje a don Antonio Sánchez Galindo.”

En el segundo tomo, publicado en junio de 2013, participaron autores de varias nacionalidades (brasileña, argentina, costarricense, mexicana y española), incluso el propio homenajeado, con una profunda reflexión sobre el juez de vigilancia o de ejecución penal. En el primero nos había regalado un estudio sobre problemas y soluciones penitenciarios, con una conclusión provocadora, que reafirma sus inquietudes en cuanto a las cárceles del siglo XXI: “Considerando que la antigüedad se juzgaba a una sociedad por la forma en que se encontraban sus prisiones, tengamos el suficiente valor de hacer las nuestras decorosa para que no seamos juzgados y condenados por las generaciones futuras.”

Comparecientes en este tercer tomo, en orden alfabético, Antonio Sánchez Galindo, Carlos Alberto Elbert, César Barros Leal, Elías Carranza, Emma Mendoza Bremauntz, Enrique Carpizo, Fátima Rostro Hernández, Juan de Dios Ramírez Márquez, Julieta Morales

Sánchez, Julio César Kala, Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, Lilia de Sales Moraes, Luis Felipe Guerrero Agripino, Luis González Placencia, Manuel Vidaurri Aréchiga, Mariana Lojo Solórzano y Sergio García Ramírez han producido un mosaico precioso y heterogéneo que abarca temas de indudable trascendencia y contemporaneidad, en sede de ciencias penales y derechos humanos (casi siempre haciendo un puente entre los dos universos), a saber, Control Social y Ejecución Penal en México (Pasado Inmediato y Perspectivas Futuras); La Búsqueda de Alternativas al Poder Penal del Estado; Las Transformaciones de la Pena en un Mundo en Transición: Una Breve Reflexión desde la Perspectiva de los Derechos Humanos; Derechos Humanos, Criminalidad y Justicia Penal en América Latina en el Siglo XXI; Globalización, Pobreza y Derechos Humanos; El Control Constitucional y el Convencional frente a la Actividad Protectora de los Derechos Humanos; Maestro Antonio Sánchez Galindo: Significado de su Obra Penitenciaria; Migración y Derechos Humanos: Criterios desde el Sistema Interamericano; Algunas Consideraciones en torno a un Programa Penal; Una Nueva Mirada a la Seguridad Pública - Policía Ciudadana y la Experiencia de los Conflictos de Mediación; El Arraigo y su Control de Convencionalidad en México; Derechos Humanos e Institucionalización de la Perspectiva de Género: Una Experiencia en El Distrito Federal; Política Criminal, Administración de Justicia y Derechos Humanos y La Academia Mexicana de Ciencias Penales y Criminalia. Medio Siglo en el Desarrollo del Derecho Penal Mexicano (Una Aproximación).

Para Antonio, en su texto "Control Social y Ejecución Penal en México (Pasado Inmediato y Perspectivas Futuras)", poco se ha avanzado en un área saturada de problemas y desafíos, en la que los "ideales humanitarios" no logran allanar el camino para los cambios que se imponen. Le sobra al maestro razón para inferir que "en los últimos 50 años ha existido un discurso jurídico-penal que ha ido en aumento y que, en cierta medida, podría llamarse política criminológica de ejecución penal en México. No obstante, vemos que la misma no ha sido eficaz, que los índices de crecimiento delictivo han aumentado y, que paralelamente, las violaciones a los derechos humanos de los delincuentes se incrementan, ya que se toman muy poco en cuenta los discursos doctrinales de las Naciones Unidas y de la criminología crítica."

Por ello y por todos defender derechos humanos tiene sentido. Por las pasadas, presentes y futuras generaciones (las que lucharon, las que luchan y las que vendrán), hacer realidad los derechos humanos en la vida cotidiana de las personas es el mayor reto. Para esto trabajamos, para eso construimos, para eso existimos, siguiendo el ejemplo de humanistas comprometidos y congruentes como don Antonio Sánchez Galindo. Gracias por su legado.

César Barros Leal y Julieta Morales Sánchez

CONTROL SOCIAL Y EJECUCIÓN PENAL EN MÉXICO (PASADO INMEDIATO Y PERSPECTIVAS FUTURAS)

Antonio Sánchez Galindo

Miembro de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; ex Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional Autónoma de México; ex Director del Centro Penitenciario del Estado de México.

Las consecuencias del delito y el control social se encuentran plenamente unidos. No se puede hablar de ellas, sin referirse a éste. Nosotros haremos un enfoque, para estructurar nuestra intervención, dividido en tres partes: a) Consideraciones en torno al control social; b) Referencia y análisis a la política ejecutivo penal en México, a partir del medio siglo; y c) Proyecciones a futuro.

Aún el concepto de control social no está definido del todo. Múltiples son sus enfoques. Por una parte, la antropología y la historia nos ayudan en la tarea definitoria. Empero, la mayor transparencia –si es que se puede alcanzar– la podremos localizar desde una contemplación sociológico-criminal. Es de esta suerte como García Pablos¹ manifiesta que el control social pertenece íntegramente a la sociología criminal. En este aspecto, coincide con Kaiser e intenta definirlo como “el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a modelos y normas comunitarias”². Otros autores (Pérez Sanzberro) lo identifican con la dogmática, las normas penales y la política criminal. En este mismo sentido, Mir Puig menciona que el derecho penal es el medio de control social en coexistencia con otros, ya formales o informales. Entre los primeros se encuentra el derecho administrativo y entre los segundos, todos los capítulos sociológicos que principian con la familia y concluyen con la interrelación social. Así dice: “el derecho penal es

1 Varona Martínez, Gema. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Editorial Comares. Granada España, p. 23.

2 *Ibidem* ut supra.

un medio de control jurídico altamente formalizado". Roscoe Pound se refiere al derecho como "forma altamente especificada de control social"³, mediante técnicas de protección y principios axiológicos, tal como lo dejan asentado Hassemer y Muñoz Conde. Desde luego, todos estos autores especulan de que el Estado mediante las leyes penales castiga con sanciones, a veces de intensidad represiva las conductas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), asegurando de este modo –casi como una prolongación "Roussonianana"– porque implica una tajada del mejor de los pasteles de la humanidad: la libertad. Otros estudiosos se refieren más que al derecho penal a la criminología, dándole primacía y sirviendo de base al derecho punitivo. Zugaldía dice que es necesario un derecho penal como sistema normativo de control social⁴. Este autor hace hincapié en la naturaleza selectiva y discriminatoria que se lleva a cabo en el control social por conducto del *jus puniendi*. Bacigalupo, en su tratado, admite que el derecho penal es un instrumento de control social, pero no el único. Y agrega: "la sanción o el castigo es la forma a través de la cual el control social se lleva a la práctica racionalmente". Cuerda Riezu, intenta correlacionar la criminología crítica y la dogmática penal con el control social con un enfoque directo hacia la protección de los bienes jurídicos. Es decir, se controla a la sociedad para evitar la laceración de los bienes mencionados, aun cuando coincide con Hassemer y Muñoz Conde en que se debe ir más allá de la criminología crítica, y se llega a la conclusión de que el control social es una condición básica y renunciante de la vida en sociedad⁵. Otros autores, como Zaffaroni y Pierangeli, van más allá y hacen referencia a la tecnología, como sucede en el liberalismo con las empresas transnacionales y los medios masivos de comunicación que reclaman límites en relación con los derechos humanos⁶. Morris Janowitz argumenta que el control social es sensibilizador y en él se basa el surgimiento de la sociología. Donald Black ha subrayado que la sociología del control social puede considerarse como uno de los logros científicos del siglo XX. Para Bergalli, hay que contemplar tanto la corriente sociológica como la psicológica, para llevar a cabo una definición adecuada de nuestro concepto a estudio. Para Melossi, el origen del concepto de control social

3 Ibídem.

4 Ibídem, p. 24.

5 Ibídem, p. 25.

6 Zaffaroni, Eugenio Raúl y Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. Revista de dos Tribunais, 1997.

va unido a las formas de organización igualitarias de raíz anglosajona (protestantismo), en dirección de la noción de autocontrol. En síntesis, podríamos aventurar, planteando el cuestionamiento relativo en que se sustenta el equilibrio y la armonía de la sociedad, su unión, expresado en distintos momentos de la actividad social incluyendo el que se refiere a la comisión delictiva. Tal vez, la regulación sociopolítica –como la estamos contemplando en nuestro medio a últimas fechas- entendida como un proceso de socialización integral defina, con mayor claridad, el concepto de control social. Es aquí donde intervienen los principios, emanados desde finales del siglo XVIII y desarrollados en el nuestro, a través de las corrientes doctrinales –tanto particulares como de oficialidad internacional- que se vienen sustentando. Empero, no es fácil como lo dicen algunos autores estadounidenses, dirimir qué es lo que está bien y qué es lo que está mal, para la construcción de un concepto de control social que tenga validez universal. Así nos quedamos entre los límites que marca, por una parte, la sociología relacionada con la idea de coerción (derecho penal: procuración, administración y ejecución), y el consenso del núcleo social controlado, por más que esto se haya contemplado en algunas ocasiones como antisocial. Aquí, podríamos establecer hasta qué punto el autoritarismo oficial se encuentra de acuerdo (democráticamente hablando) con el consenso social en general.

Dicho lo anterior, es necesario situar a la ejecución penal que, como apunta Zaffaroni, es de los tres discursos, el más mal esbozado⁷. Y, además, teniendo en consideración que –como dice el mismo autor- en realidad, siempre se ha sabido que el discurso jurídico-penal latinoamericano es falso, lo que nos ha llevado a una aniquilación de la ilusión de transitoriedad del fenómeno, porque “hoy sabemos que la realidad operativa de nuestros sistemas penales, jamás podrá adecuarse a la planificación del discurso jurídico-penal, su conexión con el control social –sea equívoco o acertado- es inevitable”. Aprovechando, pues, la conceptualización sociocriminológica del control social en relación expresa con nuestra realidad, procederemos a llevar a cabo un análisis sucinto del discurso jurídico-penal que ha existido a partir de mediados de siglo en nuestro medio, así como de su congruencia con la realidad ejecutivo-penal para dilucidar si ha habido, en verdad, congruencia entre uno y otro conceptos que pueda llamarse política criminal.

7 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. Ediar. Buenos Aires Argentina, 1989.

También, cabe preguntar ¿si la existencia de este discurso aplicado a la realidad ha sido eficaz y (y eficaz ¿para quién?), si se ha logrado dentro del ámbito de los derechos humanos?

Habida cuenta del círculo vicioso que se establece, (discurso jurídico-penal-realidad) es preciso, en un planteamiento hipotético, instituir si nuestro sistema de ejecución penal durante la segunda mitad del siglo XX, ha sido congruente en algún momento.

En 1950, no existía un discurso ejecutivo penal bien delineado dentro de nuestra legislación, dejando a salvo las normas tanto sustantivas como adjetivas de los Códigos Penal y de Procedimientos Penales (todos promulgados a partir de los años iniciales de la década de los 30, tanto federal como del Distrito Federal). No obstante, existía una corriente auspiciada por los penalistas de aquella época (muchos de ellos integrantes de la Academia Mexicana de Ciencias Penales), que promovían al margen del Estado –o más bien en forma conjunta con éste– una política criminal –tanto de adultos como de menores delincuentes– que se traducía en publicaciones especializadas sobre la materia y en la realización de eventos que preparaba nuevos discursos ejecutivo-penales, como sucedió con el II Congreso Nacional Penitenciario, que se llevó a cabo en 1952. El discurso de este evento, entre otros aspectos, manifestaba (por boca de Mariano Ruiz Funes) que: “El tratamiento (del delincuente) ofrece mayores posibilidades. Conocemos el tratamiento que habitualiza; debería ensayarse el tratamiento que recupera. El tratamiento que habitualiza, de acuerdo con los datos de una experiencia universal es la prisión corta. El tratamiento que recupera son las diversas medidas de naturaleza penal propuestas para sustituirlo (¿y también la pena de larga duración?)”. Ya desde aquella época, se hablaba de las medidas sustitutivas de las penas cortas de privación de libertad incluidas en los Códigos Penales de los países hispanoamericanos, como eran la condena condicional, la caución, el perdón, la represión, la amonestación, la reclusión domiciliaria: la condena de fin de semana, la detención nocturna, trabajo obligatorio sin detención, retención de jornal, interdicción de profesión y de residencia. Se argumentaba que sólo era necesario aplicarlas. También se apuntaba: “la pena es para el hombre, no el hombre para la pena”. Entre los delincuentes existe una extrema variedad en orden a la pena. Los insensibles a su efecto, los intolerantes para su función y sus fines, los capaces de recibir sus benéficos dones, los incapaces

de pena, los susceptibles a las obligaciones, los inertes ante ellas, los hombres rotos que pueden recomponerse, los que jamás podrán ser recuperados. La variedad reclama la variedad. La diversificación del tratamiento no servirá para nada sobre las prisiones, archivo heterogéneo de seres vivientes. Del archivo hay que pasar con urgencia a la psicología. Montesquieu dijo que somos hombres en la medida en que somos aptos para la sociedad. Hay que socializar al delincuente antisocial y al social a partir de su primer delito. La conclusión es bien clara: las penas cortas de privación de libertad deben ser evitadas en lo posible. Luego, se hablaba de la clasificación de los reclusos, de la individualización de la pena y de la ejecución de la misma; y, que la pena de prisión debe ser una labor de creación o de complemento eminentemente pedagógica, que para realizarla será preciso además de la clasificación de los reclusos, la de los establecimientos penitenciarios: unos de observación para casos complejos o dudosos, con enfermería psiquiátrica, y con personal especializado y de tratamiento. La serie de estos últimos sería la siguiente:

1. Prisión escuela para jóvenes delincuentes;
2. Prisión ordinaria para delincuentes primarios normales y para reincidentes enmendables;
3. Prisión especial para reincidentes entendiéndose por ellos los habituales de las prisiones, cuya readaptación social es imposible;
4. Hospital penitenciario para condenados, viejos y enfermos, accidentales o crónicos;
5. Sanatorio hospital para tuberculosos;
6. Establecimiento especial para enfermos venéreos;
7. Sanatorio para detenidos afectos de neurosis y de enfermedades del sistema nervioso, con una sección especial para epilépticos;
8. Sanatorio para alcoholizados o toxicómanos;
9. Prisión-asilo para degenerados, anormales y débiles mentales; y
10. Asilo criminal para los alienados delincuentes, los acusados cuya irresponsabilidad haya sido diagnosticada por los peritos médicos⁸.

A continuación, se hablaba del estudio de la personalidad del delincuente como una evolución científica del derecho penal, porque

8 Ruiz Funes, Mariano. *Criminalia* Año XIX. Ediciones Botas. México, 1953, pp. 118 y sig.

la conducta del hombre al transgredir las normas de convivencia social preceptuadas por la ley penal, no significa ni sugiere, de manera exclusiva, una contemplación simplista desde el punto de vista jurídico, sino que va más allá de estos límites, para acusar una proyección más honda y trascendente. Se estableció que el estudio de la personalidad del delincuente debe concretarse a los puntos siguientes:

a) Individual

Un examen biológico y psicológico a efecto de precisar las condiciones individuales de desarrollo, tomando en cuenta las características patológicas que el sujeto acuse, tanto para orientación del juez como para su tratamiento de readaptación;

b) Examen antropológico

Con vista, no a realizar una generalización que sirva de principio, pues por ello sería incidir en los errores de la primitiva antropología criminal, sino con el objeto de precisar alteraciones morfológicas que hayan influido en la vida individual, ya sea orgánica o psíquica.

c) Psicológico y psiquiátrico

A efecto de poder llegar a determinar la vida íntima del individuo y las condiciones de alteración que en su vida social puedan presentarse.

d) Endocrinológico

Con el propósito de considerar la existencia de alteraciones en su fisiología, motivadas por el deficiente funcionamiento de sus glándulas, que tengan influencia en distorsiones somáticas o psíquicas.

e) Es sugestivo practicar exámenes electroencefalográficos con el objeto de precisar constituciones epileptoides o lesiones cerebrales de origen patológico, que desde luego influyen en el actuar íntimo y social del sujeto.

Se hace referencia al ámbito social: investigación de las condiciones sociológicas, educación del infractor desde el punto de vista del ambiente familiar, escolaridad, según el grado de conocimientos del delincuente, económico examinando la potencialidad productiva personal del sujeto.

Luego se contempla el que se refiere no sólo a la capacidad técnica o erudición que posee el delincuente, sino a tratar de escudriñar la forma en que el sujeto concibe el mundo en el sentido más general, desentrañar cuál es la visión cósmica que los factores personales y sociales que han conformado en el sujeto, el estilo de vida como resultado de la acción de los factores endógenos y exógenos⁹.

Para 1964-65 el artículo 18 Constitucional fue reformado en definitiva: la separación de la prisión preventiva de la penitenciaría, planteamiento que “ha sido abundantemente reglamentado en nuestras constituciones del pasado, como también lo están (particularmente la preventiva y la ejecutiva) en las leyes fundamentales vigentes de otros países”. En la redacción de este artículo no escapa el propósito del Proyecto Carranza, en el Constituyente del 17. El proyecto en definitiva quedó en la forma siguiente: “Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la federación y de los estados, organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados de los hombres para tal efecto”.

Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del ejecutivo federal.

La federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores.

El 4 de enero de 1977, se creó el decreto por el que se adicionó el artículo 18, el cual entró en vigor el 5 de febrero del mismo año, en la forma siguiente:

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados

9 Martínez Lavalle, Arnulfo. *Estudio de la personalidad del delincuente*. Criminalia Año XIX. Ediciones Botas. México, 1953, pp. 124-135.

a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes federales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos solo podrá efectuarse con su consentimiento expreso¹⁰.

Como se desprende de lo anterior, el discurso estaba centrado en la definición del paradigma de la readaptación social: el delincuente era susceptible de cambiar su conducta a través del tratamiento penitenciario. El sentido rehabilitatorio de la pena ponía al sujeto fuera de la represión. Pero, para lograr la readaptación social, se tendrían que aplicar los sistemas que ya desde hacía algún tiempo se venían barruntando en el concepto, pero que no se aplicaban en la realidad. Es decir, no había congruencia entre la propuesta discursiva y la realidad práctica.

En 1967, se conjugaron una serie de elementos en el Estado de México, para que los planteamientos establecidos en el 18 Constitucional tuvieran vigencia y congruencia con la alocución constitucional: se reunieron principios tales como el de legalidad; capacitación del personal; instalaciones adecuadas; indeterminación penal relativa; individualización de tratamiento; aprovechamiento de la interdisciplina, posinstitución; auxilio a la víctima del delito y control de la población. Esto produjo resultados reclamados por la doctrina de aquella época. Se aplicaron los derechos humanos a todo el ámbito penitenciario dentro del tratamiento, con lo cual se estructuró un sistema penitenciario de carácter progresivo fundado en el estudio de la personalidad, dividido en varios periodos, se incorporó un régimen de prelibertad, se creó un penal abierto, se estructuró un consejo técnico interdisciplinario, se capacitó a todo el personal de custodia y se respetó el credo religioso y político de los reclusos. Se les informó, asimismo, sobre las recomendaciones de Naciones Unidas y lo ordenado por la ley, se crearon fuentes de trabajo para el 100% de la población penal en forma remunerada, se aplicó un sistema de educación correccional

10 García Ramírez, Sergio. *El Artículo 18 Constitucional. Prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*. UNAM, pp. 7-16.

para adultos, se establecieron relaciones con el exterior a través de visitas familiares, íntimas y especiales, se desterraron las situaciones de preeminencia, lucro o autoridad de unos internos respecto de otros, las sanciones se establecieron de conformidad al reglamento entre otros renglones, que coadyuvaban al cumplimiento de la exigencia real del discurso. Todo esto por invitación que se hacía al reo, no por imposición autoritaria¹¹.

Para 1971, se intentó llevar a su máxima expresión el discurso readaptatorio que había tenido buenos resultados en el Estado de México, incorporándolo a nivel nacional. Fue así como se llevó a cabo la reforma penal integral, quizá como un eco de la que hacía 100 años había tenido lugar en el país. En ella, se creó la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que marcó el parteaguas en el derecho de ejecución penal mexicano. En su exposición de motivos textualmente se manifiesta: “En cuanto al sistema que se funda en la individualización apoyada en el estudio de personalidad de cada sujeto y en la adecuada clasificación, se ha creído conveniente acoger el régimen progresivo técnico, que además de aparejar la necesaria creación de organismos técnicos criminológicos en los reclusorios, culmina con el tratamiento preliberacional en cuyas manifestaciones se cuentan los permisos de salida y las instituciones abiertas. Conviene advertir que estas medidas ya han sido aplicadas con éxito en nuestro país, además de que la experiencia extranjera es ampliamente favorable a ellas. En todo caso, será la correcta selección y preparación de los candidatos el factor determinante para el adecuado desenvolvimiento de permisos de salida o instituciones abiertas.

Como parte del sistema penitenciario, se consignan las normas generales a las que se deberán sujetar el trabajo, la educación, las relaciones exteriores y la disciplina de los internos”.

Y más adelante se agrega: “en consecuencia se determina que tanto las correcciones disciplinarias, que en ningún caso deben ser producto de la arbitrariedad, quedan puntualmente consignadas en los reglamentos carcelarios. Asimismo, se establece un procedimiento sumarísimo para la imposición de sanciones, con lo cual se garantiza el derecho de audiencia y defensa del interno”.

11 García Ramírez, Sergio. *El Centro Penitenciario del Estado de México*. Gobierno del Estado de México. Toluca, 1969.

También se hace referencia a la reincorporación de los liberados a través de la constitución de patronatos y la creación de una sociedad de los mismos y, de igual manera, a la institución de la remisión parcial de la pena “que no opera ni podría operar en forma mecánica ni automática y en todo caso es indispensable para el otorgamiento de este beneficio que el reo revele efectiva readaptación social.”¹²

Se llevó a cabo una febricitante construcción de instalaciones; se capacitó al vapor personal. En algunos capítulos se exageró el sistema aplicando las salidas incluso al ámbito de procesados; se celebraron congresos; se crearon organismos para el control de los productos elaborados en las prisiones (Prodimsa). Sin embargo, los resultados fueron precarios por factores que van más allá de su consideración en este trabajo. Nótese que la tendencia fue aplicar los Documentos de la Organización de las Naciones Unidas en el ramo, suscritos por México.

Para 1983 -al decir de Sergio García Ramírez-, “comenzó la sistemática, persistente elaboración del nuevo derecho penal mexicano (en los campos federal y del Distrito -que se tradujo en un nuevo ‘Código Penal’-). No se trató -¡es necesario decirlo!- de algunas de las reformas menores, de meros ‘parches’ para emplear esta pintoresca expresión, puestos apresuradamente sobre el Código de 1931. Nada de eso: durante varios años, a través de las reformas sucesivas, se erigió un ordenamiento diferente”¹³.

“En el rubro de las penas y medidas de seguridad -sobre todo las de 1983- revisten ellas extraordinaria trascendencia. En efecto, se introdujo ampliamente la sustitución de penas privativas de libertad por otras sanciones. Quedaron recogidos en el Código del tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. En el terreno de las sanciones pecuniarias ocurrieron cambios relevantes, entre ellos la adopción del ‘día-multa’. También, hubo varias valoraciones destacadas en otros casos: decomiso, apercibimiento, vigilancia de autoridad y subrayadamente medidas para inimputables.

Igualmente, destacan varias novedades sobre extinción de la pretensión punitiva. Fueron revisados el perdón, la prescripción, la nueva ley más favorable, la improcedencia del tratamiento para

12 Exposición de Motivos de la Iniciativa de la Ley de Normas Mínimas. Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social. Secretaría de Gobernación, pp. 57-59.

13 García Ramírez, Sergio. *Manual de Prisiones*. Editorial Porrúa. México, 1994, p. 78.

inimputables y el indulto. Se estableció el reconocimiento de la inocencia del sentenciado, en lugar del llamado indulto necesario". En el mismo tren de ideas, se argumentó que "el conjunto de las reformas penales y procesales" había querido favorecer el equilibrio entre los intereses que entran en conflicto: del inculcado, de la víctima, de la sociedad.

El 30 de diciembre de 1991, se llevaron a cabo reformas importantes en la legislación penal, que repercuten hasta la prisión. Así se dice: "La reforma que ahora se presenta procura reducir en la mayor medida posible, la aplicación de la prisión tanto preventiva como punitiva. De ahí que establezca un buen número de penas alternativas de prisión y multa (día-multa), fórmula pecuniaria introducida al Código Penal en 1983, con antecedente importante en el Código de la materia de 1929. Esto implicará, entre otras cosas, la exclusión de detención y prisión preventiva para los presuntos responsables de las conductas ilícitas consideradas por la reforma". "En 1991 se amplió la posibilidad de conceder sustitutivos de la pena de prisión y se establecieron otros casos de despenalización, como en el caso de oposición a la ejecución de una obra o de un trabajo públicos; se amplió la posibilidad del perdón judicial y se reenfocó el principio de individualización consagrado en el artículo 51 del Código Penal"¹⁴.

A partir de 1993, y con motivo del crecimiento delictivo, el endurecimiento de las penas ha provocado una reacción dentro del control social tendiente más a la represión, con grave daño al discurso humanitario: crimen organizado, aumento en los índices de los delitos económicos, desbordamiento de la sobrepoblación preventiva y penitenciaria y la pujanza de la corrupción, son algunos de los factores-índices que han hecho pronunciar a las autoridades de justicia, parlamentos verdaderamente incongruentes que atacan integralmente a los conceptos emanados de los Documentos de las Naciones Unidas, protectores de los derechos humanos. Así, la ejecución penal -específicamente la prisión preventiva y ejecutiva- viven un estado confusional axiológico, puesto que se solicita que ya dejen de pronunciarse leyes a favor de los delincuentes; que las Comisiones de derechos humanos dejen de protegerlos; que se construyan prisiones

14 García Ramírez, Sergio. *Ibidem* ut supra, p. 112.

de alta seguridad y, que se cambie en definitiva, todo principio de legalidad ejecutivo-penal.

De lo anterior, inferimos que en los últimos 50 años ha existido un discurso jurídico-penal que ha ido en aumento y que, en cierta medida, podría llamarse política criminológica de ejecución penal en México. No obstante, vemos que la misma no ha sido eficaz, que los índices de crecimiento delictivo han aumentado y, que paralelamente, las violaciones a los derechos humanos de los delincuentes se incrementan, ya que se toman muy poco en cuenta los discursos doctrinales de las Naciones Unidas y de la criminología crítica.

En una situación como la que hemos analizado, cabría preguntarse ¿qué nos espera para el siguiente siglo? Pensamos en tres posibilidades: la relativa a la intensificación represiva; la que se refiere a la suavización del discurso; y la que pudiéramos llamar esquizofrénico-ecléctica, en la cual ascienden las dos posturas.

En la primera alternativa la prisión seguirá siendo la reina de las penas con un ascenso cada vez mayor de seguridad tecnológica deshumanizada; el personal continuará dentro del capítulo a que se refiere Raúl Zaffaroni, en lo que llama policización¹⁵; los derechos humanos de los reclusos seguirán debilitados a pesar de que las agencias protesten constantemente a favor de su defensa; las violaciones se justificarán con principios de legalidad represivos; el síndrome de simulación triunfalista seguirá apareciendo de tarde en tarde; los sustitutos de la prisión crecerán con mucha lentitud y se aplicarán en mínima parte; las medidas de seguridad se harán más represivas (el látigo del control farmacológico) dentro de una aparente suavización legitimante. El delincuente común (el pobre diablo del que hablaba López Rey) seguirá siendo el chivo expiatorio; y los de crimen organizado y cuello blanco continuarán una lucha en la que frecuentemente quedarán como ganadores. Se hará una afinación aparente hacia la pluralización étnica en prisión, la mujer, a pesar de esfuerzos, seguirá siendo un ser humano de segunda dentro del derecho de ejecución penal, los marginados continuarán poblando las cárceles en un porcentaje importante.

15 Zaffaroni, Eugenio. Obra citada.

Los núcleos de poder neoliberal continuarán la polarización económico-social, que provoca el aumento a los índices delincuenciales. Esto sucederá hasta la explosión total del sistema.

La globalización posiblemente llegará hasta la creación de prisiones internacionales en las cuales los núcleos de poder “supranacional” influirán en la ejecución penal.

La segunda alternativa tendrá vigencia si se va en busca de las penas perdidas; de estrategias de control social con una perspectiva criminológico-humanitaria si se superan, como dice Antonio Beristain, las instituciones autárticas; se aplican las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa; se transforman los paradigmas actuales del derecho penal y se llega a un derecho penal mínimo; si se aprovecha la fórmula de colaboración ciudadana; así se deja a la prisión como una “ultima ratio”; si se implementan – dando facilidad para ello- los derechos espirituales de los prisioneros y si las agencias de protección de los derechos humanos actúan con mayor eficacia y autoridad y, también, si se encuentra el camino de un profundo auxilio a las víctimas del ilícito, y la reordenación del derecho penal.

La tercera alternativa –que denominamos esquizofrénico-ecléctica-, será una prolongación de lo que sucede en la actualidad: por una parte el ascenso en la creación de agencias de protección de los derechos humanos y por el otro, el aumento en el espíritu represivo de la política criminológica-ejecutivo-penal.

Podríamos concluir con la frase de Vincent, citada por Gema Varona Martínez en su libro “La mediación reparadora” –que seguimos en gran parte en este trabajo –, que dice: “El control social es el arte de combinar las clases sociales de manera tal que al menos se ofrezca a la sociedad una dirección hacia un ideal”. ¡No destruyamos nuestros ideales humanitarios para el siglo XXI!

BIBLIOGRAFÍA

Altmann Smythe, Julio. Las Normas Mínimas Mexicanas, un Plan de Política Penitenciaria. *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*. N° 5, septiembre-octubre. Secretaría de Gobernación. Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. México, 1972.

Beristain Ipiña, Antonio. *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*. Tirant lo blanch libros. Valencia, 1994.

Beristain Ipiña, Antonio. *Futura Política Criminal en las Instituciones de Readaptación Social. (Los derechos humanos de las personas privadas de libertad)*. Compilador Galván González, Francisco. Secretaría de Gobernación. México, 1999.

Criminalia. Año XIX. N° 1. Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Ediciones Botas. México, 1953.

El Centro Penitenciario del Estado de México. Publicación del Gobierno del Estado de México. Toluca, 1969.

Flores Reyes, Marcial. Explicación de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*. N° 9, mayo-junio. Secretaría de Gobernación. Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. México, 1973.

García Ramírez, Sergio. *El artículo 18 Constitucional. Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores Infractores*. Primera Edición. UNAM. Coordinación de Humanidades. México, 1967.

García Ramírez, Sergio. *Manual de Prisiones. (La Pena y la Prisión)*. Tercera edición actualizada. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.

García Ramírez, Sergio. *El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano*. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.

Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino. *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*. Separata. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, España, 1996.

Malo Camacho, Gustavo. Método para la Aplicación Práctica de la Ley de Normas Mínimas para la Readaptación de Sentenciados. El Régimen Progresivo Técnico. Talleres Linotipográficos de la Escuela Nacional de Artes Gráficas de la SEP. México, 1973.

Sánchez Galindo, Antonio. El Penado, Esencia del Derecho Penitenciario. *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*. N° 1 Enero-febrero. Secretaría de Gobernación. Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. México, 1972.

Varona Martínez, Gema. *La Mediación Reparadora como Estrategia de Control Social. Una perspectiva criminológica*. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Romeo Casabona, Carlos María. Editorial Comares. Granada, 1998.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal*. Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina, 1989.



LA BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS AL PODER PENAL DEL ESTADO

Carlos Alberto Elbert

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

I. INTRODUCCIÓN

Dado que este trabajo está dirigido fundamentalmente a penalistas, y que tiene un límite de extensión predeterminado, se omitirán cuestiones que han tenido ya amplio desarrollo en doctrina, como la naturaleza de la intervención penal y su interpretación como *mal necesario* por el derecho penal liberal, a modo de una fatalidad de la coexistencia social¹, pero cuyas intervenciones deben estar fuertemente acotadas², mediante su empleo excepcional, como última ratio del orden jurídico.

También nos privaremos de desarrollar lo referente al uso del derecho penal en las sociedades globales, esto es, su expansión irracional y utilitaria contra los sectores excluidos por el modelo económico neoliberal. Nos limitaremos, en suma, a recordar que atravesamos una etapa de populismo penal y de expansión del punitivismo³, que ha contribuido a deteriorar aún más la herramienta penal y a desarticular

1 Scheerer, Sebastian, *¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?*, Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, n° 3, 2002, pp. 339 y s.s.; Rabossi, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976 y Marí, Enrique E., *La problemática del castigo*. Ed. Hachette, Buenos Aires, 1983.

Un estudio sociológico sobre el castigo puede verse en Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 1999.

2 Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y razón"*, Ed. Trotta, Madrid, 1995. Llobet Rodríguez, Javier, *Garantías y sistema penal*, Ediciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 1999.

3 Elbert, Carlos y Balcarce, Fabián, *Exclusión y castigo en la sociedad global*, n° 7 de la colección Memoria Criminológica, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2009.

los logros relativos que había establecido, en busca de consagrar los principios de la Ilustración⁴.

Si bien el panorama actual representa un empeoramiento generalizado del uso del sistema penal, cabe recordar que, a partir de la década de 1970, las mayores falencias del sistema fueron puestas en debate con crudeza, en especial, por la llamada criminología crítica. A los fines de este trabajo, nos remontaremos, a esa época, en tanto los argumentos sustanciales de aquellas críticas permanecen vigentes.

El siglo XX concluyó signado por la crisis de las teorías resocializadoras, profundos debates, y hasta por sonados procesos por violaciones carcelarias a los derechos humanos, que se ventilaron tanto ante tribunales nacionales como internacionales. La cárcel, la pena y sus consecuencias, concluyeron el siglo XX envueltas en el mayor desprestigio, y existía una predisposición cultural amplia para controlar y reducir sus efectos nocivos.

A esa crítica fundamental del fracaso de la prisión, se agregaron las surgidas del estudio de la génesis normativa, la operatividad de la justicia penal, la policía, los sistemas procesales, y por último, la crítica interna en la dogmática, en cuyo seno prestigiosos penalistas desarrollaron procesos de revisión de ideas, a *partir del ser del sistema*, dentro del marco filosófico iluminista. En suma, gran parte de la doctrina penal, sociológica y criminológica manifestó su insatisfacción por el funcionamiento de los sistemas penales del siglo XX. Sin embargo, lo que se gestó a partir de 1990 resultó mucho peor que todo aquello que se criticaba en las décadas anteriores.

Las críticas al funcionamiento desigual, selectivo y deteriorador del sistema generaron la búsqueda de métodos para contenerlo, procurando evitar, en primer lugar, su expansión irracional e ilimitada, y luego, su carácter de herramienta selectiva al servicio de políticas sociales de control de los más débiles. Algunos de esos intentos pretendían *estabilizar el sistema*, y otros, reemplazarlo por modelos diferentes, o directamente, *eliminarlo*. Así fue como tuvieron protagonismo diversas estrategias apropiadas para reducir al sistema penal, o contenerlo dentro de límites razonables, mientras que el abolicionismo lo atacaba frontalmente. La versión abolicionista más radical proponía la lisa y

4 Matus Jean-Pierre (compilador), *Beccaria, 250 años*, Editorial B. de F., Buenos Aires-Montevideo, 2011.

llana sustitución del sistema penal y la abolición casi completa de los servicios penitenciarios.

Repasaremos, entonces, a lo largo de este trabajo, algunas de esas concepciones, teorías, estrategias y prácticas que procuraron limitar los alcances dañosos del encierro y de la modalidad punitiva para la resolución de conflictos. Ellas tuvieron etapas de auge y decadencia, explicables en el marco de la evolución política y cultural de las sociedades del presente.

I. ALGUNAS HERRAMIENTAS TEÓRICAS Y PRÁCTICAS PARA LA REDUCCIÓN DEL SISTEMA PENAL

a) La Victimología

Durante el siglo XX, el sistema penal evolucionó concentrándose en uno de los protagonistas del hecho delictivo: el autor. La protección de los bienes jurídicos fue asumida por el Estado, como parte del proceso histórico que Foucault llamó de “confiscación de los conflictos”, que gradualmente restó todo protagonismo a los damnificados, cuya palabra en los procesos penales fue enmudecida⁵. La rama criminológico-penal que asumió el objetivo de investigar y resaltar el protagonismo de las víctimas de los delitos fue la Victimología, una especialidad que ha reclamado, incluso, autonomía científica⁶.

La revalidación del rol de las víctimas se orienta no sólo a darles una mejor satisfacción, sino también *protagonismo*, a fin de que el derecho atienda realmente sus intereses y razones, en tanto frecuentes titulares exclusivos del bien jurídico agredido⁷. La tendencia del interés por la víctima se afirmó en la década de 1980, a resultas de la evolución de la *psicología social*, *las encuestas de victimización* y los *movimientos feministas*, como así de la intención de contrapesar teórica y político - criminalmente cierta idealización del delincuente como víctima social,

5 La consolidación del estado moderno, secular, que reemplazó al modelo político-social del medioevo se produjo en 1648, con la firma de la Paz de Westfalia.

6 Ver la exhaustiva obra en tres tomos de Neuman, Elías, *Victimología, Victimología y control social y Victimología supranacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994 y 1995. También, de autores varios, *La víctima y el sistema penal*, Editorial Ad -Hoc, Buenos Aires, 1992.

7 Sobre los efectos en el derecho penal, ver Rusconi, Maximiliano: *Víctima e ilícito penal: Algunas reflexiones sobre la victimodogmática*, en su libro *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno*, Ed. Ad - Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 37.

generada por la fuerte prédica “anti - sistema” de la criminología crítica. La necesidad de reparar más eficazmente los perjuicios, pero también la posibilidad de *eludir las soluciones puramente punitivas* en un gran porcentaje de casos, reavivaron el interés hacia la Victimología, cuando algunos autores entrevieron la posibilidad de solucionar conflictos penales mediante acuerdos entre víctimas y victimarios, enfoque cercano, como luego veremos, a algunas propuestas abolicionistas y alternativas. En obras recientes, hemos analizado cómo, a consecuencia de los fenómenos desencadenados por la globalización, las víctimas de delitos y otros fenómenos hacen sentir sus reclamos en forma pública, con un fuerte protagonismo político y mediático, presionando a los funcionarios para que hagan lugar a sus pretensiones⁸.

La Victimología es una corriente organizada internacionalmente, que ha realizado importantes congresos y cuenta con publicaciones especializadas y abundante bibliografía en distintos idiomas. En algunos países latinoamericanos, como Brasil, presentan un destacado desarrollo como corriente de acción y pensamiento.

b) Recursos procesales: perdón, oportunidad, conciliación, probation

Los especialistas en derecho penal y procesal penal tomaron nota de las críticas que se les dirigían desde la criminología, Victimología y otros enfoques, y comenzaron a elaborar estrategias sistémicas tendientes a *recomponer los roles en el proceso penal* y a explorar más profundamente las vías de solución que permitiesen satisfacer mejor a las partes involucradas y a la opinión pública, para superar el monismo sancionatorio, y aliviar los sistemas penitenciarios⁹. La expresión “recursos procesales” no está empleada aquí en sentido técnico, sino en el muy genérico de soluciones que se adoptan ante la posibilidad de (o durante) una intervención judicial, para evitar el ejercicio de la acción, sustituirla por arreglos que impidan llegar a juicio, o que lo interrumpan o dejen en suspenso algunos o todos sus efectos, sea que borren o suspendan la pena que correspondería aplicar, por decisión

8 Elbert, Carlos y colaboradores, *Inseguridad, víctimas y victimarios* (Argentina 2001/2007), n° 4 de la colección Memoria Criminológica, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007.

9 Ver Rusconi, Maximiliano: *La crítica a la dogmática jurídico - penal*, en su libro *Sistema del hecho punible y política criminal*, Ed. Ad - Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 27.

oficiosa de la autoridad, o imponiendo alguna negociación o condición al autor. En suma, se trata de vías que se valen de la existencia de procesos penales, utilizándolos como medio para limitar sus efectos habituales más dañosos.

El perdón judicial, y la *prescendencia de pena*, son medidas que empezaron siendo implementadas para el derecho de menores, y después se extendieron al derecho penal general. Se trata de disposiciones legales mediante las que se omite imponer una pena tras la determinación de la culpabilidad, a través un perdón que se dicta en la propia sentencia, en virtud de circunstancias favorables o bien, tras el cumplimiento de una parte de la condena. El parágrafo 60 del Código Penal Alemán, dispone que el tribunal prescinda de dictar pena, cuando las consecuencias del hecho hayan alcanzado al autor y fuesen tan graves, que hagan inadecuada la imposición de una pena. La disposición se aplica a delitos con pena menor a un año¹⁰. En el derecho penal argentino de menores (ley 22.278), la imposición de una pena queda supeditada a una serie taxativa de condiciones, cumplidas las cuales, la pena puede ser reducida en la forma prevista para la tentativa, o siendo innecesario aplicarla, permite absolver al menor.

Esta medida es una supervivencia del derecho de gracia que correspondía al monarca en los regímenes absolutistas, y está emparentada con la institución del indulto. *El perdón judicial* es una herramienta que puede llegar a reducir la cantidad de condenas de encierro, aplicada a casos de menor cuantía y escasa relevancia, o de penas cortas.

El principio de oportunidad es una herramienta esencialmente procesal, para que el titular de la acción pública pueda evaluar si se justifica la intervención de la justicia en casos de insignificancia, perdón de la víctima o cuando el autor también se hubiera perjudicado con su hecho, por ejemplo en accidentes culposos, etc.¹¹.

10 Elbert, Carlos, "Alternativas modernas a las penas privativas de libertad y sus resultados prácticos", *Revista del Colegio de Abogados Penalistas*, Cali, Colombia, n° 8, 1983, p. 9. También: *Sustitución de las penas privativas de libertad ¿porqué? ...y ¿por qué?*, *Jurisprudencia de Entre Ríos*, 1988, n° 24, p. 403, y *Cárceles y penas al filo del tercer milenio*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Bs. Aires, n° 3, 1996, p. 181.

11 Ver Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 834.

La conciliación, el arbitraje y la mediación son herramientas de uso frecuente en el derecho privado y el laboral, y se trata de sistemas suficientemente conocidos, como para abundar aquí en detalles. Lo cierto es que hay autores que propician la introducción de estos recursos en el sistema penal, con fines reparatorios o que habiliten la posibilidad de que las partes elijan libremente las soluciones que les parezcan más adecuadas a sus posibilidades. En Argentina el ejercicio de la mediación penal es una práctica que se ha extendido ampliamente, con buenos resultados, particularmente en la Provincia de Buenos Aires. Una amplia exposición sobre la evolución de estas experiencias y la legislación correspondiente, puede consultarse en la obra de Teresa del Val y Cristian Eiras¹². En el plano internacional, la mediación está plenamente establecida en Italia.

La llamada *Probation* ha sido introducida en nuestro sistema legal por la ley 24.316 (19.5.94) y consiste en un régimen de prueba al que se subordina la no imposición de pena y su posterior extinción, en casos de reacción positiva¹³.

c) Vigilancia electrónica a distancia

Desde hace unos veinte años, y merced a los constantes progresos en materia electrónica, se ha expandido el uso del control a distancia, mediante pulseras y otros dispositivos, que incluyen la implantación de chips en el cuerpo humano, para posibilitar el cumplimiento de penas bajo el sistema de libertad vigilada, monitoreada electrónicamente, permitiendo verificar, en todo momento, la ubicación física del probando. Por cierto, esta modalidad de vigilancia tiene a su favor la posibilidad del cumplimiento en libertad, o en arresto domiciliario, de prisiones preventivas y condenas, constituyendo una hipótesis interesante para el descongestionamiento carcelario. Pero esta técnica también puede ser vista como una ampliación inhumana del control, como una intromisión en la vida privada, que afecta

12 Del Val, Teresa M., *Mediación en materia penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009. Eiras Cristian, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Editorial Histórica, Buenos Aires, 2010. Millán, Marcela, *Algunas reflexiones sobre la mediación penal*, Revista institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 1, marzo de 2011, p. 37.

También: Neuman Elías *Mediación y conciliación penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.

13 Devoto, Eleonora, *Probation e institutos análogos*, DIN editora, Buenos Aires, 1995.

derechos fundamentales, pudiendo constituir un paso importante hacia estructuras sociales totalitarias de control absoluto, tal como anticiparan la literatura y el cine¹⁴.

Los resultados prácticos de esta técnica son variados y dividen las interpretaciones; así, mientras que en Suecia parece haber dado resultados muy satisfactorios, en los Estados Unidos es parte de la red de control social más grande del mundo y también una de las más selectivas y rigurosas. El debate de los argumentos a favor y en contra no está, en suma, saldado, y debe ser materia de análisis prudenciales¹⁵.

En Argentina el control electrónico ha sido implementado en la Provincia de Buenos Aires, a partir de 1997, y está legislado en el Código Procesal Penal de 1998. Los resultados de su implementación también son materia de controversia¹⁶.

d) Uso alternativo del derecho

Se trata de un movimiento de origen judicial, cuyas ideas iniciales fueron expuestas en el libro de Pietro Barcellona y Giuseppe Cotturri "*El estado y los juristas*"¹⁷, obra en la que se hizo una crítica marxista del estado de derecho vigente. En prieta síntesis, se entiende que el sistema jurídico burgués está estructurado para favorecer siempre a las clases poderosas, y que el único modo de salvar este desequilibrio es invertir el sentido de las normas, mediante interpretaciones judiciales favorables a los débiles y postergados de las clases bajas. En la obra antes citada, Cotturri y Barcellona entienden que debe darse al derecho una "*praxis emancipatoria*", que no tiene el único sentido de una práctica en contradicción con el modelo social de la clase dominante, sino también el de *generar una cultura jurídica alternativa*, integrada con un análisis del sistema, y la elaboración de técnicas y categorías conceptuales divergentes de las que emplean los modelos culturales dominantes. Esas teorizaciones deben desnudar la relación que existe entre las instituciones jurídicas y las estructuras sociales. Señalan que

14 Ver, de Orwell, George, 1984, Colección: Áncora y Delfín, Ediciones Destino, Barcelona, 2009, y de Bradbury Ray, *Fahrenheit 451*, Planeta/Minotauro, Madrid, 2005.

15 Ver Barros Leal, César, *La vigilancia electrónica a distancia*, Editorial Porrúa, México 2010.

16 Ver, Garibaldi, Gustavo, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

17 Ed. Fontanella, Barcelona, 1976.

las discusiones de los juristas de todas las ideologías terminan siempre en una *reconstrucción del sistema* que privilegia aspectos de este, considerándolos “dignos de recuperación”.

En América Latina, un adherente de esta línea de interpretación judicial fue el magistrado venezolano Jorge Rosell Senhenn, quien sostuvo, en uno de sus trabajos, que la igualdad proclamada por las leyes es puramente formal, mientras que, en los hechos, los sujetos de la relación jurídica son desiguales y desigualmente tratados, lo que se aprecia con nitidez en algunos campos del derecho, como el laboral y el de menores. Afirmó que el derecho tiene un eminente contenido político, pese a la cultivada imagen del juez “neutral”, que no ve o no quiere ver las desigualdades. Para Rosell, la norma debe ser interpretada tomando partido por las soluciones que, siendo formalmente equitativas, lo sean también sustancialmente. Este magistrado suscribió numerosos fallos donde hizo aplicación de sus ideas, que tuvieron cierta aceptación también en el ámbito de la justicia brasileña¹⁸.

e) Decriminalización

Como su nombre indica, esta propuesta se orienta hacia la *reducción del sistema penal* y propone eliminar figuras delictivas superfluas, obsoletas o tipificaciones de conductas que podrían ser controladas por medios administrativos o del derecho privado. El interés se centró en conductas relativas a la libertad sexual, como la homosexualidad, la prostitución, el adulterio, o a los llamados “delitos sin víctima”, tales como el consumo de drogas. Propusieron, en suma, reducir el catálogo penal, mediante la supresión de numerosos tipos penales, conforme a una sistemática elaborada doctrinariamente¹⁹.

En Europa quedó tematizada la noción de decriminalización en el Coloquio de Bellagio de 1973, y plasmó en un verdadero proyecto gubernamental compartido en el *Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad*, Estrasburgo 1980²⁰.

18 *Realización de los derechos humanos y uso alternativo del derecho*, en Capítulo Criminológico, Maracaibo, n° 9/10, 1981/82, p. 140.

19 Una buena síntesis de la sistemática aludida y de otras medidas alternativas, puede verse en Rico, José María, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, Siglo XXI, México, 1979.

20 Traducción al castellano de Ciafardini y Bondanza, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.

En América Latina, la decriminalización fue reconocida como una posibilidad político criminal a partir del Curso Internacional de criminología de Guayaquil, en 1975. Desde ese encuentro, se incrementó su difusión en América Latina durante las últimas décadas del siglo XX, y la idea decriminalizadora alcanzó amplia difusión en nuestros países, donde destacados penalistas y criminólogos la expusieron y recomendaron en publicaciones, ponencias y tesis doctorales. En el Cono Sur, los uruguayos cuentan con destacados juristas que trataron esta temática, como Adela Reta, en 1983 y Miguel Langón Cuñarro, quien analizó, en 1984, los límites del poder sancionador en un estado democrático. También hubo dos ediciones del análisis interdisciplinario de Raúl Cervini²¹.

Cuando comenzó a discutirse la propuesta decriminalizadora, que alcanzó cierta inserción ideológico-legislativa en las sociedades de bienestar europeas en la década de 1980, se sostuvo la necesidad de colocar fuera del derecho penal diversas situaciones problemáticas de la convivencia social. Se mencionaba la “cifra negra”, como indicador de la inoperancia cuantitativa del derecho penal, los costos del delito y de la respuesta punitiva, la necesidad de desinstitucionalizar, de no intervenir en las cuestiones morales de la conducta individual, de obviar la penalización de los delitos sin víctima, de prestar atención a minorías étnicas y culturales reconociendo sus usos y costumbres, etc. En suma, envuelta en finalidades prácticas de tipo economicista, se hallaba implícita la idea de una sociedad más libre, justa y tolerante. Sin embargo, en América Latina no se experimentaron procesos planificados de decriminalización, y en Europa, tras un breve éxito inicial, las tipificaciones penales volvieron a aumentar, sin más justificativo que las “emergencias” o la “inseguridad” sobreviniente.

f) Minimalismo penal

Este enfoque, conocido también como de “intervención penal mínima” nació en el grupo de la revista *“Dei delitti e delle pene”*, fundamentalmente de los aportes de Luigi Ferrajoli y Alessandro Baratta (1933 - 2002)²². Esta propuesta se basaba en la maximización del sistema de garantías legales, colocando a los derechos humanos como

21 *Los procesos de decriminalización*, Universidad, Montevideo, segunda edición, 1993.

22 Ver número 3, de 1985, con aportes sobre el tema de Baratta, Resta, Ferrajoli y Pavarini. También Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, op. cit., p. 335.

objeto y límite de la intervención penal.²³ Se buscaron medios de reducción penal cuantitativa, ampliando al máximo posible el efecto de las garantías disponibles. El propósito era disminuir la cantidad de conductas típicas, penalizar sólo las más dañosas, descartar las bagatelas, y hacer cumplir rigurosamente las garantías legales, para impedir los circuitos de justicia extrajudicial por mano propia. Se adoptaba el principio, caro a los abolicionistas, de la *subsidiariedad*, o sea, que el sistema penal intervenga sólo en casos que no pueden ser solucionados por otras vías jurídicas o sociales. La mínima intervención significaba que el Estado debía actuar únicamente en los casos más graves, protegiendo los bienes jurídicos de mayor importancia, siendo el derecho penal la última o extrema ratio, cuando ya hubieran fracasado las restantes alternativas jurídicas. Muy influenciada por las ideas iluministas y el estado social y democrático de derecho, esta estrategia pretendió poner al individuo verdaderamente en el centro de la escena jurídica. Baratta, por su parte, en sus "*principios de derecho penal mínimo*", elaboró el método conforme al cual, los derechos humanos son, por un lado, un límite negativo al crecimiento de la intervención penal, pero también un ámbito para ampliar la tutela penal de bienes en favor de la mayoría. Baratta propuso principios intrasistemáticos, para reducir "por dentro" al propio sistema penal, y extrasistemáticos, para la construcción de alternativas para el futuro, especialmente en el plano político y legislativo. Afirmó que una política criminal alternativa debía orientarse hacia la mayor contracción posible del sistema penal. Por ello, la disminución de las penas conformaría, meramente, una etapa previa a la superación del propio sistema penal, meta que, a largo plazo, coincidía con la del abolicionismo²⁴.

Baratta elaboró una sistemática para el derecho penal mínimo, señalando los principios reductores que debían presidir la creación de la ley y su aplicación, como los de taxatividad, proporcionalidad y subsidiariedad en el primer caso, y de primacía de la ley sustancial y su irretroactividad en el segundo, cuyo desarrollo completo debe verse en sus textos originales.

Ferrajoli considera posible una *legitimación del sistema penal* - según él indispensable en cualquier sistema político - mientras que Baratta

23 Baratta, Alessandro, *Principios del derecho penal mínimo, Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1987, pp. 623. y s.s.

24 Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*", Siglo XXI, México, 1982, p. 219.

proponía una *legitimación táctica con fines reductores*, cuyo objetivo último era el reemplazo de los sistemas de imposición de penas.

g) Garantismo penal

Es la interpretación elaborada por Ferrajoli, de un derecho penal legitimado por su capacidad de tutelar valores o derechos fundamentales,

“cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas de juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario”²⁵.

Para Ferrajoli, esta construcción supera las limitaciones morales y naturalistas del retribucionismo penal y de la prevención general positiva (reforzar la fidelidad al orden establecido, funcionalismo, Jakobs), *dando al derecho penal el único fin de la prevención general negativa* (función disuasiva de aquellos que no delinquen). Las penas pasan a tener, conforme a esta teoría, dos finalidades, que son: *el máximo bienestar posible de los no desviados, y el mínimo malestar de los desviados*. Siendo un mal la pena, es justificable, en tanto quede reducida a un mal menor frente a la venganza. El derecho penal mínimo sería algo así como la ley del más débil, que *sufrirá la pena como mal menor* frente al peligro de la anarquía que lo expondría a cualquier venganza caprichosa de particulares o autoridades.

Ferrajoli también elaboró una lista de postulados semejantes a los de Baratta, como principios fundamentales del garantismo; pueden señalarse, a título de ejemplo, los de retribución, legalidad, economía de prohibiciones, etc., cuyo análisis detallado puede seguirse en el texto del autor.

Dario Melossi formuló, desde la criminología, críticas a las posiciones minimalistas y garantistas, sosteniendo que el derecho

²⁵ Ferrajoli, *Derecho y...* obra citada, p. 336, destacado nuestro.

penal no puede, materialmente, hacerse cargo de los fenómenos que verdaderamente deberían ser considerados criminales. Consideró que por tales vías reductoras o de legitimación, la lucha contra la represión penal corría el peligro de transformarse en una lucha en favor de la prepotencia de los que son socialmente fuertes contra los débiles²⁶.

h) La concepción acotante y la vulnerabilidad

En el campo de la teoría del delito, merecen destacarse los esfuerzos de Raúl Zaffaroni para articular un retorno al derecho penal liberal, mediante la *limitación reductora del poder punitivo por parte de las agencias jurídicas*. Esa función - a la que denomina "acotante" - sería la única que podría dar base a una "re-etización" republicana y humanista del derecho penal. Define al derecho penal como *la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho*²⁷.

Según esa propuesta, los jueces deberían ser la contención del poder punitivo, para que éste no quede librado al impulso de las agencias ejecutivas y políticas, haciendo desaparecer el estado de derecho y la república, y dando lugar a un estado de policía. En otras palabras, se asigna a las agencias jurídicas una responsabilidad ética superior, por sobre las competencias ejecutivas y políticas.

El autor propone también un nuevo sistema de mensuración de la culpabilidad según la "vulnerabilidad" del justiciable, que sería la posición de riesgo criminalizante en que los propios autores se coloquen, o sea, el esfuerzo personal para delinquir, descontando, de la medida de la pena, los caracteres estereotipados del agente que lo hacen vulnerable²⁸. Se trata, ciertamente, de una compensación a los criminalizados, por aquellas desventajas sociales y personales de las que es responsable la propia sociedad.

Zaffaroni realizó un extraordinario desarrollo teórico para fundar sus propuestas, pero, lamentablemente, a lo largo de veinte años, su

26 Melossi, Dario, *Ideología y derecho penal, garantismo jurídico y criminología crítica: ¿Nuevas ideologías de la subordinación?*, en Nueva Doctrina Penal, A/1996, p. 75.

27 Zaffaroni Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, *Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, capítulo I.

28 *Derecho Penal*, obra citada, capítulos XX y XXX, y *En busca de las penas perdidas*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989, capítulo 6.

efecto en la praxis judicial y la legislación ha resultado, hasta ahora, escaso.

III. MODELOS JUDICIALES COMUNITARIOS NO ESTIGMATIZANTES

a) La vergüenza reintegrativa

Los modelos que se exponen a continuación no consisten propiamente en una alternativa al castigo, sino más bien en la adopción de mecanismos que *neutralicen la dañiosidad de su funcionamiento y sus consecuencias estigmatizantes*. La “vergüenza restaurativa” es una teoría de la justicia, que también ha sido analizada como teoría criminológica²⁹. El autor de esta propuesta es el neocelandés Braithwaite³⁰, quien se inspiró en antiguos modelos Maoríes de tratamiento de conflictos, y que tuvo materialización en la justicia de menores de Nueva Zelanda y Australia. Se trata de las “conferencias de grupo familiar” integradas por ciudadanos que cuidan de los ofensores. Esta teoría intenta demostrar cómo debería funcionar la justicia penal para no ser estigmatizante. La “vergüenza reintegrativa” es la reprobación por el hecho, pero, simultáneamente, la aceptación del individuo que lo ha cometido, basándose en la vieja premisa de que las sanciones impuestas por parientes, amigos o la colectividad próxima son más eficaces que las que imponga una lejana autoridad. En tal sentido, la vergüenza reintegrativa es una reprobación social, que al mismo tiempo contiene al infractor, y le permite reinsertarse en sociedad, en lugar de segregarlo.

b) La justicia restaurativa

La denominada “justicia restaurativa” es una modalidad de resolución alternativa de conflictos que se formula también como teoría de la justicia, emparentada con el modelo de Braithwaite, pero que enfatiza sobre la *reparación del daño* causado por el comportamiento criminal. Es un modelo de juzgamiento que se propone lograr sus

29 Ver un análisis crítico en: van Swaaningen, René, “*Perspectivas europeas para una criminología crítica*”, n° 8 de la colección Memoria Criminológica, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 328 y s.s.

30 Braithwaite, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, University Press, Londres, 1989.

objetivos mediante *procedimientos corporativos*, que incluyan a todos los involucrados en el conflicto. Esta concepción está basada también en modelos de justicia indígena practicada en diversos países, como Nueva Zelanda, Canadá y América Latina. La reparación del daño está puesta en primer plano, por encima del cumplimiento formal de la ley penal. Según Hendler, la atracción de este modelo comenzó a crecer a partir de un programa de reconciliación instrumentado en 1974 en Canadá, que luego se expandió por Estados Unidos y Europa.³¹ Estas reuniones de personas cercanas a los protagonistas (parientes, vecinos, amigos, etc.) tratan de operar por vía de “enmiendas” del responsable, quien debe dar pruebas de un cambio de actitud mediante disculpas, modificación de su comportamiento, restitución de bienes o reparación de daños, que expresen su generosidad y disposición al cambio constructivo. Por cierto, este modelo apela a particularidades y formas de judicialidad alternativa que ya hemos analizado, como reparación, conciliación, mediación, arbitraje, etc., a fin de lograr los siguientes objetivos:

*Reparar el daño.

*Lograr la reconciliación de las partes.

*Facilitar la participación activa de las víctimas, el ofensor y la comunidad en la “restauración”.

*Reintegrar al “enmendado” a la comunidad, mediante el establecimiento de nuevas relaciones con él.

El procedimiento para llevar a la práctica la restauración consiste en la intervención de un mediador, o bien en reuniones colectivas o en los llamados “círculos”, en los cuales, literalmente, los protagonistas se ubican de ese modo, y escuchan la tarea de un “facilitador” que no es lo mismo que un mediador, pues solo ordena el diálogo y se abstiene de hacer propuestas.

El objetivo de esta modalidad es alcanzar una justicia transformadora de las personas, llevando la paz a la comunidad.

El movimiento restaurativo tiene un importante desarrollo en diversos países latinoamericanos, especialmente en Costa Rica³². Existe

31 Hendler, Edmundo, *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 104.

32 Ver: *Justicia restaurativa en Costa Rica*. Compiladoras Fabiola Vernal y Sara Castillo, CONAMAJ, San José, 2006. En Argentina, ver: Devoto, Eleonora, *Aportes para un modelo*

también una Sociedad Científica de justicia restaurativa, que publica RJR (revista de justicia restaurativa)³³.

c) Trabajo en beneficio de la comunidad

En muchas legislaciones, el trabajo en beneficio de la comunidad puede ser impuesto como medida accesorio a la pena, pero una corriente teórica reciente postula también su empleo como forma sustituta de la pena privativa de libertad³⁴.

IV. LOS MOVIMIENTOS ABOLICIONISTAS

“Abolicionismo” es el nombre que se dio, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical al sistema de justicia penal, y plantea su reemplazo³⁵. Esta corriente fue generada por pensadores que *no se interesaron por una política criminal alternativa, sino por una alternativa a la política criminal*. En esa línea de pensamiento, mantuvieron distancia de quienes, estudiando el sistema penal, se esforzaban por encontrar soluciones aptas para conservar y mejorar su existencia en el tiempo.

Una interpretación de conjunto del fenómeno abolicionista es compleja, ya que en su historia y desarrollo intervienen filosofías, metodologías y objetivos distintos, que se desarrollaron originalmente en Canadá y Estados Unidos, bajo una fuerte inspiración religiosa. En esas corrientes se destacó especialmente la doctora de ciencias cuáqueras Ruth Morris (1933-2001), activa militante en cuestiones de marginación, drogas, discriminación racial y problemas carcelarios³⁶. En los Estados Unidos, por su parte, se generó el movimiento abolicionista internacional ICOPA, que reunía a militantes abolicionistas de la más diversa procedencia, habiendo concretado su primera conferencia en Toronto en 1983, y algunas en América Latina en la misma década,

penal consensual, Revista institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 1, marzo de 2011, p. 21.

33 www.justiciarestaurativa.es y www.restorativejustice.org

34 Alvaro Burgos M., *El trabajo en beneficio de la comunidad como alternativa punitiva*, Mundo Gráfico de San José, Costa Rica, 2005.

35 Definición de Stanley Cohen, en *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 13.

36 Morris, Ruth, *Abolición penal*, traducción de José María Menna Viale, Centro de publicaciones de la UNL, Santa Fe, 2000.

especialmente en Argentina (Paraná, 1994) y Costa Rica (1995). Paralelamente a tales enfoques, en Europa se desarrollaron corrientes abolicionistas, también de distintos signos ideológicos o filosóficos, que se reflejaron en sus múltiples propuestas y objetivos.

Louk Hulsman (1923-2009) fue una personalidad de referencia para entender el abolicionismo desde la periferia latinoamericana, aunque su representatividad en el conjunto de las perspectivas críticas y abolicionistas dentro de la propia Holanda, fuese también periférica³⁷.

El abolicionismo reúne, en una sola familia, una gran variedad de propuestas de acción: desde una actitud extrema, que propugna la disolución del derecho penal, evitando todo contacto con él, hasta otras, centradas especialmente en el rol de las víctimas y la necesidad de evitar la estigmatización, valiéndose de una compleja variedad de técnicas participativas informales -que dan nombre a sus modelos de acción- tales como: "justicia transformativa", "mediación penal", "justicia restaurativa", "justicia de reconciliación", "justicia comunitaria", "justicia mediante la vergüenza reintegradora", etc.

El abolicionismo sostiene que el derecho penal es inhumano, reproductor y agravante de los conflictos de los particulares, habiéndoles expropiado su derecho a resolverlos entre sí, del modo que más les convenga. Sostiene que las instituciones y las burocracias jurídico-penales son ineficaces y conspiran contra la evolución democrática y participativa de los ciudadanos. En este sistema -dicen- las víctimas pierden protagonismo y reconocimiento, a expensas de funcionarios y burócratas ajenos y lejanos a los hechos, sobre los que pontifican, en base a lenguajes y ritos técnicos complicados, que sólo sirven para excluir a los ciudadanos del acto de hacer justicia. Las formas participativas deberían recuperar, entonces, el espacio protagónico de la ciudadanía, hasta la desaparición de la justicia penal, junto con todo el aparato de control social formal. Sus funciones deberían transformarse en el sentido reparador del derecho y civil y de ciertas formas comunitarias de interacción, capaces de aportar soluciones de mucha menor conflictividad.

En sus orígenes, por la década de 1970, el ideario abolicionista europeo formaba parte de la lucha por limitar y reducir el poder estatal,

37 Ver la crítica a la representatividad nacional de los abolicionistas holandeses en van Swaaningen, *Perspectivas europeas*,...obra citada, p. 190.

en consonancia con el malestar de la época en los países centrales, cuando la juventud y la intelectualidad consideraban al Estado como ejecutor del sometimiento del individuo, mediante una burocracia insensible y racionalista, que lo instrumentaba a través del consumo, para los fines del desarrollo capitalista.

Los abolicionistas fueron escépticos respecto al desarrollo industrialista, la sociedad de consumo y la “felicidad” de las sociedades de bienestar. Coincidían, históricamente, con el movimiento verde, el feminista, el pacifista y diversas corrientes alternativas, cuyo lema era “small is beautiful” (lo pequeño es hermoso). En las décadas de 1970 y 1980, la prédica abolicionista logró alcances y efectos muy importantes, consiguiendo, incluso, influir en la política criminal de algunos países europeos.

Para el abolicionismo, la perspectiva penal es siempre dicotómica: blanco - negro, criminal - no criminal, culpable - inocente, etc. Este carácter binario -dicen- constituye una visión simplificadora del hombre y sus actos, quitándole todo el proceso de interacción que enmarca la coexistencia, centrándose, apenas, en algunos aspectos de ella. Nils Christie sostuvo que la capacitación legal solo sirve para simplificar, porque no permite mirar todos los valores de una situación, sino seleccionar únicamente aquellos que tienen que ver con la ley³⁸.

Dentro de la diversidad del movimiento abolicionista puede distinguirse el abolicionismo penal radical, representado por Hulsman (quien propuso la desaparición total del sistema), y el abolicionismo institucional, limitado a alcanzar la supresión de la institución cárcel con sus anexos, como los psiquiátricos penales³⁹.

Los abolicionistas se proponen como objetivo devolver a las personas implicadas el manejo de sus propios problemas. La víctima debe *reapoderarse del conflicto que le fue sustraído por el Estado* y para ello se propone la construcción de una justicia participativa, *en la cual la compensación reemplaza a la pena*, según un modelo de sociedades sin Estado fuerte, que sólo intervendrá cuando las partes fracasen en

38 Ver, de Christie: *La Industria del control del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993 y *Una sensata cantidad de delito*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

39 Ver, Bovino, Alberto, en *La víctima como preocupación del abolicionismo*, en el libro “La víctima y el sistema...”, obra citada.

su intento de acuerdo, quedando habilitadas para recurrir, recién entonces, a los tribunales.

La muerte de Hulsman, los procesos del neopositivismo, las políticas de populismo penal, el incremento de los índices de encarcelamiento (incluso en Holanda, un país antes ejemplar en la materia) y otros acontecimientos de las últimas décadas, han provocado un retroceso importante de los progresos alcanzados por el abolicionismo, cuya prédica también ha perdido resonancia. Van Swaaningen cree, sin embargo, que las ideas - fuerza del abolicionismo renacen actualmente con otro formato, a modo de “neabolicionismo” en las propuestas de autores como John Braithwaite⁴⁰. Los años venideros dirán si las sociedades de riesgo de la actualidad, la intolerancia y las desigualdades sociales experimentarán cambios sustanciales, que cedan espacio a modelos humanistas como el del abolicionismo penal.

V. ALGUNAS BREVES CONCLUSIONES

Como puede apreciarse, analizamos diversas estrategias, prácticas y teóricas para reducir el sistema penal, algunos modelos de juzgamiento alternativo y también los argumentos que propician su abolición. Estos esfuerzos y propuestas *se han desplegado a lo largo de medio siglo*, alcanzando progresos y regresiones, y finalmente, fracasado, en el intento de limitar sustancialmente o eliminar al sistema penal. En el momento actual, parece haberse impuesto ampliamente el sistema de las legislaciones de emergencia y de los estados de excepción, como respuesta generalizada a la realidad de las llamadas “sociedades de riesgo”⁴¹.

El autor más reconocido en el análisis de estos temas es, en el momento actual, Giorgio Agamben, quien explica de manera sumaria las implicaciones de todo Estado Excepcional:

“No bien Hitler toma el poder (o, como se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado) proclama el 28 de febrero (de 1933) el Decreto para la protección del pueblo y del Estado, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto no

40 Van Swaaningen, René, *Perspectivas europeas...* obra citada, pp. 328 y s.s.

41 Elbert Carlos, *Manual Básico de Criminología*, cuarta edición, Eudeba, Buenos Aires, 2007, capítulos 14 y 15.

fue nunca revocado, de modo que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción, que duró doce años. El totalitarismo moderno puede ser definido, en este sentido, como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no solo de los adversarios políticos, sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultasen no integrables en el sistema político. Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos así llamados democráticos”⁴²

No es preciso agregar más, para comprender qué valores se ponen en juego, cuando cualquier circunstancia “anómala” en la vida social de un Estado motiva la sanción de normas “especiales”, “transitorias”, “provisorias” o “de excepción” desde una posición de fuerza del Estado, para afrontar contingencias imprevistas en épocas de “normalidad constitucional”. Las formas más extremas de este modelo de legislación suelen ir acompañadas de la concentración en el ejecutivo de la potestad legislativa y hasta judicial, pero, tal como señala Agamben (y como prueba el caso de los Estados Unidos) no es preciso desarticular los poderes del Estado para conceder atribuciones extraordinarias al ejecutivo, a fin de limitar garantías y libertades personales⁴³. El estado de excepción vuelve a ser justificado una y otra vez en contextos democráticos, con resultados siempre catastróficos, que parecieran ser olvidados con ligereza y que llevan a pensar, como sostienen muchos autores, que el estado de excepción se ha constituido ya en *un sistema legitimado y habitual de las democracias posmodernas*. Por cierto, esto coloca en el centro de la escena la discusión acerca de la subsistencia o extinción de la Modernidad, lo cual constituye materia de un tratamiento especial, ciertamente bastante complejo. De modo Sumario, nos pronunciaremos aquí **contra del estado de cosas implementado por la posmodernidad**, tanto en los campos político, como económico, social y científico. Creemos en la imprescindible necesidad de una *radicalización crítica de la Modernidad*, de modo que,

42 Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2005, página 25, resaltado nuestro.

43 Ver las formas que estos fenómenos adoptaron en la Argentina, en Torres, Sergio, *Derecho penal de Emergencia, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2008, p. 184 y s.s.

sin renunciar a sus logros positivos, tampoco se olviden sus objetivos frustrados, ni se oculten sus falacias⁴⁴. Para quienes compartan este punto de vista e intenten llevarlo adelante, no cabe duda de que las experiencias teóricas y prácticas aquí expuestas podrán ser una permanente fuente de inspiración.

Nota: El texto fue originalmente publicado en la Revista *Derecho Penal*, Buenos Aires, año 1, n° 1.

44 Elbert, Carlos, *Criminología, ciencia y cambio social*, Eudeba 2012, en prensa.

LAS TRANSFORMACIONES DE LA PENA EN UN MUNDO EN TRANSICIÓN: UNA BREVE REFLEXIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS*

César Barros Leal

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

No pretendo ni me atrevo a abarcar este tema en su ancha y compleja dimensión; rechazo, pues, la hipótesis de proceder a un examen detenido del pensamiento de un sinnúmero de penalistas, de variopintas latitudes, escuelas e ideologías, con cuyos textos, algunos de difícil digestión, he nutrido mis noches de insomnio, perdido en los laberintos del derecho criminal, de los fines y límites de la pena, así como de sus avatares en nuestro mundo en transición. Lo que sí me incumbe es replantar las semillas de las resistencias, inquietudes y perplejidades que suelen brotar naturalmente –como la miel de la primera pasión o la inocente sonrisa de un niño en la calle que descubre un juguete desechado en la basura– en la aridez de un territorio rebosante de presuntas verdades y no pocos embustes, esgrimidos como argumentos de autoridad, *magister dixit* de dogmáticas sobrepujadas por las andaduras de Cronos. Al fin y al cabo, al poeta corresponde la síntesis perfecta al señalar que “en este mundo de amor / nada es verdad ni es mentira, / todo es según el color / del cristal con que se mira”.¹

Mis lectores, como lo hizo el costarricense Alfredo Chirino Sánchez, juez y profesor universitario, en el prólogo de un bello libro en homenaje al Profesor Henry Issa el Khoury Jacob², pueden inquirir

1 CAMPOAMOR, Ramón de, poeta español del siglo XIX.

2 CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, “Del Derecho Penal Liberal y la Política Criminal para el Ser Humano (Prólogo), en CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, GONZÁLEZ VALVERDE, Lorena, TIFFER SOTOMAYOR, Carlos (compiladores). *Humanismo y Derecho Penal: Al*

sobre la idoneidad del derecho penal como herramienta de control social en un *locus* donde prosperan el miedo y la inseguridad, el delito posee múltiples caras, máscaras y raíces, y rige el desafío de hacerle frente, sin timidez ni treguas, con las armas del equilibrio, la inteligencia y la razón, que sólo se sostienen sobre las pilastras del respeto al ideario democrático y los derechos fundamentales, lejos de las proposiciones heterodoxas de reducción de la edad de la responsabilidad penal, de los discursos de emergencia del derecho penal simbólico³ y sus falsas sensaciones de seguridad; del funcionalismo radical de Günther Jakobs⁴ y su guerra al enemigo, la no-persona; y de las agendas fundamentalistas de *law and order*⁵ y tolerancia cero.

Profesor Henry Issa el Khoury Jacob, Liber Amicorum et Discipulorum, en Memoriam, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007, pp. 7-32.

3 Léase: "...convendrá asentir, con García-Pablos, que un derecho penal simbólico carece de toda legitimidad porque manipula el miedo al delito y la inseguridad, reacciona con un rigor innecesario y desproporcionado y se preocupa exclusivamente por ciertos delitos e infractores, introduce un sinfín de disposiciones excepcionales, a despecho de su ineficacia o imposible cumplimiento y, a medio plazo, desacredita el propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prescripciones." (SOUZA QUEIROZ, Paulo de, *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*, Editorial Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 56) Agréguese el comentario: "Cremer-Schäfer afirma que la estrategia para legitimar el aparato represivo encuentra su propio fundamento en la exasperación de la inseguridad, de la criminalidad y del miedo. La criminalidad se torna objeto de fobia colectiva del pueblo. La noción de violencia entra en el discurso sobre la criminalidad, con el objeto de producir consenso, e impedir el desarrollo de una resistencia social a fenómenos como el desempleo, la destrucción del Estado social y la pobreza, a través de la exclusión de determinados sectores sociales..." (SABADELL, Ana Lucia, "Segurança Pública", *Prevenção e Movimento Feminista: Uma Aproximação ao Caso Alemão*", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicación oficial del IBCCRIM. Año 8, n. 29, enero-marzo 2000. Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 56).

4 OLIVEIRA ARAÚJO, Dyllber Fernando de, "As (Crises e) Tendências do Direito Penal na Pós-Modernidade. 'Novos' Estudos para Vetustos Problemas em Tempos de Globalização, en *Revista Magister de Direito Penal y Processual Penal*, n. 47, abril/ mayo 2012, Editorial Magister, Porto Alegre, p. 102.

5 "La difusión incontrolada de hechos aterradoros, como robos seguidos de asesinatos, violaciones, homicidios, masacres, etc., además de noticias sobre corrupciones y fraudes, produce en la población una sensación de total inseguridad... Se valen de eso los partidarios del 'Movimiento de Ley y Orden', defendiendo medidas represivas de extrema severidad y la formulación de nuevos tipos criminales, lo que João Marcelo de Araújo Júnior denomina 'movimiento neocriminalizador'." (O Direito Penal Contemporâneo: Fundamentos. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, jul. /dic.

1. La trayectoria del derecho penal

Un extenso camino hemos recorrido desde la venganza de sangre, los castigos corporales en plazas públicas, el talión y el nacimiento de la cárcel, los dos últimos vistos en su época como avances punitivos, hasta las concepciones contemporáneas de la pena, en esta modernidad tardía a que se refiere Habermas, en la que se imponen, en oposición al maximalismo, los lindes garantistas de la mínima injerencia penal, proclamados por Ferrajoli y respaldados por los juristas Alessandro Baratta y Winfried Hassemer.

Consabidamente, la historia del derecho penal nada más es que la trayectoria de su continuo e imparable acortamiento, de su contracción (para muchos, desde una perspectiva crítica a ultranza, su propia abolición), en un proceso que demanda, para su despliegue, con miras a poner orden en el desorden, el abandonar conceptos, teorías, velocidades, tendencias e institutos que se han diluido, en la jornada del tiempo, en su debilidad e inconsistencia.⁶

2. Las prisiones de ayer y hoy

En un contexto de muchas sombras y colores desmayados descuella el encierro, una impropiedad histórica que falazmente se perpetúa y se intensifica a lo largo de los siglos (en los días actuales son más de nueve millones de reclusos en el mundo, mitad de los cuales se hallan en Estados Unidos, Rusia y China, siendo más de quinientos millones en Brasil, según datos del Departamento Penitenciario Nacional, órgano del Ministerio de Justicia), a despecho de las evidencias de su rotundo fracaso como medio de punición, intimidación y resocialización.

Sobrepobladas, repulsivas y ruinosas en su mayoría, máxime en el continente latinoamericano, las prisiones, insalubres y soturnas, bombas del tiempo en el lenguaje de Elías Carranza, Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente - Ilanud (ya fue dicho que

1997, 6:90 y 91, en JESUS, Damásio de, *Penas Alternativas*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1999, p. 4).

6 En el mismo sentido: "... la pena de prisión en la actualidad, mucho allá de su fracaso, constituye la síntesis más emblemática de las puniciones torturantes deshumanas, degradantes y crueles..." (GOMES, Luiz Flávio, *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pp. 19-20).

la mejor cárcel es la que no existe), se han convertido (o tal vez deba aducir: casi siempre lo fueron, desde Rasphuys y Spinhuis en Holanda y la *House of Correction* en Inglaterra, fundadas en el siglo XVI, así como sus congéneres en Gloucester y Oxford), merced a la indiferencia de los gobiernos y de la sociedad, en desagüaderos de los males y de las aporías de la justicia criminal, espacios cloacales del desamparo jurídico y material, de total desatención a los derechos humanos, donde se amontonan, en convivencia forzada, bajo condiciones brutales e inhumanas, cautivos sentenciados o no, primerizos y reincidentes, mayormente jóvenes y pobres, herederos de la miseria social.

Los encarcelados, habitantes de esas filiales del infierno, padecen el fenómeno de la prisionización (el asimilar los valores, hábitos y códigos de lenguaje que predominan tras las rejas⁷) y se sujetan a

7 Para mejor comprensión: "Cuando una persona o grupo de ingreso penetra y se hunde con otro grupo, se dice que ocurrió una *asimilación*. El concepto tiene más adecuación en cuanto a grupos de emigrantes y, tal vez, no sea el mejor para designar el proceso semejante, que ocurre en la prisión. De cualquier forma, debemos entender por *asimilación* el proceso lento, gradual, más o menos inconsciente, por el cual la persona adquiere lo bastante de la cultura de una unidad social, en la que fue colocado, a punto de volverse característico de ella. Así como se usa el término *americanización* para describir el mayor o menor grado de integración de un emigrante al esquema de vida en América, el término *prisionización* indica la adopción, en mayor o menor grado, del modo de pensar, de las costumbres, de los hábitos – de la cultura general, de la penitenciaría. Prisionización es semejante a la asimilación, pues. Todo hombre que es confinado a la *cárcel* se sujeta a la prisionización, en alguna extensión. El primer paso, y el más obviamente integrativo, atañe a su *status*: se transforma, de un golpe, en una figura anónima de un grupo subordinado; traja las ropas de los miembros de este grupo; es interrogado y amonestado/ luego descubre que los custodios son todopoderosos; aprende las clases, los títulos y los grados de autoridad de los varios funcionarios; y, usando o no usando *el argot* de la cárcel, él viene a conocer su significado; aunque pueda mantenerse solitario, termina por referirse, por lo menos en pensamiento, a los custodios como los *samangos*, a los médicos como *receptadores de rueda de jeep* (aspirina) y a usar los apodos locales para designar a los individuos; se acostumbra a comer con prisa y a obtener alimento a través de los trucos usados por los que le son cercanos. De varias otras maneras, el preso nuevo *desliza* para dentro de los patrones existentes; aprende a jugar o aprende nuevas maneras de hacerlo; adquiere comportamiento sexual anormal; desconfía de todos; mira con rencor a los custodios y aun a los compañeros, etc. En suma: viene a aceptar los dogmas de la comunidad. No todos los hombres se sujetan a todas esas transformaciones. Sin embargo, nadie escapa de determinadas influencias, que podrían llamarse *factores universales de prisionización*, tales como: aceptación de un papel inferior; acumulación de hechos concernientes a la organización de la prisión; el desarrollo de nuevos hábitos, en el comer, vestir, trabajar,

toda suerte de violencia, ensanchándose su odio hacia la colectividad que los repudia y los animaliza. Triste imagen de un sistema que ha perdido progresivamente su legitimidad ante los equívocos de la clausura, ante su selectividad (que reproduce y refuerza las asimetrías sociales), además de la ineptitud para asegurar la integridad física y moral de sus huéspedes y por igual de rehabilitarlos, de tornarlos aptos a la convivencia en la sociedad, en antagonismo a la prevención especial positiva.

Como si no bastara, los presos de gran poder, jefes del crimen organizado, capitanes del mercado de drogas, no sólo comandan la vida en el interior de esas unidades, sino también siguen manteniendo vínculos extramuros con el universo del delito, lo cual es facilitado por el acceso a teléfonos celulares, a visitas (familiares, conyugales, etc.) desprovistas de monitoreo, sin que las autoridades logren o siquiera intenten cohibirlo.

Hay los que, en el vacío creado por la omisión estatal, ordenan, desde el presidio, la explosión de agencias bancarias y cajas electrónicas, la destrucción de transportes públicos y la muerte, como forma de retaliación o rescate de deudas, de enemigos, de policías, o incluso sus parientes, en un círculo vicioso de enfrentamientos que disemina el terror, amenazando la seguridad pública.

Si la privación en régimen cerrado es vergonzosa, mucho más lo es en los regímenes más blandos (semiabierto y abierto), sea por la inexistencia de establecimientos penales adecuados para ese objeto (en Brasil, colonias agrícolas o industriales y casas del albergado, respectivamente), sea por la mínima falta de control, de vigilancia, lo que genera un absoluto descrédito por la impunidad que representa y favorece. Dichos regímenes se han transformado por las enormes distorsiones de ellos resultantes (entre las cuales el uso masivo de una falsa reclusión domiciliaria que se vuelve sinónima de libertad), en uno de las más grotescos males de un sistema penitenciario cada vez más precario e ineficaz, coadyuvando de igual modo al incremento de la delincuencia.

dormir; la adopción del lenguaje local; el reconocimiento de que nada es debido al medio ambiente, en cuanto a la satisfacción de necesidades; eventual deseo de lograr una 'buena ocupación' (o, en el argot prisional carioca, una 'fajina')." (G. THOMPSON, Augusto F., *A Questão Penitenciária*, Editorial Vozes, Petrópolis, 1976, p. 53).

En este dominio, el confinamiento solitario, que se buscó superar históricamente con la progresividad (la zambullida en la historia de las prisiones nos permite un *insight* muy claro de este proceso), resurgió con toda su fuerza, bajo el manto de la legalidad, sobre todo después del ataque terrorista a las Torres Gemelas del *World Trade Center* el 11 de Setiembre de 2001 (ocasionando una ola de endurecimiento que trascendió las fronteras de Estados Unidos), estando presente en las prisiones de máxima seguridad, estatales y federales, que se multiplica(ro)n en los cinco continentes.

3. Las instituciones de internación de adolescentes infractores

En el ámbito de los menores infractores se ha asistido en nuestra región a un mero cambio de palabras que poco repercutió en su realidad. No importa que no se emplee, en muchas partes, la palabra *menor* (caso de Brasil, donde se tornó prohibitiva en sede criminal) sino *niño* o *adolescente*; no importa que, en lugar de *penas*, se hable de *medidas socioeducativas*; no importa que los términos *prisión*, *reclusorio*, *establecimiento penal* o *penitenciario* hayan sido reemplazados por *centro de internación* o *establecimiento educacional*.

Lo que sí prevalece, amén de la coreografía lexical, es el convencimiento de que las sanciones aplicables a los menores/adolescentes, en especial la internación se han vuelto, por lo general, tan rigurosas como (o más que) las penas de los adultos y un testimonio del fiasco de la justicia juvenil.

Debo decirles que, en el transcurso de los últimos años, he visitado decenas de instituciones de acogimiento de adolescentes infractores, en varios países. En muchas de ellas, el escenario, cuyas precarias condiciones coliden con lo proclamado en las normas pertinentes, es semejante al de las prisiones. No hay, por lo tanto, como sorprenderse ante las fugas reiteradas y la eclosión frecuente de motines, que suelen terminar en la destrucción parcial de las unidades. La crónica de un drama anunciado. Un torpe espectáculo que se escena año tras año ante la indiferencia de los gobernantes.

4. Las sanciones alternativas

A pesar de las críticas que las identifican como expansiones de la red de control, las alternativas penales, recomendadas en la estela

de la mínima intervención, del carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal realzado por Jorge de Figueiredo Dias y Claus Roxin, han ganado espacio y aceptación por sus resultados satisfactorios, ante todo por la capacidad de potenciar la reinserción social del condenado en la medida en que evitan los *dolores de la encarcelación* y lo mantienen en su familia y grupo social, sin alejarlo del trabajo.

El profesor del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México (UNAM), Sergio García Ramírez, quien fungió como Procurador General de la República de México y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de referirse al aumento del empleo de las sanciones alternativas en Europa Occidental, agregó: “así ha ocurrido, en rigor, dondequiera. Las alternativas y los substitutivos son la más relevante propuesta del legislador –por su dimensión y por sus efectos– en el régimen de sanciones penales (Zannotti). Al fin de cuentas, si el instrumento penal constituye –en una sociedad democrática– el último recurso del control social, la prisión debiera ser también, una vez abolida la pena de muerte, el último recurso de la punición.”⁸

En el libro *Vigilancia Electrónica a Distancia: Instrumento de Control y Alternativa a la Prisión*, puntualicé: “La percepción del malogro de la cárcel –‘de esta cárcel que tenemos, pero que no queremos’–, asociado a las altas tasas de reclusos, que se atribuye también a la persistente cultura de encarcelamiento, y a los inmensos gastos en su

8 A ese respecto: “Puesto que la soledad era absoluta, se tornó conocido como régimen solitario o *solitary confinement*. Su rigor hizo que Enrique Ferri (1856-1929), el fundador de la Sociología Criminal, lo considerase, en una conferencia sobre *Lavoro e celle dei condenati*, dictada en 1885, “una de las aberraciones del siglo XIX”. Los que yacían como tanatoides, muertos en vida en la tumba de sus celdas, en cuya puerta había un número, eran exhibidos a los visitantes, una práctica de atemorización que se mantiene en muchas prisiones y centros de internación de menores infractores de nuestro tiempo.

La comida era suministrada una vez al día, por la mañana. Regía la prohibición de ver, oír o hablar con las demás personas, admisible tan sólo la lectura de la Biblia y de otros textos religiosos que les permitiese, *in foro conscientiae*, arrepentirse de sus actos y reconciliarse con la sociedad y con Dios.

Sus virtudes: garantizaba el orden; impedía la interacción nociva y la evasión; y empleaba pocas personas. Sus inconvenientes: el sufrimiento de los presos era excesivo; vulneraba su salud física y mental; y no los preparaba para el reingreso al medio social.” (En BARROS LEAL, César, *Ejecución Penal en América Latina a la Luz de los Derechos Humanos: Viaje por los Senderos del Dolor*, Editorial Porrúa/Ilanud/Facultad de Derecho de UNAM, México, p. 32.

manutención, ha estimulado en América Latina, en mayor o menor grado, la creación y aplicación de nuevas sanciones, no privativas de libertad (exilio local, prohibición de frecuentar determinados lugares, manutención de distancia de la víctima, expulsión del territorio nacional para extranjeros, tratamiento de desintoxicación, confiscación de bienes, caución de no ofender, cumplimiento de instrucciones, amonestación, interdicción temporaria de derechos, reconciliación con el ofendido, prestación de servicios comunitarios, limitación de fin de semana, pérdida de bienes, pena pecuniaria, multa indemnizatoria, etc.), destinadas preeminentemente a los condenados por delitos de escasa entidad, de pequeño potencial ofensivo –como hurtos, lesiones corporales leves y fraudes– y eventualmente de mediana criminalidad.”⁹

5. La Justicia Restaurativa

No me atrevo a dejar de mencionar aquella puerta que se ha abierto para contener el crecimiento de un derecho penal en continua revisión. Nuevos bienes e intereses jurídicos, de naturaleza individual o colectiva, resultantes del evolucionar de la sociedad, de sus novedosas exigencias, se suman a los ya existentes, demandando su protección.

Hablo de una justicia distinta de la ordinaria, de matiz positivista, que se asienta sobre cinco columnas maestras de acción: el encuentro (entre el ofensor, la víctima e integrantes de la comunidad), la participación (de todos en las distintas fases del proceso o fuera de él), la reparación (devolución, indemnización, trabajo comunal), la

9 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Crimen y Prisión en el Nuevo Milenio”, *Prevención Criminal, Seguridad Pública y Procuración de Justicia: Una Visión del Presente y del Futuro*, de OLIVEIRA DE BARROS LEAL, César (coautor y organizador), IBDH/Inacipe/Ilanud, México, 2009, pp. 385-405. El texto es la Conferencia impartida en el II Congreso Internacional de Prevención Criminal, Seguridad Pública y Procuración de Justicia: Una Visión del Presente y del Futuro a la Luz de los Derechos Humanos, Fortaleza, 24-27 de marzo de 2003. Es más: “... lo que se busca es limitar la prisión a las situaciones de reconocida necesidad, como medio de impedir su acción criminógena, cada vez más fuerte. Los llamados *substitutivos penales* constituyen alternativas más o menos eficaces en la tentativa de desprisionar, además de otras medidas igualmente *humanizadoras* de esa *forma arcaica de control social*, que es el Derecho Penal. (BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Novas Penas Alternativas. Análise Político-criminal das Alterações da Lei n. 9.714/98*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1999, p. 4).

reintegración (de la víctima y del ofensor) y la transformación de los sujetos involucrados en el delito.

Se trata de una “experiencia consolidada en Estados Unidos (donde se despliega desde hace más de 30 años), Canadá, Australia y Nueva Zelanda, países anglosajones que adoptan el *common law* (con la salvedad de Québec, que sigue el sistema jurídico francés) y que expandieron el modelo de las *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*, pero incipiente en ciertas latitudes (enfocada precisamente en la víctima, cuya dignidad se redescubre y se rescata, en la solución efectiva y pacífica del conflicto, en un proceso comunicacional caracterizado por el encuentro y el énfasis en el futuro), defendida por la ONU, que se pronunció a su favor en la Resolución 12 (*Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*), del 24 de julio de 2002, del Consejo Económico y Social, como todo proceso en el que la VÍCTIMA, el delincuente y, cuando proceda, cualesquier otras personas o miembros de la comunidad que hayan sido afectados por un delito participen conjunta y activamente en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general con el apoyo de un mediador.”¹⁰

Nada tiene que ver con el derecho penal tradicional, irrespetuoso de los derechos fundamentales, y que se confunde con la pedagogía del castigo, estimulada por algunos medios de comunicación social; al contrario, lo que se quiere, en la Justicia Restaurativa, es hacer que sobresalgan valores como el diálogo, el perdón, la reparación y la paz, entre otros, en lugar de la culpa y la pena, cediendo espacio para la comunidad, directa o indirectamente implicada, en pos de restaurar los vínculos personales y sociales rotos por el acto delictivo y, de este modo, robustecer la seguridad ciudadana.

Insta mencionar que la JR igualmente se emplea después de la sentencia, en la ejecución de la pena. Ejemplo exitoso en ese sentido es el proyecto Árbol Sicómoro, desarrollado en diversos países por la Confraternidad Carcelaria Internacional (*Prison Fellowship International*), consistente en un curso de 5 a 8 semanas en el que un grupo de presos, con la presencia de un facilitador, aprenden

10 BARROS LEAL, César. *Justicia Restaurativa: Amanecer de una Era. Su Aplicación en Prisiones y Centros de Internación de Adolescentes Infractores*. Texto en construcción, presentado para fines de conclusión de posdoctorado en derecho, en 2012, en la Universidad Federal de Santa Catarina, en Florianópolis, siendo supervisor el Dr. Sergio Urquhart Cademartori, p. 31.

lecciones sobre conocimiento mutuo, pérdida del rencor, reparación, arrepentimiento, excusa, responsabilización, etc., y tienen en el final una reunión con víctimas de delitos no necesariamente relacionados con sus victimarios (como ejemplo: secuestradores con personas que fueron objeto de un secuestro). Tuve la oportunidad de participar en encuentros restaurativos y les aseguro que vienen a ser una loable iniciativa.

6. Consideraciones finales

En definitiva, hay que repeler las políticas de control y castigo que venden a la población fórmulas mágicas de contención de la criminalidad como si fueran bulas del derecho penal y defender, paralelamente a medidas profilácticas –como las de combate a la pobreza y construcción de una sociedad más justa, con menos contrastes– la residualidad de la pena detentiva (su extinción es hoy tan inalcanzable como una sociedad sin crimen), así como perseguir una ejecución penal más congruente con los ideales de justicia y humanidad.

Una lección –de Gustavo Radbruch– nos cabe guardar, y aquí concluyo tomando la libertad de transitar por las veredas del sueño: “No tenemos que hacer del Derecho Penal algo mejor, sino hacer algo mejor que el Derecho Penal.”

DERECHOS HUMANOS, CRIMINALIDAD Y JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA EN EL SIGLO XXI

Elías Carranza

Director del ILANUD.

Primer Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los Sistemas Internacionales de Protección, Colombia, Medellín.

Apreciadas amigas y amigos, me siento muy honrado por este homenaje que excede sobremanera lo que yo haya hecho en materia de derechos humanos en los países de nuestra región.

Siempre he creído que soy una persona que ha tenido mucha suerte, aun en los momentos de mayor adversidad, en una región en la que millones de personas no la tienen, y que a pesar de la enorme riqueza de nuestra región viven en la indigencia, en condiciones de indignidad.

Sin duda me halaga este hermoso gesto que han tenido conmigo, aunque tal vez lo correcto y justo de mi parte cuando me lo anunciaron, hubiera sido no permitirles hacerlo.

Decía que siempre tuve mucha suerte, desde que nací. Pertenecí en mi país a las familias con buena posición económica, tuve una buena educación, estudié lo que deseaba, trabajé también en lo que deseaba que era la justicia penal, y cuando tuve momentos de adversidad pude exiliarme en Costa Rica, país que nos recibió a mí y a mi familia con gran generosidad, en el que también pude continuar trabajando en lo que deseaba, a partir de entonces en el ILANUD, instituto que me brindó todas las facilidades para hacerlo, por supuesto que trabajando con empeño, pero haciéndolo con las facilidades y la protección que brinda un país como Costa Rica.

Coincido con Emmanuel Kant en que quien cumple con las normas haciendo lo que le gusta no tiene mérito por ello, sencillamente cumple

con su obligación¹. Y yo, persona con suerte que he podido trabajar en lo que ha sido mi vocación, recibo además este homenaje y el afecto de tantas amigas y amigos queridos, muchos de los cuales se encuentran en este auditorio.

Lógicamente me agrada mucho que ustedes piensen que mi trabajo valió la pena. Lo hicimos conjuntamente con otras y otros colegas del ILANUD y de los países de la región. Por eso quiero agradecer al Instituto Colombiano de Derechos Humanos, a Costa Rica, al ILANUD y a su fundador don Jorge Arturo Montero, y a las Naciones Unidas, por las oportunidades que me brindaron, y agradecer muy especialmente a mi esposa Rita Maxera que en muchas de las cosas que yo pueda haber hecho fue ella la principal hacedora; y a mis hijas e hijo, con quienes compartimos intensamente todas las cosas que hacemos.

Sinceramente, nuevamente muchas gracias.

En lo que sigue desarrollaré, actualizándola, la conferencia que en marzo del corriente año pronuncié en la ciudad de Medellín.

Tradicionalmente, a partir de la sistematización de Karel Vasak (1977), se clasificaron los derechos humanos según la época en que fueron reconocidos y según su naturaleza, en derechos humanos de la primera, la segunda y la tercera generación.

Los de la primera generación -civiles y políticos- que surgieron con la revolución francesa como reacción ante el absolutismo monárquico, fueron establecidos por primera vez en la constitución de los Estados Unidos y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del siglo XVIII. Entre ellos se encuentran los derechos a la libertad y a un juicio justo, con el detalle de los múltiples derechos específicos que ambos implican.

Contemporáneamente estos derechos fueron introducidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y en la Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969.

1 Introducción a la Metafísica de las Costumbres.

Los derechos humanos de la segunda generación -económicos, sociales y culturales-, son los derechos colectivos que surgen como resultado de la revolución industrial y procuran el establecimiento de estados de bienestar que garanticen su goce a todas las personas. Entre ellos se encuentran los derechos al trabajo, a sindicalizarse, a la salud, la alimentación, la vivienda, la educación y a otras necesidades básicas. También fueron introducidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y detallados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas también el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976. Fueron asimismo establecidos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y en su “Protocolo de San Salvador” en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado el 17 de noviembre de 1988;

Los de la tercera generación -derechos de los pueblos, o de la solidaridad- son los derechos a la paz, al desarrollo y al medioambiente, que se reconocen doctrinariamente en los años 80.

Y más recientemente se ha hablado también de una cuarta generación de derechos humanos, consistente en el derecho al medioambiente y a repensar los derechos humanos ante la realidad de la sociedad tecnológica contemporánea.

Los derechos humanos son universales e inalienables, interdependientes e indivisibles. Esto significa, como lo expresara el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que *Todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. Y de la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás* ([/www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx](http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx)).

Ahora bien, hasta aquí nos hemos referido, muy sucintamente, a lo que la humanidad ha logrado establecer en el derecho internacional, y en las constituciones de los países. Pero por lo que respecta a la realización material de tan numeroso cuerpo de derechos, debemos decir que la humanidad no ha avanzado de igual manera, y en algunos casos más bien parecería haber retrocedido.

Veamos, por ejemplo, la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo establecimiento con rango constitucional tuvo lugar en nuestra región, en México, en su Constitución de 1917, hará muy pronto un siglo, y que posteriormente fueron introducidos en otras constituciones de la región y del mundo. En relación con estos derechos el último “Panorama Social de América Latina” de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL 2012:14) nos dice que en promedio el 28,8 casi el 30% de la población de la región se encontraba bajo la línea de pobreza, 167 millones de personas, y que de ellas 66 millones se encontraban en Pobreza extrema, bajo la línea de indigencia.

Veamos asimismo el caso de los derechos humanos de la tercera generación, los derechos de los pueblos o de la solidaridad, a la paz, al desarrollo y al medioambiente. Ante la cantidad de frentes activos de guerras civiles e internacionales existentes, ante el desarrollo de las teorías de la guerra preventiva, ante la situación de que los países de altos ingresos que generan la mayor polución ambiental se negaron a suscribir el protocolo de Kioto Sobre el Cambio Climático, ante la información constante sobre el derroche y polución de las fuentes de agua potable, la deforestación, desertificación, y extinción de especies animales terrestres y oceánicas, ante todo ello, difícilmente podríamos afirmar que la humanidad viene avanzando en la realización material de este grupo de derechos. Hay avances en determinados países, o en algunas materias, pero el balance global es muy grave.

Lo que venimos diciendo nos retrotrae al tema de la integralidad de los derechos humanos. Quisiera que en el curso de esta presentación podamos ver cómo el incumplimiento o el cumplimiento exiguo en el respeto a los derechos humanos de la tercera generación incide en el exiguo cumplimiento para con los derechos humanos de la segunda generación, y ambos a su vez inciden en el exiguo cumplimiento de los derechos humanos de la primera.

Si bien los niveles de pobreza son importantes para medir el grado de la realización material de los derechos económicos, sociales y culturales, contemporáneamente se ha encontrado otro indicador aún más importante que ella, por la alta correlación estadística que tiene con las mediciones que se hacen sobre la realización material de cada derecho, y también por su correlación con variables tales como la criminalidad. Tal indicador es la inequidad de la distribución del

ingreso². El Banco Mundial, el PNUD, la CEPAL y otras organizaciones han venido destinando el contenido de sus últimos informes anuales al análisis de la evolución de este indicador, y a las posibles acciones indispensables para revertir sus tendencias. Tal es la importancia que reviste.

Pues bien, el resultado de los análisis del Banco, del PNUD y de la CEPAL nos dicen que América Latina y el Caribe es la región del mundo con mayor inequidad en la distribución del ingreso. En África habría más pobreza, pero menor inequidad.

Pero hay algo más grave aún. Los informes del Banco y de la CEPAL nos dicen que medida por el coeficiente de Gini, la inequidad global ha venido creciendo de manera constante, desde principios del siglo XIX hasta la actualidad (1820-2002), y que en el curso de los años recientes, desde 1980 en adelante, se registra un aumento significativo de la inequidad como podemos ver en la tabla siguiente. O sea que la tendencia mundial no es hacia una reducción de la inequidad, ni siquiera hacia su estancamiento. La tendencia es hacia mayor inequidad, entre los países de altos ingresos y el resto del mundo, y al interior de los países.

Índices de Gini globales estimados, 1820-2002

| Año | Gini |
|------|------|
| 1820 | 43.0 |
| 1850 | 53.2 |
| 1870 | 56.0 |
| 1913 | 61.0 |
| 1929 | 61.6 |
| 1950 | 64.0 |
| 1960 | 63.5 |
| 1980 | 65.7 |
| 2002 | 70.7 |

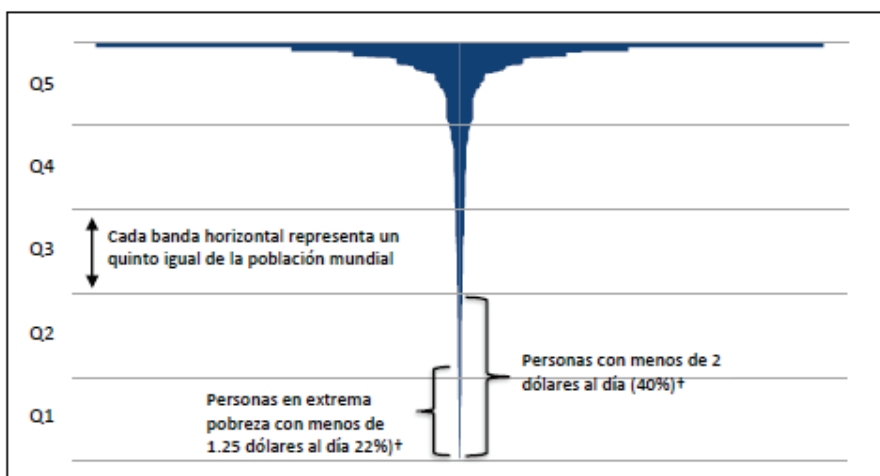
Fuente: Milanovic (2009)

Tomado de Ortiz y Cummins 2012

En el gráfico siguiente se exhiben los efectos del aumento global de la inequidad sobre los diversos percentiles mundiales de población.

² También ha comenzado a utilizarse para los mismos fines la inequidad de la distribución de la riqueza.

Ingreso global distribuido por percentiles de la población en 2007
(o último año disponible) en dólares internacionales constantes PPA de 2005*



Fuente: Adaptado de PNUD (2005) con base en Banco Mundial (2011), UNU-WIDER (2008) y Eurostat (2011)

* Según el modelo contable global

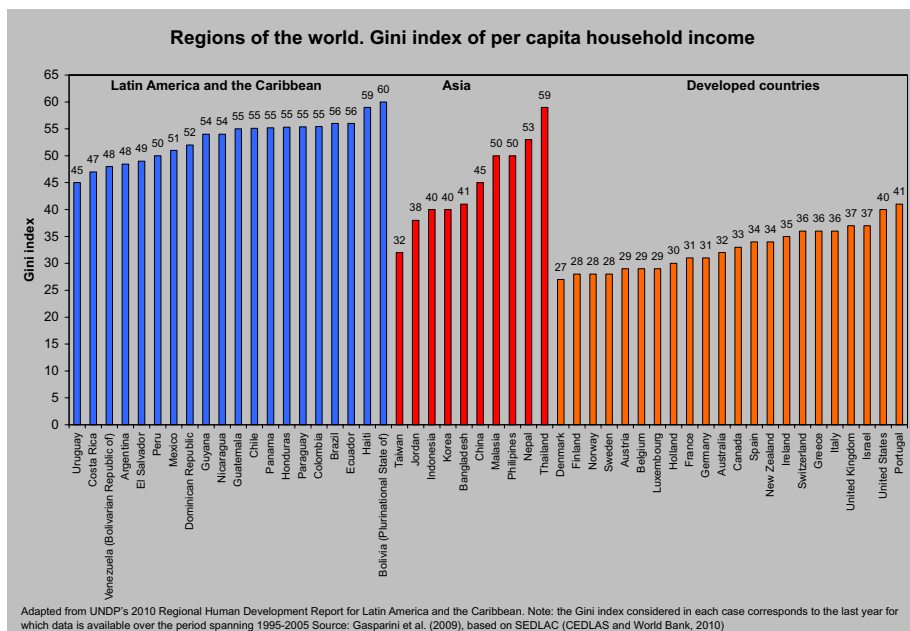
† Basado en Chen y Ravallion (2008)

Tomado de Ortiz y Cummins 2012

Aquí aparece en el escenario una ley de la sociología y la economía: Cuanto más hay para repartir, el reparto es más equitativo, más justo (caso de los países de altos ingresos); y cuanto menos hay para repartir, el reparto es más inequitativo, más injusto (caso de los países de bajos y de medianos ingresos, entre ellos los de América Latina y el Caribe). Podríamos decir que esto va contra los principios de la ética, de la justicia social y del sentido común, pero es la realidad de los efectos sociales del sistema económico mundial vigente de la globalización, *tal como ella viene siendo gestionada*, como nos lo advierten los Premios Nobel de Economía 2002 Joseph Stiglitz y 2008 Paul Krugman, que sostienen que la globalización puede y debe ser gestionada de manera distinta, con más equidad.

En el gráfico siguiente, que tomamos del Informe Regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe 2010 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD podemos observar lo que dijimos. Vemos que a la fecha de la información, ningún país de América Latina y el Caribe tenía una distribución del ingreso menos

inequitativa que la de los países de altos ingresos con mayor inequidad (Portugal seguido de Estados Unidos).



A esta altura corresponde hacer un breve paréntesis para aclarar que el informe de la CEPAL al que antes nos referimos nos dice que globalmente en la región hubo un decrecimiento notorio de la pobreza a partir del año 2002 –en gran medida determinado por la notable reducción de la pobreza que tuvo lugar en Brasil- y asimismo que comparando los resultados recientes con los registrados en torno al año 2002 se constatan mejoras distributivas en la mayoría de los países, lo que es importante, e indica que la región estaría enderezando el timón y yendo por buen camino. Pero la CEPAL nos dice también que el progreso logrado no ha sido suficiente aún como para librarnos del vergonzoso título mundial de ser la región del mundo con la más alta inequidad.

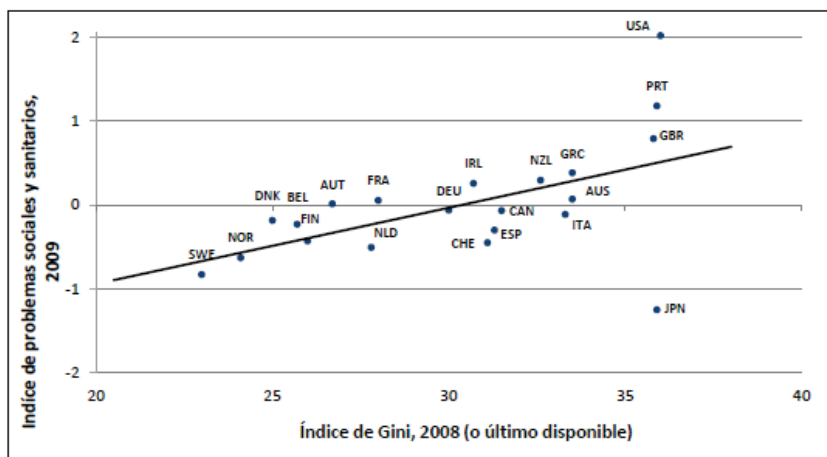
Ya en la que se llamara la “década perdida” de los años 80, el colombiano Augusto Ramírez Ocampo, quien fuera Director del Bureau de América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, supo decir, alertando sobre la situación

regional, que nunca antes los países habían reconocido tantos derechos políticos, sociales y económicos a sus habitantes, pero encontrándose, al mismo tiempo, en tan difícil situación económica, y con los estados tan debilitados para poder cumplir con la realización práctica de tales derechos. Y advertía que ello traería, como consecuencia, malestar social y político.

Veamos, continuando con el concepto de integralidad de los derechos humanos, cómo la desigualdad genera problemas sociales y de salud.

Wilkinson y Pickett (2010) examinaron la relación entre la desigualdad del ingreso y los problemas sociales y de salud, llevando a cabo pruebas empíricas a lo largo de un grupo de países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE así como de los 50 estados de Estados Unidos. Los resultados muestran claramente que las consecuencias sociales y para la salud son sustancialmente peores en las sociedades más desiguales. Las personas en las sociedades más equitativas, disfrutan de mejor salud, viven más, tienen menos probabilidades de sufrir enfermedades mentales, obtienen mejores resultados académicos, consumen menos drogas ilegales, tienen menos comportamientos criminales, disfrutan de más movilidad social, son más confiados, experimentan menos violencia y tienen menos probabilidades de ser madres adolescentes en comparación con quienes viven en sociedades menos equitativas. (ORTIZ y CUMMINS 2012:37)

Desigualdad de ingreso y problemas sociales y de salud, 2008

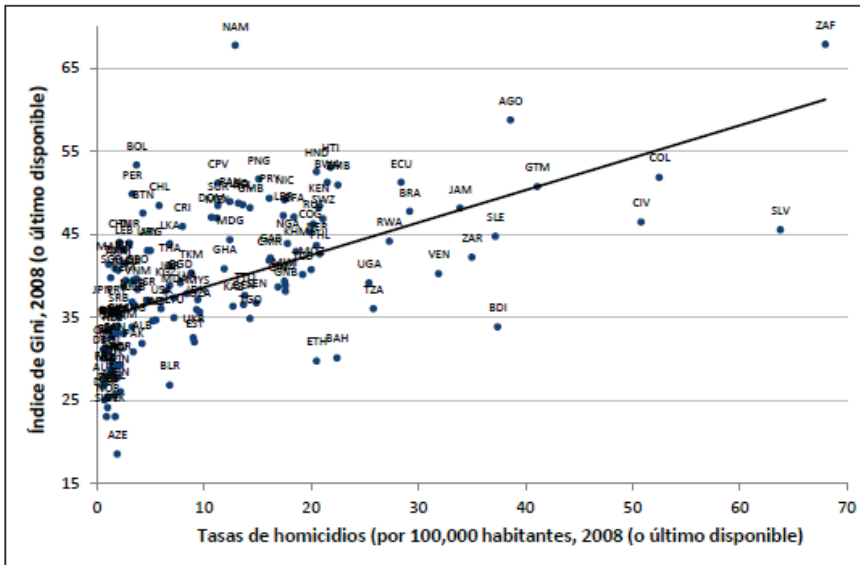


Fuente: Cálculos de los autores con base en Wilkinson y Pickett (2010) y Solt (2009)

Nota: Los valores más bajos del índice representan mejores consecuencias sociales y para la salud

La creciente inequidad mundial de la distribución de la riqueza y del ingreso ha venido elevando asimismo los niveles de violencia. En el gráfico siguiente se observa, en una medición en 138 países, la correlación entre la inequidad medida por el coeficiente de Gini y los homicidios. Podemos ver cómo los países que registran alta inequidad, encabezados por los de nuestra región, registran también tasas muy altas de homicidios, y viceversa ($\rho = 0.57$), (ORTIZ y CUMMINS 2012: 38). (Ver también Fajnsilver y otros, 2002)

Desigualdad de ingreso y homicidios en 138 países, 2008



Fuentes: Cálculos de los autores con base en Solt (2009) y Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen (2008)

La inequidad no es la única variable que incide en elevar la violencia y las tasas de homicidio. Como vimos tiene la particularidad de incidir de manera deletérea sobre numerosas otras variables sociales que a su vez se correlacionan entre sí. Los países con alta inequidad y grandes sectores de población en situación de exclusión son terreno propicio para el arraigo y desarrollo de diversas formas de criminalidad transnacional organizada, tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, tráfico de migrantes, trata de personas.

En el cuadro siguiente hemos colocado todos los países de las Américas con sus respectivas tasas de homicidios, para que podamos apreciar mejor la magnitud del fenómeno en nuestra región. En la actualidad hay 18 países con las tasas de homicidios más altas del mundo, de 30 ó más por cada cien mil habitantes. Once de los 18 se encuentran en América Latina y el Caribe. Los otros siete en África.

HOMICIDIOS EN LAS AMÉRICAS Y EL CARIBE, 2010 O AÑO MÁS CERCANO

| Country/territory | count | rate | year | source |
|----------------------------------|--------|------|------|----------------------|
| Canada | 610 | 1,8 | 2009 | NSO |
| Chile | 630 | 3,7 | 2009 | UN CTS |
| Martinique | 17 | 4,2 | 2008 | National police |
| Cuba | 518 | 4,6 | 2008 | PAHO |
| United States of America | 15.241 | 5,0 | 2009 | National police |
| Peru | 149 | 5,2 | 2009 | SES |
| Argentina | 2.215 | 5,5 | 2009 | Ministry of Justice |
| Uruguay | 205 | 6,1 | 2010 | Ministry of Interior |
| Anguilla | 1 | 6,8 | 2008 | NSO |
| Antigua and Barbuda | 6 | 6,8 | 2010 | National police |
| Guadeloupe | 32 | 7,0 | 2008 | National police |
| Bermuda | 5 | 7,7 | 2010 | National police |
| British Virgin Islands | 2 | 8,6 | 2006 | PAHO |
| Turks and Caicos Islands | 3 | 8,9 | 2008 | PAHO |
| Bolivia (Plurinational State of) | 884 | 8,9 | 2010 | National police |
| Barbados | 31 | 11,3 | 2010 | UN CTS |
| Costa Rica | 527 | 11,3 | 2010 | Ministry of Justice |
| Grenada | 12 | 11,5 | 2010 | OAS |
| Paraguay | 741 | 11,5 | 2010 | OAS |
| Cayman Islands | 6 | 11,7 | 2004 | PAHO |
| Nicaragua | 766 | 13,2 | 2010 | National police |
| Suriname | 69 | 13,7 | 2006 | UN CTS |
| French Guiana | 32 | 14,6 | 2008 | National police |

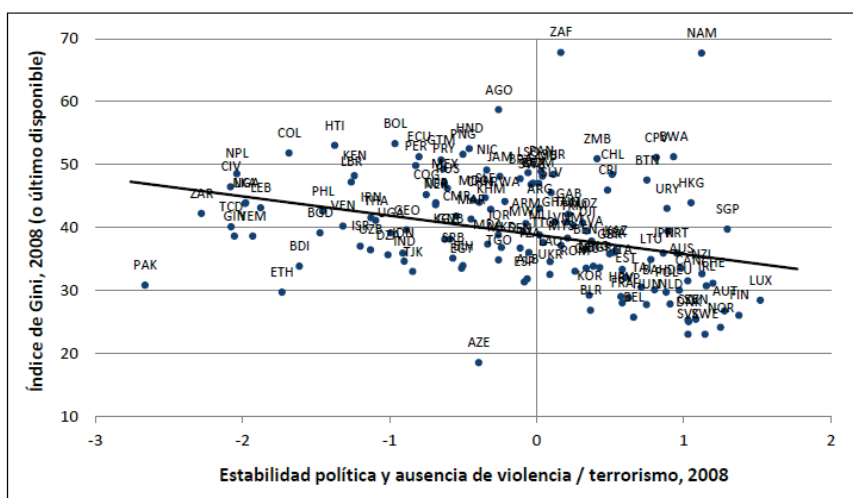
| Country/territory | count | rate | year | source |
|--------------------------------|--------|------|------|---------------------|
| Mexico | 20.585 | 18,1 | 2010 | National police |
| Ecuador | 2.638 | 18,2 | 2010 | National police |
| Guyana | 139 | 18,4 | 2010 | NSO |
| Montserrat | 1 | 19,7 | 2008 | PAHO |
| Panama | 759 | 21,6 | 2010 | National police |
| Saint Vincent & Grenadines | 24 | 22,0 | 2010 | NGO |
| Dominica | 15 | 22,1 | 2010 | OAS |
| Brazil | 43.909 | 22,7 | 2009 | Ministry of Justice |
| Dominican Republic | 2.472 | 24,9 | 2010 | National police |
| Saint Lucia | 44 | 25,2 | 2010 | OAS |
| Puerto Rico | 983 | 26,2 | 2010 | National police |
| Bahamas | 96 | 28,0 | 2010 | OAS |
| Colombia | 15.459 | 33,4 | 2010 | National police |
| Haití | | 33,9 | 2004 | UNODC Survey |
| Trinidad and Tobago | 472 | 35,2 | 2010 | National police |
| Saint Kitts and Nevis | 20 | 38,2 | 2010 | National police |
| United States Virgin Islands | 43 | 39,2 | 2007 | PAHO |
| Guatemala | 596 | 41,4 | 2010 | National police |
| Belize | 130 | 41,7 | 2010 | OAS |
| Venezuela (Bolivarian Rep. of) | 13.985 | 49,0 | 2009 | NGO |
| Jamaica | 1.428 | 52,1 | 2010 | UN CTS |
| El Salvador | 4.085 | 66,0 | 2010 | National police |
| Honduras | 6.239 | 82,1 | 2010 | National police |

Fuente: E. Carranza, ILANUD. Extractado de "Global Study on Homicide", UNODC 2011: pp. 92 y ss. El dato de Haití es de ONUDC International Homicide Statistics 2008.

La desigualdad decíamos, produce asimismo inestabilidad política. Dado el predominio de problemas sociales y de salud en las sociedades muy desiguales, no es de sorprender que la desigualdad esté también fuertemente asociada a la inestabilidad política. Aunque

las fuentes de conflicto político varían de país a país, el conflicto generalmente se origina por graves quejas sociales, incluyendo conflictos de clase y la percepción de desigualdad entre grupos étnicos, religiosos o de otro tipo. En su trabajo dentro del proyecto Indicadores Mundiales de Gobernanza (WGI) (Kaufmann et al. 2010), los investigadores verificaron que las sociedades desiguales en general, son mucho más propensas a la inestabilidad política, o, en otras palabras, a ser desestabilizadas o derribadas por medios inconstitucionales o por la fuerza ($\rho = -0.33$) (Figura 23). (Tomado de ORTIZ y CUMMINS 2012: 39)

Desigualdad de ingreso y estabilidad política en 141 países, 2008



Fuentes: Cálculos de los autores con base en Solt (2009) y Kaufmann et al. (2009)

Nota: -2.5 es alta inestabilidad política y violencia motivada políticamente/terrorismo; 2.5 es su ausencia

La extrema desigualdad en la distribución del ingreso a nivel global, regional y nacional nos debería cuestionar sobre el actual enfoque del desarrollo. ¿Qué clase de desarrollo y desarrollo para quién? Y situar la equidad en el centro de la agenda del desarrollo (ORTIZ y CUMMINS 2012).

Pasemos ahora a ver algo sobre los derechos humanos y los sistemas de justicia penal. El componente que exhibe más dramáticamente lo que ocurre es, sin duda, la cárcel, antros de criminalidad, violencia y de muchísimas muertes, todo lo cual ocurre en el mismo corazón de la justicia. Sería seguramente innecesario explicar en este foro de

personas que trabajan en la justicia penal y en las prisiones que la situación es grave, con sus ingredientes de aceleradísimo aumento de presos y presas, con la consiguiente reducción del espacio y la sobrepoblación, con la aparición en algunos países desde hace ya muchos años y en otros desde más recientemente de un nuevo perfil de un sector de la población presa ligada al narcotráfico y a la comisión de delitos de criminalidad transnacional organizada, y con el deterioro de la relación numérica personas presas por persona funcionaria, todo lo cual origina sucesos de violencia y de comisión de delitos al interior de las prisiones, que ocurren en el corazón mismo de la justicia penal.

Tratemos, de manera muy rápida, recogiendo lo que vimos hasta aquí, de esquematizar la situación de los países identificando los principales factores que inciden en ella. Aunque hay más factores, podemos enumerar por lo menos cuatro, que se retroalimentan entre sí. Recordemos nuevamente la característica de integralidad de los derechos humanos. Cada uno de los factores negativos que podemos enunciar implica derechos humanos vulnerados.

- i) Nuestros países de América Latina y el Caribe se encuentran en situación de alta inequidad en la distribución del ingreso a nivel internacional para con respecto a los países de altos ingresos (CEPAL y el Banco Mundial lo expresan con insistencia);
- ii) Tienen asimismo una situación de gran inequidad al interior de los países (la más alta del mundo);
- iii) Tienen en consecuencia altísimas tasas de homicidios y de delitos contra la propiedad³. (Vimos la correlación de la inequidad entre y al interior de los países, con las tasas de homicidios);
- iv) Tienen políticas criminológicas “de mano dura”, con excesivo uso de la justicia penal y la prisión.

El resultado de tal conjunción de factores está a la vista: crecientes tasas de personas presas en situación de hacinamiento carcelario, y toda clase de violaciones a derechos humanos en las prisiones y también en los otros segmentos de los sistemas de justicia penal.

Cabe aclarar que la criminalidad por si sola no es suficiente explicación sobre el aumento de las tasas de encierro, pues hay suficiente investigación criminológica que verifica casos de tasas penitenciarias

3 Hay casos particulares que ameritarían análisis específico.

en ascenso con tasas de criminalidad en descenso, y viceversa, tasas de criminalidad en descenso con tasas penitenciarias en ascenso.

Veamos los siguientes cuadros que reúnen los porcentajes de sobrepoblación penitenciaria en la región. En el grupo latinoamericano, salvo dos excepciones, todos los países registran densidades de población superiores al 120%, cifra considerada “sobrepoblación crítica” por el Consejo de Europa, y parámetro también utilizado por el ILANUD para medir la sobrepoblación en nuestra región. Veamos específicamente el caso de Colombia, país en el que nos encontramos.

En cuanto al grupo del Caribe, a la fecha de la información la mayoría de ellos registraba grave sobrepoblación. En cuatro no la había, pero como veremos en un gráfico siguiente estos países se caracterizan todos por tener muy altas tasas globales de encierro.

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA 2013

| PAÍS | CAPACIDAD DEL SISTEMA | POBLACIÓN EXISTENTE | DENSIDAD POR CIEN PLAZAS |
|---------------|-----------------------|---------------------|--------------------------|
| El Salvador | 8.090 | 27.019 | 334 |
| Bolivia * | 5.436 | 14.272 | 263 |
| Peru | 29.043 | 61.390 | 211 |
| Nicaragua | 4.399 | 9.113 | 207 |
| Guatemala | 6.492 | 12.303 | 190 |
| R. Dominicana | 12.207 | 21.688 | 178 |
| Ecuador | 12.170 | 21.122 | 174 |
| Panamá | 8.033 | 13.720 | 171 |
| Brasil | 305.841 | 512.285 | 168 |
| Colombia | 75.726 | 114.872 | 152 |
| Honduras | 8.340 | 12.307 | 148 |
| Chile | 36.740 | 53.602 | 146 |
| Costa Rica | 9.803 | 13.057 | 133 |
| Mexico | 195.278 | 242.754 | 124 |
| Uruguay | 7.302 | 9.067 | 124 |
| Paraguay | 5.863 | 7.161 | 122 |
| Venezuela * | 16.609 | 19.047 | 115 |
| Argentina | 58.211 | 58810 | 101 |

Elías Carranza, ILANUD. Elaborado con información oficial proporcionada por las autoridades de cada país. Los datos de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, Paraguay, R. Dominicana y Uruguay son del 211. El dato de Venezuela es 2007.

SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN PAÍSES DEL CARIBE

| PAÍS | 2010 | | |
|---------------------|-----------|---------------------|-----------------------|
| | CAPACIDAD | POBLACIÓN EXISTENTE | DENSIDAD X 100 PLAZAS |
| Grenada | 200 | 440 | 220 |
| St. Kitts & Nevis | 164 | 344 | 210 |
| St. Vincent & Gr. | 200 | 413 | 207 |
| Antigua & Barb. | 150 | 295 | 197 |
| Anguilla (UK) | 45 | 72 | 160 |
| Dominica | 200 | 289 | 145 |
| St. Lucia | 450 | 568 | 126 |
| Bahamas | 1.180 | 1.322 | 112 |
| Jamaica | 4.247 | 4.709 | 111 |
| Puerto Rico (USA) | 15.034 | 13.215 | 88 |
| Cayman Islands (UK) | 179 | 212 | 84 |
| Trinidad & Tob. | 4.386 | 3.591 | 82 |
| Barbados | 1.250 | 910 | 73 |
| Belize | 2.100 | 1.380 | 66 |

E. Carranza, ILANUD. Belize: Información proporcionada por Ministry of National Security al ILANUD. Para los demás países Información elaborada a partir de la página web del International Centre for Prison Studies, King's College, London.

Veamos ahora los dos cuadros siguientes que exhiben el acelerado crecimiento de las tasas penitenciarias de los países. En el primero hemos colocado las tasas de los países de América Latina durante las dos últimas décadas, desde 1992 hasta la actualidad. Hemos hecho este ejercicio en oportunidades anteriores. Lo valioso del ejercicio es observar la definida tendencia ascendente de las tasas de todos los países sin excepción, que continúan, lamentablemente, en la misma dirección cada vez que nos reunimos para analizarlas. Pocas veces en ciencias sociales vemos semejante coherencia en la información de todos los países. Analicemos nuevamente el caso de Colombia. Comienza con 92 personas presas por cada cien mil habitantes en 1992, y las tasas van subiendo casi sin retrocesos hasta casi triplicarse en el 2013 con 232 personas presas por cada cien mil.

La cuestión se torna más acuciante cuando vemos que el fenómeno del acelerado aumento no ocurre solo en Colombia sino en todos los países sin excepción. Entre la primera medición y la última todos los países elevaron notablemente sus tasas de encierro; varios

la duplicaron y van en vía de triplicarla, y varios la triplicaron y van en vía de cuadruplicarla. Los países que encerraban cien personas por cada cien mil habitantes hoy encierran doscientos, trescientos, o van en vía de encerrar cuatrocientos.

Vemos también en el cuadro siguiente que la situación en los pequeños países del Caribe es similar, y con tasas altísimas. Si bien la tendencia en ascenso en algunos de ellos es con oscilaciones, menos unidireccional, porque casi todos son países con muy pocos habitantes, lo que ocasiona cambios bruscos en sus tasas.

AMÉRICA LATINA: TASAS PENITENCIARIAS X 100.000 HABITANTES

Incluye sistemas federales y provinciales y en algunos casos personas alojadas en delegaciones policiales

| PAÍS | 92 | 93 | 94 | 95 | 96 | 97 | 98 | 99 | 00 | 01 | 02 | 03 | 04 | 05 | 06 | 07 | 08 | 09 | 10 | 11 | 12 | 13 | |
|------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|--|
| Arg | 63 | 64 | 68 | 74 | 97 | 96 | 99 | 106 | 118 | 126 | 141 | 157 | 163 | 164 | 152 | 149 | 152 | 163 | 161 | 159 | 161 | | |
| Bol | | | | | | 79 | 85 | 101 | 109 | 96 | | | | | 80 | 86 | 85 | | | 107 | | 130 | |
| Bra | 74 | 80 | 81 | 107 | | 119 | | 131 | 133 | 132 | 133 | 169 | 182 | 193 | 211 | 219 | 226 | 238 | 247 | 253 | | | |
| Col | 92 | 96 | 97 | 98 | 120 | 129 | 128 | 139 | 157 | 170 | 157 | 178 | 199 | 207 | 179 | 174 | 188 | 158 | 169 | 193 | 227 | 232 | |
| C R | 104 | 105 | 109 | 121 | 133 | 160 | 162 | 169 | 168 | 183 | 187 | 190 | 196 | 196 | 191 | 186 | 189 | 191 | 211 | 238 | 264 | 313 | |
| Chi | 154 | 153 | 148 | 153 | 161 | 170 | 179 | 203 | 215 | 216 | 221 | 228 | 226 | 228 | 259 | 290 | 318 | 312 | 320 | 311 | | | |
| Ecu | 74 | 81 | 81 | 85 | 95 | 81 | 79 | 70 | 65 | 63 | 69 | 77 | 87 | 91 | 107 | 128 | 118 | 112 | 114 | 107 | | 143 | |
| EI S | 101 | 103 | 109 | 124 | 138 | 157 | 136 | 112 | 130 | 158 | 177 | 180 | 188 | 186 | 184 | 226 | 258 | 283 | 315 | 322 | 339 | 347 | |
| Gua | | | | | 62 | | | 75 | | | 101 | 101 | 96 | 87 | 84 | 83 | 88 | 71 | 78 | 84 | 91 | 98 | |
| Hon | 110 | 113 | 139 | 160 | 166 | 153 | 160 | 178 | | | 183 | | | 170 | 159 | 148 | 148 | 149 | 152 | 154 | | 153 | |
| Méx | 101 | 104 | 97 | 101 | 108 | 116 | 127 | 142 | 152 | 163 | 170 | 177 | 185 | 196 | 200 | 200 | 202 | 208 | 203 | 203 | 213 | 214 | |
| Nic | 78 | 78 | 91 | 98 | 111 | 106 | 132 | 143 | 128 | 124 | 131 | 112 | 116 | 117 | 111 | 121 | 120 | 103 | 111 | 134 | | 151 | |
| Pan | 176 | 215 | 221 | 229 | 269 | 282 | 292 | 294 | 293 | 320 | 341 | 361 | 360 | 359 | 356 | 342 | 275 | 298 | 347 | 378 | | 404 | |
| Par | | | | | 70 | 75 | 74 | 78 | 67 | 74 | 85 | 92 | 107 | 109 | 105 | 99 | 100 | 96 | 96 | 109 | | | |
| Per | 77 | 80 | 83 | 88 | 96 | 100 | 105 | 108 | 108 | 104 | 104 | 108 | 116 | 123 | 136 | 149 | 153 | 155 | 160 | 181 | 208 | | |
| R D | 145 | 135 | 151 | 161 | 129 | 140 | 165 | 168 | | | | 189 | 150 | 143 | 148 | 164 | 166 | 202 | 211 | 212 | | | |
| Úru | 96 | 99 | 100 | 99 | 101 | 106 | 120 | 122 | 129 | 148 | 170 | 203 | 215 | 213 | 198 | 212 | 231 | 246 | 258 | 267 | | | |
| Ven | | | | | 101 | 112 | 106 | 97 | 85 | 104 | 104 | 103 | 98 | 76 | 96 | | | | 149 | | | | |

E. Carranza, ILANUD 2013. Elaborado con información penitenciaria y policial oficial de los países, y datos de población del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) –División de Población de la CEPAL, Estimaciones y proyecciones de población, 2008. Las tasas de Bolivia (2011), Perú (2011) y Venezuela (2010) fueron tomadas del ICPS, King's College.

EL CARIBE: TASAS PENITENCIARIAS X 100.000 HABITANTES

| | |
|--------------------------|--|
| Anguilla (UK) | 2004 (315), 2007 (400), 2010 (387), 2011 (480) |
| Antigua & Barbuda | 1995 (341), 1998 (278), 2005 (269), 2008 (262), 2010 (330) |
| Bahamas | 1998 (478), 2002 (410), 2005 (460), 2008 (415), 2010 (382) |
| Barbados | 1993 (238), 1998 (291), 2002 (317), 2005 (367), 2007 (408), 2010 (354) |
| Belize | 1992 (310), 1995 (293), 1998 (448), 2001 (384), 2003 (420), 2006 (516), 2010 (446), 2011 (447), 2012 (452), 2013 (486) |
| Cayman Islands (UK) | 1995 (546), 1998 (682), 2001 (539), 2004 (425), 2007 (409), 2010 (385) |
| Dominica | 1992 (387), 1995 (392), 1998 (421), 2004 (418), 2007 (367), 2010 (431) |
| Grenada | 1998 (352), 2002 (333), 2005 (265), 2008 (427), 2010 (423) |
| Jamaica | 1992 (178), 1995 (171), 1998 (162), 2003 (176), 2006 (183), 2007 (174) |
| Puerto Rico (USA) | 1992 (314), 1995 (310), 1998 (388), 2001 (377), 2004 (369), 2007 (330), 2008 (303) |
| St. Kitts & Nevis | 1995 (295), 1998 (288), 2001 (441), 2004 (559), 2007 (452), 2010 (529), 2011 (603), 2012 (685), 2013 (670) |
| St. Lucia | 1992 (210), 1995 (263), 1998 (216), 2001 (296), 2004 (294), 2008 (304), 2010 (323) |
| St. Vincent & Granadines | 1992 (294), 1995 (323), 1998 (390), 2001 (280), 2004 (337), 2007 (350), 2010 (379) |
| Trinidad-Tobago | 1992 (269), 1995 (299), 1998 (353), 2001 (370), 2004 (302), 2007 (276), 2010 (276) |

Fuente: Elaborado a partir de información del International Centre for Prison Studies, King's College, London.

El tema suele analizarse éticamente, a veces exclusivamente en términos de valores que se han perdido lo que induce al delito.

¿Pero será posible que los valores hayan cambiado tan aceleradamente en todos los países al mismo tiempo originando estos resultados?

El fenómeno es aún más impactante cuando nos enteramos de que ocurre no solo en América Latina y el Caribe sino en todas las regiones del mundo al mismo tiempo, en los países de medianos y bajos ingresos como los nuestros, y también en los de altos ingresos. Recordemos que en América Latina según las mediciones del Banco Mundial y de CEPAL no hay países de altos ingresos, todos son de ingresos medianos salvo dos excepciones -Nicaragua y Haití- que son de bajos ingresos.

Veamos el caso de los países de Europa. Todos los países incluidos en el cuadro son de altos ingresos:

AUMENTO DEL USO DE LA PRISON EN LOS PAISES DE EUROPA OCCIDENTAL

| | Total personas presas y tasa 1995 | Total personas presas y tasa 2000 | Total personas presas y tasa 2005 | Variación en la población presa 1995-2005 |
|-----------------|-----------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|---|
| AUSTRIA | 6.180 (77) | 6.896 (86) | 8.883 (108) | + 43,7% |
| ALEMANIA | 66.146 (81) | 78.707 (96) | 80.413 (97) | + 21,6% |
| BÉLGICA | 7.561 (75) | 8.671 (85) | 9.375 (90) | + 24,0% |
| DINAMARCA | 3.438 (66) | 3.279 (61) | 4.198 (77) | + 22,1% |
| ESPAÑA | 40.157 (102) | 45.044 (112) | 61.246 (142) | + 52,5% |
| FINLANDIA | 3.018 (59) | 2.703 (52) | 3.954 (75) | + 31,0% |
| FRANCIA | 51.623 (89) | 44.618 (77) | 52.908 (88) | + 2,5% |
| GRECIA | 5.887 (56) | 8.038 (74) | 8.760 (82) | + 48,8% |
| HOLANDA | 10.249 (66) | 13.847 (87) | 20.747 (127) | + 102,4% |
| HUNGRÍA | 12.703 (124) | 15.110 (148) | 16.543 (164) | + 30,2% |
| IRLANDA | 2.054 (57) | 2.887 (75) | 3.417 (85) | + 66,4% |
| ITALIA | 49.642 (87) | 53.481 (94) | 56.530 (97) | + 13,9% |
| LUXEMBURGO | 469 (114) | 394 (90) | 653 (143) | + 39,2% |
| MACEDONIA | 1.132 (58) | 1.394 (69) | 2.256 (111) | + 99,3% |
| MALTA | 196 (53) | 257 (65) | 298 (74) | + 52,0% |
| NORUEGA | 2.398 (55) | 2.643 (59) | 3.167 (68) | + 32,1% |
| POLONIA | 62.719 (163) | 56.765 (147) | 80.368 (211) | + 28,1% |
| PORTUGAL | 12.343 (124) | 13.106 (128) | 12.929 (122) | + 4,7% |
| SUECIA | 5.767 (65) | 5.678 (64) | 7.054 (78) | + 22,3% |
| SUIZA | 5.655 (80) | 6.390 (89) | 6.111 (83) | + 8,1% |
| R.U. ING. GALES | 50.962 (99) | 64.602 (124) | 76.190 (143) | + 49,5% |
| R.U. ESCOCIA | 5.657 (111) | 5.855 (116) | 6.794 (134) | + 20,1% |

E. Carranza, ILANUD. Elaborado a partir de Roy Walmsley, 'International key issues in crime prevention and criminal justice' HEUNI Publication Series No. 50, pages 161-167 (2006).

A primera vista el fenómeno del aumento en el uso de la cárcel en Europa es muy similar o a lo que ocurre en América Latina y el Caribe, solo que no tan acelerado.

Pero veamos otro cuadro interesante, con las cifras y porcentajes de presos y presas extranjeras en los mismos países.

PERSONAS PRESAS EXTRANJERAS EN PAÍSES DE EUROPA, 2005*

| PAÍS | NÚMERO | % SOBRE EL TOTAL DE PERSONAS PRESAS |
|--------------------|--------|-------------------------------------|
| LUXEMBURGO | 495 | 71,4 |
| CHIPRE | 241 | 45,6 |
| AUSTRIA | 3.979 | 45,4 |
| GRECIA | 3.990 | 41,6 |
| BÉLGICA | 3.860 | 41,2 |
| HOLANDA | 5.818 | 32,9 |
| ITALIA | 19.656 | 33,0 |
| MALTA | 91 | 30,5 |
| ESPAÑA | 18.436 | 30,1 |
| ALEMANIA | 22.095 | 28,0 |
| SUECIA | 1.475 | 20,9 |
| FRANCIA | 11.820 | 20,5 |
| PORTUGAL | 2.386 | 18,5 |
| DINAMARCA | 754 | 18,2 |
| INGLATERRA Y GALES | 9.650 | 12,7 |
| IRLANDA | 3.080 | 9,0 |
| REPÚBLICA CHECA | 1.652 | 8,7 |
| FINLANDIA | 286 | 7,5 |
| HUNGRÍA | 631 | 3,8 |
| ESCOCIA | 71 | 1,0 |
| POLONIA | 750 | 0,9 |

Elaborado a partir de "Foreigners in European Prisons" by Anton van Kalmthout, Femke Hofstee-van der Meulen and Frieder Dünkel (eds.), Chapter 1, Table 1, Wolf Legal Publishers, 2007.

* La palabra presos comprende la totalidad de presas y presos sentenciados, en prisión preventiva, y en detención administrativa (solicitantes de asilo denegado, y migrantes irregulares privados de libertad a la espera de su deportación).

Es increíble el alto número de personas extranjeras presas en los países de Europa, y el fenómeno es el mismo en Estados Unidos y Canadá.

En los países de bajos y de medianos ingresos de América Latina y el Caribe, Asia, África, y Europa del Este, crecen aceleradamente las tasas penitenciarias encerrando en gran desproporción a personas de nuestros grupos poblacionales excluidos y de clase baja, que cometen delitos de la que Luigi Ferrajoli denomina “criminalidad de subsistencia” y Raúl Zaffaroni “criminalidad de portación de cara”.

Y en los países de altos ingresos de Europa y América del Norte también crecen aceleradamente las tasas de encierro encerrando en gran desproporción a personas excluidas y de clase baja, pero con la característica de que gran número de ellas son, también, latinoamericanas y caribeñas, asiáticas, africanas, y de Europa del Este, que emigran de las formas más riesgosas en búsqueda de trabajo, terminando muchas de ellas en la cárcel; y otras, muchísimas, miles, ahogadas en los océanos, asfixiadas en contenedores, o muertas en los desiertos de la frontera de Estados Unidos con México.

Hace muy pocos días, el pasado 5 de octubre de 2013 el mundo se consternó ante el caso de 500 migrantes africanos que queriendo llegar a Italia se ahogaron en una barcaza que naufragó frente a la costa de Lampedusa. E increíblemente, seis días después nuevamente naufraga otra pequeña embarcación, con 250 migrantes, también cerca de Lampedusa al Norte de Malta. Al día siguiente del naufragio ya se habían encontrado 50 cadáveres.

Migraciones desesperadas en búsqueda de trabajo y bienestar, en un mundo en el que los tratados de “libre comercio” liberalizan todas las mercancías menos la mercancía trabajo.

El protocolo contra el tráfico de migrantes que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo segundo establece que su finalidad es *proteger los derechos de los migrantes objeto del tráfico*. Sin embargo vemos que, en la práctica, lo que se ha logrado es fortalecer las barreras a las migraciones protegiendo los intereses de los países de altos ingresos a los que necesitan llegar los migrantes que son objeto del tráfico porque se les veda el acceso por vías legales.

Es notable cómo al reunir información sobre las diversas regiones del mundo va integrándose el rompecabezas y se ve con más claridad lo que ocurre.

La situación del delito, la consiguiente alarma social con su creciente multiplicación por los medios de comunicaciones de masa, y el creciente uso de la justicia penal y la prisión, que se manifiestan simultáneamente en todas las regiones del mundo, no podían ser una casualidad.

Es un fenómeno global, propio de la globalización, que se origina en variables comunes a los diversos países, que actúan concomitantemente con otras variables específicas en cada región o país.

Joseph Stiglitz, a quien antes citamos, puso como título a uno de sus libros “Malestares en la globalización”. En él describe diversos problemas o malestares que se originan en la forma en que se “gestiona” la globalización por parte de los países y de organismos internacionales que tienen el poder de decidir o direccionar la economía mundial, que puede y debería ser gestionada de otra manera, con más equidad y justicia social en el intercambio. Y su último y reciente libro se titula “El 1% tiene lo que el 99% necesita”, título que se explica por sí mismo.

Al tratar este tema suelen venir a mi mente las palabras de don Pepe Figueres fundador de la socialdemocracia en Costa Rica en una conferencia en la Universidad de Stanford refiriéndose a los países de altos ingresos y a nuestro intercambio comercial con ellos: *“No, por favor no nos ayuden, mejor páguennos bien nuestros frijolitos”* supo decir Don Pepe.

Uno de los malestares al que Stiglitz y Krugman se refieren -posiblemente el más importante- es el del rol de la economía financiera y sus efectos aumentando la inequidad de la distribución del ingreso, entre países -entre los de altos ingresos y el resto del mundo- y al interior de los países, en los que año tras año aumenta la brecha entre la poca gente que acumula mucho, y la mucha gente que tiene muy poco.

¿Y qué tiene que ver esa cosa tan abstracta de la inequidad de la distribución del ingreso con la situación carcelaria, o con el robo a mano armada del que fui víctima antesdeayer?, podría interpelarnos alguna persona.

La respuesta a esa pregunta está en los gráficos que vimos, especialmente en el que exhibe, reuniendo los datos de 138 países, la alta correlación que existe entre la inequidad de la distribución del ingreso para con los homicidios y otros delitos.

Ahora bien, ante la situación que hasta aquí hemos descrito, ¿Qué podemos hacer?

Como vimos que los Nobel de Economía nos explican que hay un fenómeno global, resultado de la gestión que los países más poderosos, el FMI y el Banco Mundial hacen de la globalización, ¿tendremos que sentarnos a esperar a que cambie la estructura internacional, para poder entonces nosotros impulsar un cambio en nuestros respectivos ámbitos de trabajo?

Sin duda no es lo que deberíamos hacer.

El cambio debe venir desde todos los lugares de trabajo, y también desde las altas posiciones de gobierno. Y si no hubiera la decisión desde las altas funciones de gobierno, siempre cada uno puede hacer una diferencia desde su lugar de trabajo.

Cada uno de nosotros tiene dos responsabilidades. (Muchas más sin duda, pero por lo menos dos en la materia que estamos analizando). Una responsabilidad como operarios y operarias en nuestros respectivos ámbitos de trabajo, en el caso de la justicia penal como policías, jueces, fiscales, penitenciaristas, etcétera; y otra responsabilidad también como ciudadanos y ciudadanas en nuestros respectivos países.

Como operarios, funcionarios o funcionarias, tenemos que empeñarnos en atender los casos en que debemos intervenir con la mayor honestidad, humanidad, justicia y equidad. Y, paralelamente, como ciudadanos y ciudadanas, tenemos que participar activamente en nuestras democracias en los ámbitos de la cosa pública, y votar presidentas y presidentes honestos que por sobre todo se comprometan en la tarea política de reducir la inequidad de la distribución del ingreso y de trabajar para reducirla también a nivel internacional, en las relaciones de intercambio de nuestros países con los de altos ingresos.

Y si no hubiera mucho para repartir, con mayor razón se debe repartir equitativamente y no fantasear con la teoría del goteo, de que

debe crecer la torta para que luego alcance y se reparta. Si hay una torta pequeña, con mayor razón debe repartirse con equidad.

Elegir mandatarios y mandatarias que no gobiernen para la economía financiera ni para las transnacionales, sino para distribuir el ingreso con equidad entre los países de altos ingresos y los nuestros, y también con equidad al interior de nuestros países, ya que vimos que la inequidad es el factor que incide en tantas cosas negativas, entre ellas en la criminalidad y en el uso excesivo de la justicia penal. Nuestros países tienen suficiente justicia penal. Lo que necesitan es por sobre todo justicia social.

Gracias por haberme escuchado.

CITAS

CEPAL 2012. Panorama Social de América Latina.

FAJNZILVER Pablo, LEDERMAN Daniel, y LOAYZA Norman, 2002

Inequality and Violent Crime. *Journal of Law and Economics*, vol. XLV, April.

MILANOVIC, B. 2009.

“Global Inequality and the Global Inequality Extraction Ratio: The Story of the Past Two Centuries.” Documento de trabajo de investigación sobre políticas 5044. Washington D.C.: Banco Mundial.

ORTIZ, Isabel y CUMMINS Matthew 2012

Desigualdad Global: La distribución del ingreso en 141 países. Documento de trabajo de política económica y social, UNICEF, agosto 2012

GLOBALIZACIÓN, POBREZA Y DERECHOS HUMANOS

Emma Mendoza Bremauntz

Catedrática por oposición da la Facultad de Derecho,
Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

IN MEMORIAM

Homenaje a Cuauhtemoc López Sánchez,
universitario ejemplar y hombre de bien.

1. INTRODUCCIÓN

Mi interés personal por las materias jurídicas aparentemente disímbolas, las jurídico- económicas como la Teoría Económica para Abogados, el Derecho Económico en general, el Derecho Económico Internacional y las penal-penitenciarias son fundamentalmente sociales. Por eso hoy me pregunto si eso que se intenta hacer en México en la actualidad, absorbiendo influencias al parecer irreconciliables entre sí, es el reflejo de una tendencia global de buscar homogeneizar las leyes lo más posible, para tratar de encontrar una mayor comprensión entre los países y cuando menos saber con precisión a qué se refieren las instituciones que la ley regula.

O bien, si en realidad estamos frente a un nuevo derecho que enuncia visiones generales para permitir, en nivel regulatorio, leyes específicas o cuidadosos reglamentos para incluir las singularidades de regiones y países, buscando resolver sus contradicciones y profundizar sus homogeneidades.

Las presiones globales no dejan de sentirse, especialmente en los países pobres y los intermedios llamados emergentes, con vistas a linearlos a los intereses de los más avanzados, pero las cuestiones sociales, si bien constituyen una rémora para su evolución económica, también generan impulsos con perfiles sociales y humanitarios que sin duda demandan y apoyan otras actitudes.

2. LA GLOBALIZACIÓN Y EL MUNDO JURÍDICO

Ernesto Grün hizo un interesante trabajo sobre el tema, observándolo y entendiéndolo como un fenómeno sistémico y cibernético que estudia la acelerada evolución humana y la evolución del planeta, produciendo numerosas interrelaciones que deben ser estudiadas con las herramientas de la teoría general de los sistemas y la cibernética.

Señala él un concepto básico para esta exposición, al relatar que “la globalización ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política” con la idea de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común, pero distinguiendo la globalización de la internacionalización al explicar que la internacionalización es el “medio para posibilitar a las naciones-estados la satisfacción de sus intereses nacionales en áreas en las cuales son incapaces de hacerlo por si mismas”, lo cual implica la cooperación entre estados soberanos, en tanto que la globalización está minando o erosionando la soberanía.¹

Ya en otra parte hemos mencionado que la globalización no es única, que se han presentado varias a través de la historia, y como se comenta en el documento citado, Butros Gali dice con toda claridad que “No existe una sino muchas globalizaciones; por ejemplo, la de la información, de las drogas, de las pestes, de la ecología y sobre todo la de las finanzas, con lo cual se hace todavía más complejo el asunto porque aunque se reconoce que evolucionan todas rápidamente, todas lo hacen a velocidades muy diferentes”.²

El impacto del fenómeno en comento tiene poco de mostrarse, porque sus cambios siempre son posteriores a los de la economía y la sociedad y varios autores lo contemplan como un primer paso a la creación del marco jurídico de meta-estructuras globales que acabarán por imponer un orden global de nivel superior para permitir la convivencia armónica del hombre en el planeta.³

1 Grün, Ernesto, *La Globalización del Derecho: un Fenómeno Sistémico y Cibernético*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p.11. en internet, a su nombre, 28 de octubre de 2011.

2 Citado por Grün, Ernesto, op. cit., p.12.

3 Ídem.

Además, se considera que es en el campo de los Derechos humanos en donde se empieza a percibir la aparición de mecanismos e instituciones jurídicas globales, como lo señala Marta Andrich en su artículo "Derechos humanos y globalización."⁴

Es aquí donde hacemos un contacto claro con el tema de este trabajo al reconocer que la problemática que abordamos en él tiene que ver con el reconocimiento de los Derechos humanos al que se han integrado cada vez mayor número de países, voluntariamente o por conveniencia económica o política, dando lugar al surgimiento de nuevas funciones del Derecho, transformando su estructura y modificando sus funciones.

El reconocimiento de la evolución histórica del Estado moderno ha implicado una lenta pero constante modificación, absorción y eliminación de los ordenamientos jurídicos a partir de la Alta Edad Media mediante una concentración de la producción jurídica por el gobierno estatal que se apodera del poder normativo y coactivo que sigue caracterizando al Estado Nacional moderno, a pesar de los actuales intentos supranacionales de sustituirlo con su propio poder mundial o supranacional.

Pero estamos en una etapa en que el cambio no se ha estabilizado y el poder de los estados nacionales ha demostrado su vigor y la necesidad de su intervención como en el caso de la reciente crisis económica internacional.

Por eso, las medidas nacionales se han de tomar todavía desde los estados nacionales de acuerdo con necesidades y oportunidades, para enfrentar las nuevas y extrañas amenazas que la democracia enfrenta en este nuevo siglo.

3. POBREZA Y DERECHOS HUMANOS

La pobreza es un concepto que no tiene aceptación uniforme. Algunos autores y organismos consideran causas y efectos para definirla, otros la asocian con "la carencia de bienes y servicios, con la insatisfacción de necesidades humanas básicas";⁵ otros la entienden como causa y producto de las violaciones de los derechos humanos, en

4 Rev. La Ley Actualidad, 18-2-99, p. 2. Citado por Grün, op. cit., p 13.

5 Botvinic, Julio y Araceli Damián, *Derechos Humanos y Medición Oficial de la Pobreza en México*. México, CIEAP/ UAEM, en "Papeles de Población No. 35.

virtud de que las víctimas de la discriminación o de la persecución son más pasibles de pobreza, ya que “no les es fácil participar en el mercado de trabajo y tienen poco o ningún acceso a los servicios básicos y los recursos”.⁶

Los derechos humanos o fundamentales de los seres humanos son políticos, jurídicos, económicos, sociales, intelectuales. “Las personas pobres disfrutan de muchos menos de estos derechos que las personas que no lo son. La pobreza propicia la privación sistemática y grave de los derechos humanos y, a la vez, la falta de derechos hace mucho más difícil mejorar los ingresos que se obtienen y salir de la pobreza, lo que crea un círculo vicioso.”⁷

En lo que se refiere a los derechos humanos y la pobreza, por ejemplo, para el establecimiento de políticas para contrarrestarla, y ante la necesidad de conocer la realidad de la población y sus pendientes de satisfacción, se han formulado varios métodos de medición, inclusive alguno por la ONU, con la idea de acercarse a dicha realidad lo más posible y detectar los problemas para apoyar las diversas formas de resolverlos.

Por ejemplo, se ha utilizado el criterio de clasificar los niveles de pobreza tomando en cuenta sus ingresos por cabeza, como, v. gr., si se tienen ingresos medios por persona arriba de los 10,000 dólares anuales y si se vive en un país con una industria vigorosa y tecnológicamente desarrollada, lo cual conduce a un alto nivel de vida, buenas infraestructuras y cantidad y calidad de servicios sanitarios, culturales y en general públicos. En este caso, se puede calificar el país como desarrollado.

En cambio, los países subdesarrollados o pobres tienen bajo ingreso por cabeza, generalmente por debajo de los 2,000 dólares anuales, con poco desarrollo industrial y con frecuencia son dependientes de la inversión extranjera, con mano de obra barata y alto consumo de energéticos. Sus recursos naturales son fundamentalmente para exportación y presentan poco o nulo desarrollo tecnológico y dependencia del exterior en cuanto a la tecnología, el comercio y

6 ONU, “La lucha contra la pobreza, obligación, no caridad. 10 de diciembre 2006. Internet, Pobreza y Derechos Humanos, 1º de noviembre 2011.

7 Smith, Steven y Castleman, Tony, “Derechos humanos y Pobreza” en Revista Salir de la Pobreza, <http://www:letraslibres.com>.

los créditos; un bajo nivel de vida, con servicios de baja calidad e insuficientes para las necesidades de gran parte de la población, con infraestructuras deficientes, índices elevados de analfabetismo, alto desarrollo demográfico y una gran desigualdad social y económica. Eso conlleva generalmente inestabilidad política, corrupción y desigualdad social.⁸

Se hace referencia a que, en la etapa posterior a la II Guerra Mundial, para referirse a los países pobres, se utilizaba el término de “subdesarrollados” o “en desarrollo”, en oposición a los países desarrollados o ricos.

Casi contemporáneo, en los años cincuenta, Alfredo Sauvy comenzó a utilizar la expresión de Tercer Mundo, como se usaba en la sociedad francesa para referirse al Tercer Estado que era el más bajo a fines del S. XVIII.

Por 1975 se empezó a hacer referencia al hemisferio Sur como el sitio de ubicación de la mayoría de los países pobres, distinguiéndolo del Norte donde los países ricos se habían desarrollado de forma mayoritaria, aunque no exclusiva. También se usó, y se utiliza aún, el término “periféricos” para referirse a los pobres que dependen de los países centrales dominantes.

Con la idea que busca evitar el uso peyorativo de la pobreza, aunque parecería más una simulación que una preocupación real, se habla en la actualidad de los países emergentes, aquellos pobres que parecen evolucionar hacia la riqueza más rápidamente.

En la actualidad, los más desarrollados son muchos de los Estados europeos, Canadá, Estados Unidos, Japón, Australia y Nueva Zelanda y se habla de un desarrollo intermedio en el que se ubica a Rusia y algunas de las Repúblicas soviéticas que teóricamente formaban antes el segundo mundo y Brasil y otros países de América Latina que han caído en prolongadas crisis, quizá por problemas políticos posteriores a las dictaduras apoyadas por las empresas transnacionales dominantes en la zona. También se ubican en este estadio algunos países asiáticos que han empezado a crecer de manera importante, como India, China, Malasia y

⁸ En general, los datos utilizados para esta parte provienen de la Enciclopedia del Estudiante Tomo 12, Geografía del Mundo A-Z, Enciclopedia Espasa-Calpe y ECONOMÍA, de Ficher, Donsburnsch y Schmalensee, passim.

Singapur, aunque hay que tomar en cuenta que con la inversión de las empresas transnacionales especialmente norteamericanas y la venta de mano de obra casi regalada, China ha avanzado a pasos agigantados sobre muchos otros países de todos los que eran tercer y cuarto mundo.

Pero queda aún un gran grupo de países que sobreviven en las más miserables condiciones tanto económicas como culturales y políticas, localizados en Asia meridional y oriental, como Afganistán y Pakistán, además de algunos centroamericanos, como Haití y muy especialmente los que forman parte del África subsahariana, colonias de países europeos que sólo se dedicaron a explotarlos y expoliarlos y que posteriormente los “liberaron” de la colonización, abandonándolos a la miseria y las enfermedades, sin preparación para enfrentar al mundo evolucionado.

4. EN BUSCA DE LOS ANTECEDENTES DE LA ACTUAL GLOBALIZACIÓN

Para explicar estas condiciones necesitamos buscar el hilo conductor que llevó lo internacional desde la guerra fría hasta los años setenta en que se admitieron pactos incluyentes a nivel mundial, que implicaban tomar en cuenta los intereses y necesidades de los países pobres para desarrollar acciones y políticas que fueran de beneficio humanitario.

Pero debemos echar una mirada a lo que sucedió antes, para entender como en menos de 20 años, lo que se aceptó a nivel internacional como el Nuevo Orden Económico Internacional se transformó en un sistema globalizante protector sí, pero de los intereses empresariales trasnacionales, pugnando por la imposición de políticas y leyes que facilitaran sus actividades, sin importar quienes cayeran en el camino.

En un cierto momento como comenté líneas arriba, se consideró

de importancia vital para las generaciones actuales y futuras, la eliminación de injusticias patentes que son endémicas en el sistema actual de las relaciones existentes entre países e individuos, con el fin de crear un nuevo orden internacional donde una vida de dignidad y bienestar se convirtiera en el derecho inalienable de

todos; eso fue impulsado por los resultados de la Sexta Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en abril y mayo de 1974 a iniciativa de Argelia y con el apoyo del Grupo de Países No Alineados.

La sesión culminó con la adopción de dos resoluciones importantes; la primera expresaba el deseo colectivo de los estados miembros de trabajar para el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional; la segunda se refería al Programa de Acción requerido para la implantación del nuevo orden, lo cual implicaba "un acuerdo general sobre la necesidad de reformas internacionales, visto que el sistema vigente de relaciones entre los países no sirve a los intereses comunes de la humanidad en conjunto y que sólo mediante el establecimiento de un nuevo orden internacional podrán rectificarse las injusticias actuales y establecerse las bases de un mundo más justo y pacífico."⁹

La posibilidad de creación de ese nuevo orden se desarrolla en un Proyecto del Orden Internacional (RIO), originado a iniciativa del Club de Roma después de la Reunión de Salzburgo de 1974, en la que el Presidente de México sostuvo firmemente la propuesta de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.¹⁰

Sin embargo, no podemos decir que éste fue realmente un primer nuevo orden internacional. Hace cinco siglos se presenta por primera vez la relación entre la cultura, la economía, los mercados y los recursos propios de cada país con la relativa actividad a nivel mundial, al darse dos condiciones simultáneamente: el aumento de la productividad del trabajo y un orden mundial global.

En etapas anteriores de la historia del mundo, desde la llamada Antigüedad y en la Alta Edad Media, la productividad crecía lentamente, quizá había aumentado un 20 o un 30% desde el comienzo de la era cristiana. La producción era de subsistencia para los trabajadores y las clases superiores recibían su sostenimiento gratuitamente. Los procesos productivos generaban sólo lo indispensable y las posibilidades de ahorro

9 Tinbergen, Jan, *Reestructuración del Orden Internacional*. México, 1ª ed. en español trad. de la 1ª en inglés, FCE, 1977, p. 13.

10 *Ibidem*, p. 7.

y acumulación de capital eran ínfimas, entre el 1 y el 2% y los productos excedentes se comercializaban en los mercados locales, por lo que el comercio internacional conservaba cuando mucho estos mismos porcentajes.¹¹

No había impacto de los vínculos y decisiones del mundo externo sobre el desarrollo económico de los países y no es sino hasta la Baja Edad Media europea cuando la situación inicia un cambio, con el desarrollo del mercantilismo entre los siglos XI y XV, y se empieza a crecer en cuanto a la productividad, ocasionando que las relaciones externas de los países tuvieran mayor influencia sobre la producción, la distribución de la riqueza y la acumulación de capitales. Ello no se presenta en esa época en ninguna de las grandes civilizaciones del Medio Oriente y Asia, ya que hasta el siglo XV la relación internacional era exclusivamente intraeuropea.

Europa, como señala H.G. Wells, “encadenada por múltiples amos cuando cayó el Imperio Romano de Occidente, permaneció adormecida durante casi un milenio. Luego, en un momento de azar y de necesidad, apartó a cuantos la rodeaban y se lanzó a la conquista del universo, masacrando a los pueblos que encontraba, apropiándose de sus riquezas, robándoles su nombre, su pasado, su historia.”¹²

Se dice que no se podía, en ese entonces, considerar que existiera un orden mundial como afirma Ferrer, de alcance planetario, conservándose más bien intrarregional, cuando mucho ampliado a algunas partes de Asia y África, prácticamente mediterráneas, pese al eventual comercio con China e India que se conservó bilateral.

No existían redes de alcance global con la excepción del oro importado del Sudán occidental hasta el descubrimiento, conquista y colonización de América y la llegada de los portugueses al Oriente, con lo que se inicia el control del tráfico intercontinental por los europeos que hacen sentir su presencia y poder en África, Asia y el Nuevo Mundo. Así se integra por primera vez un mercado global.¹³

11 Ferrer, Aldo, *Historia de la Globalización. Orígenes del Orden Económico Mundial*. Buenos Aires, FCE de la Argentina, 5ª reimp. De la 1ª ed. de 1996, pp. 12 y sig. 2001 (Serie de Economía).

12 Rosas, Ma. Cristina y Astié-Burgos, Walter, *El Mundo que nos Tocó Vivir. El Siglo XXI, la Globalización y el Nuevo Orden Mundial*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2005, p. 17.

13 Ídem.

Este mercado global en el cual convergen la productividad y la existencia de un sistema mundial internacional va a operar como determinante del desarrollo y subdesarrollo de los países y del reparto del poder entre ellos, con las figuras de dominantes y dominados, conquistados y conquistadores, al interrumpir estos últimos la normal evolución histórica de los segundos, forzándolos a permanecer en una condición de sometimiento a las demandas de los mercados internacionales o de los intereses de los dominantes.

No siendo Europa una unidad política, las pugnas por el predominio y el control del poder fueron constantes y de España pasó el dominio a Francia que por cierto “heredó” a sus países dominados su cultura y su civilización, aunque desafortunadamente también, y no sólo ella, sus conflictos permanentes. Revisando su historia nos hace pensar en la maravilla de haber logrado, finalmente y después de dos grandes guerras y muchas pequeñas, con alto costo humano y económico, la creación de una Unión Europea. Las pugnas se sucedieron con Inglaterra y finalmente con Alemania, hasta llegar a las dos Guerras Mundiales¹⁴ que, al terminar, habían abierto a otro continente la participación en los conflictos, con el ingreso de los Estados Unidos a la guerra y al triunfo final. Eso le permitió, durante la guerra fría, obtener prebendas y poderes internacionales con la creación de la ONU y los organismos económicos de Bretton Woods que posteriormente se convertirán en los dirigentes de las políticas económicas mundiales, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio y el Fondo Monetario Internacional¹⁵ aunados al Grupo de los Ocho(G8).

5. LOS PAÍSES POBRES EN LA HISTORIA RECIENTE

Después de las dos grandes guerras que por la cantidad de países y personas involucradas y las consecuencias en la repartición del poder, se consideraron históricamente mundiales, se dieron en los siguientes 20 años grandes cambios en la política y la organización del mundo; las grandes potencias europeas colonizadoras tomaron decisiones respecto a la forma de continuar sus relaciones con los países y lugares

14 Entre el Eje, formado por Alemania, Italia y Japón, además de los países invadidos por Alemania durante el conflicto.

15 Recordemos que el Banco Mundial en sus orígenes era de Reconstrucción y Fomento para los países destruidos por la guerra.

colonizados, buscando la mayor ventaja económica para ellas y la posibilidad de dejarlas contratadas a cambio del reconocimiento de la libertad, aun cuando fuera sólo formal.

En realidad, los pocos o muchos años de colonización fueron más bien años de dominio y explotación que no procuraron dejar ninguna capacitación para los pobladores originarios, mal alimentados y sin preparación, sin que la presencia de los países dominantes colonizadores previera qué podrían hacer estos esclavos y semiesclavos si algún día lograban su libertad.

A partir de los Mau Mau y hasta las matanzas en Rouanda, estos países invadidos y explotados por naciones europeas sólo han visto miseria y enfermedades.

Quizá esto explica las matanzas en algunos lugares en África, que quedaron libres pero tan atrasados y deshumanizados como cuando fueron conquistados y a lo mejor en peores condiciones, porque algo habrían evolucionado de no haber estado subyugados por sus explotadores.

Desconozco como se encuentra, por ejemplo, la geografía actual de África, dado que cuando yo estudié, en mis muy lejanos años mozos, todo el mapa africano era de dependencias y colonias de países europeos, lugares que, al ser liberados políticamente, se han dividido, fraccionado, descompuesto en guerras intestinas tribales. Eso se dio pese al surgimiento de algunos importantes líderes regionales que acabaron por convertirse en muchos casos en dictadores, tanto por no encontrar sucesores adecuados o por haber caído en la ambición por el poder. Debe quedar claro que no sólo los países africanos viven en condiciones de miseria y violencia; la realidad es que el 80% de la población mundial vive en el mundo subdesarrollado por causas internas y externas que no es dado analizar en esta exposición pero cuyas consecuencias son semejantes en todo el mundo.

Comentamos que se utilizó, para la calificación de la pobreza, el ingreso *per capita* calculado sobre la renta, generalmente anual, dividida entre el número de habitantes del país. Sin embargo, este dato proporciona imágenes falsas al dividir, en la mayoría de los casos, la enorme riqueza existente en manos de unos cuantos, como si se compartiera entre todos los habitantes de un país en el que

generalmente existe una gran desigualdad económica y una poca equitativa distribución de la riqueza.

Es así que hace unos 20 años la ONU comenzó a elaborar anualmente un Índice de Desarrollo Humano (IDH) en el cual, además de calcular los ingresos medios por habitante, contempla otras cuestiones de carácter social y cultural para evaluar el nivel de desarrollo del país, por ejemplo: nivel de alfabetización de la población, acceso a servicios de salud, sanidad general, esperanza de vida al nacer, igualdad reconocida legal y socialmente entre hombres y mujeres.

Con esos criterios se explica la modificación que en la economía mundial ha operado y en la cual se clasifica, sin que en la realidad haya habido cambios reales en beneficio de toda la población nacional, y también el hecho de que a México se le haya ubicado en un nivel mucho más alto del cual se reconocía hasta antes de la utilización de estos criterios.

Es también el caso de países como China e India, los Estados musulmanes mediterráneos como Túnez, Siria, Egipto y Marruecos y países de nueva industrialización como Singapur, Malasia e Indonesia, en los cuales persisten niveles de vida extremos y condiciones de derechos humanos deleznable.

Y es que en muchos de ellos persiste una absoluta desigualdad en cuanto a la distribución de la riqueza, como en Brasil, en la que el 1% de los propietarios posee casi la mitad de las tierras cultivables del país, con haciendas de más de mil hectáreas que no se explotan en su totalidad. Y el 53% de propietarios es dueño de casi un 3% de tierras y su extensión oscila entre 1 y 10 hectáreas de tierra cultivable, además de los más o menos 20 millones de campesinos que no tienen tierras propias y que trabajan para los propietarios en condiciones de servidumbre, casi esclavitud.

Lo mismo sucede en Venezuela, Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador, y demás países sudamericanos que no tienen la riqueza petrolera de Venezuela pero en los que subsisten sistemas semif feudales de explotación humana y de miseria.

6. LA MEDICIÓN DE LA POBREZA Y LA VISIÓN SOCIAL, FRENTE A LA SIMULACIÓN POLÍTICA

En México, como en muchos países, la medición de la pobreza se ha convertido en un manejo de población inexistente, en razón de los criterios de clasificación de las personas *no* pobres, al establecerse un acuerdo oficial para medir la pobreza, tomando como base una canasta normativa alimentaria que al parecer se utiliza como “línea” también en muchos países latinoamericanos. En ella estos *no* pobres oficiales, porque superan la pobreza patrimonial oficial, carecen de posibilidades de la satisfacción de una impresionante cantidad de necesidades que no se tomaron en cuenta,..... “¿Cómo llegamos a esa caracterización tan absurda de los *no* pobres? Mediante la forma como se mide la pobreza con el método propuesto por el Comité técnico de la Secretaría de Desarrollo Social y adoptado por el gobierno mexicano.”¹⁶

En realidad, los criterios de consideración respecto a los derechos humanos que tienen que ver directamente con la pobreza, comenzaron a disminuir a partir del gobierno de Carlos Salinas, en los inicios del decenio de 1990, cuando se reformó el art. 27 constitucional, afectando la tenencia de tierras ejidales, autorizando legalmente las operaciones que implican las transacciones de dichas tierras, las cuales se llevaban a cabo de manera informal pero casi nunca significaban una pérdida definitiva de las tierras rentadas.

Con la reforma que mencionamos, se han vendido o desposeído miles de tierras ejidales, además de las invasiones de las tierras de cultivo agrícola, lo que ha propiciado la inseguridad en el campo, las migraciones de peones y campesinos a las ciudades o a los Estados Unidos de América, y el abandono de los cultivos y la importación de productos que satisfagan las necesidades de la población.

Y no es sólo problema de México; la desigualdad propiciada por el poder económico y político en todo el mundo se refleja en las hambrunas y la miseria mundial.

Esta desigualdad representa que más de 1200 millones de personas sobrevivan con menos de 1 dólar al día y unos 2000 con menos de 2

16 Boltvinik, Julio y Araceli Damián, *Derechos Humanos y Medición de la Pobreza en México*, el Colegio de México, Internet, 2 de noviembre 2011, Derechos Humanos y Pobreza.

dólares al día. Así, el 1% de la población mundial, aproximadamente unos 60 millones de personas, son los propietarios de una riqueza equiparable a la cual poseen para sobrevivir 2,800 millones de los más pobres. Casi 800 millones de personas viven con hambre crónica y cada 4 segundos muere una persona de hambre en el mundo.

Sin duda, el criterio de clasificación utilizado por la ONU tampoco es satisfactorio cuando en los países emergentes subsiste la desnutrición infantil y el analfabetismo y la violencia delictiva se vuelven fuera de control.

Y los datos duros continúan: 1160 millones de personas no tienen acceso al agua potable y casi el doble carecen de saneamientos; 12 millones de niños mueren anualmente por enfermedades evitables y curables, unos 40 millones están enfermos de SIDA y más de 14 millones de niños han perdido por esa enfermedad a sus padres.

Se pensó, en los años de 1980, que las ayudas internacionales podrían paliar estas condiciones pero las crisis económicas mundiales han disminuido los ingresos de la población media en más de 54 países, ocasionando nuevos grupos miserables en Iberoamérica, Asia y África especialmente.

Para el año 2000 se celebraron una serie de reuniones denominadas Cumbre del Milenio, coordinadas por países miembros de la ONU en las que se fijaron básicamente ciertos objetivos para alcanzar en el 2015 y reducir estas condiciones y lograr la paz, el desarrollo sustentable y el respeto a los derechos humanos.

A fin de lograrlo se reconoció la necesidad de emprender reformas políticas, otorgar ayuda y avanzar en la superación de los problemas mencionados, incluyendo la deuda externa que agota los ingresos de los países pobres.

7. EL SIGLO XX Y LOS PAÍSES POBRES

Así pues, el Tercer mundo vino a ser integrado por países que no pertenecían ni al sistema capitalista ni al sistema socialista y que podemos decir que están en Asia, África y América Latina.

Tenemos el caso de América Latina en que hay subdesarrollo y alineamiento, por ser una zona dependiente que parece no haber aún alcanzado el nivel de madurez que puede llevar al capitalismo o al socialismo.

Históricamente el fenómeno del Tercer Mundo, como fuerza económica internacional, además de política e ideológica, puede colocarse en las postrimerías de la II Guerra Mundial.

Cuando la aparición del nazismo en 1930, hubo una tentativa comunista de apoderarse del poder en Alemania que fracasó. En Hungría también, aunque fue ahogada en sangre por la fuerza de la intervención extranjera. En esa época, sólo Rusia era socialista, pero al terminar la guerra, 14 países se hicieron socialistas.

Durante los años cuarenta, países que habían sido ocupados por los nazis durante la guerra, de donde tomaban soldados y armas, fueron liberados por Rusia y, a la vez, asimilados por el socialismo, permitiendo la mayor plenitud del mundo socialista, parte por la fuerza militar que había arrojado a los alemanes de la ocupación, y parte por la lucha de los obreros de esos países para asimilarse al comunismo.

En otro lado, a partir de 1949, el triunfo de la Revolución china, encabezada por Mao Tse Tung, máximo dirigente del Partido Comunista, venció a Chiang Kay Chek, agregando el país más poblado del mundo al grupo comunista y, en el mismo año, la Unión Soviética ingresó al bloque de los países poseedores de bombas nucleares. Quizá es el momento en el que se equilibran las fuerzas mundiales ante la posibilidad de una nueva guerra final.

Pero la sola aparición y crecimiento del mundo comunista no fue lo que dio lugar al nacimiento del tercer mundo; intervinieron otros factores, entre los cuales citaremos, en primer término, un proceso que se había venido desarrollando desde tiempo atrás.

Hablamos del Colonialismo, como una etapa del capitalismo, mas aún del imperialismo que busca nuevos mercados para sus productos elaborados y lugares donde adquirir materia prima a precios ínfimos.

Esta colonización casi nunca fue realizada por medios pacíficos sino, al contrario, muchas veces se valió de la violencia para establecer sus términos. También el proceso inverso de desembarazarse los países colonizados del yugo imperialista fue realizado por medios generalmente sangrientos, pues "ningún poder imperial ha concedido jamás su independencia a una colonia al menos que las fuerzas hayan sido de tal magnitud que no haya otro camino posible y hay muchos

casos en que la independencia sólo se logró mediante una guerra de liberación.”¹⁷

Pero sí hubo casos en que esa liberación del colonialismo se obtuvo mediante la sola organización de las fuerzas de ideología independiente dentro de las colonias, ya que el poder imperialista llegaba a la convicción de que la resistencia al movimiento independiente sería costosa e inútil. Ante la posibilidad de obtener otro tipo de ventajas económicas, encontraban más útil ceder a las pretensiones independentistas y a cambio de esta cesión, obtener la concesión de la explotación de los bienes naturales de los citados países, pero ya no en forma de virreinos y colonias, sino mediante el establecimiento de empresas de explotación de los diversos recursos del país. Pensemos simplemente en el Reino Unido.

Y todas estas empresas constituyen, por debajo del agua, un monopolio capitalista, a través del cual ejercen presiones y obtienen prerrogativas dentro del mismo gobierno, ejercido por nacionales y sin los costos ni económicos ni humanos que tenía el mantener el poder en manos del país colonizador. A esto se le llamó neocolonialismo, hábilmente equilibrado a través de los cambios de tendencias y doctrinas del mundo, haciendo el papel de veleta para adaptarse a todas las situaciones y conservar en esta forma su poder.

Tal es el caso de las empresas que manejan la producción y comercio de los diamantes en el mundo, la minería del estaño y el níquel, el aluminio, en fin, todos estos productos obtenidos por concesión en los países subdesarrollados, que son un rico filón de las empresas que los explotan y que al país que los produce sólo le representan eso: explotación económica y humana.

Este neocolonialismo produjo una creciente tendencia de violencia en los países explotados, una profunda escisión entre el capitalismo y el Tercer Mundo, por lo que el Estado imperialista ha tratado de encontrar una fórmula conciliatoria, suprimiendo algunos aspectos del capitalismo, como el sojuzgamiento de la clase trabajadora y la intervención del Estado en los asuntos económicos. Así, se constituye un Estado benefactor que desea y busca un más alto nivel de vida para el proletariado y la intervención estatal a fin de equilibrar las balanzas económicas y los intereses humanos, además de una política

17 Nkrumah, Kwame, *Neocolonialismo*, México, Siglo XXI, 1966.

internacional proteccionista con tendencias más humanas, lo cual nos lleva de la mano a otro de los elementos característicos del Tercer Mundo: el subdesarrollo.

La referencia a este elemento nos lleva a una etapa teórica diferente pero que sigue agrupando a cierto tipo de países que en su momento formaron parte del llamado Tercer Mundo o, como señalamos arriba, es una característica más de ellos.

Las características comunes de los países subdesarrollados podemos enumerarlas:

1. El País subdesarrollado tiene bajo desarrollo de sus fuerzas productivas, potencial humano y material, constituido este último por recursos naturales muy poco desarrollados o totalmente sin utilizar, careciéndose, además, de una infraestructura económica que es el conjunto de condiciones que se presentan previamente al desarrollo industrial.
2. Los países subdesarrollados manifiestan una preponderancia a la actividad agrícola en el conjunto de la producción nacional, siendo los sistemas de explotación agrícola arcaicos y atrasados en su aspecto técnico, y la población, en su mayoría, de tipo rural, como en África, que es 90% rural o en América de un 50%.
3. Las relaciones de dependencia respecto a los países metropolitanos forman otro elemento del subdesarrollo: dependencia que se manifiesta por los términos del intercambio comercial, ya que los países subdesarrollados exportan y producen materias primas y productos agrícolas y, en cambio, los países metropolitanos colonialistas producen y exportan bienes manufacturados.
4. Esta dependencia se complica por la tendencia de baja creciente de los precios de los productos agrícolas y por el alza constante del precio de los bienes manufacturados.
5. Como otro elemento del subdesarrollo, se señalan los bajos niveles de vida, que se manifiestan en el aspecto alimenticio y su mala calidad, con un alto contenido de harinas y bajos contenidos proteínicos.

También se manifiesta en el aspecto social por los niveles de cultura y educación. La muerte prematura infantil tiene un alto

nivel, lo que en conjunto conduce a una actitud mental de falta de autoestima y de confianza en sí mismos y en el país.

Algunos estudiosos comentan que todos estos países, a pesar de ser de lugares, climas, razas, costumbres y religiones diferentes, se caracterizan por los siguientes rasgos comunes que de manera general coinciden con los ya citados:

1. Son países que han sufrido en su evolución histórica, el impacto del colonialismo y del imperialismo.
2. Manifiestan un profundo subdesarrollo de sus riquezas nacionales, humanas y naturales, lo que se traduce en un nivel de vida sumamente bajo para sus habitantes.
3. Se diferencian del mundo capitalista fundamentalmente por su bajo desarrollo, aunque están ligados al citado mundo capitalista de alguna forma, por regla general de dependencia.
4. Son países que quieren diferenciarse políticamente del sistema capitalista, utilizando algunos principios del socialismo y en particular, tratando de aprovechar las ventajas económicas y comerciales que pueden ofrecer tanto uno como otro bando.
5. Son países que, en su perspectiva, pretenden ser no alineados, es decir, no apoyar incondicionalmente al bando capitalista ni al bando socialista.

Estos rasgos pueden encontrarse en forma simultánea en algunos países del Tercer Mundo, aunque no es indispensable que estén presentes todos los elementos para que algún país se encuentre dentro de la realidad del Tercer Mundo.

Podemos ver estas características del desarrollo aparecer en su cruda realidad como una tragedia manifiesta por índices estadísticos en cuanto a:

El ingreso o producto *per capita*, por ejemplo, considerado como el valor contabilizado de todos los bienes y servicios producidos por una nación en un año (cemento, trigo, maíz, frijol, electricidad, transportes) cuantificados a través de técnica estadística, produciendo como resultado el monto del producto *per cápita*, lo cual nos da un índice del nivel de desarrollo de un país. Se pone como ejemplo para aclarar este punto los índices obtenidos mediante operaciones en Suecia en 1963 de 1428 dólares y en Estados Unidos de 3500 dls., considerando como

promedio entre 700 y 3500 dólares, ya que Francia e Italia oscilan entre 600 y 800 dólares.

Los países integrantes del Tercer Mundo, los cuales han tomado conciencia de su situación y de su fuerza, aunque con las limitaciones de su condición de países pobres, podían ser la fuerza de equilibrio en la lucha de los dos grandes poderes económicos de la época por el predominio mundial: capitalismo y socialismo.

Esta concientización de su situación como miembros de este grupo los había hermanado, a despecho de las diferencias de tendencias de organización interna de cada país; en sus relaciones exteriores han logrado adoptar posturas similares, pues estaban unidos profundamente por la común antipatía hacia el poder colonial.

Las divergencias internas evitaron por muchos años que se anularan las divisiones existentes entre ellos, como en el caso de las naciones afroasiáticas que tenían varios líderes deseosos de convertirse en guías de una organización unida, como Nasser, Touré, Senghor y el mismo Nkrumah, además de las organizaciones sindicales que también participaban en esta lucha por el predominio.

Pero, como dice Worsley en su "Tercer Mundo", es mucho más sorprendente que las disputas entre los nuevos estados la amplitud de su cooperación. Antes de la década de 1950, la división entre África "pagana" al sur del Sahara y el norte de África Islámico, árabe-bereber, fue universalmente aceptada. Hoy día no lo es, las tradiciones seculares han sido eliminadas en unos años y resultaba ya entonces sorprendente la cooperación entre Marruecos y Liberia, Ghana y Egipto, Angola y Argelia.¹⁸

¿Qué decir del momento actual en que estamos presenciando la "primavera árabe", con levantamientos populares o paramilitares y la caída de dictadores de muchos años inclusive apoyados y utilizados por la organización política norteamericana en ciertos momentos?

Y todo ello se debió a un pasado común y conduce a una orientación política interna y externa especial, cuyo ascendiente en las Naciones Unidas aumenta paulatinamente y siempre con una orientación filosófica neutralista orientada a su unidad total y a la erradicación positiva del colonialismo en cualquiera de sus tipos. De esa forma, se erradican, a la vez, los vicios y desgracias que heredaron de esos

18 Worsley, Peter, *El Tercer Mundo*, México, Siglo XXI, 1966.

colonialismos como el monocultivo, las propiedades extranjeras sobre los principales recursos de los países, la pobreza y la falta de industrialización y preparación, que son los mayores obstáculos para la panafricanización o Unión Pan Africana, o en general, para la unión total de los países constitutivos del ese Tercer Mundo.

Esta tendencia a la unificación del Tercer Mundo se orienta en forma especial, primero que nada, a la independencia de los países coloniales, formando una organización unificada políticamente, destruyendo las organizaciones coloniales interafricanas, en su afán de demoler los vestigios de dominación colonialista.

Se trataba de organizar las infraestructuras afroasiáticas, armonizando los sistemas de comunicaciones, derechos aduanales, programas de salud y educativos. En la Conferencia de Estados Africanos de Addis Abeba de mayo de 1961, se trató del desarrollo de la educación superior en toda el África, y también se elaboró el esbozo de un plan para eliminar el analfabetismo para 1980.

Esta tendencia neutralista afroasiática se vio obstaculizada gravemente por las presiones externas de los poderes comunistas y capitalistas que no cejaban en su afán de lograr que la Unión Afroasiática que se estaba gestando se inclinara a favor de uno de estos bandos. Estas presiones económicas e ideológicas hicieron nacer la convicción, no muy equivocada, en los países afroasiáticos, de que los millonarios capitalistas y socialistas querían repartirse sus países y que la pugna ya no era entre Oriente y Occidente sino entre países desarrollados y subdesarrollados. Como consecuencia de las presiones colonialistas y también por las tendencias producidas por estas en cuanto al desarrollo de un neutralismo activo, aparece otro factor del Tercer Mundo, constituido por las luchas de liberación nacional, que habían empezado en la India, aún antes de la Guerra Mundial, con el impulso del Gandhi. En China, antes de la revolución socialista había surgido un movimiento nacionalista; en Indonesia, en los países africanos del Norte, en Arabia la guerra habían favorecido la lucha de los pueblos en contra del grupo colonial, y en África, algunos grupos del ejército senegalés que habían participado en la Gran Guerra y que habían disfrutado de un trato igualitario en relación con los demás soldados blancos, al volver a África no pudieron conformarse con la situación discriminatoria existente y también se dispusieron a luchar por su libertad.

8. LOS LÍDERES DEL MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN NACIONAL

Otro factor que contribuyó a la propagación del movimiento de liberación nacional fue el surgimiento de algunos líderes conscientes del cambio que había ocurrido en el mundo. Apareció Nerhu en la India, Sukarno en Indonesia, Nasser en Egipto y entendieron que el momento histórico había cambiado por lo que decidieron aprovechar la pugna entre los dos mundos, capitalista y socialista, en beneficio de su liberación.

Se logra la reunión de Bandoeng, para la primera Conferencia de los Pueblos de Asia y África, en la cual se trató de trazar la Vía de No Alineamientos, como un camino a la independencia política y para lograr el máximo provecho de las ventajas que podían obtenerse de los dos mundos, estableciendo relaciones diplomáticas con ambos.

Desde luego los países socialistas en el primer momento trataron de alentar la creación de esta tercera fuerza que estaba compuesta por países que de hecho dependían del imperialismo. En este esfuerzo de aliento, es destacada la actitud de Yosip Broz Tito, de Yugoslavia, que por razones de tipo ideológico y político, quería separar a su país del bloque socialista para colocarlo en una posición tercerista.¹⁹

Es importante hacer una referencia a la obra de tres personajes intelectuales y activos miembros del Tercer mundo: Josué de Castro, Frantz Fanon y Ernesto "Che" Guevara, quizá el más recordado de los tres.

Josué de Castro (Recife, Brasil, 1908-París, 1973) antropólogo, intelectual y médico, dedicó su vida a una verdadera cruzada contra el hambre, elaborando estudios de este doloroso fenómeno en el Tercer mundo, habiendo alcanzado la presidencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO, de 1952 a 1956) y el Premio Internacional de la Paz.

Publica él su obra "Geografía del Hambre" en la que hace un análisis y propone ciertas soluciones al problema de la alimentación en los países subdesarrollados, con miras humanas más allá de cualquiera otra orientación. Señala, sin embargo, a los verdaderos responsables de estas condiciones en las zonas más pobres del planeta: el colonialismo decimonónico y el del S. XX llamado neocolonialismo impuesto por las

19 Sternberg, Fritz, *¿Capitalismo o Socialismo?* México, FCE, 1954.

grandes potencias por medio de la explotación tecnológica, cultural, social y empresarial. Hace distinción entre el “hambre fisiológica y absoluta” y el “hambre específica” originada por las dietas carenciales que regulan la alimentación escasa que obtienen los pueblos sometidos a un régimen de monocultivo por culpa de los grandes intereses comerciales.

Frantz Fanon, escritor y psiquiatra, nacido en La Martinique y muerto prematuramente en 1961, a los treinta años de edad, hizo que su pensamiento se impregnara en la inquieta juventud y se penetrara de los problemas sociales y económicos del mundo actual, teniendo profundo arraigo tanto entre los estudiantes negros como entre los activistas blancos.

En sus obras “Piel negra, máscara blanca” y “Los condenados de la Tierra”, delineó su necesidad de renegar de un mundo cuya identidad es indefinida. Su obra tiene profundas raíces entre todos los disencionistas del mundo capitalista, en especial los militantes del movimiento negro de Norteamérica que en esa época se encontraban en plena efervescencia.

Ernesto “Che” Guevara, médico argentino, revolucionario por naturaleza, es igualmente un símbolo entre el estudiantado activista del mundo, sobre todo a partir de octubre de 1967 en que fue asesinado al parecer por soldados bolivianos.

Su carrera como guerrillero castrista, teniente del mismo Castro Ruz, lo hizo popular y sus escritos han llevado una llama de rebeldía al mundo de los jóvenes revolucionarios, inspirándolos con su estrategia para la revuelta y la pasión a favor de sus creencias.

Era, además, una persona sumamente capacitada y con un profundo sentido analítico de los problemas de su país adoptivo y de toda Latinoamérica como se denota en el siguiente párrafo:

Cuba era y es un país de monoproducto y era un país absolutamente de monomercado. Cuba era un país semicolonial con las características esenciales de los países semicoloniales, como son, además de las citadas, la gran desocupación y la desocupación disfrazada en forma de empleos públicos, de comercio, etc. La importación de víveres que se pueden producir en el país y de otros bienes de consumo, duraderos o no y la proliferación de una burguesía mercantil aliada

con los explotadores imperialistas, constituyen las características de la Cuba pre revolucionaria.

Finalmente, una frase del Che, contenida en una carta y que lo dibuja como era y como se conceptualizaba a sí mismo:

...sigo siendo un aventurero, sólo que ahora mis aventuras tienen un fin justo.

Muchos pueblos de América están maduros para la revolución. No solamente los que hoy han comenzado la lucha., Hay algunos que no han comenzado todavía y que, sin embargo, están afilando pacientemente sus machetes, porque saben que la hora se acerca. Saben que el imperialismo norteamericano intervendrá en América, pero saben también que mientras más frentes se abran simultáneamente, más difícil será la lucha... así cada pueblo que inicia su lucha también empieza a cavar la tumba del imperialismo.²⁰

9. LA GLOBALIZACIÓN VISTA NO SÓLO COMO FENÓMENO ECONÓMICO

Parece necesidad la insistencia sobre la globalización, más aún si es una insistencia crítica como lo es la presente, pero es necesario, conforme avanzan y revolucionan las medidas y consecuencias de la globalización, estudiarlas y comentarlas por las consecuencias que tienen para la vida cotidiana y especialmente para nuestra materia.

La globalización es un fenómeno que acerca los intereses de los diversos grupos humanos y que se repite por periodos históricos, como es el caso de la llamada globalización actual, que aunque presenta características propias, también arrastra consigo datos de globalizaciones anteriores.

Originalmente la hemos reconocido como impulsada por la economía: los intereses de los grupos humanos mencionados son fundamentalmente de carácter económico, pero también hay que reconocer que lo económico prácticamente toca todos los aspectos de

20 Guevara, Ernesto, *Pensamientos del Che Guevara*, Cuba, en Rev. Bohemia, año 61, 13 de junio de 1969.

la vida y por lo mismo, afecta otras áreas importantes que deciden la calidad de vida de los seres humanos.

Así encontramos, conforme hemos avanzado en el estudio de la globalización, cuestiones de carácter cultural, biológico, ético y filosófico, jurídico y social que se ven impactadas y modificadas por el desarrollo de la mundialización.

Es necesario reiterar, cosa que he hecho ya en diversos trabajos, como aunque se utilicen como equivalentes no lo son totalmente, palabras como globalización, globalidad, mundialización, internacionalización, transnacionalización y otras más. Se presentan pequeñas variantes entre las que podemos aquí obviar en el sentido de minimizar las diferencias para enfocarnos a la concepción de todas dentro de una tendencia que implica buscar la mayor equivalencia y uniformidad del significado de las palabras, de las instituciones sociales, jurídicas, filosóficas, culturales y de la búsqueda de soluciones a los problemas humanos y sociales.

Creo que esta última parte es la que más problemas presenta, en tanto se ha concebido lo humano como individual y lo social como institucional o grupal, especialmente empresarial, lo que ya le da un sentido diferente a las medidas propuestas y utilizadas para lograr el fin que supuestamente se busca:

la actual globalización es una etapa del desarrollo del capitalismo, pero al mismo tiempo lo es de la evolución de la humanidad. La globalización es una etapa que bajo el capitalismo se muestra como mundialización distorsionada, cuyo cambio de signo parece hoy necesario para ponerla al servicio del desarrollo humano, Hay pues una propuesta *utópica* (aunque realista y posible) que propondría como contenido de esta nueva globalidad el criterio de solidaridad y la primacía de los valores comunitarios antes que los puramente individuales (y del mercado), que son a los que nos llega la lógica del capital, concentrada en la maximización de las ganancias y la demolición de la vida comunitaria." De aquí que también sea parte (importante) del trabajo la propuesta de una nueva

democracia, más radical y ampliada, que apunte en su núcleo al tema de la participación autogestionaria.²¹

Puedo pensar que ese fin declarado ha resultado en la práctica totalmente distinta de lo que se intentaba lograr. De esa conexión y facilidad para la interrelación humana ha resultado una utilización de la uniformidad para obtener beneficios de todo tipo a favor de los promotores del movimiento, principalmente económicos pero utilizando los demás como medios para lograrlo.

Pienso que todos los movimientos sociales, realizados dentro o por un grupo social, siempre deben tener como fin, para justificarse, mejorías para todos los integrantes del grupo y no sólo para ciertos entes o individuos, pero, a estas alturas de la evolución social del S. XXI, parecería una idea totalmente obsoleta y fuera de contexto.

Es claro que los países organizados, unos por intereses impositivos y otros por necesidades defensivas, no se quedaron de manos cruzadas, pero sus ingresos no podían compararse con los empresariales, además de tratarse de un fenómeno nuevo que había disminuido de manera importante la eficacia del derecho positivo nacional y el poder de los Estados nacionales.

Poco a poco se fue creando un sistema normativo internacional, con una eficacia limitada pero tratando de crear nuevas opciones para enfrentar el fenómeno. La Organización de las Naciones Unidas impulsó el reconocimiento de un Código de Conducta para las Empresas Transnacionales y poco a poco se trataron de fortalecer acuerdos, tratados y normas para intentar controlar el fenómeno, creando así un sistema jurídico transnacional nuevo.

La realidad la plantea uno de los críticos del fenómeno en Alemania en el decenio final del Siglo XX, haciendo el análisis de los resultados del “milagro económico” que implica la fórmula nueva de la riqueza “capitalismo sin trabajo más capitalismo sin impuestos”, pues los países de la Unión europea, entre 1989 y 1993 se enriquecieron entre el 50 y 70%, creciendo la economía más rápidamente que la población pero con el extraño resultado de obtener, para ese momento 20 millones sin empleo, 50 millones de pobres y 5 millones de personas sin techo. ¿Adónde fue a parar la nueva riqueza? Y se llega a la conclusión de

21 Flores Olea, Víctor y Mariña Flores, Abelardo, *Críticas de la Globalidad*, México, FCE.

que como en Estados Unidos, el crecimiento económico enriqueció al 19% más acomodado de la población con el 96% de la nueva riqueza.

En Alemania, los beneficios de las empresas aumentaron desde 1979 en un 90%, en tanto que los salarios sólo lo hicieron en un 6%." Y comenta nuestro autor que los ingresos fiscales procedentes de los salarios se han duplicado en los últimos 10 años, en tanto que los ingresos fiscales derivados de las actividades empresariales se han reducido a la mitad, representando el 113% de los ingresos fiscales globales; en 1980 eran el 25 % y en 1960 el 35%, situación que en esa época (el decenio de los 90) se presenta muy semejante en los demás países en los cuales la mayoría de las firmas multinacionales (Cita Siemens y BMW) ya no pagan en sus respectivos países ningún impuesto. Casi todos los ingresos estatales son obtenidos de los salarios en tanto que las empresas transnacionales obtienen beneficios astronómicos, obtenidos de supresión de puestos de trabajo y ahorros en costos.²²

Las pequeñas y medianas empresas auténticamente nacionales son las que tienen que reforzar sus pagos de impuestos porque se encuentran acorraladas por la burocracia fiscal y no tienen más remedio, a pesar de ser las que generan la mayoría de los puestos de trabajo, que contribuyen para apoyar la supervivencia del Estado nacional y se convierten en los perdedores de la globalización frente a los ganadores, empresarios transnacionales, conformando así otra de las contradicciones absurdas de la globalización.

Ya entonces Beck comenta que los empresarios que se llevan sus empresas a lugares sin protección laboral y con impuestos muy bajos, no se van a vivir a ellos sino que envían a sus hijos a las prestigiosas universidades financiadas o apoyadas por los Estados europeos sin pensar que el escamoteo de sus impuestos debilita cada vez más a dichos estados y el modo de vida al que están acostumbrados a disfrutar. Este orden de cosas hace cada día más profunda la diferencia entre pobres y ricos, ocasionando malestares sociales que el Estado nacional, minimizados sus ingresos.

²² Beck, Ulrich, *¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, Respuestas a la Globalización*. Barcelona, PAIDÓS, 1998, traducción del alemán, 1997, p. 21.

10. ¿QUÉ PASÓ CON LA GLOBALIZACIÓN INTEGRADORA?

¿Dónde quedó la justificación de una globalización que proclamaba la identidad cultural, la unidad del espacio y del Estado?

Pero, como dice el dicho, el interés tiene pies y los países originarios de las más fuertes empresas internacionales descubrieron las ventajas que de alguna forma ese pequeño lazo subsistente con ellas les proporcionaba poder supranacional, además del ya existente, con la creación de los organismos internacionales económicos, dependientes de sus aportaciones económicas para el diseño de las políticas impuestas a los países deudores.

Es necesario comentar que esta explicación que estoy proponiendo resulta exageradamente simplista, pues las fuerzas políticas que actúan en estos niveles internacionales son sumamente complejas, heterogéneas y con un poder enorme que aun así no es suficiente para inclinar las balanzas de decisión en un lado o en otro.

El análisis de la pugna por el poder económico y político excede las metas de esta presentación y baste comprender que la necesidad de desarrollar un más amplio mercado internacional donde cotizar los productos nuevos, fue justificación para la búsqueda de una nueva opción de gobierno mundial, de disminución del poder de los Estados Nacionales y de tratar de crear un Estado supranacional que creara un nuevo sistema jurídico y económico para ese nuevo mundo global.

Sin duda, la evolución de las organizaciones y las sociedades es extremadamente complicada y la actitud pasiva que requeriría la imposición de un mundo empresarial sólo atento a sus propios intereses no es generalizada. Muchas voces de protesta se escuchan e inclusive ha renacido una corriente del pensamiento que se creía ya superada: el marxismo, como idea de agrupar a los pobres para imponer sus intereses. Vemos con preocupación el resurgimiento, ahora de izquierda, de países con cortes y tendencias dictatoriales, agrupados entre sí para presentar un frente común latinoamericano, apoyados en la miseria y la desesperanza de grandes grupos de población que no caben en un mundo globalizado empresarial.

11. LA INFLUENCIA DE ESTAS TRANSFORMACIONES EN EL MUNDO JURÍDICO

Podemos resumir que el impacto de la tendencia globalizadora en el sistema jurídico mundial ha sido de la siguiente forma: los efectos arriba comentados no han sido sólo de carácter político, social y económico sino también han tenido un impacto importante en el sistema jurídico, nacional como internacional. Por ejemplo, se refleja en:

1. La creación de más Tratados Internacionales con características cada vez de mayor obligatoriedad y exigibilidad para los países contratantes.
2. Variaciones importantes en las facultades del Estado, intentando limitar las de los Estados Nacionales en la búsqueda de una nueva autoridad supranacional, lejana aún.
3. Se hacen esfuerzos legales para evitar la concentración excesiva de la riqueza mediante leyes antimonopolios y la creación propuesta de códigos de conducta para las empresas transnacionales.
4. Se genera en muchos países un importante marco legal para la planeación económica, especialmente para buscar un mayor desarrollo económico y la neutralización de sus efectos negativos,
5. Precisamente en la búsqueda de la neutralización de los efectos negativos del desarrollo económico, especialmente en lo industrial que origina desperdicios contaminantes para la tierra, el agua y el aire, se origina una importante legislación ecológica que trata de su protección y la conservación de los recursos naturales. Tanto a nivel nacional como internacional, ya que finalmente se empieza a comprender que la contaminación daña a todos los países del mundo, independientemente de su lugar de origen.

Finalmente, el reconocimiento y establecimiento cada vez más claro y definido de los derechos humanos, reconocidos también en todos o casi todos los lugares del mundo.²³

Vemos aquí claramente un mundo nuevo de naturaleza internacional que ha propiciado cambios al interior de los países y

23 Mendoza Bremauntz, Emma et al., *Derecho Económico*. México, IURE, 2009, (Textos Jurídicos), p. 114.

en sus relaciones internacionales, dándose lugar a formas nuevas de relaciones pero que en la realidad siguen teniendo el perfil de dominio de los más desarrollados sobre los menos y los no desarrollados, para obtener, mediante estas nuevas relaciones, el dominio ahora financiero, económico y con menores costos que durante la etapa colonial.

1. En el caso de la globalización y sus contradicciones podemos apreciar que si bien los acuerdos y tratados entre países se han verificado de manera libre desde que existe el Estado como tal, en la actualidad se puede encontrar una clara tendencia hacia la acentuación de la exigibilidad de su cumplimiento. Históricamente inclusive hasta hace unos cincuenta años, la voluntad de cumplir con los términos de estos acuerdos era respetada y su incumplimiento era sancionado solamente con el rechazo internacional, la crítica de los países perjudicados y algunas reclamaciones en organismos internacionales por el incumplimiento. No se llegaba a una exigibilidad que puede ser de carácter inclusive armado, como la participación de los soldados de la ONU, llamados “casco azul” integrados por la colaboración voluntaria de los países miembros interesados generalmente en el cumplimiento de determinados compromisos internacionales y en contra del país que no cumple con ellos.
2. La existencia de una pugna sorda en el sentido de disminuir cada vez más el poder de los Estados nacionales que se aprecia en la limitación del poder monopólico del que históricamente ha dispuesto respecto a la violencia física y simbólica con el cual impone “determinadas relaciones de producción”.

La idea del estado está ligada inevitablemente al derecho, a la política y al ejercicio del poder. El traslado de los medios de autoridad y administración de manos privadas a propiedad pública –expropiación mediante– conforma la base de la organización de un estado económica y militarmente emancipado.”²⁴ Entre otras cosas, el estado se vuelve coproductor, coimportador, codifusor de cultura e ideología, de tecnología, ciencia y educación. Es medidor en las

24 Schujman, Mario Saúl, *Derecho Económico y Social*. Córdoba, Ar., UNR Editorial, 2006, p. 75 (colección académica).

relaciones entre el país y el sistema internacional, entre grupos y procesos internos y externos, entre la dependencia y la soberanía.

Si bien la finalidad es resolver los conflictos y suavizar la relaciones socio económicas que nacen de manera natural de la práctica social, utilizando incluso la fuerza, en la realidad “la pugna que se presenta cotidianamente entre el poder y el derecho, entre los intereses particulares y el bien común, entre las bases de su legitimación y su práctica, entre los objetivos nacionales que integran el acuerdo social y las condiciones materiales en que se desenvuelve la comunidad internacional, es la razón de la inestabilidad, la crisis, y los cuestionamientos a la existencia del estado y el derecho.”²⁵

Aquí surge cada vez con mayor intensidad y a partir de los años setenta una tendencia apoyada internacionalmente para disminuir el poder de los Estados nacionales y buscar la creación de un poder, de un Estado supranacional, producto de esta globalización, que pueda ser mayor que el Imperio Romano y ejercer su poder sobre todos los países del mundo actual.

Sin embargo, hemos visto como las sucesivas crisis que se han sufrido a partir de ciertas crisis nacionales y que, en clara muestra de la realidad global, han repercutido en la mayoría de los demás países, como el llamado “efecto tequila” derivado de una crisis mexicana, no han disminuido el poder de los estados nacionales.

Lejos de esto, vemos cómo ha renacido un nacionalismo acendrado, cómo la población presiona cada vez más a sus gobiernos para que ejerzan el poder que ella misma les ha concedido originalmente con el fin de no limitarse a la sola función de protección o defensa que por cierto mal cumple, sino que aborde responsabilidades que pudieran no ser iguales a las que tuvo originalmente, pero tampoco la postura de simple gendarme.

Se habla del poder real y del poder formal que deben coincidir lo más posible para evitar las contradicciones de la sociedad globalizada que nacen de una prepotente y excluyente manera de ejercer el poder real. Los holdings transnacionales y sus sicarios, operan revolucionariamente socavando las bases de la legalidad impuestas por la formación económico social capitalistas y

²⁵ Ibid. p. 76.

engendran en su propio seno y con mucha razón aún en quienes (estados y pueblos) sufren los perjuicios de esta manera de asignar la riqueza, las fuerzas para orientar el curso de la historia en el sentido reclamado por las necesidades que plantea la afirmación de la condición humana.

Son ellos, estados-naciones y acuerdos de cooperación, su integración supranacional y las normas jurídicas, los que tienen el rol esencial para la construcción del futuro, recuperando la idea de soberanía expresada por la autodeterminación de las naciones y el principio de legalidad y jerarquía normativa, que son sometidos por la presión transnacional de la sociedad globalizada, asentada en el poder real de los oligopolios económicos y financieros, respaldados por los estados poderosos y las organizaciones y países sicariales, que buscan el agotamiento y desaparición de los estados nacionales.²⁶

La ansiada agenda del capitalismo con un perfil social y humanitario aún se aprecia lejana, pero no deja de ser buscada por grupos e individuos que esperan pronto convencer a los poseedores del poder de ejercerlo de una mejor manera. Seguimos compartiendo lo que afirmaba el trágica y sospechosamente muerto en México, Kande Mutsaku, y lo repetiré hasta el cansancio: “Paradójicamente la globalización puede ayudar en el camino hacia un mundo mejor... Para nosotros, hasta ahora sólo estaban globalizadas la miseria y la marginación. Ya me gustaría a mí que se globalizaran la economía y el conocimiento. Queremos que se globalicen la cultura, la solidaridad, la riqueza, el poder...la alimentación, el trabajo, las oportunidades.”²⁷

26 Schujman, Mario Saúl, op. cit., p. 80, passim.

27 Mutsaku Kamilamba, Kande, *La Globalización Vista desde la Periferia*. México, Tec. de Monterrey y M.A. Porrúa, 2002.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y EL CONVENCIONAL FRENTE A LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

A Jorge Carpizo

Enrique Carpizo

Profesor de amparo e Investigador visitante en el
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Para reconocer y proteger la dignidad humana: no se
requieren leyes, se requieren vocación, voluntad creativa
y atrevimiento...

I. INTRODUCCIÓN

¡Se fue el campeón pero quedaron sus victorias! Así es como Jorge Carpizo pasa del aspecto terrenal al de la eternidad. Salvo los enemigos de la rectitud, nadie que lo conoció pudo pronunciar una mala referencia sobre su humildad y educación. Se trató de un hombre flexible que supo tener mano dura y decir la verdad pesara a quien le pesara. Hoy descansa en paz nuestro ejemplar campechano a consecuencia de un problema preoperatorio. Su familia, sus amigos y sus discípulos, no creemos en su muerte, creemos en la viveza de sus posturas y de sus anhelos.

Jorge Carpizo, pese a fallecer, sigue siendo la inspiración de muchas personas, estudiantes, profesores y funcionarios de gobierno. Nuestro campeón detentó con gran talento cargos públicos importantes en la República mexicana, nadie olvida su trabajo como Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Presidente Fundador de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Procurador General de la República, Secretario de Gobernación y Embajador de México en Francia, entre otras comisiones no menos importantes como cuando

asumió la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas, la Coordinación de Humanidades y la Abogacía General de la UNAM.

Más de una decena de doctorados *honoris causa*, múltiples premios y reconocimientos nacionales e internacionales, así como diversos libros y centenares de artículos escritos: avalaron su prestigio universitario y vocación por el derecho. Jorge Carpizo fue mi principal impulsor y hasta su muerte continuó inculcándome valores y principios, amor a la Región. Una vez me dijo: *nunca te detengas si de mostrar la verdad y hacer el bien se trata*; y varias veces me recordó: *lo importante no es el parentesco sino la afinidad, la cercanía, la lealtad y la honestidad intelectual*.

A Jorge Carpizo lo vi y sentí como un padre, fue mi amigo, mi maestro y mi colega. A Jorge Carpizo no se le pasó un detalle para quienes consideró cercanos, siempre nos protegió y orientó a toda costa, esa era la característica esencial de su persona, de su amistad. Fue tan detallista que, a sabiendas de los infortunios de la vida, durante muchos años guardó una carta de despedida para ser divulgada después de su muerte.¹ Jorge Carpizo era un hombre de objetividad comprobada y eso le permitió desayunar con un panista, comer con un priista y cenar con un perredista, sin considerarse traición. Se trató de un ejemplo de vida digna a la que algunos desearon ensuciar pero ninguno pudo conseguir. Un personaje de logros abundantes pero con muy poca memoria para recordarlos. Un hombre congruente cuyo amor a la Universidad Nacional Autónoma de México demostró al nombrarla heredera universal de sus bienes.

Hoy mi padre académico, mi amigo, mi tío, mi maestro... continúa vivo en mis acciones y posturas. Nunca podré evadir la razón y los motivos de sus enseñanzas, sin lo cual no sería el estudiante que

1 Jorge Carpizo escribió: "Con la alegría de haber existido durante 68 años, me despido de mis familiares y amigos. Traté de vivir lo mejor que pude dentro de mis circunstancias, y de servir con devoción a México y a su Universidad Nacional. En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen. Nunca mentí ni cometí delito alguno. Cumplí con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad. En mis libros y artículos tanto los académicos y los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir. Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades. Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional.", Periódico *Milenio*, México, 12 de junio de 2012.

soy, por eso he retomado fuerzas para pronunciar un hasta luego, he retomado fuerzas para seguir mis planes sin su mano en mi hombro, he retomado fuerzas para caminar hacia su eterna compañía que por silenciosa podría resultar odiosa; sin embargo ¡sé que está conmigo y siempre lo recordaré! Conservo la felicidad de que se haya ido tal y como era, fuerte, invicto, lúcido, indoloro y sin despedirse. Qué mejor forma de caminar hacia la perpetuidad del pensamiento jurídico y político de este mundo.

Mil gracias Jorge por permitirme estar cerca de ti y aprender de tu persona y experiencia. Mil gracias tío por enseñarme que no hay mayor imposible que el que uno mismo se plantea. Mil gracias amigo por hacerme ver que la felicidad se alcanza cuando uno deja de esperar de los demás y hacemos lo que está en nuestras manos. Mil gracias maestro por darme la posibilidad de comprender lo impredecible de la naturaleza humana. Un millón de gracias colega por dejarme gozar de tu singular y especial personalidad.

Sin duda, mi aprendizaje aún no termina, tu forma de pensar persiste, tus intervenciones me cautivan, tus ponencias me motivan y, en general, tus aportaciones simplemente retan y acompañan mi creatividad. Seguiré tu pensamiento y acciones a favor de la dignidad humana, el perfeccionamiento del Estado y la vida universitaria. Desde el otro extremo del camino pronuncio un nos vemos tío, como la última vez que charlamos y brindo en tu nombre las siguientes reflexiones.

Hablar de control constitucional implica conocer el concepto actual de Constitución, sus tipos, la manera en que se interpreta y los medios existentes para su defensa. Entender al control judicial de constitucionalidad difuso o concentrado,² envuelve a su vez la comprensión del sistema de pesos y contrapesos vigente en un Estado Constitucional de Derecho, donde el tema de los tratados

2 Al control constitucional difuso también se le denomina americano y se encomienda a todos los jueces del Estado la valoración de actos y leyes en forma acorde a la Carta Magna, *so pena* de declarar su inaplicación en el caso concreto. El control constitucional concentrado se refiere a un control encomendado a un órgano especializado y no a cualquier juez del país, los cuales pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Cfr., Carpizo, Enrique, *Diccionario práctico de justicia Constitucional*, México, 2013, Porrúa.

internacionales, su jerarquía, su aspecto vinculante y el sistema de protección a derechos humanos: trasciende.

Sobre esas ideas existen múltiples posturas, las cuales podrán asumirse si es que benefician al país o contexto de aplicación, nunca si atentan contra el entorno en que pretenden aplicarse y en ello radica la importancia de las personas que trabajan con el sistema constitucional desde el ámbito académico, judicial, ejecutivo o legislativo. Tarea cuyo mal entendimiento podría provocar efectos devastadores.

Al respecto, coincido con el doctor Jorge Carpizo cuando expresó:

...“si se equivoca un ingeniero, un arquitecto o un contador, no pasa de que se derrumbe un edificio, una vivienda o se afecte la economía de unos cuantos, pero si se equivoca un constitucionalista, el Presidente de la República, el Gobernador de un Estado, o algún legislador: se derrumba la Nación, parte de ella o la economía de sus habitantes.”³

Quienes estamos sensibilizados de tal afirmación, no dejamos la lucha por mantener un sistema Federal y de justicia constitucional acorde al México que tenemos pero enfocado al que deseamos; con ese propósito, como preámbulo a mis propuestas de control constitucional interno o externo -según la autoridad que lo ejerza- y de actividad protectora de los derechos humanos, conforme a los límites que corresponden a este trabajo, realizaré un esbozo sobre los últimos 25 años de control constitucional judicial en México.

II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL JUDICIAL EN MÉXICO

1. Antecedentes

El principal sistema de valoración de leyes, actos u omisiones empleado en el Estado Constitucional de Derecho: es el control judicial de constitucionalidad.

Antes de la existencia de una Constitución en sentido contemporáneo, sólo habían recursos o procedimientos creados para proteger los derechos previstos en cartas u ordenamientos dados por monarquías o señores feudales; los procesos para defender los reconocidos y tutelados por una Norma Fundante moderna se

³ Conferencia dictada el 14 de marzo de 2009. Aula Jacinto Pallares, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México.

dieron en forma posterior a la revolución francesa y a la defensa de la Constitución Americana a través del caso *Marbury Vs Madison* en 1803. Pocos recuerdan que el método para determinar la validez de un acto, no su constitucionalidad, encuentra antecedentes notables en el *common law* británico.⁴

En efecto, en 1610, el Juez Edward Coke resolvió el caso del *Dr. Bonham* y declaró que las órdenes del Rey no podían estar por encima de los principios del sistema; no obstante, la tendencia por minimizar la potestad del juzgador logró que en 1689 se decretara la supremacía del parlamento y se acabara, casi por completo, la idea del análisis judicial, por ello, las Colonias de ultra mar bajo el mando de la Corona Inglesa, reiteraron el criterio de que las leyes del parlamento colonial tenían que ser acordes a las leyes dadas por el Rey y no a las Cartas de Derechos.⁵

De ahí que la idea central en el análisis judicial de validez tenga un origen remoto en la Política de Aristóteles, donde hace más de 2300 años se afirmó “*las leyes deben conformarse a las constituciones y no las constituciones a las leyes*”.⁶ Por simple lógica, cumplir ese postulado implicó ejercer lo que hoy se conoce como control constitucional, pues valora que el contenido de una ley sea siempre acorde a lo que la Constitución dispone, sin desconocer la notoria influencia de ese pensamiento en el principio de supremacía constitucional y de interpretación conforme, esto es, que ninguna norma puede estar por encima de la Constitución y además deben ser a acordes al texto Supremo.

Esa tendencia, a partir de la existencia de una Constitución en sentido contemporáneo, configuró dos tipos de control constitucional judicial que, al lado del político o ejecutivo, han dado buenos resultados.⁷ Me refiero al control constitucional difuso (encomendado a jueces locales) y al control constitucional concentrado (atribuido a un tribunal especializado).

4 Craig, P. P., “The Common Law, reasons and administrative justice”, *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, Inglaterra, vol. 53, parte 21, julio de 1994.

5 Baker, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Dinámica Actual*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, Perú, 2005, p. 45.

6 *Ídem*.

7 Sobre el control constitucional a manos del ejecutivo y legislativo, Cfr. Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, p. 93.

Nótese nuestro énfasis en distinguir entre el método judicial de análisis existente antes del nacimiento de una Constitución en sentido moderno, frente al sistema de control originado posteriormente.

Desde luego, no se puede afirmar la existencia de un control constitucional en el caso del *Dr. Bonham*, en virtud de que, por una parte, en Inglaterra no existe Constitución y, por otra, en ese momento de la historia no se conocía la idea de Norma Suprema en los términos planteados por la Constitución Norteamericana de 1787 o en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Si bien la metodología empleada en 1610 por el Juez Edward Coke, en relación con la técnica del Juez Marshall en 1803, son similares, lo cierto es que varían en cuanto al referente de que parten.

En el caso *Bonham*, fue el derecho natural y la libertad de profesión el fundamento de la sentencia del juzgador Coke, mientras que en el asunto de *Marbury Vs. Madison*, la resolución de Marshall se basa en respetar el contenido de una verdadera Constitución jurídica. De ahí mi distinción entre el análisis requerido para decretar la validez o invalidez de una orden y el método judicial para declarar la inconstitucionalidad de un acto, de un precepto o simplemente inaplicarlo, pues por control constitucional entendemos una *actividad interpretativa realizada para determinar si el contenido de una ley, actividad u omisión, es o no acorde al orden jurídico vinculante; labor inteligible plasmada en un acto, sentencia o resolución tendente a salvaguardar o reconocer el texto constitucional, las normas nacionales, los derechos humanos de fuente internacional o su interpretación interna o externa.*⁸

Sin embargo, el problema en México al tenor de las constituciones de 1857 y de 1917, consistió en determinar si el control de constitucionalidad debía ser ejercido de manera concentrada o difusa, esto es, si ello competía exclusivamente a un sólo tribunal o debía ser confiado a cualquier juez del país, sobre todo a partir del debate existente entre Hans Kelsen y Carl Schmitt (1920-1930) respecto a quién debe ser el guardián de la Constitución.

2. Control constitucional difuso

De acuerdo a los antecedentes expuestos, no deviene extraño que el Órgano Constituyente de Filadelfia adoptara un sistema de

8 Carpizo, Enrique, *Diccionario práctico de justicia constitucional*, Cit., p. 40.

control similar al británico y, por ende, la sentencia en el caso *Marbury Vs. Madison* sea un humilde reflejo del viejo control judicial inglés. Recordemos que en esa resolución se dijo que las normas estatales no pueden estar por encima de la Constitución Federal, idea similar a la postura de Aristóteles⁹ y, en esencia, al criterio del Juez Coke; panorama bajo el cual llegan al texto constitucional mexicano de 1824, los principios de supremacía constitucional y soberanía absoluta,¹⁰ por eso México no tuvo problema en advertir las particularidades de la *judicial review* y emplear, a través del amparo, un control de constitucionalidad susceptible de ser operado por jueces, cuyo antecedente encontramos en la Constitución yucateca de 1840, aspecto que posteriormente se federaliza mediante el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 que restableció la vigencia de la Constitución federal de 1824.¹¹

La idea de control difuso otorga a los jueces de cada Estado la obligación de mantener incólume el principio de supremacía constitucional e impide la aplicación de normas o tratados internacionales contrarios al texto de la Constitución, metodología esencialmente inaugurada por la Constitución norteamericana¹² y

9 *Vid. supra*, apartado II, número 1.

10 La interpretación armónica de los artículos 137, fracción V, párrafo sexto, 161, fracción III, 163 y 164 de la Constitución federal de 1824, permite advertir la existencia del principio de supremacía constitucional y la facultad de las autoridades del Estado de hacer guardar y cumplir la Constitución a través de la Corte de Justicia y los órganos judiciales estatales. *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México: 1808-2005*, 4a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 188 y ss.

11 Manuel Crescencio Rejón crea el amparo mexicano en la Constitución Yucateca de 1840; cuando Rejón muere Mariano Otero se encarga de federalizar la institución a través del artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, que literalmente dispone: “Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que motivare.” *Cfr. Ibídem.*, p. 475.

12 Esta afirmación se corrobora en el texto del artículo VI, segundo párrafo de la Constitución de los Estados Unidos de América, el cual prevé: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de todo estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier disposición en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes estatales.” *Cfr.* García de Enterría,

tomada de ahí para ser contemplada, en esencia, en la Constitución de 1824, en la de 1857 y la actual Constitución de 1917.¹³

En efecto, los numerales 161, fracción III, de la Constitución Federal de 1824, el 126 de la Constitución Federal de 1857 y el 133 de la Carta Magna de 1917, respectivamente mencionan:

“Cada uno de los Estados tiene obligación... III. De guardar y hacer guardar la Constitución y leyes generales de la Unión, y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera”...

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados hechos o que se hicieren el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Así, el control difuso o americano permite a los jueces locales inaplicar una norma que contravenga el texto constitucional; y sus parámetros de referencia son a) la Carta Magna; b) la costumbre, y c) la interpretación judicial preexistente.

Dato curioso: si México importó de Estados Unidos de América los principios de supremacía constitucional y de control constitucional difuso ¿cuál fue el inconveniente para no operarlos en sintonía?

La respuesta se encuentra en una interpretación judicial *contra legem* al artículo 133 constitucional, que prohibió a los jueces estatales la competencia para decretar la inaplicación de una norma, donde la

Eduardo, *La Constitución como norma*, 4a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006, pp. 57-61.

13 *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, pp. 191, 627 y 877.

Corte consideró que tal facultad estaba reservada a los tribunales de la federación, es decir, a la Suprema Corte de Justicia, a los juzgados de Distrito y a los tribunales de Circuito en materia de amparo.

La posibilidad prevista en el precepto 133 de la Carta Magna no procedía en nuestro país. Dicha facultad resultaba exclusiva para ciertos órganos judiciales de élite, no comunes, sino jueces especializados en control constitucional -no difuso- concentrado y pertenecientes al Poder Judicial de la Federación; luego la Suprema Corte se contradice severamente y resuelve que el Tribunal Electoral, órgano del Poder Judicial de la Federación, no tenía facultades para inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de una norma: aun cuando sus integrantes eran parte de dicho Poder de la Unión.¹⁴

Esa afirmación fue totalmente violatoria de lo dispuesto en el referido precepto de la Carta Magna, cuya parte medular dice:

...“los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.”

No obstante, la tendencia restrictiva más tarde impidió la utilización de tratados internacionales como referentes de control constitucional, aduciendo la Corte que ello competía a las autoridades trasnacionales,¹⁵ desconociendo con ese criterio la jurisprudencia interamericana que impone a los jueces nacionales la obligación de analizar el contenido de las normas jurídicas internas al tenor de lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como nuestra postura sobre la pertinencia de tener a los derechos de fuente internacional como parte de la materia de estudio del control

14 Cfr. “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, agosto de 1999, t. X, tesis: P./J.73/99. y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, t. X, agosto de 1999, pp. 5 y 18. Hasta antes de la reforma constitucional de 2007, estaba vigente la jurisprudencia: “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, ENERO DE 2012, t. XXXI, tesis: P. /J. 23/2002, p. 22.

15 Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011, pp. 9-10.

constitucional.¹⁶ Afortunadamente esa postura ha ido cambiando y sólo es avalada por visiones retrogradadas.

3. La imposición del control concentrado

El principal obstáculo al control difuso en México lo fue un aspecto de centralización del Poder. Los jueces federales por ningún motivo quisieron compartir la función de control constitucional con jurisdicciones locales, es más, con ninguna otra autoridad del Estado. Se trató de un capricho que en 1999 la Corte hizo patente al expresar... “*el control difuso de constitucionalidad no está autorizado por el artículo 133 de la Constitución*”...,¹⁷ criterio totalmente ajeno a la historia constitucional mexicana, cuyos efectos mantuvieron la vigencia de normas locales contrarias a la Constitución Federal,¹⁸ salvo que fueran impugnadas vía amparo.

Inclusive, México llegó al absurdo de contar con jueces de distrito que al conocer de un asunto federal ordinario, en el proceso penal o civil federal aplicaban preceptos que previamente habían declarado inconstitucionales a través del amparo, alegando que cuando actuaban como jueces de proceso lo hacían como autoridades de legalidad y, por eso, no podían desaplicar la norma declarada inconstitucional -por ellos mismos- en materia de amparo.¹⁹

Si bien el contenido esencial del artículo 133 constitucional fue tomado de los Estados Unidos de América, como se hizo con otros temas constitucionales, entre ellos la forma de Estado Federal y el sistema de gobierno presidencial, lo cierto es que en el vecino país del norte sí funciona el control difuso y en México, hasta antes de junio de 2011, formalmente no. Cito dos casos de excepción que lamentablemente, al no ser aplicados de manera general, no exentan abusos.

16 *Vid. infra*, apartado VI, número 1o, y *Cfr.* artículo 2 del Pacto de San José.

17 “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN”..., *cit.*, y “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA”..., *cit.*

18 *Ídem.*

19 *Ídem.*

4. La procedencia del control difuso pese a la prohibición de la suprema corte de justicia

Existía un temor fundado en las autoridades judiciales locales respecto a las consecuencias de realizar el control constitucional difuso. Una de ellas era la sanción penal o administrativa por aplicar el contenido literal del artículo 133 constitucional. El fundamento de esa angustia principalmente se debió al citado precedente de la Corte que prohibió a los jueces locales realizar el control difuso,²⁰ sin embargo, considero que para reconocer y proteger derechos humanos no se requiere autorización, se requiere voluntad creativa y atrevimiento.

A. El caso de la jueza Alejandra Ramos en Chihuahua, México

Con motivo del crimen de una activista en el Estado de Chihuahua, el Congreso tuvo la funesta idea de reformar el Código de Procedimientos Penales con el objeto de “frenar” múltiples presiones políticas. La consecuencia del actuar legislativo implicó la violación a un derecho humano, por fortuna, la prohibición de la Corte respecto al control constitucional difuso no fue obstáculo para que algunos jueces estatales lograran impedir el empleo de normas contrarias a la Constitución y al derecho de fuente internacional. El precepto 373 legal dispone:

“Comunicada a las partes la decisión absolutoria, una vez que haya causado ejecutoria, el Tribunal dispondrá en forma inmediata el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado en contra del acusado, y ordenará se tome nota de este levantamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuraren. También se ordenará la cancelación de las garantías de comparecencia y reparación del daño que se hubieren otorgado.”

La interpretación literal y aplicación tajante del precepto transcrito, permitió la libertad de la persona hasta en tanto cause ejecutoria la sentencia que lo absuelve, empero, la Jueza Alejandra Ramos tuvo la valentía y los conocimientos adecuados para actuar a favor de la dignidad humana y armonizar el contenido del citado artículo 373 del Código de Procedimientos Penales, con otros preceptos constitucionales locales, federales y cláusulas internacionales que

20 “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN” ... *cit.*

tutelan la presunción de inocencia. El compromiso de la Jueza Ramos con la actividad protectora de los derechos humanos, pasó por alto la interpretación gramatical del mencionado precepto y deja en libertad a toda persona ante el dictado de una sentencia absolutoria.

La base de su proceder es la voluntad y el atrevimiento de hacer una interpretación conforme del precepto legal penal a la Constitución del Estado de Chihuahua, pero en sintonía a lo previsto en la Constitución federal mexicana y en el Pacto de San José. Lamentablemente, no todos los jueces actúan conforme al principio de presunción de inocencia,²¹ pero ello no impide hacer patente que la libertad personal no puede quedar restringida hasta en tanto cause ejecutoria la determinación absolutoria de quien, en ese momento, resulta inocente.²²

B. El caso del magistrado Carlos Arenas en Monterrey, Nuevo León, México

Otro caso que reiteró la posibilidad de ejercer el control difuso en forma previa al engrosé de la sentencia dictada por la Corte de Justicia en sesión privada del 20 de septiembre de 2011, en el expediente Varios 912/2010, lo fue el toca de apelación 43/2011, radicado y resuelto por la Cuarta Sala Penal Unitaria del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León. Una sentencia novedosa por su calidad argumentativa en pro del debido proceso.

En efecto, el precepto 224, fracción V, del Código Penal para el Estado de Nuevo León, contempla los *“delitos cometidos en la administración y procuración de justicia”*, y permitió la imposición de sanciones a... *“servidores públicos, empleados o auxiliares de la Administración y Procuración de Justicia y de los Tribunales Administrativos”*... [que no cumplieran]... *“una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente”*...

Al respecto, el magistrado Carlos Arenas consideró que al imponerse una condena a un servidor público o auxiliar de la administración y procuración de justicia, con base en el incumplimiento

21 Sobre interpretación renovada del derecho Cfr. Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La corte y los derechos*, México, Porrúa.

22 Incluso algunas de esas prácticas se dieron con motivo de la clase de Derecho Constitucional Judicial que impartí en la Maestría en Derecho Penal Judicial y Derecho Civil y Mercantil Judicial, del Centro de Capacitación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua.

de aquello que la autoridad administrativa considere que debe hacerse, se viola el artículo 14 constitucional por tratarse de un tipo penal de configuración futura y discrecional.

La aplicación de ese artículo como fundamento del proceso penal a que se encontraban sometidos unos policías estatales, implicó la violación del derecho humano a ser procesado y, en su caso, condenado por hipótesis previas a una conducta señalada como delito. Vale recordar que en esa fecha estaba vigente la tesis de jurisprudencia que prohibía el control judicial difuso por parte de jueces estatales de rubro “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”,²³ por lo que el magistrado Arenas tuvo que superar la interpretación *contra legem* de la Corte e interpretar de manera proactiva el derecho con el objeto de hacer efectivas las reformas en materia de derechos humanos de junio de 2011 pero a través del entonces cuestionado control judicial difuso en México.

Con esa visión, el magistrado adujo, en esencia, que cuando el legislador reforma de manera substancial algún precepto, dígase la Constitución, la interpretación judicial previa es susceptible de variar al tenor del nuevo postulado constitucional o legal; razón por la cual no esperó a que la Corte mexicana interrumpiera los criterios jurisprudenciales limitantes de la protección a los derechos humanos y de la defensa de la Carta Magna.

Así, el magistrado Arenas Batiz optimizó el contenido del artículo 1o constitucional y demostró que la vigencia de los derechos y libertades humanas está por encima de cualquier interpretación arcaica o ajena a las demandas de justicia, ya que el precepto en mención obliga a “todas las autoridades”, en el ámbito de sus competencias, a respetar, proteger y garantizar derechos humanos, siendo esa la razón fundamental de su sentencia, misma que considero una muestra temprana, efectiva y coadyuvante de valentía en la interpretación conforme del derecho local al de fuente nacional e internacional.

La sentencia del magistrado Arenas sirvió de precedente al Pleno de la Corte de Justicia y, en aras de un diálogo entre tribuales, los ministros implícitamente se acogen a dicha resolución con el fin de interrumpir los criterios que impedían el control constitucional difuso

23 *Cit.*

en México. La coincidencia de la Corte con el criterio del magistrado Arenas hizo cesar las presiones a que había sido objeto, pues debemos reconocer que en México aún no es tarea fácil la protección a los derechos humanos.

5. Control constitucional difuso ¿competencia federal o estatal?

Desde un punto de vista argumentativo, quien puede lo más, puede lo menos, por lo que si el poder judicial federal puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, entonces, también podrá inaplicar su contenido.

Ahora ¿de qué depende la pertinencia del método para inaplicar una norma frente al utilizado para declararla inconstitucional? y ¿qué deviene más favorable: la inaplicación o la inconstitucionalidad de una ley?

Evidentemente, esas preguntas admiten varias respuestas, una general y otra acorde al sistema constitucional de que se trate. La respuesta general acepta que los presupuestos para inaplicar una norma o declarar su inconstitucionalidad, están formalmente relacionados con un tema de facultades y competencias, pues bastará que el contenido del precepto tildado de inconstitucional resulte contrario a la Carta Magna para que la autoridad competente proceda a inaplicarlo o a declararlo inconstitucional.

En México, las autoridades judiciales locales tienen competencia para inaplicar, más no para declarar la inconstitucionalidad de una norma, cosa distinta ocurre con los jueces y magistrados del poder judicial de la federación, quienes además de tener facultades para declarar -vía amparo- la inconstitucional de una norma también las inaplican, pasando por alto que acorde a los artículos 124 y 133 constitucionales eso es facultad exclusiva de jueces estatales.

Como se sabe, los jueces de Distrito tienen una doble función: como juzgadores de procesos ordinarios y en materia de amparo; si actúan como jueces de proceso ordinario la viabilidad de la inaplicación no deviene compleja, sobre todo ante la existencia de normas inconstitucionales. El verdadero problema, considero, se origina en el proceso de amparo, cuando en suplencia de la queja surge la disyuntiva de declarar inconstitucional un precepto o inaplicarlo en el caso concreto.

Al respecto, la Suprema Corte ideó dos lineamientos para proceder a la inaplicación,²⁴ a saber:

- a) Que la interpretación conforme en sentido amplio, esto es, conforme a derechos humanos previstos en la Constitución o en tratados internacionales, sea insuficiente; y
- b) Que la interpretación conforme en sentido estricto, es decir, escoger la interpretación más favorable, tampoco resulte suficiente.

Esos elementos, dirigidos tanto al juez estatal como al federal, tienen por objeto compatibilizar la inaplicación con el control concentrado, no obstante, los pasos previos de análisis en cita son los mismos que, en esencia, deberá tener en cuenta el juzgador federal antes de declarar inconstitucional un precepto, pues siempre tendrá la posibilidad de escoger entre realizar una interpretación conforme de la norma a la Constitución, declararla inconstitucional o inaplicarla, opciones que únicamente dependerán de la forma de concebir el derecho y de la comodidad interpretativa adoptada al momento de estudiar el caso, ya que existen asuntos donde se puede optar por comprender una norma o algunos de sus elementos para establecer armonía constitucional.

De lo expuesto, se advierte que la declaratoria de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y la inaplicación, comparten un presupuesto básico ¿cuál? que el contenido del precepto reclamado con motivo de su aplicación o entrada en vigor, genere un perjuicio al promovente o viole derechos humanos nacionales o internaciones en abstracto.

Y ¿por qué considero que la inaplicación en el amparo genera algunas incompatibilidades con el sistema de control constitucional concentrado en México?

Reitero, quien puede lo más puede lo menos pero quien hace lo menos -inaplicar- deja de hacer lo más -declarar inconstitucional la norma- y actúa sin consideración del sistema y de su deber garante de la Carta Magna.

24 "PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Diciembre de 2011, t. I, tesis: P.LXIX/2011, p. 552.

Se entiende que al juez local se le dota de una facultad coadyuvante al sistema de control constitucional concentrado, dado que conoce de la gran mayoría de conflictos o conciliaciones ocurridas en sociedad cuya normativa puede resultar contraria a la Constitución.

Esa actividad se entiende mejor si partimos de un sistema de control constitucional como el chileno, donde las leyes cuya inaplicación se solicita vía acción de inaplicabilidad: son las futuras normas declaradas inconstitucionales por el tribunal competente.²⁵

Por ello, no estoy de acuerdo en que los jueces federales al igual que los locales, tengan competencia no expresa para inaplicar los preceptos legales que a su vez no puedan ser objeto de interpretación conforme, la cual sí es susceptible de ser empleada por cualquier autoridad o ciudadano, ya que, por una parte, resulta inconstitucional renunciar a la naturaleza de control concentrado que profesan y acogerse a una opción reservada a los Estados y, por otra, hacer lo menos cuando pueden hacer lo más, afecta los derechos de una sociedad interesada en que los jueces federales no homologuen su función a la de los juzgadores estatales, pues ello limita su efectividad.

Lo anterior, puesto que la inaplicación judicial federal de un precepto contrario al derecho de fuente nacional o internacional, priva de la posibilidad de que la concesión del amparo tenga efectos *erga omnes* conforme al procedimiento previsto para la declaratoria general de inconstitucionalidad, salvo que la Corte emita una jurisprudencia donde homologue a la inaplicación como acto susceptible de tener efectos generales al tenor de lo previsto en la Ley de Amparo y en la Constitución. Mientras ello no ocurra, lo factible es que los órganos federales en materia de amparo eviten inaplicar normas, excepción hecha de las reglas que rigen el amparo cuya inconstitucionalidad si podrá motivar su inaplicación.

La Constitución y la Ley de Amparo son claras al disponer que si la sentencia que declara inconstitucional una ley no es impugnada vía revisión, entonces no habrá oportunidad de que un magistrado pueda solicitar a la Corte la apertura del procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad.

25 Cfr. Valenzuela Villalobos, Williams, *El control reparador de constitucionalidad de las normas legales: un análisis comparativo de los tribunales constitucionales de Chile e Italia*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2012, pp. 76 y ss.

Por tanto, sí a la inaplicación de normas por jueces federales cuando:

- a) Sean juzgadores en materia de amparo pero sólo para inaplicar normas provenientes de la propia ley que regula la materia y su actuar; y
- b) Sean jueces de procesos federales ordinarios.

No a la inaplicación de normas por jueces de amparo cuando se trate de las que sustentan el procedimiento, proceso o acto reclamado.

6. Ante un abuso del sistema difuso ¿control constitucional indirecto?

Los jueces estatales han recibido con beneplácito el que la Corte de Justicia les haya reconocido y a su vez devuelto la facultad para inaplicar normas que contravienen el texto de la Carta Magna. No obstante, hay voces que afirman abusos en el ejercicio de dicha competencia. La existencia de licencia para delinquir ante la inaplicación de tipos penales a nivel federal y local, así como la inobservancia de plazos procesales o procedimentales por estimarlos contrarios al Pacto de San José, han dado pie a que vuelva la desconfianza en que el Alto Tribunal basó la proscripción del control difuso en México, por ende, la posibilidad de analizar la constitucionalidad de una norma está motivando descontento en gremios del poder que ahora se unen a los argumentos de antaño sobre lo inviable de un Juez Local con dicha potestad.

Algunos piensan que la solución sería una ley sobre la procedencia del control difuso, la cual podría vulnerar -conforme a los artículos 124 y 133 de la Norma Suprema- una competencia expresamente reservada a los Estados y generar un atentado al principio de independencia judicial. Hasta hoy, ciertos abusos se quedan en el anonimato debido a que muchas veces no se impugna la resolución judicial que desvía el ejercicio del control difuso, y la jurisprudencia federal apenas se está ocupando del tema mediante la expedición de lineamientos que permitan un ejercicio “armónico” del control constitucional americano con el europeo.²⁶

26 Cfr. “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, diciembre de 2011, libro III, tesis P.LXVII/2011 (9a.), p. 535.

Sin embargo, considero prematuro que a pocos meses de haberse reconocido en México la posibilidad de practicar el control difuso, se esté pensando en desaparecerlo o limitar su procedencia bajo el argumento de conservar una defensa constitucional “idónea”. Evidentemente, el desvío del poder debe detenerse pero sin afectar la competencia constitucional atribuida a órganos judiciales cuya corrupción siempre habrá de sancionarse pero en términos de lo que racionalmente permite nuestro sistema y su relación con el ámbito externo.

La propia Corte de Justicia ha sido cuidadosa al exponer los términos en que debe proceder el control difuso y su relación con la vigencia de tratados internacionales en el país. Al respecto, cito un criterio judicial que expresa un matiz muy pequeño en relación a cómo debe operar el control difuso para reiterar que es en la función jurisdiccional donde existe la obligación a...”*dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.*”

Ahora, en el extremo de que el control difuso provoque desigualdad e injusticia, quizá sea momento de adoptar un control incidental o indirecto sobre normas que al parecer atentan contra lo previsto en la Constitución y en el derecho de fuente internacional, lo que significa reformar el artículo 133 de la Carta Magna para que en vez de que sea el juez ordinario quien declare la inaplicación de una norma, mejor someta a consulta del tribunal constitucional respectivo -federal u ordinario- las razones que a su parecer motivan la inaplicación de un precepto legal y sólo en caso de que dicha apreciación sea avalada, inaplicar el precepto sin impedir su revisión vía amparo, cuando el órgano que ratifique el criterio sea un órgano local, pero en el supuesto de que se trate de un tribunal constitucional: la determinación será inatacable en el ámbito interno.

Ese sistema ha dado resultado en algunos países de Europa y Latinoamérica, entre ellos, Alemania, España, Italia, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.²⁷ Se trata de una opción más asequible que nuestra tendencia por reconocer en apariencia las cosas, sin descartar que el funcionamiento adecuado del control difuso o del

27 Cfr. Nogueira, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del sur*, cit. pp. 287 y ss.

indirecto o incidental depende de la visión estática o progresiva que el intérprete tenga del derecho.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El control convencional, como se sabe, actualmente emana de la jurisprudencia supranacional, como método lógico para analizar actos, normas u omisiones provenientes de Estados Partes que al parecer violan derechos humanos.²⁸ La sentencia en el caso *Almonacid*, muestra cómo la Corte Interamericana ante una notoria influencia del control de constitucionalidad, bautiza su método de análisis con el adjetivo “convencional” e impone la obligación de ejercerlo a Estados Parte.²⁹

Al respecto, Sergio García Ramírez distingue entre control convencional externo e interno, esto es, original o derivado, clasificación que a su vez se basa en el tipo de autoridad que lo ejerce,³⁰ esto es, la Corte Interamericana (control convencional externo) y los jueces nacionales (control convencional interno) Veamos en qué consiste cada uno y el tipo de referentes jurídicos de que parten, sin olvidar nuestra propuesta de optar por una simple actividad protectora, represiva o preventiva, en materia de actos, normas u omisiones, incluidas, reformas constitucionales y tratados internacionales.

1. Control de convencionalidad

En América, por más de dos décadas, el control de convencionalidad -material y formal- se confió a los integrantes de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos: órganos creados

28 Un sistema parecido se encuentra en el modelo francés, el cual valora el contenido de las leyes internas en consonancia a lo dispuesto en sus compromisos internacionales.

29 En el caso en cita, la Corte Interamericana dijo que las autoridades judiciales deben hacer: una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”, Cfr. Caso *Almonacid Arellano* y otros en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, vol. IV, pp. 619- 655.

30 García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.

para conciliar o condenar a los países sujetos a su competencia, entre ellos México, que actúen, sean omisos o legislen en forma contraria al contenido o entendimiento judicial de un compromiso internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no necesita tener naturaleza judicial para realizar el control de convencionalidad, pues materialmente analiza los actos del Estado demandado a partir de su compatibilidad con los estándares jurisprudenciales y tratados internacionales vinculantes al sujeto pasivo. De ahí que, desde una perspectiva material, la Comisión ejerza un método de convencionalidad, inclusive, la actividad protectora que propongo identificar.³¹

Hasta 2003, la nota distintiva entre control de constitucionalidad difuso o concentrado y el control de convencionalidad, estribó en las instancias o sujetos a quienes correspondía esa labor y en los documentos jurídicos en que basaban el enjuiciamiento de la actividad o inactividad del Estado.

Actualmente, el principio de interpretación *pro persona*, en su variante de preferencia normativa, permite aplicar la norma interna o externa que mayor beneficio otorgue a la persona, por lo que válidamente se puede hablar de una interpretación conforme del derecho internacional al nacional siempre y cuando sea con el fin de privilegiar la dignidad humana. Un fenómeno similar se presentó ante la existencia de constituciones locales que, frente a la federal, prevén un mayor reconocimiento u optimización de derechos y libertades.

Como sabemos, el control constitucional difuso o concentrado es ejercido por los jueces de todo el país o algunos especializados y los referentes para valorar el contenido de los actos, las leyes o las omisiones impugnadas, son el texto de la Carta Magna y la jurisprudencia existente sobre su contenido, sin soslayar el derecho de fuente internacional y, en estricto sentido, el control de convencionalidad es realizado por una autoridad externa al país, con el fin de valorar la Constitución o las normas u omisiones internas a la luz de lo dispuesto en un tratado internacional y su interpretación interamericana, salvo que el derecho nacional sea más protector que el externo.

En mi opinión, el control de convencionalidad es el análisis para determinar si una norma, incluida la Constitución de un Estado o su

31 *Vid. Infra*, apartados V y VI.

interpretación, es conforme al contenido de un convenio internacional o jurisprudencia vinculante, incluso para analizar si el acto es acorde al propio derecho interno que desarrolla o resulta armonioso al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin declarar la invalidez o inconstitucionalidad de la norma.³²

El objeto fundamental del control de convencionalidad consiste *a)* en hacer respetar y cumplir el contenido de los convenios jurídicamente vinculantes al Estado demandado; *b)* en hacer respetar y cumplir el contenido de la jurisprudencia manada de la interpretación y aplicación de los convenios y protocolos internacionales; *c)* en hacer respetar y cumplir el contenido de las normas internas o precedentes judiciales o administrativos que por sí sólo o en forma armónica al derecho internacional de los derechos humanos –o viceversa– resulte aplicable en favor de la dignidad humana; y *d)* en reparar los ultrajes a los derechos humanos e indemnizar a la víctima o víctimas de la violación, sin eludir la idea de protección subsidiaria a los derechos humanos, la cual reconoce a los Estados Partes su competencia originaria para resolver los conflictos que se susciten por inobservancia de los tratados o convenios que les vinculan y sin que esto último pueda considerarse control convencional interno, tal y como afirmamos más adelante.³³

¡Así es como debe entenderse y funcionar ése sistema! Pasemos al control convencional denominado interno.

2. Control de convencionalidad interno

A partir de los casos *Almonacid Arrellano y otros Vs. Chile y Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*, la Corte Interamericana reitera que su existencia es subsidiaria y que el control convencional no es de su exclusiva competencia, ya que los Estados Partes también pueden ejercerlo ya que no resulta del todo atinado que siempre la

32 Ese concepto lo propongo con base en una interpretación armónica de los argumentos expuestos en los casos: *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101 y *Tibi vs Ecuador*, 07 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114; y *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154. Cfr. García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, vol. II, pp. 352-390 y 651-685. Cfr. Carpizo, Enrique, *Diccionario práctico...*, Cit., p. 40.

33 *Vid. infra*, apartado IV.

Corte Interamericana conozca de conflictos internos: pues ello violaría el derecho a un juez natural, quien también puede resolver conforme al contenido de los compromisos internacionales y la jurisprudencia que los interpreta.³⁴

Con esa postura, la Corte Interamericana incurre en el extremo de imponer, so pena de condenar al Estado Parte, lo que a su criterio identifica como *control convencional*, sin observar la realidad jurídico social del país exhortado a emplear un control innecesario, situación que podría conducir a un protagonismo desconocedor de la operatividad del sistema que da origen al llamado control convencional, esto es, el control de constitucionalidad, cuyo ámbito de valoración incluye no sólo a las normas nacionales, sino también a las de fuente internacional.

Reconozco la valía de maximizar la obligación de analizar los tratados internacionales que conforman lo que el maestro Fix-Zamudio denomina derecho de fuente internacional, es decir, derecho adoptado

34 Ese trabajo requiere armonizar y no simplemente aplicar de forma indiscriminada el principio de jerarquía. Los casos en que también se basa la evolución del control de convencionalidad, son los siguientes: *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162; *Caso Boyce y otros Vs. Barbado*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186; *Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209; *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1º de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218; *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219; *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Cit.*

por el Estado que puede regir la materia penal, civil, laboral, etc., más no la intención de llamar a ese análisis control convencional interno.³⁵

Actualmente, lo que denomino simple actividad protectora de los derechos humanos: resulta ser más bondadosa; la razón es lógica, el operador no se encuentra limitado al contenido esencial de las normas o catálogo de derechos previsto a nivel interno, sino que puede acudir al derecho de fuente internacional con el fin de retar su creatividad interpretativa en pro del ser humano y su entorno ambiental, sin olvidar, en ese sentido, la obligación de toda autoridad del Estado en términos del artículo 1o constitucional, de resolver a favor de la dignidad humana a falta de preceptos o jurisprudencia vinculante.

3. ¿Control de convencionalidad interno-difuso?

Pocos académicos pretenden adicionar al control de convencionalidad con el adjetivo difuso. Otros se inclinan por la existencia de un control convencional externo realizado por instancias internacionales, frente a uno de índole interno confiado a órganos nacionales.³⁶ En ambos casos, tanto el citado control de convencionalidad difuso como el control de convencionalidad interno, se encomienda a autoridades de naturaleza judicial. Ahora, creo que esas clasificaciones muestran creatividad y sobre todo mayor utilidad la segunda, no obstante, las dos resultan un tanto empeñadas en limitar el método de control a órganos judiciales.³⁷

35 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica", en Pérez Royo, Javier *et al.*, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, t. I, 2006, pp. 1727-1746.

36 García Ramírez, Sergio, *op. cit.*

37 Sobre esta tendencia pueden consultarse Highton, Elena I., "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. I, 2011, pp. 107-173; y Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Plank-Institut

He dicho que los sistemas de control judicial -concentrado o difuso- preservan el principio de supremacía constitucional y analizan los actos, las normas y las omisiones a la luz de lo dispuesto en la Constitución federal. Ahora, el sistema que permite estudiar abstenciones, actos y normas conforme a lo dispuesto en convenios internacionales y su entendimiento, a pesar de lo dispuesto en el derecho interno, privilegia un *principio de coordinación del derecho de fuente internacional con el de origen nacional* en relación con el principio pro persona en su variante de preferencia normativa, pues la existencia de tratados internacionales impone una obligación a todas las autoridades del Estado Parte -pero también a las interamericanas- de optar por el derecho interno frente al externo cuando el primero resulta más protector.

Bajo ese contexto, no debe monopolizarse a favor del poder judicial la posibilidad de analizar un acto de autoridad, incluidos los emanados de particulares que puedan violar derechos humanos conforme a un tratado internacional o su interpretación, pues esa actividad a favor de la dignidad humana es libre y susceptible de ser empleada por cualquier autoridad del Estado con independencia de que sea o no de naturaleza judicial. Profundizo mi postura.

La idea de un control limitado o dirigido a jueces es acorde al sistema vigente en los Estados Unidos de América, país que no se encuentra sometido a ninguna autoridad transnacional, ni convenio internacional protector de la dignidad humana, sino a simples convenios bilaterales de naturaleza económica o referentes provenientes del texto o interpretación de su Norma Suprema; situación que a su vez muestra una tendencia diferente a la que México y otros países de Latinoamérica adoptan en materia de respeto y desarrollo a los derechos humanos.

Basta con recordar el caso Tamayo, quien fue ejecutado en el Estado de Texas sin haberse respetado su derecho humano al debido proceso a pesar de existir un convenio firmado con la federación estadounidense al respecto y, por ende, sólo se pedía el cumplimiento de formalidades básicas a la imposición de la pena capital. Interpretación legalista en detrimento de la dignidad humana, sin descartar la deplorable aceptación de la inusitada -en gran parte del mundo- penase muerte.

für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, t. 1, pp. 381-417.

Por ello, la pregunta en este apartado remite a una lógica y notable transición en materia de tutela y preservación de la dignidad humana, la cual no debe confundirse o mezclarse con ideas tendentes a limitar su ejercicio a jueces tal y como el adjetivo “difuso” evidencia, ya que las posturas extremadamente técnicas únicamente obstaculizan el ámbito de reconocimiento y garantía a los derechos humanos. Comparto mi visión sobre el control de convencionalidad interno o derivado.

IV. CRÍTICA AL CONTROL CONVENCIONAL INTERNO O DERIVADO. PROPUESTA DE ¿CONTROL CONSTITUCIONAL NACIONAL O INTERAMERICANO?

No es del todo aceptable afirmar la existencia de un control convencional interno o convencional interno difuso. Considero que el único control convencional existente es el externo, esto es, el originario, aquel realizado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Si bien el planteamiento de control convencional interno podría llegar a cuestionar la necesidad de un control de constitucionalidad, al creerse, sin razón, más amplio, lo cierto es que nadie podrá negar la inviabilidad de hacer clasificaciones innecesarias con el objeto de distinguir lo que es claro y es una realidad, esto es, que el derecho internacional -al ser aceptado por el Estado- forma parte del derecho constitucional y eso le permite al juzgador, autoridad o persona en el país, efectuar una labor protectora de los derechos humanos -con base en una gama de instrumentos nacionales o internacionales- para proteger de manera más amplia al ser humano; y esa tendencia, a mi juicio, es la que debe fomentarse.

Así, cuando los derechos y libertades humanas de fuente internacional se reconocen en el orden jurídico nacional, los jueces no hacen control convencional “interno” sino simple control constitucional, ya que el tratado internacional forma parte del derecho nacional y, por tanto, la naturaleza de análisis a nivel Estadual es constitucional: no convencional “interno”, pues los convenios, como dije, al momento de ser ratificados pasan a ser norma suprema de toda la unión y, por ello,³⁸ está de más afirmar que los juzgadores internos, sin consideración de jerarquías y materia de especialidad, deben realizar un análisis convencional en relación a la clásica metodología

38 *Vid. supra*, apartado III, número 2.

de control constitucional -difuso o concentrado-, para la inaplicación o declaración de invalidez de actos, leyes u omisiones: al ser implícita la obligación en el control constitucional de analizar el derecho de fuente internacional.

Opino que el método con que se ejerce el control de constitucionalidad es el mismo que se atribuye al control convencional, empero, sigue siendo mejor opción hablar de una simple actividad protectora de los derechos humanos carente de las reticencias en un control reservado a jueces nacionales o internacionales, con independencia de que se adopte una postura que distinga entre control convencional original, derivado o difuso, pues se continúa limitando a juzgadores cuando la actividad protectora puede ser ejercida por personas y autoridades aunque no sean jueces, ya que a nadie se le puede impedir actuar en favor de su comunidad o medio ambiente, sin que ello impida su revisión a través de instancias competentes.

Al respecto, podemos hablar de control convencional sólo cuando el acto, ley u omisión se analiza por un tribunal internacional al tenor exclusivo de una o varias convenciones, y usando de manera accesoria los instrumentos jurídicos internos del país demandado. Debemos tener presente que el calificativo constitucional o convencional, principalmente depende del referente jurídico del que parte.

De ser cierta nuestra afirmación, tendríamos que identificar al control conforme a la variante interpretativa que el órgano del Estado o transnacional emplee, pues puede ocurrir que un país se apegue al contenido de un tratado internacional, opinión consultiva o interpretación judicial o administrativa ajeno a su sistema, esto es, no vinculante, con lo cual se estaría obligando al tenor de una actividad convencional -no constitucional- ya que el instrumento base de la determinación no es parte de su sistema normativo.

Con esa visión, será control constitucional si se hace con base en una Constitución y será control convencional, quizá interno, si el estudio es a partir de un instrumento internacional que no es considerado derecho constitucional por el Estado Parte.

No obstante, puede darse el caso en que la Corte Interamericana aplique de manera preferente el derecho interno por considerarlo más protector, en cuyo caso, valdría preguntarse si tal actividad debe denominarse control convencional, habida cuenta que la sentencia se

basa en el derecho constitucional del Estado demandado y, por ende, materialmente ejerce control constitucional: para interpretar en favor de quien reciente una violación a un derecho humano más no para declarar inconstitucional un precepto.

Planteo dos ideas que en la defensa de los derechos humanos cobran especial vigencia y efectividad, me refiero a las dos variantes que hoy se le pueden atribuir al control constitucional, el cual válidamente puede ejercerse conforme a una variante interna y otra de índole externa, ya que los únicos que pueden hacer -de manera conjunta o separada- control convencional o constitucional, son la Corte Interamericana y los países apegados a un sistema que considera a los convenios internacionales en forma paralela a su derecho interno ¿por qué? porque pueden optar entre una y otra metodología de análisis en aras de optimizar la protección de los derechos humanos en juego, con independencia de la jerarquía dada al tratado, pues se entiende que privilegian el principio pro persona en su variante de preferencia normativa.

Ahora, considero valiosa la oportunidad de analizar si en realidad puede resultar viable nuestra propuesta de control constitucional interno o externo. Expongo argumentos.

Será control constitucional externo cuando el Estado demandado ostente una Carta Magna, como la de Ecuador que en algunos casos otorga mayores y mejores derechos que el Pacto de San José, en cuyo caso, la Corte no tendrá más remedio que aplicar el derecho interno en favor de la parte actora.

Sólo en ese sentido tendría cabida distinguir entre interpretación o método de valoración -control- interno o externo, pues tanto el órgano judicial trasnacional como el nacional, tienen la obligación de aplicar el documento nacional o internacional que mayor protección otorgue al derecho o libertad en juego y, hasta entonces, realizar una interpretación constitucional externa o interna, es decir, si se trata de una autoridad trasnacional -control constitucional externo- o si el órgano es estatal o una persona -interpretación constitucional interna-, nótese como empleamos el término interpretación o actividad protectora de los derechos humanos como sinónimo de método de control que usa de manera directa a la Norma Fundante de un Estado Parte o tratado internacional vinculante como extensión a su propia Carta Magna.

Existirá control constitucional o simple actividad protectora de los derechos humanos, en países como Argentina, Brasil o México, entre otros, que ven en la Constitución un documento normativo que debe ser entendido como un mínimo de derechos y libertades susceptible de ser maximizado con base en instrumentos nacionales o internacionales previamente adoptados.

No se discute, insisto, existirá control convencional externo cuando la autoridad trasnacional aplique de forma directa la convención americana -o en armonía al derecho interno- y sólo control convencional interno cuando un Estado Parte aplique algún tratado internacional que no le sea vinculante para solucionar un conflicto, esta última hipótesis acontecerá en sistemas que, expresa o tácitamente, autorizan el uso de convenios, pactos o protocolos no obligatorios o si el país voluntariamente se acoge al mismo sin necesidad de fomentar o reconocer alguna de las posturas clásicas en el tema, pues desde la óptica del derecho internacional público: el tratado se vuelve obligatorio si el Estafo lo aplica como medio idóneo para resolver una controversia interna.

De ahí que no exista razón suficiente para realizar clasificaciones que, desde el punto de vista histórico o pedagógico, no son acordes al modelo de Estado Constitucional que vivimos y, dada la complejidad con que se proponen en razón a que no son inclusivas sino excluyentes, terminan por no coincidir del todo con el objeto tutelar de los múltiples instrumentos creados para nulificar atentados al desarrollo humano en cualquiera de sus rubros ambientales, económicos, sociales o políticos.

Cabe reiterar, todos los instrumentos de derecho internacional, una vez adoptados, son una extensión de la Constitución de cada país, pues al tenor del documento constitucional interno se les reconoce vigencia nacional a través de lo que el maestro Fix-Zamudio denomina derecho de fuente internacional, por ello, no resulta apropiado afirmar que es control convencional interno el método empleado para validar la conformidad o no de una ley, acto u omisión al derecho de fuente internacional, en virtud de que el Estado reconoce al convenio como parte de su derecho interno y, por ende, continúa empleando control constitucional o simple actividad protectora de los derechos humanos con el propósito de hacer prevalecer el contenido de su Carta Magna pero en armonía al derecho de fuente internacional; cosa distinta ocurre cuando la autoridad externa revisa la actividad estadual con base en un

convenio internacional interpretado de forma armónica con el derecho interno, con lo cual si realiza un auténtico control convencional.

Por esas razones, considero que no es propio hablar de control convencional externo u originario cuando el tribunal transnacional aplique el derecho interno como único medio para tutelar los derechos humanos en juego, por ser más protector que el derecho internacional vinculante al Estado demandado, en ese caso, la Corte Interamericana estará practicando un control constitucional quizá externo, no convencional originario, pues deja de lado el uso del Pacto de San José con el objeto de aplicar la Constitución o normas internas para solucionar el conflicto.

Mi tesis consiste en fomentar una competencia abierta en materia de reconocimiento y protección a los derechos humanos, esto es, una actividad protectora de los mismos. El artículo 1o constitucional en México no distingue y dice...*“todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.”*³⁹..., por eso propongo mantener el control constitucional o la actividad protectora de los derechos humanos -vinculante a todos los seres humanos- en vez del llamado “control difuso de convencionalidad” o “control convencional difuso” o “control convencional interno”, limitado a juzgadores y

39 *“Artículo 1o, En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”* Cfr. <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/>.

alejado del contenido esencial del citado precepto 1o de la Constitución mexicana.⁴⁰ Análisis por qué.

V. LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Acorde a una idea preservadora de los derechos humanos y en lugar de darle otro nombre al control constitucional, reitero que detrás de ese método existe una actividad protectora de los derechos humanos con independencia del referente que se use para reconocer y garantizar un derecho o una libertad. Con esa perspectiva, optimizamos el espectro protector hacia el campo de otras autoridades del Estado -incluyendo a las personas- pero sin marginar la obligación de observar el derecho de fuente internacional. Me inclino por una tendencia tutelar de la dignidad humana que procure su pleno reconocimiento, desarrollo y repare e indemnice violaciones⁴¹ con independencia del nombre que se le asigne u órgano que la emplee.

En efecto, tanto el control constitucional como el control de convencionalidad, tienen por objeto hacer respetar y potencializar los derechos y libertades de fuente nacional o internacional, la única diferencia estriba en las instancias encargadas de ejercerlo, por lo regular jueces conforme a un control interno o externo.⁴²

De ser cierta esa idea, valdría pensar en una tendencia abierta que permita emplear un método común que no choque con el poder judicial. Con esa visión, deberá emplearse una simple actividad protectora de los derechos humanos que parta de un margen de acción más extenso -no limitado a un sólo tipo de autoridad- susceptible de ser operado por cualquier persona sensible de su naturaleza y entorno.

La constante percepción social respecto a la protección de los derechos humanos, incrementa el interés sobre diversos instrumentos e instituciones de defensa existentes para ello. Así, mientras el control constitucional interno, concentrado o difuso, se encomienda a un juez constitucional o jueces locales y el control convencional externo se

40 *Ídem*.

41 Véase Carpizo, Jorge, "Los Derechos humanos: naturaleza, denominación y características", en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre, 2011, pp. 3-29.

42 *Vid. supra*, apartado IV.

encarga a los jueces interamericanos, lo cierto es que detrás de esas ideas existe el empleo de una actividad protectora de los derechos humanos, la cual se extiende a particulares y otras autoridades del Estado.

Mi postura consiste en hablar de *a)* un control de constitucionalidad interno reservado a jueces, con indiferencia de sí se trata de un sistema concentrado o difuso, de *b)* un control convencional limitado a jueces transnacionales y de *c)* una simple actividad protectora de los derechos humanos susceptible de ser empleada por toda autoridad, nacional o internacional, incluidas las personas situadas en cada Estado Parte: pues todos tenemos la obligación de reconocer y proteger derechos humanos y todos somos todos...

En ese último inciso, también coloco al control constitucional externo y a las personas físicas o morales u organismos constitucionales autónomos que, sin ser autoridades del Estado, cumplen su obligación de reconocer, fomentar y proteger derechos humanos a través de sus actos o abstenciones. Opinar lo contrario conduce al absurdo de creer que por no ser autoridad judicial, Presidente de la República, Gobernador, Diputado o Senador, se podrá evadir la responsabilidad de reconocer y tutelar derechos humanos. Un ejemplo de actuar arbitrario -en ese sentido- lo era el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, quien actuó en forma inconstitucional a pesar de un criterio judicial que le impedida actuar de esa forma.⁴³

Y pregunto al lector: un profesor, un reportero, una trabajadora social, un abogado, un campesino o miembro de agrupación étnica ¿puede violar derechos humanos en el ámbito de sus relaciones personales o profesionales por el simple hecho de no ser autoridad del Estado?

Una respuesta en sentido afirmativo dará por sentado que la sociedad no está interesada en que prevalezca una visión amplia sobre personas enfocadas en cumplir con su responsabilidad de reconocer, fomentar y proteger derechos humanos, sin importar si son o no autoridades del Estado. No obstante, debemos aceptar la existencia

43 "INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", *Cit.*, p. 252.

de gente que pueda ejercer una actividad protectora desde el ámbito de sus actividades diarias, sin requerir normas o reformas que así lo demanden o impongan.

Vale mencionar que la actividad de que hablo permite analizar omisiones, en cuyo caso, las autoridades del Estado deberán subsanar la inactividad detectada y reivindicarla al tenor de una determinación que otorgue mayor protección o beneficios al derecho humano en juego o al propio titular del derecho. Los casos de omisión legislativa, por ejemplo, cada vez son más recurrentes, tal y como demuestra el retraso en la aprobación de la Ley de Amparo de 2013, cuya emisión fue a más de 400 días del plazo constitucional de 120 otorgado al órgano legislador. Expongo algunos presupuestos en el reconocimiento y protección de los derechos y libertades humanas.

VI. PRESUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El ejercicio de la actividad protectora de los derechos humanos, del control constitucional interno o externo y del control de convencionalidad originario, esto es, el reservado a la Corte Interamericana, implica contar con una visión renovada de Estado y de la interpretación del derecho. Como expuse, la visión restringida en materia de protección a los derechos humanos, está cada vez más en desuso y poco a poco deja de tener cabida en el orden jurídico nacional e internacional.

Si bien no necesitaba decirse en la Constitución, en virtud de que la interpretación congruente de su texto ya lo evidenciaba, nuestra costumbre por reformar todo y para todo, permitió reiterar la primacía de los derechos humanos nacionales al igual que los de fuente internacional.

Así se desprende de la reforma constitucional de junio de 2011, cuyo artículo 1o, segundo y tercer párrafos, consolida una teoría abierta de respeto y salvaguarda a los derechos humanos y supera la idea del rango infraconstitucional de los tratados internacionales que contienen derechos humanos, sin embargo, el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en México, pese al artículo constitucional en cita, ha sido complejo, pues algunos ministros opinan que deben tener un nivel inferior a la Carta Magna, por fortuna esa visión en

la Corte cambió y se lograron emitir diez votos a favor, contra uno, para reconocer a los tratados internacionales en materia de derechos humanos una jerarquía constitucional, cuando no contravengan restricciones previstas en la Carta Magna.

Al respecto, el Alto Tribunal exceptuó la aplicación del principio pro persona en materia de restricción nacional a derechos humanos (parte in fine del artículo 29 constitucional) aspecto de la jurisprudencia interna que podría violar los convenios previamente ratificados por México que establecen un margen más amplio de protección.⁴⁴

Ahora, en la línea de acción del Estado Constitucional, ejercer la actividad protectora de los derechos humanos y el control constitucional interno o externo, requiere entender:

- a) la transición de Estado Legal a Estado Constitucional, cuya actuación no solamente se basa en la Constitución que le da origen, sino también en lo dispuesto en derechos de fuente internacional y su respectiva interpretación;
- b) que la Constitución es norma jurídica vinculante para todos los seres humanos, sean o no autoridades;
- c) que entre derechos fundamentales y humanos no existe mayor diferencia que la simple denominación;
- d) que impartir justicia con mentalidad estática o legalista produce incalculables consecuencias negativas a nivel social o institucional;
- e) que los métodos de interpretación existentes desde hace más de dos siglos, con el fin de entender al derecho privado, actualmente, devienen insuficientes para la adecuada aplicación del derecho público;
- f) que la actividad inteligible tiene límites racionales;
- g) que las realidades no jurídicas y la costumbre constitucional e internacional, son elementos indispensables para la solución, si quiera plausible, de un conflicto constitucional o entre el ejercicio de los derechos;

⁴⁴ Cfr., versión estenográfica de la sesión de Pleno de la Suprema Corte de Justicia, del 3 de septiembre de 2013, disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en www.scjn.gob.mx

- h) que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos deben ser apreciados y aplicados con la misma jerarquía y rigor que los derechos previstos en la Constitución;
- i) que toda violación a un derecho humano implica no sólo su restitución material sino también la posibilidad de indemnizar al afectado;
- j) que no existe control convencional interno;
- k) que debemos aceptar la existencia de derechos de fuente nacional frente a los de origen internacional;
- l) que no hay monopolio en materia de reconocimiento y protección, de los derechos humanos.
- m) margen referencial amplio;
- n) superar el poder constituyente permanente y distinguir entre el órgano legislativo constituyente y el constituido; y
- o) la inaplicación de la jurisprudencia contraria a derechos humanos.

Consciente de lo inapropiado que resulta pronunciar ideas abstractas que a nada práctico conduzcan, expongo el porqué de cada una de las primeras 12 afirmaciones.⁴⁵

1. Comprender la transición de Estado Legal a otro donde la Constitución se complementa a través de instrumentos e interpretaciones provenientes de un orden o autoridad externo

La renovación o preservaron de principios y valores constitucionales se halla en la forma de concebir los cimientos del Estado. El Estado Constitucional de Derecho renace a partir de una idea renovada de soberanía, de supremacía constitucional y de impartición de justicia, con el fin de incluir instancias judiciales y administrativas transnacionales e instrumentos jurídicos modernos dignos de ser armonizados -con el derecho interno- en pro del perfeccionamiento de las instituciones y de los medios estatales o ciudadanos empleados para reconocer y garantizar derechos humanos.

⁴⁵ Sobre estos presupuestos hablé ante el profesor Héctor Fix-Zamudio y la Ministra Olga Sánchez Cordero, con motivo de la presentación de mi libro: *Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 18 de marzo de 2010.

Históricamente, correspondió al Estado Constitucional emprender una serie de acciones con el objeto de cambiar las clásicas reglas en el ejercicio de las relaciones humanas y la operatividad del gobierno. De ahí que pasemos del Estado basado en la ley al Estado basado en la Constitución y de éste a un modelo donde la ley y la Constitución: no son el único margen de apreciación en materia de desarrollo social e institucional, sino el arranque de una nueva forma de mantener el contacto pacífico con otras naciones, entre el derecho interno e internacional, su interpretación y las respectivas demandas de calidad en la atención humana.

Bajo ese contexto, identifiqué tres elementos esenciales de transición. El primero, esencialmente a partir de la Carta de Naciones Unidas de 1944 y el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el segundo, conforme a la existencia de órganos administrativos o jurisdicciones de justicia trasnacional y, el tercero, acorde a la inexistencia de monopolio estadual en materia de reconocimiento y protección a los derechos humanos. Por ello, no hablo de un Estado Regional, Internacional, convencional o comunitario, sino de un Estado que coordina su ejercicio armónico a partir de principios de soberanía y supremacía constitucional relativos y vinculatoriedad armónica de convenios internacionales, en cuyo seno, ninguna autoridad puede ir más allá del contenido esencial de la Carta Magna, salvo que mejore su impacto en sociedad y el reconocimiento de los derechos y libertades.

No comprender esa forma de ver y jugar las nuevas reglas del juego, conlleva a un Estado aislado de su exterior y casi condenado a la petrificación de sus ideas, desarrollo y propósitos oficiales. Debe quedar clara nuestra visión de Constitución como base y no como cúspide, se podrá construir sobre ella todo lo que no derrumbe sus cimientos y, desde luego, se podrán robustecer sus cimientos en aras de maximizar su contenido.

2. Entender que la Constitución es norma jurídica vinculante para todos los seres humanos: sean o no autoridades

El paradigma que por mucho tiempo contempló a la Constitución como netamente política ¡hoy se encuentra superado! Que la Constitución mexicana se denomine “política” no conlleva desconocer que a partir de la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado, en algunos países, haya recuperado la calidad de norma jurídica que le

había sido sustraída a través del avasallante poder del Legislador, en cuyo ambiente imperial los jueces –y otras autoridades– fungieron como meros operadores de la ley, más no de la Constitución.

Recordemos que la puesta en práctica de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y de la Constitución Francesa de 1791, no reconoció del todo la eficacia directa de tales documentos debido a la idea de que los derechos sólo valían en la forma y términos que el legislador dispusiera en la ley. Actualmente, esa tendencia es casi inexistente y su conservación deviene totalmente retrograda, insostenible ¡bochornosa!

3. Comprender que entre derechos fundamentales y derechos humanos no existe diferencia

Teóricamente ha sido aceptada la idea de diferenciar a los derechos fundamentales de los derechos humanos,⁴⁶ aduciendo que los primeros son aquellos reconocidos en la Constitución, mientras que los restantes emanan de tratados internacionales en la materia.⁴⁷ Por fortuna, la idea decimonónica de identificar a las garantías individuales en México con derecho fundamental o humano: ha cambiado y sin demérito de su fin preservador de la dignidad humana, donde las prerrogativas de la persona incluyen derechos fundamentales y viceversa.

En ambos casos, pasar de garantías individuales a derechos humanos conforme a ideas preexistentes a la enmienda constitucional de junio de 2011, reafirma la idea de un Estado Constitucional renovado y reconoce a los derechos como referentes susceptibles de ser optimizados en términos de lo que su propio contenido permita frente al ejercicio razonable de otros derechos u obligaciones estadales de fuente nacional o internacional.⁴⁸

De ahí mi tesis respecto a la existencia de derechos humanos absolutos, pues el Estado solamente limita el ejercicio y no al derecho como tal. Considero que la posibilidad de imponer “límites” a los

46 Antes de la reforma constitucional de junio de 2011, el termino garantías individuales era sinónimo de lo que ahora México reconoce como derechos humanos, es decir, los primeros 29 artículos de la parte dogmática de nuestra Constitución y algunos otros dispersos entre su parte orgánica.

47 Cfr. Peces-Barba, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudeba y Universidad Complutense, 1991, p. 265.

48 Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, p. 108-114.

derechos humanos desde su reconocimiento en la Constitución o en un tratado internacional: impide analizar, donde no es posible el control de las reformas constitucionales y de los tratados internacionales, si la restricción es o no acorde a la prerrogativa humana, cuya dinámica –y no otra cosa– se pretende armonizar o hacer compatible con el ejercicio de otros derechos y libertades, por esa razón soy proclive al control judicial previo de enmiendas constitucionales y tratados internacionales.

La distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales se justifica en sistemas que otorgan una jerarquía infraconstitucional a los tratados internacionales. Si esa visión se supera, como entendemos hizo México con la reforma al artículo 1o Constitucional, la idea de distinguir entre derecho humano y fundamental se desvanece en beneficio de la dignidad humana. De esa forma, el criterio de jerarquía normativa, en cuanto orden preferente de aplicación, cede camino frente al principio *pro persona* en su variante de preferencia normativa.⁴⁹

4. Reconocer lo negativo de proteger derechos humanos a partir de una mentalidad estática o legalista

El entendimiento del contenido y aplicación de los derechos humanos no se restringe, como aconteció en el Estado Legal, al aspecto literal del precepto sino que el intérprete va más allá de lo gramaticalmente previsto en la ley para identificar su esencia y generar, mediante su reconocimiento y salvaguarda, un impacto justo y equitativo del derecho en sociedad. Por eso, el operador o intérprete del sistema debe estar consciente de que el legalismo exacerbado ha sido superado en beneficio del ser humano y su entorno.

De ahí que, las normas procesales no deban estar por encima de un derecho humano, o dicho de otra manera, las normas adjetivas (procesales o procedimentales) no pueden impedir la observancia de una norma de índole sustantivo (derecho humano),⁵⁰ y devenga necesario operar el derecho acorde a una tendencia abierta donde la idea fundamental sea proteger a la persona y su medio ambiente pero sin descuidar los límites que esa labor implica.⁵¹

49 *Ibidem.* pp. 133-142.

50 *Vid. supra*, apartado II, número 1.

51 *Cfr.* Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 133-142.

5. Saber y aceptar que los métodos de interpretación manados del derecho privado, por sí solos, devienen insuficientes para la aplicación del derecho público: interno o externo

La interpretación del derecho cambió y su ejercicio también. Ello puso de manifiesto que la Constitución y, por añadidura, los tratados internacionales, esto es, derechos de fuente internacional, no pueden ser operados o aplicados con base en lineamientos interpretativos creados para la comprensión de la ley ordinaria, pues el abismo que divide al producto del constituyente frente al del poder legislativo, ya constituido, indica la existencia de casos donde la solución a un conflicto entre el ejercicio de los derechos humanos o entre un acto de autoridad y esa clase de derechos, amerita pasar de un plano interpretativo clásico a otro donde la ponderación y la maximización de derechos: no deben estar ausentes, así, el artículo 1o de la Constitución mexicana reconoce el principio de interpretación a favor de la persona, cuya armonización con el postulado *iura novit curia*, posibilita erradicar la desagradable operatividad del estricto derecho.

Recordemos que a las autoridades se les paga para reconocer o declarar el derecho conforme a las situaciones planteadas o investigadas -*iura novit curia*- pues son ellas las expertas en materia de respeto y tutela a los derechos humanos; considerar lo contrario, significaría un fracaso del Estado en el tema, en pocas palabras, incurrir en responsabilidad moral, política e internacional.

6. Saber y aceptar que la interpretación y protección de los derechos humanos tiene límites racionales

Compete a la autoridad analizar una controversia que no siempre tiene como punto de partida la violación a un derecho humano. No obstante, eso no impide realizar un estudio oficioso para determinar si en el caso existe algún atentado a prerrogativas humanas y, conforme al multicitado precepto 1o de la Carta Magna, armonizar el derecho,⁵² siempre y cuando la abstracción o generalidad con que por lo regular se redacta la norma nacional o internacional: no configure un espacio de apertura para la arbitrariedad, sino la oportunidad de actualizar y aplicar el contenido constitucional o de derechos humanos a partir de demandas sociales equilibradas.

52 *Vid. Infra*, apartado VII, número 1.

Un actuar conforme a esa visión impide que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Recordemos que los países que ratificaron el pacto de San José están obligados a respetar y aplicar su contenido, es decir, tienen la responsabilidad de atender al conjunto que integran, por lo que una persona, el poder judicial, ejecutivo o legislativo, un órgano constitucional autónomo o ente: están obligados a cumplir lo convenido, sin que la protección a la dignidad humana implique ir más allá de lo racional y científicamente necesario para armonizar el sistema.

7. Identificar que las realidades no jurídicas y la costumbre constitucional e internacional, son elementos necesarios para la solución plausible de conflictos o aparentes controversias entre derechos

Al dejar de ser la tarea de reconocer y proteger derechos humanos un monopolio de las autoridades del Estado, resulta evidente que tal actividad requiere considerar aspectos que no suelen encontrar un respaldo íntegro o textual en la Norma Fundante o en tratados internacionales vinculantes o referenciales, sino en situaciones provenientes de un dinamismo social existente al momento de interpretar el sistema, es decir, costumbres o realidades no jurídicas determinantes para el establecimiento de un panorama abierto de armonización de derechos, por ende, si el texto de la Ley, la Constitución o derecho de fuente internacional (tratado internacional vinculante o referencial), no reconoce o prevé un hecho, ello no obstaculiza que pueda ser observada la realidad con el fin de hacer justicia ¿cómo? mediante interpretación proactiva: donde las realidades no jurídicas, los usos y las costumbres tienen cabida.

8. Reconocer que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, deben ser apreciados y aplicados con la misma jerarquía y rigor que los previstos a nivel constitucional

México debe difundir la idea de que las prerrogativas contenidas en las cláusulas internacionales, previamente ratificadas, configuran una extensión al catálogo de derechos reconocidos y tutelados por la Norma Suprema, mismas que se denominan derechos de fuente internacional, por esa razón, no debe extrañar que su jerarquía sea igual a la del propio texto constitucional.

Reconozcamos que esa es la tendencia de nuestra Constitución cuando impone:

...“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

Lo anterior, con independencia de que no exista reforma al artículo 133 de la Carta Magna, pues cualquier intento por resolver un conflicto entre derechos a través de la aplicación del criterio que apela a la supremacía del derecho interno frente a la del derecho internacional y su interpretación, estaría pasando por alto la aplicación del derecho a partir del principio *pro persona*, en cualquiera de sus variantes, preferencia interpretativa o normativa, así como la observancia del postulado *iura novit curia*: uno da los hechos y el juez el derecho, sin soslayar la flagrante violación a la cláusula 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual impone acatar el compromiso internacional pese a lo dispuesto en el derecho interno.

Por esa razón, reitero, no es pertinente el criterio dado por la Corte de Justicia en México al establecer que los tratados sólo tendrán rango constitucional cuando no contravengan a la Carta Magna, dado que una vez ratificados opera la citada cláusula 27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados en relación con la obligación prevista en la 2o del Pacto de San José, esto es, ajustar el derecho nacional al de fuente internacional celebrado, ratificado o utilizado a nivel interno. Aceptar lo contrario conduce al establecimiento de reservas a destiempo, lo cual es totalmente violatorio del *pacta sunt servanda*.

De ahí que nuestra apreciación siga siendo vigente hasta en tanto México no cambie de postura y comprenda que una vez ratificado el convenio no queda otro camino más que cumplir con lo pactado aún y cuando contravenga nuestro derecho interno, pues se entiende que esa contradicción opera en beneficio de la dignidad humana y, por ende, el Estado aplicar el tratado y, en su caso, adecuar el orden jurídico nacional para hacerlo concordante al derecho de fuente internacional.

9. Que toda violación a un derecho humano implica restitución material e indemnización al afectado

El Estado mexicano ha desatendido el tema de la indemnización por violación a derechos humanos. La legislación de amparo, al igual que otras que regulan instrumentos de defensa constitucional, sólo prevé un incidente de cumplimiento sustituto ante la imposibilidad material de restituir al quejoso en el pleno goce del derecho vulnerado. Como es de esperarse, la solicitud de indemnización es compleja pues implica agotar un procedimiento de ejecución tardío que cuando fracasa permite iniciar otro con el objeto de probar la imposibilidad jurídica de cumplir el fallo.

No obstante, nuestro país ha inaugurado -a nivel federal- una Comisión para la atención a víctimas de violación a derechos humanos, dicha institución será la encargada de analizar los reclamos con el objeto de recomendar un actuar apegado a derecho o, en su caso, indemnizar a los sujetos afectados y evitar condenas internacionales al país, pero -regresando al plano de la protección judicial de derechos y libertades- el proceso de amparo continúa requiriendo ajustes para no sólo declarar la existencia de violaciones a derechos humanos, sino también reconocer en la propia sentencia concesoria, el derecho del demandante a ser indemnizado en caso de que la autoridad demandada evada el cumplimiento del fallo protector o demuestre falta de interés en acatarlo.

Con ello se estaría privilegiando el principio de justicia pronta y expedita para evitar fraudes y lograr indemnizar al demandante, so pena de que las autoridades omisas incurran en delitos o faltas administrativas por desacato a una orden judicial, pero no conforme a tipos penales especiales (delitos) de configuración dolosa, sino sancionando la negligencia en el actuar de las autoridades o particulares responsables con el afán de evitar desvíos o retrasos en el cumplimiento de las determinaciones que reconocen y protegen derechos humanos.

Recordemos que la dignidad humana no es un juego y que los derechos humanos deben ser reconocidos y tutelados sin retardo alguno.

10. Bloque o margen de constitucionalidad amplio

Indudablemente, la actividad protectora de los derechos humanos, como método analítico implícito en cualquier sistema legislativo,

ejecutivo o judicial de control constitucional o convencional, ya sea concentrado, difuso o externo, requiere partir de una base ideológica sólida y de un cúmulo de documentos normativos o jurisprudenciales que posibiliten al operador poner a prueba sus habilidades y destrezas en favor de la dignidad humana.

Así, no es del todo correcto hablar de un margen referencial limitado a la Constitución y a los tratados internacionales que son ratificados conforme a su contenido, se necesita un conjunto normativo abierto cuyos contornos aparezcan al momento de armonizar el ejercicio adecuado de los derechos conforme al contexto donde se pretende gozar del mismo.

Mientras se mantenga la visión de un margen de constitucionalidad restringido a lo previsto en la Norma Suprema y en los convenios internacionales que no la contradigan, las personas sujetas a la jurisdicción México serán protegidas en forma limitada. México debe seguir el ejemplo de otros países de Europa y América Latina.

11. Distinción entre poder constituyente y poder constituido

La adecuada tutela de la humanidad y su entorno, no puede darse en forma eficaz si el Estado no establece y fomenta la diferencia que existe entre el poder constituido y el poder constituyente, reitero, aceptar la existencia de un poder reformador bajo la idea de uno de tipo constituyente permanente: es el principal aval de múltiples atentados al contenido esencial de la Constitución y de los derechos y libertades de fuente nacional e internacional que reconoce.

Comprender la diferencia marcada entre ambas asambleas legislativas permite la impugnación de las violaciones a los límites que el propio constituyente establece al órgano constituido para evitar que éste invada el ámbito competencial atribuido a quien sí tiene la potestad de modificar las ideas fundamentales del Estado.

La literatura al respecto es abundante y el desarrollo de los límites también, por lo que si no se ponen en práctica: la sociedad, en sus diversos sectores, seguirá resintiendo los excesos de un poder reformador ilegítimamente encubierto de la potestad de una de tipo constituyente o del llamado constituyente permanente.

12. La inaplicación de la jurisprudencia con independencia del órgano que la emita

Otro presupuesto básico en la actividad protectora de los derechos humanos es aceptar que la jurisprudencia emanada de cualquier autoridad nacional o internacional, puede ser inaplicada cuando su contenido sea contrario a la dignidad humana, sometiendo la inaplicación, en su caso, a la valoración de la instancia correspondiente.

Aceptar una tendencia contraria, implica someter a la sociedad a las injusticias de un sistema jurisprudencial mal diseñado. Afirmo lo anterior porque las múltiples reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo no han superado el tema de la vinculatoriedad u obligación limitada de la jurisprudencia,⁵³ tampoco han profundizado para que a determinadas reglas les corresponda una excepción, pues el artículo 1o constitucional impide la aplicación de cualquier norma que atente contra los derechos humanos y el artículo 133 constitucional permite la inaplicación de las normas que sean contrarias a la Carta Magna, por ende, quien puede inaplicar una ley también puede hacerlo con su interpretación, sobre todo cuando la comprensión judicial de la norma, como se dijo, es contraria a los derechos humanos, por lo que si se impide la aplicación de leyes que violen derechos y libertades, deviene obvio que la jurisprudencia pueda ser inaplicada, pues quien puede lo más puede lo menos, sin que al respecto se produzca un descontrol en el ámbito regulador vía interpretación de las relaciones sociales, dado que ese tipo de determinación siempre podrá ser cuestionada ante los órganos competentes del Estado.

En ese sentido, el amparo indirecto o el directo es la vía ideal para impugnar la jurisprudencia contraria a la dignidad humana o generadora de ventajas injustas ante algún tipo de contradicción entre los criterios judiciales aplicables al caso concreto y la revisión en el amparo es el medio idóneo para reclamar la aplicación de precedentes judiciales contrarios a derechos humanos, pero en todo momento, los jueces federales o locales, podrán inaplicar el criterio judicial que consideren violatorio de la dignidad humana.

Con lo anterior se supera el problema que genera la sustitución o la contradicción de criterios previstos en la Ley de Amparo de 2013, consistente en que no tienen efectos sobre los casos de donde

53 *Vid., supra*, capítulo segundo, apartado VII.

emanan, pues el requisito para su procedencia es que los asuntos ya estén resueltos, con independencia del reducido margen de sujetos legitimados para promoverlos.

Hasta ahora, la inaplicación de un criterio judicial proveniente de una de las Salas más cuestionadas de la Corte de Justicia mexicana ha sido totalmente fructífero, me refiero al de rubro: *“POLICÍAS. PARA EL PAGO DE SU INDEMNIZACIÓN PROCEDE DESAPLICAR LAS REGLAS QUE, EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, HA ESTABLECIDO LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.”*⁵⁴

En esa jurisprudencia la inaplicación del criterio de la Corte se basa en asegurar el principio de supremacía constitucional en materia laboral al tenor del Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, del que el Estado mexicano forma parte, mismo que implica preservar la igualdad en materia laboral y en eliminar cualquier forma de discriminación. El Tribunal Colegiado argumentó:

...”procede desaplicar las reglas de interpretación que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que en relación con los policías o encargados de seguridad pública, debe estarse solo a lo dispuesto en el artículo 123, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, en su caso, a las leyes administrativas correspondientes. En efecto, si las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se rigen por la Ley Federal del Trabajo y conforme a este ordenamiento la indemnización, en caso de despido injustificado, se integra por el importe de tres meses de salario, veinte días de salario por año laborado, pago proporcional de vacaciones, aguinaldo, cualquier otra prestación a la que la parte quejosa tuviera derecho, así como los salarios y emolumentos que hubiera dejado de percibir, desde la fecha de su baja y hasta el momento en que se le pague la indemnización aludida, resulta evidentemente discriminatorio que los miembros de las instituciones policiales, que también resentan la separación injustificada de su empleo, no reciban los beneficios mínimos que, en ese supuesto, se establecen para aquéllos, pues ello implica que respecto de una misma situación jurídica no se

54 Tesis IV.1o.A2 A (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, I, IV, enero de 2012, t. 5, p. 4571.

logre el trato igual al que constriñe el Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, que el Estado mexicano se encuentra obligado a respetar y a hacer cumplir en sus leyes ordinarias. Por tanto, para hacer efectiva la garantía de igualdad y para garantizarles una protección equivalente a los trabajadores en general; y, fundamentalmente, para eliminar un trato discriminatorio a los miembros adscritos a los cuerpos de seguridad cuando resientan la separación injustificada de su empleo, la indemnización debe calcularse conforme se establece en la Ley Federal del Trabajo, pues en dicho ordenamiento se reconocen mejores prestaciones laborales.”⁵⁵

Un proceder similar ocurrió con motivo de la sentencia dictada por el Noveno Tribunal Colegiado en materia Penal con sede en el Distrito Federal, donde inaplicó una jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de rubro: “*AVERIGUACIÓN PREVIA. LA OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CITAR O HACER COMPARECER AL PROBABLE P PROBABLES INDICIADOS PARA QUE DECLAREN, NO PUEDE COMBATIRSE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO*”.⁵⁶

Dicho colegiado estimó que la jurisprudencia en cita impedida el derecho humano a una debida defensa en razón a que el Ministerio Público podía ejercer acción penal sin que el indiciado pudiera oportunamente desvirtuar los hechos que se le imputan y evitar un proceso penal cuya instauración se basa en actuaciones practicadas a espaldas del presunto responsable.⁵⁷

Como se ve, el hecho de que sea la Corte de Justicia quien resuelva un caso, no quiere decir que siempre tenga la razón o que sus criterios no puedan ser inaplicados cuando existan razones suficientes para ello en aras de preservar el sistema nacional y de fuente internacional de los derechos humanos. La lógica no puede estar supeditada al contenido de normas y criterios que auspician la injusticia a través de una frialdad legalista.

⁵⁵ *Ídem.*

⁵⁶ 1a. /J. 154/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2005.

⁵⁷ Sentencia dictada el cinco de septiembre de 2013. Por razones de privacidad no se pudieron obtener los datos de la queja interpuesta contra el desechamiento de la demanda de amparo tramitada ante el Juzgado Quinto de Distrito en materia penal con sede en el Distrito Federal.

Los presupuestos marcados con los incisos j), k) y l) no los desarrollé porque los explico en los puntos IV, V, VII y VIII de este trabajo.

VII. ALCANCES Y REFERENTES EN LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Mi postura sobre la procedencia de la actividad protectora de los derechos humanos, implica tener presente que esa tutela corresponde a toda autoridad del país, incluso, cometo el atrevimiento de reiterar que se trata de una obligación que no admite monopolios a favor de una o varias autoridades o crear ámbitos de impunidad conforme a los criterios judiciales que en México impiden la procedencia del amparo contra actos u omisiones de particulares que no actúen con fundamento en una norma y violen derechos y libertades humanas,⁵⁸ sin soslayar la jurisprudencia que exenta al Juez de Distrito de violar derechos humanos.⁵⁹ Veamos algunas modalidades.

1. Alcances

En relación a si debe ser operada desde una visión amplia o limitada, reitero, como presupuesto, que el reconocimiento de los derechos, incluidos los implícitos y la protección a los mismos: no es monopolio de ninguna autoridad o institución del país; aceptar lo contrario implicaría sostener una visión restringida donde el reconocimiento de derechos –y su salvaguarda– únicamente compete a ciertas autoridades del Estado, dígase jueces federales o estatales,⁶⁰

58 El artículo 5, fracción II, de la Ley de Amparo de 2013, dispone que será procedente el amparo contra de particulares cuando: "...realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general."

59 Cfr. "SENTENCIA DE AMPARO. NO PUEDE SER VIOLATORIA DE GARANTÍAS", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, julio-diciembre de 1998, t. IV, tesis: II.3o.J/4. Cuya parte conducente dispone: "...No puede constituir expresión de agravios en la revisión, el razonamiento en el sentido de que el Juez de Distrito en su sentencia viola los preceptos constitucionales que consagran las garantías..." Esta jurisprudencia usa el término garantía como sinónimo de derecho fundamental o humano.

60 Cfr. López Daza, Germán, "El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?", en *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 169-193.

ombudsman nacional o locales, entre otras procuradurías o defensorías de los derechos humanos de tipo social, familiar, ambiental, etc., lo cual deviene incompatible a nuestro concepto de Estado Constitucional renovado.⁶¹

A mi juicio, no existe razón insuperable para evitar que cualquier autoridad del Estado e incluidas las personas, sean a su vez quienes deban reconocer, respetar y tutelar derechos humanos en el ámbito de sus competencias y relaciones. Así lo impone una interpretación sana del artículo 1o de la Constitución federal, el cual es jurídico y no político.⁶²

Si bien no todo está en nuestras manos o dentro de nuestras competencias, lo cierto es que la realización de actos u omisiones encaminados a reconocer, respetar o salvaguardar derechos humanos, insisto, no puede quedar limitada a órganos especializados o judiciales del Estado.⁶³

Algunas universidades en el mundo han reconocido a nivel institucional que sus directivos, profesores y personal académico, deben respetar y desarrollar derechos humanos, obligación que además imponen a través de su normativa interna y de las recomendaciones que emite su respectivo Ombudsman universitario.⁶⁴

Debemos estar conscientes de que cualquier persona puede adoptar una postura inteligible acorde a la dignidad humana, sin que ello implique definitividad en la misma, ya que, incluso, podría maximizarse.

Tengamos presente que si antes las autoridades y los habitantes del Estado trataban de actuar conforme a una cultura de legalidad para luego pasar a una tendencia favorable al contenido de la Constitución: ahora la idea es ejercer tomando como punto de partida no sólo a la ley o a la Norma Suprema, sino también a la dignidad humana contemplada

61 Por Estado Constitucional renovado entendemos aquel que no solamente basa su actuar en lo esencialmente dispuesto por su Constitución, sino también en lo previsto por el derecho de fuente internacional y su interpretación interna o externa. *Cfr.* Carpizo, Enrique, *Diccionario práctico... Cit.*

62 *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídico constitucional... *Cit.*

63 *Vid. supra*, apartado III.

64 Entre los ombudsman universitarios destaco a los titulares de la Defensoría de los Derechos Universitarios (DDU) de la Universidad Nacional Autónoma de México y al de la Defensoría Universitaria de la Universidad Complutense de Madrid.

en todo el orden jurídico interno, externo vinculante o referencial; sin que esa postura sea violatoria de la soberanía interna o desprecie la integración de soluciones conforme a leyes nacionales, pues el derecho de fuente internacional, acorde al tema de soberanía externa, permite integrar en vez de excluir.

Con esa tendencia, logramos superar la duda respecto a si un trabajador social con conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y su jurisprudencia o una persona con sentido común: puede hacer un análisis para resolver a favor de su especie o medio ambiente.

Debe quedar claro que no hablo de la teoría del *Drittwirkung*, respecto a la existencia de derechos humanos con eficacia horizontal.⁶⁵ Si bien propongo una idea en sintonía a esa corriente, mi pretensión consiste en mostrar la necesidad de ampliar el catálogo de quienes se consideran obligados a proteger y actuar en forma armónica a la dignidad humana, su entorno y desarrollo. En México, principalmente, se otorgan esas facultades a las autoridades judiciales, haciendo especial distinción entre las estatales y las federales, pero ¿qué pasa con las personas físicas y morales?

Respecto a esta última pregunta, conviene advertir que no sólo se trata de hacer viable la impugnación de actos provenientes de particulares o de empresas que actúan con fundamento en una norma y violan derechos humanos, pues previo a esa hipótesis debe comprenderse que a ellos también les corresponde la obligación de respetar, proteger, fomentar y ¿por qué no? de reconocer y desarrollar derechos y libertades.

Podríamos brindar a la actividad protectora una cobertura limitada por temor a una desestructuración legal o constitucional del monopolio estadual de tutela a derechos, duda que ve en la apertura protectora un sinónimo de descontrol, ilegalidad, inconstitucionalidad

65 Sobre esta teoría se recomienda consultar los estudios de Anzures Gurría, José Juan, "La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 22, enero-junio de 2010; Mijangos y González, Javier, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos", en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo *et al.* (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. IV, pp. 547-577.

o “inconvenionalidad”, aspecto que a su vez implica miedo a la pérdida del poder.

Desde mi perspectiva, lo único que pudiera acontecer cuando una autoridad o ciudadano reconoce, tutela o viola derechos humanos, es que su proceder sea cuestionado en forma adicional a los argumentos de invalidez que en general se elaboran en contra de sus actos o abstenciones, pero, difícilmente podrá generarse un ámbito de impunidad que no pueda reivindicarse a favor de la dignidad humana.

En principio, la función protectora de los derechos humanos está encomendada al mismo ser humano. Como dije, no comulgo con tendencias encaminadas a restringir a jueces o aparato estatal la tutela de los derechos o prerrogativas humanas; tampoco considero que ello corresponda únicamente a ciertas autoridades del Estado. Mi postura es más amplia y vincula a toda persona, sea autoridad o no, tenga facultades expresas para ello o no; insisto, propongo distinguir entre un vínculo jurídico que obliga a reconocer y respetar derechos, frente a otro de tipo racional que conlleva a ser congruentes con nuestro ser y respetuosos de su entorno social, político, económico y ambiental.

Reitero mi inclinación a favor de una circunferencia abierta en materia de reconocimiento y protección a los derechos humanos, cuyo ejercicio no esté limitado a lo previsto en la Constitución o a las autoridades que ella prevé, sino también a lo dispuesto en tratados internacionales, sus convenciones y protocolos vinculantes o referenciales, así como a usos y costumbres de la localidad o región en que se encuentra la persona afectada o surge el conflicto, sin soslayar la obligatoriedad de la jurisprudencia nacional e internacional que, contrario a lo resuelto por la Corte mexicana en el expediente Varios 912/2010,⁶⁶ sí vincula en todos los casos a México.

Así lo impone la interpretación armónica de los artículos 1o y 133 constitucionales; cualquier justificación en actuar o jurisprudencia nacional para hacer caso omiso a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos pone en aptitud de recibir otra condena por violación a los preceptos 1o y 2o de la Convención

66 Expediente formado con motivo de la consulta realizada por la Segunda Sala de la Corte al Pleno de ese Alto Tribunal para saber cómo ejecutar la sentencia interamericana que condena a México en relación al caso *Rosendo Radilla Pacheco Vs. México*. Cfr. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.

Americana sobre Derechos Humanos y a la cláusula 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sin embargo, en su momento, la Corte de Justicia mexicana adujo en forma irracional que la jurisprudencia interamericana sólo obliga a México cuando el fallo de donde emana condena al país.⁶⁷

Para recordar nuestro deber de reconocer y respetar derechos humanos no se requieren facultades expresas en la Constitución, en un tratado internacional o en la ley, se requieren ganas, vocación creativa y valentía. El miedo a invadir esferas competenciales o afectar el debido proceso, se desvanece cuando el motivo toral del acto u omisión es la protección a la vida, su integridad, privacidad, la libertad o el honor.

Una autoridad interna o externa jamás deberá revocar una determinación respetuosa de la dignidad humana, salvo que predomine un criterio cerrado que impida la labor estadual y ciudadana de proteger prerrogativas humanas mediante sus actos, pues una cosa es interpretar en forma armónica, congruente o conforme al sistema y algo distinto es inaplicar o declarar inconstitucional una norma. Para ese último fin sí podrían requerirse facultades expresas pero para interpretar a favor de la dignidad ¡no!

2. Referentes

Ninguna decisión nace de la nada, se requiere un antecedente y una base a partir de la cual responder, a partir de la cual actuar. El sustento de que hablo es jurídico y se nutre de aspectos sociales o políticos externos o internos que a su vez coadyuvan a fundamentar las determinaciones de la Nación, entre ellas a) los tratados internacionales, b) la jurisprudencia interamericana, c) el sistema jurídico interno y su interpretación, d) las políticas estaduales, e) los usos y costumbres étnicos, sociales y gubernamentales, f) la doctrina, g) el derecho comparado y h) la opinión pública.

Comúnmente, todos esos elementos convergen en la integración de una solución a cada caso concreto y, vale resaltar, extendiendo la denominación de referentes a todo aquello que sin tener el carácter de vinculante permite normar un criterio con base en el cual resolver un problema, por ello, la opinión pública y sobre todo las costumbres étnicas, son necesarias para resolver las demandas de justicia, pues

⁶⁷ *Ibidem.*, p. 245.

ninguna jurisprudencia o política de Estado podrá irracionalmente contravenirlas.

La fuerza de un referente jurisprudencial, legal, convencional o protocolario emanado de un orden jurídico externo o de una sentencia de tribunal extranjero, etcétera, radica en la voluntad de las personas que están obligadas a cumplir o que tienen conocimiento de ello -con independencia de medidas coactivas- ya que existen casos en los que el cumplimiento es fraudulento por falta de voluntad estadual o ciudadana.

Nadie puede evitar la importancia de usar métodos eficaces para interpretar un derecho cuando de proteger a un ser humano o su medio ambiente se trata. Por eso, la función protectora de los derechos humanos amerita sensibilidad, vocación, voluntad, creatividad y atrevimiento pero también cultura. De ahí la trascendencia del bagaje social y del estudio del derecho comparado por parte del operador para desarrollar y analizar los diferentes medios empleados para hacer justicia o mantener los niveles de progresividad social y economía necesarios.

A propósito de los instrumentos referenciales y obligatorios, analizo el tema de las opiniones consultivas y de la jurisprudencia como instrumentos de la actividad protectora de los derechos humanos, con el fin de identificar sus alcances en materia de derechos humanos.

A. Opiniones consultivas

Existen varias formas de orientar la actividad de los Estados Partes de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos. Una de las menos complejas, en razón a su carácter preventivo de conflictos y condenas internacionales, son las opiniones consultivas, las cuales pueden ser solicitadas, además de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, por cualquiera de las siguientes naciones: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República

Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.⁶⁸

El órgano facultado y especializado para emitir opiniones es, conforme al enfoque de nuestro estudio, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. En efecto, dicha instancia se encuentra obligada a responder las consultas que los Estados miembros le presenten para saber qué interpretación dar a la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, esto es, opinar sobre la compatibilidad entre leyes o actos internos e instrumentos internacionales.⁶⁹

Su emisión implica cualquiera de los siguientes tipos.

a) Orientadoras

Desde una perspectiva formal, los efectos de la opinión dada al solicitante son: declarativos, por tanto, jurídicamente no vinculan. Se trata de un instrumento de fuerza orientadora que brinda directrices a partir de las cuales interpretar cláusulas o el alcance de un tratado internacional, incluso, determinar si una norma vigente, un proyecto de ley o cualquier otro tipo de acto o abstención estadual es o no violatorio de los compromisos internacionales previamente ratificados por un Estado.

La autoridad de la opinión radica en prevenir futuras demandas sociales, pues se consulta a la Corte Interamericana cuando existe duda sobre los alcances de un derecho humano. La primer opinión consultiva fue pedida por el Gobierno del Perú para saber “¿Cómo debe ser interpretada la frase: ‘o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos?’”⁷⁰ Cuya respuesta fue en sentido incluyente de todos los compromisos signados por los Estados Partes.

Empero, la opinión vertida por la Corte Interamericana sólo puede ser interrumpida, en su momento, por ella misma. Al respecto, ha sido congruente y sigue el criterio dado en su jurisprudencia y opiniones, de ahí que un Estado solicitante no deba evadir el contenido de la opinión

68 Así lo dispone el Capítulo X, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

69 Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

70 Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982.

solicitada, menos los demás estados partes, los cuales no podrán argumentar que al no haber pedido la opinión simplemente no les vincula, ni de manera referencial, pues se arriesgan a ser condenados con base en ese mismo criterio.

b) Obligatorias

Si bien el contenido de una opinión consultiva no implica la obligación de acatarla por el Estado solicitante, lo cierto es que su texto y alcances interpretativos si pueden tener efectos vinculantes cuando el peticionario se compromete -por cualquier medio- a cumplir la interpretación dada por la Corte, en cuyo caso dejan de ser de declarativas y se convierten en obligatorias, cosa distinta ocurre con los precedentes judiciales, mismos que no requieren de una muestra de sumisión o aceptación para ser obligatorios. Menciono algunos de sus rasgos.

3. Precedentes judiciales

Contrario a lo que acontece en México, la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana no requiere para su conformación y efectos obligatorios de la existencia de un número determinado de interpretaciones sobre un caso en particular.⁷¹ Las sentencias emitidas por la Corte en cita son vinculantes al tenor de lo resuelto en una sola de ellas. La idea de jurisprudencia, en el caso transnacional, opera como sinónimo de simple interpretación del derecho, para lo cual, no es necesario que un Estado sea condenado en el caso de donde emana la resolución para cumplirla. Analizo la postura de México.

A. Orientadores

En un principio, la Corte mexicana adujo que los precedentes interamericanos de tipo referencial son aquellos mandados del contenido de actos, tratados, pactos y protocolos de los que México no es parte o de asuntos en los cuales no fue demandado. Si bien los lineamientos expuestos en este tipo de interpretación -a juicio del Alto Tribunal- “no vinculan” a nuestro país porque en ellos no fue condenado, lo cierto es que marcan la pauta que habría de seguir al

⁷¹ Cfr. Carpizo, Enrique, “El control de las reformas constitucionales en México. Un análisis Judicial pendiente”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LXI, núm. 255, enero-julio de 2011.

momento de presentarse una hipótesis similar a la resuelta por la Corte Interamericana, lo cual no era ajeno al sistema jurisprudencial mexicano, así lo ha demostrado cuando aplica un criterio referido a un precepto declarado inconstitucional en el Distrito Federal pero en una entidad diversa por ser igual o similar al declarado contrario a la Carta Magna.

Si bien el criterio emana de un caso suscitado en el territorio del Distrito Federal, lo cierto es que deberá tenerse en cuenta lo resuelto por el Alto Tribunal mexicano para evitar una revocación por inobservancia del criterio judicial preexistente. Las posibilidades de variar el criterio son reducidas, además, los efectos de responsabilidad y compromiso a que conlleva la adopción de un precedente por analogía, limita la adopción de una cultura de legalidad contaminante de la idea de constitucionalidad y del tema de la actividad protectora de los derechos humanos.

Por fortuna, México superó su visión restrictiva consistente en no acatar la jurisprudencia interamericana manada de casos donde no fue condenado, y en sesión plenaria de 3 de septiembre de 2013, la Corte dejó de considerar a los precedentes internacionales un llamado a misa en un pueblo de herejes, aceptando la vinculatoriedad de los mismos con independencia de que el país haya o no sido demandado en el asunto que las da origen.⁷²

Incluso, al interior de nuestro país se encuentran casos igual de absurdos como el del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, que no reconoce la jurisprudencia federal a menos que provenga de un caso que lo condene.⁷³ Dicha institución consideró que el precedente no le vincula en razón a que la Ley de Amparo no lo contempla como sujeto obligado a respetarla. Argumento falto de la voluntad necesaria para mantener su función acorde al sistema imperante en pro de una simple actividad protectora de los derechos humanos, donde los referentes son totalmente vinculantes cuando en

72 Versión estenográfica de la sesión plenaria de 3 de septiembre de 2013, *cit.*

73 "JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, mayo de 2002, t. XV, tesis: 2a/J.38/2002, p. 175.

el fondo rechazan una conducta o actividad que violenta la dignidad humana.⁷⁴

Excusas falaces que dentro del Estado pueden funcionar pero ¡no! ante instancias internacionales. De nada servirá aducir que la jurisprudencia nacional o internacional no vincula a México o a una institución por el sólo hecho de no ser parte en el asunto o no estar reconocido en la ley como sujeto obligado, si con sólo llevar la omisión o rebeldía a la Comisión Interamericana y, en su caso, a la Corte Interamericana: sabremos que la afirmación nacional es equivocada.

El colmo sería aceptar tendencias que afirmen: el consejo de no aventarse de un avión en vuelo, sin paracaídas, no me vincula, ya que nunca he subido a una aeronave y dicho razonamiento no está previsto en la Constitución o en el orden jurídico vinculante de mi país. Un día de estos me aviento...

B. Obligatorios

La vinculatoriedad de un tratado internacional y, desde luego, de su interpretación judicial interna o externa, principalmente proviene de la voluntad de los Estados Partes o interesados en respetar el contenido de los compromisos internacionales al tenor del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esto es así dado que los pactos en materia de derechos humanos configuran un mínimo cuya violación resulta susceptible de ser reclamada ante autoridades nacionales o ante la Comisión y la Corte Interamericanas, ya sea por un Estado Parte o individuo que se sienta afectado con el actuar u omisión del ente vinculado a su observancia y, como señalé en el punto anterior, las autoridades no están exentas de observar o conocer convenios o sentencias internacionales que no les vinculan, sobre todo cuando al interior del país se asumen posturas similares a las que motivaron una condena.

En efecto, debemos privilegiar la aplicación del derecho que mayor beneficio otorgue al ser humano, en cuyo caso, las autoridades deberán integrar soluciones asequibles al ámbito de protección inherente al derecho internacional o de fuente internacional.

74 "INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA...", *cit.*

De ahí lo infundado de la entonces determinación de la Corte mexicana en cuanto a que no eran vinculantes las sentencias que no condenan a México. Interpretación que pudo haber conducido a la responsabilidad internacional por desconocimiento de la jurisprudencia interamericana vigente, salvo que su inaplicación se deba a la pertinencia de un criterio más protector que el externo. Por eso no se explica, racionalmente hablando, el entonces desacato interpretativo del Máximo Tribunal mexicano en el expediente Varios 912/2010.⁷⁵

En ese rubro no resta más que afirmar lo evidente en México, es jurisprudencia obligatoria la manada de una sentencia que lo condena, por ejemplo, las dictadas en los casos de *Castañeda Gutman*; *Rosendo Radilla Pacheco*; *Rosendo Cantú*; *Cabrera García y Montiel Flores*; *Fernández Ortega y otros*; y, *González y otras*,⁷⁶ pero también las sentencias o jurisprudencias cuyo efecto vinculante no provenga del hecho causal existente entre las partes, sino del derecho, su interpretación o la presunta infracción o violación atribuida al Estado en su ámbito interno, donde sin duda tendrá que aplicar la jurisprudencia que al parecer no le vincula pero que deberá observar en su defensa o para resarcir el acto por el que se le demanda para evitar su condena a nivel internacional.

Fácil de entender el punto. A México no le vincula la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *La última tentación de Cristo*, porque en ella se condenó a Chile, salvo que intente censurar la libertad de expresión en forma arbitraria.

Estimar lo contrario, conduce a un sistema jurisprudencial interno incongruente al interamericano de protección a los derechos humanos, el cual requiere que los Estados parte acepten como vinculantes a las jurisprudencias proveniente de casos análogos, con independencia de que su origen se base en actos, abstenciones o preceptos que no formaron parte de la litis que ahora propicia su aplicación.

El hecho de que sea vinculante u obligatorio un tratado internacional y su interpretación, no quiere decir que deban ser aplicados en forma

⁷⁵ Cfr. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*

⁷⁶ Cfr. García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*, pp. 247-253; y Carmona, Jorge, "El caso Jorge Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2009, vol. IX.

literal y tajante conforme a su nivel jerárquico o grado de compromiso, sino la obligación de aplicarlos preferentemente y de manera armónica al sistema o caso que demanda su observancia.

De ahí que la jurisprudencia -nacional o internacional- no deba ser aplicada cuando su contenido sea superado en favor de la dignidad humana, tal y como lo hizo el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito Judicial, con relación al criterio emanado de la Segunda Sala de la Suprema Corte mexicana por considerar que dicha interpretación viola el Convenio relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación.⁷⁷

VIII. PROCEDENCIA EX OFFICIO DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Considero que el reconocimiento de derechos y su tutela no dependen de la excelencia argumentativa de quien lo demanda, sino de la experiencia del procurador o impartidor de justicia. Mi tesis es contraria a la idea del estricto derecho, postulado que impide suplir los reclamos en favor de quien sufre un perjuicio.⁷⁸

El principio *iura novit curia* impone la obligación correspondiente a cada parte. Al accionante, dar los hechos y al juez, reconocer, proteger y aplicar el derecho.⁷⁹ En México, las violaciones a ese postulado son abundantes y en parte se debe a la jurisprudencia de la Corte de Justicia que avala la inoperancia de los argumentos que no son redactados de manera brillante. Así, los jueces federales y los que siguen esa tenencia trasladan un sentimiento de culpa al litigante y lo acusan de no plantear sus motivos de inconformidad en forma excelsa: lo ridiculizan.⁸⁰

77 "POLICÍAS. PARA EL PAGO DE SU INDEMNIZACIÓN PROCEDE DESAPLICAR LAS REGLAS QUE, EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, HA ESTABLECIDO LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.", *Cit.*

78 "SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. NO OPERA EN LOS CASOS EN QUE ES IMPROCEDENTE UN RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, AUN TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero de 2007, t. XXV, tesis: 1a. XVII/2007, p. 486.

79 Sentís M., Santiago, *El Juez y el Derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pp. 9-40.

80 "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 3770/76, p. 42; y "CONCEPTOS DE

El motivo principal de declarar “inoperantes”, “ineficaces”, “inatendibles” o “insuficientes” los argumentos de impugnación,⁸¹ consiste en resolver de manera más sencilla los procesos constitucionales. El Presidente de la Corte de Justicia, en su informe de labores 2010-2011, refiere que del 100% de los amparos que se promueven ante el Poder Judicial Federal, el 47.44% de los presentados ante Tribunales Colegiados, se niega; el 31.12% de los presentados ante Tribunales Unitarios, también se niega; y el 12.51% de los que se interponen ante Jueces de Distrito, para no perder costumbre: de igual forma se niega.⁸²

Pero, esos porcentajes no especifican el número de asuntos cuya negativa se basa en la existencia de argumentos “inoperantes”, esto

VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 82/80, p. 100.

81 *Cfr.* Carpizo, Enrique, *Diccionario práctico de justicia... cit.*, p. 32.

82 TRIBUNALES COLEGIADOS: Amparo directo. El movimiento de los juicios de amparo directo en el año fue de una existencia inicial de 41,346 asuntos; durante el periodo ingresaron 165,895 asuntos durante el mismo, reportando una existencia final de 46,272, al egresar 161,268 asuntos. La distribución por materias de los ingresos de los amparos directos es de 20,273 en materia penal (12.22%), 37,215 en administrativa (22.43%), 46,474 en civil (28.01%) y 61,933 en trabajo (37.33%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos directos promovidos en los Tribunales Colegiados fueron 54,326 ampara (33.68%), 76,521 no ampara (47.44%), 8,755 sobresee (5.42%), 7,695 desechados o no interpuestos (4.77%) y 13,971 incompetencias e impedimentos (8.66%). TRIBUNALES UNITARIOS: Amparo Indirecto. Al inicio del año estadístico se reportaron 609 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 4,142, de los cuales se resolvieron 4,090, quedando al final 661 amparos indirectos. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los Tribunales Unitarios se distribuyó en 3,407 en materia penal (82.25%), 36 en materia administrativa (0.9%) y 699 en materia civil (16.88%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los Tribunales Unitarios fueron 1,357 ampara (33.17%), 1,273 no ampara (31.12%), 864 sobresee (21.12%), 262 desechadas (6.4%), 28 no interpuestas (0.68%), 179 incompetencias (4.37%) y 127 con otros sentidos (3.10%). JUZGADO DE DISTRITO: Amparo Indirecto. Al inicio del año había 62,218 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 401,436, de los cuales se resolvieron 407,719 quedando 55,048 amparos indirectos al final del año estadístico dos mil diez. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los Juzgados de Distrito se distribuyen en 144,718 en materia penal (36.05%), 115,783 en materia administrativa (28.84%), 72,084 en materia civil (17.95%) y 68,851 en materia de trabajo (17.15%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los Juzgados de Distrito fueron 89,529 ampara (21.95%), 51,012 no ampara (12.51%), 171,100 sobresee (41.96%), 42,804 desechados (10.49%), 25,806 no interpuestos (6.32%), 17,810 incompetencias (4.36%) y 9,658 otro sentido (2.36%), *cfr.* “Informe anual de labores 2010”, Anexo documental, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

es, casos en que los promoventes no se expresaron en la forma que los tribunales de la federación requirieron para poder atender un reclamo,⁸³ sin embargo, la figura del estricto derecho, salvo contadas excepciones, es comúnmente utilizada en México.

En la jurisprudencia nacional sólo es pertinente que las autoridades actúen de manera oficiosa cuando se trata de personas o sectores vulnerables, por ejemplo, materia agraria, familiar, laboral a favor del trabajador o penal en beneficio del reo, la víctima o personas en pobreza extrema.⁸⁴

Al respecto, se han ideado una serie de razonamientos que a nada práctico conducen cuando se trata de reconocer y proteger derechos humanos, muestra de ello son las distinciones entre “corregir” y “suplir lo deficiente de la queja”. La Suprema Corte avala posturas que entienden por lo primero la enmienda de lo errado, es decir, la rectificación oficiosa del error en que haya incurrido alguna de las partes con motivo de la cita de un precepto legal o constitucional; y por “suplir lo deficiente de la queja” la obligación de analizar en su conjunto los conceptos de invalidez o razonamientos esgrimidos por el accionante para efectos de transformar las deficiencias en argumentos eficientes.⁸⁵

Opino que no hay razón suficiente para discriminar a quienes no forman parte de un sector vulnerable, pues en ambos casos se padece de lo mismo: una violación a la Constitución o a los derechos de fuente internacional vinculantes o tratados referenciales y, por ello, urge superar la postura del estricto derecho al ser contraria a los principios de informalidad y buena fe que deben regir la prosecución de cualquier

83 *Vid. supra*, “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”,...*cit.*

84 “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. PERMITE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL INculpADO CUYA DEFENSA SE HAYA REALIZADO EN FORMA DEFICIENTE O NULA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, noviembre de 2009, t. XXX, tesis: 1a. CXCIX/2009, p. 415; “AGRARIO. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA AGRARIA”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 5725/86, p. 48; “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA DE TRABAJO. OPERA EN FAVOR DEL TRABAJADOR CUANDO EL ACTO RECLAMADO AFECTE ALGÚN INTERÉS FUNDAMENTAL TUTELADO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, octubre de 2008, t. XXVIII, tesis: P./J. 105/2008, p. 63; y Tesis: “SUPLENCIA DE LA QUEJA. PROCEDE EN CUESTIONES DE DERECHO FAMILIAR”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo en revisión 2959/87, p. 322.

85 *Cfr.* Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional...*, *cit.* pp. 118-120.

instrumento de defensa constitucional, de reconocimiento de derechos o salvaguarda de los mismos.

Hay que tener presente que cuando las violaciones se reparan: la sociedad gana, pues la Constitución se respeta y los derechos humanos prevalecen, pero cuando su reconocimiento y protección depende de la calidad de los argumentos expuestos en la demanda, los jueces *a)* aligeran su carga laboral, *b)* traicionan su encomienda principal de impartir justicia, y *c)* dan la espalda a la actividad protectora de los derechos humanos en detrimento del principio de acceso a una justicia pronta y eficaz.

Será un trabajo complejo cambiar la visión limitada en materia de procuración e impartición de justicia. Se trata de romper o superar paradigmas demasiado arraigados, y si a eso sumamos la idea de restringir la procedencia de la actividad protectora de los derechos humanos a petición de parte afectada, estaríamos desconociendo la jurisprudencia interamericana que reconoce la oficiosidad de dicho control,⁸⁶ pero sin razones suficientes para afirmar que en el ámbito interno el control constitucional o la actividad protectora de los derechos humanos debe proceder a partir de reclamos excelsos. Algunos ministros de la Corte de Justicia en México han tratado de evitar esa tendencia y aún no logran mayoría.

Mi tesis tiene como base la previa instauración de un proceso o procedimiento que permita un control constitucional judicial, legislativo, administrativo o actividad protectora de los derechos humanos, sin necesidad de que alguna de las partes lo solicite, bastará que la autoridad o entidad que conozca del asunto advierta una posible violación para actuar en favor de alguna de las partes.

IX. CONCLUSIONES

Existe un avance en el ánimo integrador de soluciones, por un lado, el control constitucional, ya no es el único método para resolver un conflicto. El control convencional y la actividad protectora de los

86 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, número 154. Cfr. García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, vol. IV, pp. 619-655.

derechos humanos, hace que la metodología empleada para reconocer y proteger derechos humanos obedezca a otro tipo de circunstancia y referentes: más complejos, pero susceptibles de ser atendidos y resueltos por métodos ágiles y sencillos, lo cual resulta una obligación internacional al tenor del artículo 8o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en relación con la cláusula XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los preceptos 8o y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por esas y otras cosas, la condena a México, por parte de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*, hizo superar el criterio judicial que por mucho tiempo impidió la procedencia del control constitucional difuso. A partir de esa sentencia, la función judicial a nivel local recobró formalmente su importancia en aras de preservar el pacto federal y los derechos humanos de fuente internacional,⁸⁷ precedente que coincide con mi tesis sobre la interpretación progresiva del derecho humano, misma que no es competencia exclusiva de jueces, magistrados o ministros federales, sino obligación común de toda autoridad del Estado, incluidas las personas⁸⁸ que de manera individual o a través de la prensa y la academia, pueden ofrecer diversas interpretaciones en favor de la dignidad humana.⁸⁹

Así, la desempolvada función de control constitucional difuso requiere echar mano de conocimientos constitucionales y de derechos humanos, pues, reitero, detrás de todo civilista, penalista o administrativista, debe existir un constitucionalista, y no precisamente diferente al abogado especializado en esas materias, sino uno mismo pero consciente de que es partir del conocimiento del derecho constitucional -aplicado a diversas ramas- con que puede lograr avances positivos en la materia de su especialidad.

87 Actualmente, ya no sólo es aplicable lo que desde un momento sabíamos que debimos aplicar, esto es, el control difuso, sino también un control de constitucionalidad o actividad protectora de los derechos humanos consciente de los derechos de fuente internacional, *Vid. Supra*, apartado V y VII.

88 La tendencia en materia de amparo será hacia su pertinencia contra actos u omisiones de particulares que violen derechos humanos. Esta idea se encuentra desde la década de los 50s en el amparo argentino.

89 Un ejemplo de esta tendencia fue la apertura que tuvo la Corte de Justicia para escuchar los diferentes pareceres de la sociedad en cuanto al análisis de constitucionalidad de un precepto que despenaliza el aborto hasta antes de las doce semanas de gestación.

Bajo ese tenor, los asuntos de Chihuahua y Nuevo León, fueron sumamente delicados y reveladores, pues en ambos casos se trató de personas vinculadas con la comisión de un delito, no obstante, sirven para recordar que hasta en materia penal los derechos humanos de fuente nacional o internacional: prevalecen.⁹⁰

De ahí que los considere un ejemplo temprano de control constitucional difuso o de simple actividad protectora de los derechos humanos, lo cual destaco en razón a que actuaron en forma previa a la opinión dada por el Pleno de la Corte de Justicia en relación con la ejecución de la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*.⁹¹

De esa forma, la obligación judicial estatal o federal de aplicar preferentemente a la Constitución frente a leyes que contravengan su sentido y comprensión, es un primer paso en el análisis de la norma enjuiciada, pues el segundo será estudiar si el acto, la ley o la omisión cuestionada, vulnera o no una cláusula internacional o jurisprudencia vinculante o referencial ¡la necesidad sale sobrando!

La tendencia por preservar el contenido de la Norma Suprema y de los derechos provenientes de tratados internacionales, conduce a un sistema donde las autoridades se convierten en espectadoras de la caída del monopolio estadual en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Insisto, la reforma constitucional de junio de 2011, implica la emisión de resoluciones, actos u omisiones acordes a la dignidad humana. El juez local -y en general las autoridades del Estado- tiene la obligación de dictar sentencias o actuar con apego al contenido de la Carta Magna y de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, sin descartar lineamientos internos o externos de interpretación.⁹² A los particulares también corresponde actuar en favor de la dignidad humana.

90 Los derechos humanos de fuente nacional están previstos en el orden jurídico interno y los derechos humanos de fuente internacional provienen de lo dispuesto en tratados internacionales vinculantes. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Protección jurídico constitucional...*cit.*", pp. 1727 y ss.

91 Expediente Varios 912/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Cfr.* García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad"...*cit.*, pp. 123-159.

92 Evidentemente la obligación de preservar el contenido de la Norma Suprema y de los derechos provenientes de tratados internacionales, conlleva a un sistema donde las autoridades del Estado observan el desvanecimiento de competencias exclusivas

La evolución de Estado Legal a Estado Constitucional de Derecho, así como nuestra visión sobre temas que permiten su renovación y compatibilidad con el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, hace factible la idea de preservar a la dignidad sin considerarla competencia exclusiva de la autoridad, sino obligación común de todas las personas: esa es la línea en un Estado Constitucional de Derecho congruente a su fin para *a)* proteger los derechos y su ejercicio a partir de una soberanía limitada, *b)* reconocer la existencia de una supremacía constitucional relativa, *c)* otorgar jerarquía constitucional a tratados internacionales, *d)* reconocer la existencia de derechos humanos absolutos cuyo ejercicio es limitado *e)* tutelar derechos humanos con independencia de las autoridades o personas que ejerzan esa actividad y los instrumentos de que parten, *f)* tener un control judicial preventivo en materia de reformas constitucionales y de tratados internacionales; *g)* interpretar progresivamente los derechos humanos, y *h)* aceptar la existencia del control constitucional interno o externo.

Es indispensable ver en la actividad protectora de los derechos humanos una variante positiva para la adecuada solución de conflictos o aparentes conflictos, sin necesidad de un “control convencional interno” pues cuando el derecho de naturaleza externa es ratificado por el Senado, pasa a ser parte del orden jurídico nacional y, por tanto, no hay razón para hablar de “control convencional interno”, menos de “control convencional difuso”, sino de control constitucional -interno o externo- tratándose de autoridades facultadas para ello o de simple actividad protectora de los derechos humanos cuando no sean autoridades jurisdiccionales o se trate de personas que coadyuven en la preservación de la dignidad humana.

En efecto, cuando el Máximo Tribunal afirmó en el Expediente Varios 912/2010,⁹³ que el control de constitucionalidad de tipo difuso quedaba en manos de los jueces estatales mientras que el control de convencionalidad, atribución adicional, constituye una facultad restringida a juzgadores: excluyó a particulares y a las restantes autoridades del Estado de usar un método propio para actuar en beneficio del ser humano, pues dejó abierta la posibilidad

en materia de protección a los derechos humanos. *Cfr.* Carpizo, Enrique, *Diccionario práctico de justicia constitucional*, *op. cit.*

93 García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *op. cit.*.

de interpretar pero asume la exclusividad de una metodología que no admite monopolios.

Por esa razón, la Corte de Justicia debió plantear una simple actividad protectora de los derechos humanos, susceptible de ser realizada inclusive por ciudadanos, para apoyar de mejor forma al sistema de protección a los derechos y libertades humanos, el cual además de ser subsidiario, se encuentra limitado a casos urgentes o trascendentes. Recordemos que fue inevitable aceptar el control constitucional difuso y no perdamos de vista a la simple actividad protectora de los derechos humanos que puede realizar cualquier autoridad o persona en el Estado.⁹⁴

En relación al sistema interamericano, considero que aún no consolida su carácter subsidiario en el interior de los Estados Partes, por ello resulta necesaria la implementación de medidas -incluso económicas- que permitan a la justicia trasnacional sesionar en forma permanente para conocer de más asuntos y continuar regulando la conducta de Estados que violan derechos humanos bajo el supuesto de que la Comisión y la Corte interamericanas: no están interesadas en conocer de todas las violaciones a derechos, sino sólo de aquellas que puedan brindarle importancia y difusión a sus determinaciones y votos. No estoy diciendo que se preparen para atender más de mil asuntos a la semana, pero sí advertir la posibilidad de que haya más violaciones en virtud de que es muy remoto que sean denunciadas o sancionadas ante la Comisión o por la Corte Interamericana.

Afirmación lógica si tenemos en consideración que los tratados internacionales no se celebran para tenerlos de adorno o para que los Estados Partes -y sus habitantes- sientan solidaridad en materia de protección a la dignidad humana, por el contrario, los convenios internacionales se suscriben con el fin de ser cumplidos mediante normas o políticas estatales que no los obstaculicen o violen; por ende, la demanda ante el sistema interamericano procede cuando las autoridades estatales han fracasado en la tutela, infringido el contenido de un tratado, no corrigen la violación por acción u omisión, tergiversan el derecho de fuente nacional o internacional o no prevén medios idóneos para resarcir la violación, indemnizar o simplemente acceder a la justicia.

94 *Vid. Supra*, apartado V.

Si bien avanzamos en reconocer a los jueces locales facultades para inaplicar normas que atenten contra el texto constitucional -control difuso-, lo cierto es que ahora debemos hacer hincapié en un sistema basado en la apertura de protección armónica de los derechos de fuente internacional y la jurisprudencia nacional o externa que los desarrolla.⁹⁵

Ya no hay pretextos para afianzar lo que de antemano sabemos que corresponde ejercer: la actividad protectora de los derechos humanos. El método de control no debe considerarse un límite para la defensa a la dignidad humana y su entorno, cuya operatividad, insisto, dejó de ser competencia de algunas autoridades del Estado, porque la protección a los derechos humanos es facultad genérica del gobierno y obligación común de las personas.

Como he dejado entre ver, mi propuesta consiste en adoptar una visión amplia para la tutela de prerrogativas humanas: no limitada a jueces o autoridades del Estado sino también susceptible de ser operada por cualquier persona.

Con esa tesis, logramos comprender que la tendencia tutelar actual absorbe al control constitucional difuso o concentrado y, por tanto, no resulta del todo pertinente hacer separaciones limitativas de su alcance protector. Empero, estoy consciente de que mi propuesta requiere preparación constante en materia de derechos humanos, cultura general, pero también el deber y compromiso de evitar actividades estatales o ciudadanas que lejos de proteger a la dignidad humana, propician un arbitrio arbitrario y legitimador de los intereses más oscuros del poder y de la ambición humana. Sobre ese tema reitero mi postura consistente en evitar interpretaciones fraudulentas o desbocadas de los derechos humanos.⁹⁶

Recordemos que si queremos una cultura eficiente de fomento, preservación y garantía de los derechos humanos, entonces debemos simplificar el camino hacia ello ¿cómo? evitando clasificaciones técnicas que a nada práctico conduzcan; opción que está en nuestra propuesta de actividad protectora de la dignidad humana, de control constitucional y de control convencional externo o quizá interno

95 Así lo demuestran los casos de Chihuahua y Monterrey. *Vid. supra*, apartado II, número 4, letras A y B.

96 *Cfr.* Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 133-142.

cuando una autoridad aplica un tratado no vinculante al Estado y desde ese momento se obliga a acatarlo, pues ante todo tenemos el compromiso y deber de privilegiar el sentido común de solidaridad y preservación de la humanidad a partir de nuevas o renovadas ideas.⁹⁷

Insisto, si antes la actividad estatal giraba en relación a la legalidad y después a la constitucionalidad, ahora sabemos que debe ser acorde a lo previsto en convenios no precisamente vinculantes, sino también referenciales, teniendo como principal objetivo: interpretar y aplicar las normas en forma acorde a la Carta Magna y a los derechos de fuente internacional o viceversa, siempre y cuando, como dije, el derecho interno otorgue una mayor protección a la persona o su medio ambiente. En nuestro país existen múltiples ejemplos de aplicación directa de la Constitución y de compromisos internacionales, sobre todo en materia social, familiar y penal.

97 *Vid. Supra*, apartado IV.

MAESTRO ANTONIO SÁNCHEZ GALINDO: SIGNIFICADO DE SU OBRA PENITENCIARIA

Hilda Marchiori

Profesora de Criminología y del Post-Grado de Victimología,
Universidad Nacional de Córdoba.

Considerar el significado de la obra del Maestro Antonio Sánchez Galindo representa un verdadero reto intelectual y especialmente emocional. Los motivos son múltiples y comprensibles, para los latinoamericanos que trabajan en el ámbito jurídico, penitenciario y criminológico, y estos motivos están basados en las dimensiones de su obra penitenciaria y de su carácter profundamente humanista.

La palabra significado -significa-, etimológicamente proviene de la letra griega sigma, señala el signo de la idea, de un pensamiento. En la obra de Antonio Sánchez Galindo este signo es coherente con un pensamiento y acción humanista, reflejo permanente de su compromiso existencial y social.

La obra del Dr. Sánchez Galindo se funda en una amplia experiencia y conocimiento de la realidad penitenciaria. Lo que aquí se intenta expresar sobre el significado de su obra, es un resumen de algunos de los aspectos de su brillante personalidad y de una obra trascendente para el penitenciarismo latinoamericano.

I. SU CONSIDERACIÓN SINGULAR DEL ESPACIO PENITENCIARIO

El enfoque existencial del Maestro Antonio Sánchez Galindo hacia el espacio penitenciario es tomado primordialmente como un *espacio de reencuentro del hombre en el conocimiento de sí mismo*.

El reencuentro - a través de ese espacio sumamente difícil y complejo, que se torna estigmatizante si se desvía de sus objetivos asistenciales, se logra a través de una tarea de respeto, de ayuda y una tarea preventiva que implica el encuentro y reencuentro familiar, social y cultural, el cual el individuo ha dañado y ha provocado sufrimiento.

Es, indudablemente – a través del reproche social que significa la penaposibilitar una reflexión existencial

El Maestro Antonio Sánchez Galindo, profundamente preocupado por la historia del hombre plantea, desde una nueva perspectiva axiológica, los interrogantes tanto de una conciencia individual como social en el tratamiento del delincuente y de su realidad existencial.

Sánchez Galindo manifiesta que la prevención consiste en evitar aquello que desde el punto de vista social sea malo, desagradable o destructivo, y en especial proteger los Derechos individuales, especialmente donde son más vulnerables. Estas ideas las traslada a la aplicación de la prevención desde el espacio penitenciario.

El Maestro Sánchez Galindo plantea la creación de espacios penitenciarios distintos, de respeto hacia el hombre que se encuentra en prisión; espacios de fortalecimiento a su recuperación-readaptación social, y como él acertadamente especifica, el Derecho a la Readaptación Social.

Es evidente que el espacio penitenciario no es considerado como un lugar donde está alojado, encerrado, privado de libertad el hombre procesado-sentenciado sino que el espacio abierto, amplio, con luz y cielos, tomado en su real significado como la posibilidad de la concreción de una transformación social ética y moral, del hombre en sus relaciones con los otros y en la posibilidad de nuevos ideales existenciales, ideales y proyectos de vida que contemplen el respeto a sí mismo como individuo y el respeto a los otros, a su sociedad y cultura.

II. LA DOCENCIA DEL ESPACIO PENITENCIARIO

El Maestro Sánchez Galindo posee una amplísima labor en las instituciones: director de la Escuela Orientación para varones de la Secretaría de Gobernación, director del Centro Penitenciario del Estado de México, coordinador del Programa del Distrito Federal para el traslado de los internos procesados de la Cárcel Preventiva de la Ciudad de México (Lecumberri) a los nuevos reclusorios preventivos; Director del Reclusorio Preventivo Norte del Distrito Federal, Director de la Residencia Juvenil para niños con problemas de drogas-inhalantes en el Estado de Guerrero; Director General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Estado de Jalisco; Presidente del Patronato para Reos Liberados de la Secretaría de Gobernación; Director Técnico

del Consejo de Menores del Distrito Federal. Experto de Naciones Unidas.

Uno de sus grandes méritos es haber logrado el establecimiento de un sistema penitenciario integral, como los de Toluca, Estado de México, Guadalajara, Jalisco y ciudad de México, y a partir principalmente de Toluca –labor desarrollada junto al ilustre Maestro Dr. Sergio García Ramírez y con la orientación y apoyo del gran Maestro Doctor Alfonso Quiroz Cuarón- obtener modelos que han servido para lograr las reformas en la prisiones de los Estados Mexicanos.

En todas las instituciones mencionadas el Dr. Antonio Sánchez Galindo estructuró su labor como un auténtico espacio pedagógico, un espacio de docencia. Es necesario, expresa, establecer un sistema preventivista social integral que comprenda los tres capítulos fundamentales: prevención primaria, secundaria y terciaria, esto es, para realizar la política preventiva que constituye “parte de la política criminológica general, donde no se deberán olvidar los principios técnicos, científicos y humanitarios que han caracterizado al espíritu latinoamericano a través de su historia”.

Las prisiones, señala, deben ser técnicas y humanas con una estructura acorde a las necesidades reales y que no sea consecuencia de una realidad que se nos impone. Y manifiesta que es necesario trabajar sobre líneas humanitarias y no represivas trazando la política criminológica que permita luchar contra la desesperación, el miedo, la ineficacia y la corrupción.

La docencia del espacio pedagógico de la prisión está vinculada a la *individualización en el tratamiento, es decir la singularidad del hombre*, su particular historia, y también la particular conducta delictiva. Para individualizar el tratamiento se requiere de la atención del individuo por medio de la interdisciplina, la necesidad de médicos, psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, abogados, pedagogos, administradores, personal de seguridad laborterapista, maestros de arte, de pintura, escultura, para cumplir con este Derecho a la Readaptación Social y a la resocialización e integración social.

Todo el espacio y las relaciones en las instituciones penitenciarias requieren contemplarse como una relación pedagógica, de enseñanza y de nuevas experiencias constructivas, no sólo para evitar la reincidencia delictiva sino en el aprendizaje, de parte del interno, de

un nuevo modo de comunicación en las relaciones interpersonales, en sus relaciones con la cultura a la cual pertenece.

El enfoque del espacio penitenciario tomado como un *espacio educativo-transformador*, considerado por Sánchez Galindo desde el ingreso del individuo a la prisión, sea en su calidad de procesado y posteriormente como sentenciado hasta la salida y las distintas etapas de la pre-libertad, la preparación de la salida del hombre a su libertad.

El tratamiento comprendido entre el ingreso y la salida es minuciosamente considerado en las ideas constructivas-penitenciarias de Sánchez Galindo. En primer lugar el respeto al individuo, el respeto absoluto a su situación vivencial y existencial crítica por la que atraviesa. Respeto que representa el trato correcto, así como la información sobre sus Derechos pero también de sus Obligaciones. El personal penitenciario preparado adecuadamente es el encargado de asistir, ayudar y realizar el tratamiento individualizado.

Las *excursiones culturales* son un ejemplo de esta filosofía que consiste en una preparación para la salida en libertad y evitar la situación conflictiva, el enfrentamiento con la realidad exterior y el paso del tiempo, la incompreensión familiar, las dificultades para manejarse nuevamente en su ciudad. De este modo, la excursión es una verdadera preparación: un grupo de internos próximos a obtener su libertad recorre de durante todo un día paseos, museos, fábricas, teatro. La excursión, que- surgió de un proyecto de la penitenciarista TS Julia Sabido- es planificada por el área de Trabajo Social, lleva implícita una preparación educativa y especialmente de acompañamiento del interno en su primer contacto y relación con el mundo externo penitenciario. Las excursiones que se realizan cada veinte días significan la planificación educativa-social de aspectos institucionales, sociales y culturales.

De la misma manera que las excusiones culturales, que constituyeron en su momento el principio de un abordaje distinto en las salidas de pre-libertad, podemos mencionar y recordar múltiples actividades de la labor de Sánchez Galindo en la implementación de nuevas actividades en la formación e información de los internos. Entre ellas se pueden señalar: las actividades culturales, los espectáculos artísticos de consagrados grupos culturales de teatro, música durante los días domingos; se presentaban sus espectáculos en dos funciones,

la primera para los internos procesados, y las segunda para los internos sentenciados que podían concurrir, siempre voluntariamente, en algunos casos acompañados de miembros de la familia que se reencontraban en la visita familiar.

Las actividades artísticas, clases de pintura y escultura, dictadas por ejemplo en el Centro Penitenciario del Estado de México por el profesor Díaz Cañedo, quien enseñó y dirigió a los internos en la realización de pinturas murales y esculturas como la de Benito Juárez y Sor Juana Inés de la Cruz. También las lecturas conmemorativas a fechas patrias y fiestas tradicionales-culturales, lecturas que eran clásicas en el quehacer del funcionamiento de las instituciones penitenciarias que ha dirigido Sánchez Galindo; de igual modo la enseñanza y acercamiento a la música, como una forma de transmisión y comunicación sin violencia, a través de un lenguaje universal.

La docencia en el espacio penitenciario constituye la norma fundamental del pensamiento del penitenciarista y criminólogo mexicano. Docencia que abarca todas las áreas del sistema penitenciario: seguridad, trabajo, tratamiento interdisciplinario, trabajo social, área escolar, área médica, psicológica, actividades recreativas y deportivas.

La educación representa para Sánchez Galindo la posibilidad de llegar a la conciencia y compromiso del hombre.

III. EL HOMBRE EN PRISIÓN Y LA FAMILIA

Para el Maestro Sánchez Galindo las relaciones familiares son los vínculos que más auxilian al hombre que se reencuentra en prisión y que permite la comunicación con el exterior, es la familia la que servirá de base para la readaptación extra-institucional y para establecer contactos que puedan aliviar, desde su reclusión, múltiples problemas que servirán de fundamento para el reingreso a la sociedad. El Maestro sigue las Reglas Mínimas y los principales Documentos de para el tratamiento de los reclusos establecidas por las Naciones Unidas, que manifiestan entre otras disposiciones que se velará particularmente por el mantenimiento de las relaciones entre el interno y su familia, cuando éstas sean convenientes para ambas partes, porque se tendrá en cuenta desde el principio el porvenir del individuo después de su egreso institucional, debiéndosele alentar par que mantenga o

establezca relaciones con personas u organismos que puedan favorecer los intereses de su familia, así como su propia real adaptación social.

El Dr. Sánchez Galindo advierte el cuidado en los casos de problemas familiares, que se deben comunicar de inmediato al interno, pero considerando cuidadosamente hasta donde sea posible el problema, como por ejemplo en los casos de fallecimiento de familiares, enfermedades de los hijos, abandono de la esposa. Es conveniente, expresa, la intervención de la oficina de Trabajo Social con la ayuda de otros sectores técnicos.

El apoyo al grupo familiar y al fortalecimiento de las relaciones interno-familia conduce en las ideas y acciones del Dr. Sánchez Galindo a programas de orientación y asistencia familiar, que afiancen la integración interno-familia.

La comida con el grupo familiar en los días de visita es otro aspecto esencial en las relaciones vinculares. Si bien es cierto que el paso de alimentos se presta y posibilita problemas de seguridad en la institución penitenciaria por la posible introducción de objetos peligrosos, tales como armas y drogas, también es importante que el interno ingiera alimentos preparados por su familia ya que, al decir de Sánchez Galindo, lo hace sentirse más unido a ésta, valorando los esfuerzos que ella realiza y disfrutando de esa comunicación que representa la comida familiar.

Es importante, dice el Dr. Sánchez Galindo, instaurar programas constantes de fortalecimiento de las relaciones familiares, especialmente con los internos que tienen visitas esporádicas por la lejanía domiciliaria del grupo familiar. Trabajo Social interviene con su actividad constructiva asistiendo y protegiendo al grupo familiar.

La filosofía penitenciaria de Sánchez Galindo está comprometida con la permanente relación interno familia como una pauta primordial en la readaptación social.

IV. LA CAPACITACIÓN PENITENCIARIA

La importancia de un personal penitenciario preparado y capacitado en la difícil labor de readaptación es indudablemente una de las mayores preocupaciones en la obra del Maestro Sánchez Galindo. Esto se observa en sus numerosos y valiosos artículos y libros

donde el objetivo especial es precisamente la capacitación del personal, su orientación humanista, técnica y ética.

Su primer libro *Manual de conocimientos básicos de personal penitenciario*, editado pro el gobierno del Estado de México-, obra clásica en la literatura penitenciaria latinoamericana, describe las bases que requiere la formación del personal que atenderá la conflictiva del trabajo en las prisiones.

Sánchez Galindo brinda al personal penitenciario la información, o como él la denomina, las nociones básicas de la Sociología Criminal, Psicología, biotipología, nociones de Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Medicina Forense y Criminalística. Explica el problema del delito en cada región y los estudios sobre criminalidad femenina, las conductas parasociales, las formas de actuar del delincuente, los graves problemas de impunidad. La información primordial sobre individualización del tratamiento, la necesidad de personal idóneo, la importancia de instalaciones adecuadas, el principio de legalidad, los métodos de tratamiento penitenciario. Menciones especiales referidas a las víctimas del delito y a la ética del personal penitenciario.

Los lineamientos de esta clásica publicación fueron retomados en otros importantes libros titulados *El Derecho a la readaptación social y penitenciarismo. La prisión y su manejo; Prevención social y realidad*, donde vuelve a destacar la importancia de la capacitación de personal penitenciario. Explica que el libro *Penitenciarismo* está dedicado a "*todos los penitenciaristas que aún tienen fe en el hombre delincuente y que luchan por educarlo, aun después del delito, dentro del ámbito de los Derechos Humanos*".

Sánchez Galindo define al penitenciarismo como el conjunto de elementos que articula sustancialmente a los diferentes momentos en los que se ejecuta una pena o medida de seguridad, impuesta por autoridad judicial.

La profesión de penitenciarista es profundamente humanitaria, afirma que el penitenciarismo es el arte de ejecutar una pena humanitariamente. El personal penitenciario deberá tener, entonces, un perfil específico y una capacitación concreta; de una buena selección y una capacitación adecuada del personal penitenciario dependerá, en gran parte, el éxito o el fracaso de los programas de readaptación

social desarrollados durante la ejecución penal. Cuatro son los grandes capítulos que deben cubrir el personal penitenciario; el ejecutivo, el administrativo, el técnico y el de custodia.

Son numerosos sus trabajos escritos, entre ellos, *El Trabajo Social en los sistemas Penitenciarios Modernos*. Gobierno del Estado de México. (1972). *Estudio Sobre la Reincidencia en el Estado de México*. Gobierno del Estado de México. (1975). *El Perfil del Delincuente en el Estado de México*. Gobierno del Estado de México. 1975. *Manual de Conocimientos Básicos para personal de Instituciones Preventivas*. Editorial Gobierno del Distrito Federal. (1976). *Migración y Delito* (en colaboración) Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. (1977). *Instructivo para el Personal de la Residencia Juvenil del Estado de Guerrero*. Gobierno del Estado de Guerrero. (1977). *El Derecho a la Readaptación Social*. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. (1980). *Criminología y Derecho de Ejecución Penal*. Editorial Lerner, Córdoba, Argentina. (1982). *Historia del Penitenciarismo en Jalisco*. Gobierno del Estado de Jalisco (1982). *Manual Para Vigilancia y Custodia* (Comisión Nacional de Derechos Humanos) (1994). *Manual para Jefes de Taller de Reclusorios*. (Comisión Nacional de Derechos Humanos) (1994). *Penitenciarismo: La Prisión y su Manejo*: Instituto Nacional de Ciencias Penales. (1994). *Prevención Social y Realidad*. Editorial Lerner, Córdoba, Argentina. (1996). *Situación Jurídica de las Víctimas en la Justicia de Menores Delincuentes*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. (1997). *Las Víctimas en la Justicia de Menores Infractores en México y Latinoamérica*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Instituto Nacional de Ciencias Penales. (1998). *El Dr. Alfonso Quiroz Cuarón. Breve biografía*. Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Secretaría de Gobernación. (1998). *Victoria Kent: Una Española Universal*. Editorial Lerner. Córdoba, Argentina. *Cuestiones Penitenciarias*. Editorial Delma, (1999). *Los Menores Infractores y la Transición en México*. Editorial Delma. (2001). *Los Enfermos Mentales Delincuentes en México*. Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina. (2003). *Paz dentro de la Prisión*. Comisión de los Derechos humanos del Distrito Federal. 2003. *El Derecho Penitenciario Mexicano en Doscientos Años de Independencia* (capítulo de la Colección titulada el Derecho en México: dos siglos (1810-2010).

El Maestro Antonio Sánchez Galindo ha contribuido a la elaboración de importantes Leyes y Reglamentos, en la que se mencionan: Proyecto de Reglamento para la Escuela Orientación

Varones de la Secretaría de Gobernación: (1966). Reglamento de la Residencia Juvenil de Acapulco, para niños Farmacodependientes y en Estado de Peligro de Guerrero. Instructivos para personal de la Residencia Juvenil. Ley para el Control de Venta de Inhalables del Estado de Guerrero. Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas del Estado de Jalisco. (1978). Reglamento Para la Institución Preventiva de Jalisco. (1978). Reglamento para el Centro de Readaptación Social de Jalisco. (1978). Ley del Patronato para Reos Liberados del Estado de Jalisco. 1978. Ley de Auxilio a la Víctima del Delito de Jalisco. (1980). Proyecto de Ley para Justicia de Menores Infractores de Jalisco. (1983). Proyecto de Ley para el Patronato para liberados de Tabasco. 1986. Proyecto de Ley Tipo para la Ejecución de Sentencias a nivel Nacional. (1994). (Comisión Nacional de Derechos Humanos) Ley de Ejecución de Sanciones para Bolivia. (1990). Ley de Patronatos para Liberados de Bolivia. (1990). Ley para el Tratamiento de Menores Infractores en Materia Común para el Distrito Federal y en Materia Federal para toda la República. La participación fue como integrante de la Comisión redactora que presidió el Dr Gonzalo Armienta Calderón. (1991).

La obra escrita es complementada permanentemente por la acción pedagógica y los cursos-seminarios que organiza en todas las instituciones sociales donde le ha tocado trabajar. Cursos dirigidos a las distintas áreas de la labor penitenciaria, para la comprensión del sistema progresivo técnico que integra tres fases: estudio y diagnóstico, tratamiento, y en tercer término, la fase de reintegración a la familia, siempre bajo una evaluación del consejo técnico interdisciplinario.

La capacitación del personal penitenciario, el conocimiento de la tarea por las personas encargadas de la recuperación social, constituye una línea esencial en la teoría penitenciaria de Sánchez Galindo. Sus ideas implican una transformación del individuo en función de la Readaptación Social y hacia una comprensión de una compleja situación penitenciaria, que se revela en la grave problemática de la criminalidad actual.

En sus libros, valiosos manuales penitenciarios, aborda la historia del penitenciarismo, las ideas y realizaciones de los más notables penitenciaristas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en las que Dr. Sánchez Galindo es considerado como uno de los principales impulsores latinoamericanos. También se destaca su análisis de la violencia en las prisiones, donde describe

comportamientos frecuentes en las cárceles tradicionales, como las fugas, la resistencia organizada, huelgas de hambre, motines, y una tipología de la violencia: violencia de pequeños grupos, violencia contra detenidos, entre detenidos.

En los libros y artículos dirigidos al personal penitenciario, un capítulo esencial está referido a los Derechos Humanos. La crisis de aplicación del Derecho Penal y de un Derecho Penitenciario lo conduce a formular, como una de las más importantes alternativas en la humanización de las prisiones, la aplicación de las normas y documentos básicos de Derechos Humanos.

V. FILOSOFÍA HUMANISTA

El Dr. Sánchez Galindo es un humanista, es decir, un hombre preocupado en la comprensión de los individuos que se encuentran en prisión. Su profunda vocación, idealismo, generosidad en el quehacer diario, lo convierten en un Maestro.

Poseedor de una cultura amplísima –como todo humanista- se nutre no solamente de los clásicos de la Filosofía, del Derecho, de la Literatura, Criminología, Sociología, sino que acude permanentemente a las raíces de la filosofía prehispánica. Es un profundo conocedor de la historia mexicana.

Su espíritu generoso es ampliamente reconocido, así como su vocación pedagógica de dar, brindar, asistir, acompañar, pero también escuchar y comprender a las personas más vulnerables.

VI. UN MAESTRO SURGE DE MAESTROS

El Dr. Antonio Sánchez Galindo recibió la importantísima influencia de los Maestros Doctor Alfonso Quiroz Cuarón, del Doctor Sergio García Ramírez, del Dr. Javier Piña y Palacios, todas personalidades descollantes en lo intelectual y en sus calidades personales.

Por ello reconoce –como buen discípulo- la orientación en su formación como jurista, penitenciarista y criminólogo, de estas relevantes personalidades mexicanas y latinoamericanas. Pero también cabe nombrar a sus condiscípulos y amigos, como el Dr. Luis Rodríguez Manzanera, la trabajadora Social Julia Sabido, arquitecto Ignacio Machorro, Dra. Victoria Adato, Dra. María de la Luz Lima, Dra. Emma Mendoza Bremauntz, Dra. Ruth Villanueva Castilleja,

Lic. Susana Montes de Oca, Dr. Ruiz Harrell, Dra. Carina Velez, y numerosos criminólogos y penitenciaristas comprometidos en una difícil tarea social.

Finalmente, las personas que hemos tenido el privilegio de trabajar con el Maestro Antonio Sánchez Galindo a lo largo de muchos años, podemos hablar de su sabiduría, su humanismo, su fe en el hombre. Al decir del poeta prehispánico, quien describe la imagen del *hombre sabio*: como una luz, significa la representación y el saber de las cosas de difícil comprensión, *él es quien enseña, sigue la verdad, él hace sabios los rostros ajenos.*



MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS: CRITERIOS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Julieta Morales Sánchez

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas (México);
Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha (España); Maestra y Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Profesora de la citada Facultad e Investigadora el Programa Universitario de Derechos Humanos.

Al Dr. Sergio García Ramírez, mi padre académico.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El respeto irrestricto de los derechos humanos constituye uno de los elementos fundamentales de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho. Sin embargo, y a pesar de todos los esfuerzos nacionales e internacionales, no se han logrado prevenir, sancionar ni erradicar las violaciones a los mismos. Esta situación conduce a cuestionarnos sobre las deficiencias de los mecanismos de protección de los derechos y, a su vez, evidencia los desajustes del sistema.

Cuando se empieza a hablar de “migración” el tema resulta conocido para todas las personas, en todas partes del mundo, es decir, no es una realidad ajena a nuestros particulares contextos ni a la naturaleza del ser humano. Empero, la palabra “migración” puede tener diferentes significados para cada uno de nosotros: en algunos casos recordará a un familiar que se fue o representará una oportunidad de vida digna, una posibilidad de superación o una manera de sobrevivir o de morir. Todo depende de nuestra experiencia personal, del lugar, tiempo y condiciones económicas o culturales en las que hayamos nacido y crecido. Para otras personas la palabra “migración” no significará nada y a ellas, especialmente, las invito a seguir leyendo este texto ya que, con base en la premonición de Bertolt Brecht (retomada de Martin

Niemöller), la decadencia de los derechos ajenos puede anunciar la decadencia de nuestros derechos: si hoy somos indiferentes a la grave situación que enfrentan cotidianamente los migrantes y si permitimos que sus derechos humanos sigan siendo vulnerados, mañana podremos ser nosotros quienes seamos violentados en nuestros derechos.

El lector habrá podido percatarse de la complejidad del tema de la “migración”. El panorama se complica aún más ya que día a día se acentúa la brecha entre los países desarrollados y subdesarrollados, lo que, aunado a otros factores,¹ trae como consecuencia la migración de la población de éstos últimos hacia los primeros. Además, las fronteras de los países desarrollados, en múltiples ocasiones, se han “abierto” al trabajo de migrantes debido al envejecimiento de su población o al crecimiento de su economía. Lamentablemente, en la mayoría de ocasiones, el tránsito fronterizo de personas se produce sin cumplir los requisitos establecidos por las legislaciones internas de los países receptores, apareciendo la figura de los migrantes indocumentados o en situación irregular.

En múltiples países se constatan, cotidianamente, violaciones a los derechos humanos² de migrantes. Los gobiernos que han sido incapaces de ofrecer una vida digna a sus nacionales dentro de su territorio también lo han sido para comprender el fenómeno migratorio y proporcionar soluciones reales que no lesionen los derechos humanos de migrantes. En México, el fenómeno adquiere matices diversos, y aún

1 La explicación de las causas de los procesos migratorios, desde un punto de vista económico, ha sido abordada desde tres perspectivas diferentes: la teoría neoclásica, la aproximación histórica-estructural y la teoría de sistemas migratorios. La primera establece la existencia de fuerzas de rechazo-atracción (*push-pull*) y concibe a las causas de la migración como una combinación de factores de rechazo que impelen a las personas a dejar sus lugares de origen con factores de atracción que las conducen a algunos países receptores; supone que los individuos “buscan” el país de residencia que maximice su bienestar. La aproximación histórica estructural examina el reclutamiento masivo de mano de obra por el capital, percibe a los intereses del capital como absolutamente determinantes. La teoría de sistemas migratorios sostiene que los movimientos migratorios se generan por la existencia de vínculos previos entre los países de envío y recepción basados en la colonización, la influencia política, el intercambio, la inversión o los vínculos culturales. Véase Castles, Stephen y Miller, Mark, *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Cámara de Diputados, México, 2004, pp. 34 y ss.

2 No se entrará en este estudio a analizar la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Para efectos de este trabajo se manejarán indistintamente.

más complejidad, por el hecho de que es un país de origen, tránsito y destino migratorio. Aunque esta problemática puede abordarse desde diferentes perspectivas, aquí se hará desde una visión humanista.³

En el presente estudio se reconocen dos realidades: 1) que los flujos migratorios plantean problemas estructurales,⁴ por lo que deben de abordarse con políticas igualmente estructurales;⁵ 2) aunque se admite que, en ocasiones, es poco lo que se puede hacer contra estos problemas estructurales, en este estudio se sostiene que lo que sí se puede y debe hacer es asegurar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los migrantes en el país receptor; no se puede olvidar que es una obligación de todo Estado proteger a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

Aquí resalta la importancia de las jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos y aunque actualmente se aprecia un proceso de apertura hacia dichas jurisdicciones, todavía existen algunos síntomas de renuencia que las consideran atentatorias a la soberanía de los Estados debido a que no se ha comprendido el carácter subsidiario y complementario que éstas tienen frente a la jurisdicción interna de los Estados.

El presente trabajo iniciará con una somera referencia a los conceptos de migración regular e irregular, para continuar con una reflexión sobre el carácter delictivo de la migración irregular y los desafíos que ésta plantea al derecho (en donde se hará una breve precisión sobre la universalidad de los derechos humanos, en particular de las personas migrantes, y un breve análisis sobre los impactos de la migración en las familias). Posteriormente se entrará al estudio de la

3 Para profundizar en el humanismo como fundamento filosófico de los derechos humanos en el siglo XX y XXI, remítase a Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, t. I, vol. 1, EDIAR, Buenos Aires, 2007, p. 46.

4 Para indagar en la exclusión que impone límites al ejercicio de los derechos, véase Abramovich, Víctor, "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales" en Abramovich, Víctor/ Bovino, Alberto/ Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Centro de Estudios Legales y Sociales/Canadian International Development Agency, Buenos Aires, 2007, p. 223.

5 Actualmente algunos países ubican el tema migratorio en la agenda de seguridad y no en la de desarrollo, ello implica un problema debido a que no permite vislumbrar el verdadero origen y las estrategias para erradicar las violaciones a los derechos humanos de migrantes.

jurisdicción regional de protección de derechos humanos en América, enfocando el estudio en dos de sus opiniones consultivas relacionadas directamente con los derechos humanos de migrantes (las Opiniones Consultivas OC-16/99 y OC-18/03) y en un caso contencioso resuelto por la CorteIDH sobre esta materia. Finalmente, se hablará sobre la agenda pendiente en México y la recepción de los criterios de la CorteIDH por el derecho interno.

II. MIGRACIÓN REGULAR E IRREGULAR

Para efectos de este apartado se recurrirán a las definiciones establecidas en la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CIPTMF) y las contenidas en la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH; aunque las mismas se refieren a los trabajadores migratorios, se proyectarán a todas las personas migrantes.

El artículo 5, inciso a), de la CIPTMF establece que los migrantes “serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar (y) a permanecer... en el Estado (receptor o de tránsito) de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

La CorteIDH estima que los migrantes regulares son aquellas “persona(s) que se encuentra(n) autorizada(s) a ingresar (y) a permanecer... en el Estado (receptor o de tránsito), de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.⁶

El artículo 5, inciso b), de la CIPTMF menciona que “serán considerados no documentados o en situación irregular (quienes) no han sido autorizados a ingresar (ni) permanecer... en el Estado (receptor o de tránsito) de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

Por su parte, la CorteIDH refiere que indocumentadas son aquellas: “persona(s) que no se encuentra(n) autorizada(s) para ingresar... (ni) permanecer ... en el Estado (receptor o de tránsito), de conformidad

6 Véase glosario de la Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte...”⁷

III. CARÁCTER DELICTIVO DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR: MITO O REALIDAD

En este apartado se pretende dar una respuesta (nunca única, ni absoluta) a las siguientes preguntas: ¿la migración irregular es un delito? ¿atenta contra la soberanía de los Estados?, ¿está justificada la violación de los derechos humanos de las personas migrantes?

La respuesta a esta última pregunta la ha dado Jorge Bustamante al afirmar que: “no hay soberanía que valga para justificar la violación sistemática de los derechos humanos”.⁸

Bustamante establece que existe una contradicción dialéctica entre dos ejercicios de soberanía por la cual se da un conflicto entre el derecho soberano de un Estado a controlar sus fronteras -y decidir su política de migración- y la obligación de respetar los derechos humanos contraída internacionalmente mediante la ratificación de tratados, obligación adquirida también en ejercicio de su soberanía.⁹

La nacionalidad¹⁰ se ha convertido en una institución de exclusión y discriminación y constituye un requisito indispensable para que las

7 *Ídem.*

8 Véase Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 166.

9 Existe una paradoja en esta contradicción: un Estado tiene el derecho soberano de limitar su propia soberanía. Véase Bustamante, Jorge, “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 123- 156.

10 Ibarra Palafox sostiene que es la institución de la ciudadanía la que se configura como una institución de exclusión, sin embargo, en este estudio, se entiende que para el caso de México y la mayoría de países latinoamericanos la nacionalidad comprende a la ciudadanía (es decir, todos los ciudadanos son nacionales, pero no todos los nacionales son ciudadanos; además de que la principal exigencia de los migrantes se refiere fundamentalmente a los derechos civiles, los cuales son otorgados a todos los nacionales aunque no sean ciudadanos); entendiendo que la postura adoptada por Ibarra Palafox es consecuencia de que la diferenciación entre ciudadanía y nacionalidad no existe en algunos países (como EUA o países europeos, en donde sólo se habla de ciudadanía). Por lo anterior, si el presente artículo es leído por una persona en cuya

personas puedan gozar y ejercer sus derechos. Los derechos derivan de la dignidad humana pero lamentablemente están siendo condicionados, en su goce y ejercicio, a una nacionalidad. Por lo que aquellas personas que están imposibilitadas para adquirir la nacionalidad del Estado en el que residen -legal o ilegalmente- no tienen la posibilidad de reclamar el goce y ejercicio de sus derechos.

Ha surgido así una contradicción entre “el universalismo de los derechos fundamentales y su realización en los límites estatales a través de la ciudadanía”.¹¹ Lo que necesitan las personas es “gozar de sus derechos como seres humanos, no como ciudadanos de un país”.¹² En consecuencia, “la nacionalidad no debe ser considerada como un criterio aceptable para la diferenciación”.¹³

Supeditar el goce y ejercicio de los derechos humanos a una nacionalidad o ciudadanía constituye una visión restringida de la dignidad humana. Pero ¿qué se entiende por dignidad humana? En este estudio se retomará el concepto establecido por algunos tribunales constitucionales.

En el expediente 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional del Perú menciona que “la dignidad... constituye un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.¹⁴ Esta

tradicción jurídica no exista la diferenciación antes mencionada, la expresión correcta sería “la ciudadanía se ha convertido en un institución de exclusión”. Cfr. Ibarra Palafox, Francisco, *Minorías étnoculturales y Estado nacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 164 y 188. Carbonell afirma que “con base en la ciudadanía se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento”. Cfr. Carbonell, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en *Este país. Tendencias y opiniones*, México, número 189, diciembre 2006, p. 5.

11 Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 315 y 316.

12 García Quiñones, Rolando y Montes Rodríguez, Norma, “La migración internacional en el nuevo escenario. El dilema de las fronteras”, en *Revista de la Universidad de la Habana*, 254/255, segundo semestre 2001-primer semestre 2002, La Habana, p. 197.

13 Peces-Barba, Gregorio, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2007, p. 198.

14 Tribunal Constitucional del Perú, expediente 010-2002-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad contra los decretos leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, 3 de enero de 2003, fundamento

posición fue adoptada primeramente por el Tribunal Constitucional español en la STC 57/94.

El Tribunal Constitucional Español en la STC 53/85 determinó que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador planteó la vinculación axiológica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la Constitución y en el caso de inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras estimó:

La Constitución) –en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos- dirigen sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad...¹⁵

En un sentido similar, el Tribunal Constitucional del Perú en el expediente N2730-2006/PA/CT establece el “...reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconoce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder”.

Así, todas las personas poseemos la misma dignidad por el sólo hecho de ser humanos, la cual no está condicionada a un trámite administrativo, ni a un estatus económico, ni a un documento, ni a una calidad migratoria. La dignidad es el fundamento de los derechos humanos y todo Estado tiene la obligación de garantizar, a cualquier

XV, 218, p. 86, en revista *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Corte Interamericana de Derechos Humanos/ Universidad Nacional Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, número 1, julio-diciembre de 2006, México, p. 104.

15 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, 1 de abril de 2004, en *ibídem*, pp.158-161.

persona que se encuentre en su territorio, el goce y ejercicio de sus derechos. Se le pide al lector recordar estas ideas cuando se analice, más adelante, lo concerniente a la universalidad de los derechos humanos.

En otra tesis, se estima pertinente abordar someramente los nuevos significados de la palabra "soberanía". Zagrebelsky sostiene que, con la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional, la soberanía se ha transformado debido a la actuación de fuerzas corrosivas internas y externas, como son: el pluralismo político y social, la formación de centros de poder alternativos y concurrentes al Estado, la institucionalización supraestatal y la atribución de derechos a las personas que pueden hacer exigibles y justiciables ante jurisdicciones internacionales demandando a los Estados por su actuación u omisión en perjuicio de dichos derechos.¹⁶

En este contexto, "la comunidad internacional de los Estados posee un fragmento amplio de soberanía en materia de los derechos humanos..." y "...debe de estar dispuesta a asumir la protección de esas libertades y esos derechos ahí donde fracasa el Estado constitucional nacional"¹⁷; por lo que "la comunidad de naciones se convierte en titular de decisiones parcialmente soberanas al servicio del ser humano"¹⁸. Kotzur afirma que "solamente una concepción instrumental de la soberanía al servicio del ser humano, puede justificar cualquier forma de ejercicio del poder",¹⁹ esto nos debe de llevar a reflexionar sobre la clase de soberanía que existe actualmente en cada uno de los países americanos.

Sin embargo, y a pesar de este mundo interconectado lleno de "relativas soberanías", Carrillo Salcedo observa que "la relevancia del Estado sigue siendo indiscutible en la protección de los derechos humanos, incluso en esta época de transición en la que las estructuras

16 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª.ed., trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2007, pp. 10-14.

17 Kotzur, Markus, "La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo de Estado constitucional moderno", en Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 106.

18 *Ibidem*, p. 107.

19 *Ibidem*, p. 111.

tradicionales se encuentran en crisis..."²⁰. Los Estados tienen un papel primordial en la protección de los derechos humanos (muestra de ello es el carácter complementario y subsidiario del sistema internacional de protección de derechos humanos), pero ya no se puede visualizar al Estado como ese ente omnipotente capaz de imponer su voluntad sin seguir ninguna directriz y sin tener ningún límite. Hoy los Estados tienen que cumplir sus compromisos internacionales y respetar las normas de *jus cogens* de derechos humanos. Pero el autor mencionado también afirma que "la primacía del Derecho internacional es clara en cuanto constituye un límite jurídico al poder del Estado".²¹

En otro tenor, se ha llegado sostener que la globalización no prioriza el goce y ejercicio de los derechos humanos y que es incongruente al permitir el libre tránsito de mercancías, servicios e inversiones pero no el libre tránsito de personas.

Aunque esa afirmación puede ser parcialmente correcta, se estima adecuado retomar el pensamiento de Gregorio Peces-Barba al respecto:

*...la globalización no tiene porque ser presentada como una reacción enfrentada a los derechos. Podría pensarse que, muy al contrario, se trata de un fenómeno que podría favorecer la satisfacción de los derechos. La cuestión principal es en este punto como gestionarla para llevar a cabo esa satisfacción. Seguramente aquí es, donde surgen los problemas de la globalización, en el sentido de que hasta el momento, la gestión de la globalidad parece dar la espalda al discurso de los derechos.*²²

En este mundo globalizado, en algunas ocasiones, los migrantes irregulares, son considerados delincuentes por violar las normas de migración del país al que ingresan. Los gobiernos olvidan que, en la mayoría de los casos, los migrantes irregulares sólo buscan incorporarse en actividades productivas que les permitan vivir y enviar dinero a sus familias; o pasar desapercibidos en su travesía por el país de tránsito.²³

20 Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 48.

21 *Ibidem*, p. 76.

22 Peces-Barba, Gregorio, *Educación...*, *op. cit.*, p. 191.

23 Es claro que, en algunos casos, los migrantes irregulares no pretenden los fines anteriores y sí representan un peligro para la salud o seguridad de los habitantes de los países a los que ingresan. Ejemplo de ello es el grupo de los "mara salvatrucha"; o los inmigrantes que pueden ser transmisores de enfermedades.

En cuanto a la criminalización de las personas migrantes, se estima pertinente retomar una pregunta formulada por Carbonell: ¿Se puede sancionar a una persona por aspirar a que su hijo o hija no crezca en la más absoluta de las miserias?²⁴ Tajantemente la respuesta es no.

Estamos frente a un tipo de migración que ha ido abandonando su carácter voluntario para convertirse en un fenómeno forzado. A continuación se asentarán algunas ideas sobre la necesidad de relativizar el carácter “voluntario” de la migración irregular.

Con excepción de África al Sur del Sahara, América Latina y el Caribe es la región que presenta mayor desigualdad. Según el Banco Mundial, el 10% más rico de la población de la región percibe 48% de los ingresos totales, mientras que el 10% más pobre sólo percibe 1,6%.²⁵ **La comparación entre regiones al interior de los países revela diferencias asombrosas en los niveles de prosperidad.** En Bolivia, Honduras, México, Paraguay y Perú, la diferencia en los recuentos de pobreza entre una región y otra es de más de 40 puntos porcentuales.²⁶

Frente a esta realidad, las personas no migran para mejorar sus condiciones de vida, migran para sobrevivir. Se ven forzadas a migrar ante la falta de oportunidades, la falta de empleo, la falta de esperanza en su lugar de origen.

Por lo que es conveniente cuestionar ese típico discurso que muestra un carácter voluntario del fenómeno migratorio (por el cual las personas “voluntariamente” migran). Este discurso no muestra que la voluntad, que ese supuesto consentimiento que las personas migrantes manifiestan a los traficantes (comúnmente llamados polleros) es un consentimiento viciado. Viciado por la violencia de una estructura de Estado que no les ha dejado otra opción, viciado por el engaño de que en los países desarrollados tendrán una mejor vida y un mejor futuro para ellos y su familia, cuando, en múltiples ocasiones, mueren en el intento de alcanzar el sueño de una vida digna.

24 Carbonell, Miguel, “¿Se justifican...?, *op. cit.*, p. 4.

25 <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSP-PAISES/LACINSPANISHEXT/EXTLACOFFICEOFCEINSPA/0,,contentMDK:20819429~isCURL:Y~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:871070,00.html> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2013).

26 <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSP-PAISES/LACINSPANISHEXT/EXTLACOFFICEOFCEINSPA/0contentMDK:20819429~isCURL:Y~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:871070,00.html> (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2013).

Entonces surge la pregunta: ¿se puede sancionar penalmente a alguien que no tiene medios para subsistir, para sobrevivir? ¿se puede sancionar a alguien por querer alcanzar el sueño de una vida digna? Si se tiene un poco de humanidad, la respuesta es no.

Lamentablemente el carácter delictivo que se les atribuye a los migrantes irregulares no es un mito, sino una realidad. En casos como México, la legislación sancionaba penalmente a los migrantes irregulares hasta el 21 de julio de 2008; en otros países, aun cuando la legislación no tenga prevista sanción penal, los nacionales y las autoridades tratan a los migrantes como si fuesen delincuentes. Esta es una realidad que debe de modificarse.

Hay quienes se han preguntado si se justifican las fronteras en el siglo XXI. Frente a esta pregunta no hay una respuesta unánime, pero lo que es claro para Addiechi es que “no existe la menor oportunidad de que las fronteras desaparezcan porque ellas constituyen un requisito indispensable para la generación de ganancias, porque hay que salvaguardar los espacios nacionales de privilegio y porque los cada vez más miserables del mundo cometen la imprudencia de defender su derecho a no morir de hambre”.²⁷

Se debe de erradicar esa visión de la migración irregular como un atentado a la soberanía de los Estados. La migración irregular tiene orígenes diversos, si se quiere centrados en las precarias condiciones económicas, en la falta de desarrollo y de empleo, en la desigualdad e inequidad, en la brecha socio-económica y en las deficiencias estructurales de los países de origen, por un lado; y por otro lado, en el envejecimiento de la población y la demanda de mano de obra barata por los países desarrollados, entre muchos otros factores. Pero, sin duda, la migración irregular evidencia un problema de desarrollo y no, se enfatiza el “no”, un problema de seguridad. Los migrantes irregulares no son delincuentes ni pretenden vulnerar la soberanía de los Estados para perjudicarlos,²⁸ simplemente buscan una vida mejor.

27 Addiechi, Florencia, *Fronteras reales de la globalización. Estados Unidos ante la migración latinoamericana*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2005, pp. 256-257.

28 Una excepción a esta afirmación lo constituye el terrorismo. En este sentido, es necesario enfatizar que la migración irregular no es terrorismo. Sin embargo, algunos Estados han utilizado como excusa el que algunos terroristas ingresaron irregularmente a su territorio para justificar políticas migratorias violatorias de derechos humanos.

En resumen, se estima que la migración irregular constituye una falta administrativa, una infracción a las leyes y políticas de inmigración de los Estados, que en ningún caso, ni bajo ninguna hipótesis, justifica la violación de los derechos humanos de las personas migrantes irregulares.

IV. LA MIGRACIÓN IRREGULAR, ¿UN DESAFÍO PARA EL DERECHO?

1. ¿Universalidad de los derechos humanos?

Los derechos humanos son “un referente inexcusable de la modernidad”, su “signo distintivo”. En “los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos”.²⁹

Beuchot señala que “no se pueden pensar los derechos humanos sin algún tipo de universalidad”.³⁰

García Ramírez establece que la idea de universalidad implica que “nadie debiera quedar excluido de los beneficios que entrañan los derechos humanos, y más estrictamente, nadie debiera hallarse al margen de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales que significan el medio precioso para la exigencia, la consolidación o la recuperación de esos derechos”.³¹

Sin embargo, hoy día aún no es fácil hablar de la universalidad de los derechos humanos. Incluso en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando se puede decir que surgen los derechos humanos en su concepción “moderna”

29 Carbonell, Miguel, “Los derechos en la era de la globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional...*, op. cit., pp. 325.

30 Beuchot, Mauricio, “Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, pp. 58 y 59. Del mismo autor véase *Derechos humanos. Historia y filosofía*, Fontamara, México, 2001, p. 61 y ss.

31 García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 34.

éstos no eran universales,³² ya que se limitó su “reconocimiento” y se excluyó a las mujeres.³³

Fue hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando la conciencia de la humanidad reacciona ante las atrocidades³⁴ de las que fue testigo (ejemplos del Homo *homini lupus* del que hablaba Tito Marcio Plauto y, posteriormente, Hobbes) y da inicio un extenso³⁵ proceso declarativo³⁶ de derechos fundamentales a favor de la persona humana.³⁷ Empero, no se debe perder de vista el carácter “relativo” que adquieren algunos derechos cuando el contexto cultural se modifica.

Pero, pese a todos los obstáculos, se ha construido un orden jurídico internacional de carácter convencional (sin perjuicio de otras fuentes), en el que el ser humano figura como titular de derechos fundamentales: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁸

32 Gregorio Peces-Barba Martínez menciona que la universalidad “arranca del humanismo laico de la Ilustración, como hubo antes otras propuestas de universalidad con otros orígenes”. Véase “La universalidad de los derechos humanos” en Nieto Navia, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, Organización de Estados Americanos/Unión Europea, San José, 1994, p. 399.

33 Por ello de manera alterna aparece la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana elaborada en 1789 por Olimpia de Gouges, que enunció la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; murió en la guillotina por esta razón. La Declaración de referencia consta de 17 artículos en donde se reconocen diversos derechos para la mujer entre los que destacan: la libertad, igualdad, seguridad, propiedad, resistencia a la opresión, libertad de expresión, la participación de las mujeres en la elaboración de leyes y en la vida política, así como el desempeño de cargos públicos.

34 Cfr. Rodríguez, Luis Ricardo, *Corte Penal Internacional, Tratados Internacionales y derecho interno*, Poder Judicial, México, 1995, p. 59.

35 La vocación expansiva de los Derechos Humanos; expansiva tanto en número como en intensidad: cada vez más derechos y cada vez más derecho. Cfr. *Ibidem*, p. 61.

36 Se elaboran la Carta de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, adicionado por los Pactos de 1966 (El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

37 Sergio García Ramírez observa que los derechos humanos son un asunto explosivo y expansivo, que demandan y establecen sus propias garantías; y cuya explosión ha sido producto del trauma que se produjo al cabo de la Segunda Guerra Mundial. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, 2002, p. 5.

38 Hitters y Fappiano definen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una “rama del Derecho Internacional clásico, cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre”. Cfr. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 404. José Guillermo Vallarta

El orden internacional de los derechos humanos³⁹ se sustenta en valores y principios compartidos, que destacan la dignidad del ser humano con sentido “antropocéntrico”;⁴⁰ asimismo se fortalece con el principio *pro homine*⁴¹ para la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.

Sin embargo, y a pesar de los grandes avances en la protección de los derechos humanos, es indudable que dichos derechos son “negados” a un conjunto de personas que, en términos de Pogge, son los “pobres globales”.⁴²

Plata entiende que “el derecho internacional de los derechos humanos consiste en un conjunto de declaraciones y principios que sirven como base para la consolidación de instrumentos internacionales convencionales que comprometen a los Estados a respetar los derechos humanos reconocidos universalmente. Cfr. *La protección de los derechos humanos. Régimen Internacional*, Porrúa, México, 2006, p. 238.

39 Se han definido a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos como aquellos conformados por instrumentos (tratados internacionales) y por mecanismos que precisamente son los organismos que garantizan los derechos reconocidos en esos instrumentos. Cfr. Valencia Villa, Alejandro, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos”, en Martín, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara/Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, México, 2006, p. 120.

40 Cfr. Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 115.

41 El principio *pro homine* se ha definido como el “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”. Véase Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

42 Thomas W. Pogge señala que “diversos derechos humanos son ampliamente reconocidos por la ley internacional...Estos derechos prometen a todos los seres humanos protección contra daños severos específicos que podrían serles infligidos por gente de su misma nación o por extranjeros. Sin embargo, la ley internacional también establece y mantiene estructuras institucionales que en gran medida contribuyen a la violación de estos derechos humanos...” Véase “Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales”, en Cortés Rodas, Francisco y Giusti, Miguel, *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del

En este sentido, considero valioso retomar las palabras del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo:

A comienzos del siglo XXI, habitamos un mundo dividido, en el que la interconexión es cada vez más intensa en la medida en que el comercio, la tecnología y la inversión acercan a las diversas sociedades; independientemente de la “separación” político-territorial entre los Estados. Pero en términos de *desarrollo humano y calidad de vida el espacio entre los países se ha caracterizado por profundas e, incluso, crecientes desigualdades en el ingreso y en las oportunidades de vida digna*. Por ejemplo, el ingreso económico total de los 500 individuos más ricos del mundo resulta superior al ingreso de los 416 millones más pobres. Los 2,500 millones de personas que viven con menos de 2 dólares al día (y que representan el 40% de la población del orbe) obtiene sólo el 5% del ingreso mundial; mientras que el 10% más rico consigue el 54%. *Y en este planeta interconectado en que vivimos, se evidencia que un futuro fundado en la pobreza masiva en medio de la abundancia es económicamente ineficaz, políticamente insostenible y moralmente indefendible.*⁴³

Cuando se contrasta la universalidad de los derechos con la realidad, podría pensarse que ésta es una aspiración o un mero concepto declarativo-utópico, pero lo que quiere reflejarse es el gran reto que tenemos por delante y que hay que afrontar, las problemáticas que se tienen que resolver.

2. Migración y desintegración familiar

Considerando las implicaciones sociológicas que trae consigo la migración, constituye una responsabilidad ineludible hacer un bosquejo de lo que representa dicho fenómeno dentro del núcleo básico de la sociedad: las familias. Dicha temática no es la directriz del presente estudio, por lo que no se pretende profundizar en dicha

Hombre Editores/Universidad de Antioquia/Pontificia Universidad Católica del Perú, Bogotá, 2007, p. 27.

43 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005. La cooperación internacional ante una encrucijada: ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*, pp. 4 y ss, http://hdr.undp.org/en/media/hdr05_sp_overview.pdf (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2013).

problemática que, sin duda, es de relevante importancia en la vida de los migrantes.

Diversos instrumentos internacionales⁴⁴ reconocen el derecho humano de tener una familia y conservarla.

La familia “como institución social,... está sujeta a procesos de cambio que resultan tanto de su dinámica interna como de las transformaciones sociales que experimenta la sociedad en su conjunto. Asimismo, se espera que dichos cambios en la familia actúen, en el mediano y largo plazos, sobre el orden social reafirmando o bien modificándolo”.⁴⁵ Sin embargo, el crecimiento desmedido de las desigualdades sociales y la necesidad de emigrar de muchos seres humanos han traído consigo la desintegración familiar. Situación que puede generar graves problemas sociales en las naciones de origen.

Aunque cada día aumenta más el número de niños migrantes,⁴⁶ aún sigue siendo una constante la separación obligada de padres e

44 La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16.3 a la letra dice que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.” El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 23.1). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (artículo 10.1). La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social indica en su artículo 4 que: “La familia como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad.” Así también la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Dentro del sistema interamericano el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Así hoy día hay quienes sostienen que ya no puede hablarse de un único tipo tradicional de familia, sino hay que emplear el término en plural: “familias”.

45 Ojeda, Norma, “Familias Transfronterizas y familias transnacionales: algunas reflexiones” en *Migraciones Internacionales*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre de 2005, México, Colegio de la Frontera Norte, p. 167.

46 Lo cual es sumamente preocupante porque no se cuenta con el sistema necesario que garantice la protección a sus derechos. En 2004, 39,690 niños mexicanos migrantes se detectaron en la frontera. De éstos, 10,920 viajaban solos (...). Se trata de menores que buscan una mejor calidad de vida buscan trabajo o tienen la esperanza de reunirse con

hijos por la migración de los primeros a los países desarrollados (o más desarrollados que el lugar de origen) en busca de trabajo. Así, los niños, quienes son aún más vulnerables a los riesgos de la migración irregular, permanecen con sus abuelos o familiares en sus lugares de origen. Por otro lado, en múltiples casos, cuando migran familias completas, los polleros separan a los padres de los hijos en el momento de cruzar la frontera, bajo la promesa de un posible reencuentro en el país receptor, sin embargo, en ocasiones, ese reencuentro nunca se produce.

Según el *Pew Hispanic Center* más de la mitad de los 11 ó 12 millones de inmigrantes irregulares que vivían en Estados Unidos de América (EUA) en 2005 eran mujeres y niños. Un 35% eran mujeres y otro 16%, casi 2 millones, eran niños que llegaron a EUA solos o con sus padres. Hay también un contingente de 3.1 millones de niños que nacieron en EUA y viven con familias en las que al menos el padre o la madre son inmigrantes indocumentados,⁴⁷ lo cual representa el riesgo de desintegración familiar en el caso de la deportación de uno o ambos padres. Algunas mujeres que deciden inmigrar son madres solteras que dejan a sus hijos con sus ascendientes.⁴⁸ Y hay otras mujeres que deciden migrar ya embarazadas, para que sus hijos al nacer en el territorio de destino adquieran la nacionalidad respectiva (en el caso mexicano, al nacer en territorio estadounidense obtienen la nacionalidad estadounidense), con base en la forma de adquisición de nacionalidad por *ius soli*, el cual es reconocido por múltiples legislaciones nacionales.

Sin embargo, no existe a nivel internacional un instrumento que regule la situación de las familias separadas por la migración, ni la protección a niños migrantes o que establezca el mecanismo para la reunificación familiar, éste es un vacío legal que no ha sido atendido. Por ello se requiere además de instrumentos internacionales, una acción coordinada entre los Estados involucrados, la cual debe de estar basada en la igualdad, solidaridad y cooperación internacional.

familiares en Estados Unidos... Cfr. http://mx.starmedia.com/noticias/inmigracion/unicef_97583.html. Además véase *Enrique's Journey*, de Sonia Nazario.

47 Cfr. *La Jornada*, año 22, número 7813, 26 de mayo de 2006, p. 6.

48 Opinión de Sonia Nazario, ganadora del premio Pulitzer. Véase *ídem*.

III. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y MIGRANTES IRREGULARES

Diversos países americanos, en ejercicio de su soberanía, han decidido integrarse al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos⁴⁹ y, en consecuencia, están sujetos a diversas obligaciones que en diversas ocasiones han incumplido. Para efectos de este apartado me referiré únicamente a la CorteIDH.⁵⁰

Vale reiterar una precisión: la jurisdicción internacional y regional de protección de los derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario a la jurisdicción nacional, ahí es donde radica la importancia de los jueces nacionales en la protección de los derechos humanos; bajo esta premisa se iniciará el estudio de la CorteIDH.

1. Función consultiva

A continuación se reflexionará respecto de dos opiniones consultivas de la CorteIDH que conciernen a la temática en estudio.

1.1. Opinión Consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho a la asistencia consular

México hizo la solicitud de consulta a la CorteIDH el 9 de diciembre de 1997, preguntando respecto de los detenidos extranjeros acusados o inculpados de delitos sancionables con pena capital a

49 García Ramírez sostiene que el sistema interamericano se compone no sólo por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, sino también por los Estados, la Organización de Estados Americanos, la sociedad civil y la figura del Ombudsman nacional. Véase "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana" en *La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Estudios*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2006, pp. 77 y ss.

50 Para profundizar sobre la historia, naturaleza, funcionamiento, integración, competencias y procedimientos de la Comisión y Corte, véase, entre otros: Pizzolo, Calogero, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, EDIAR/Universidad Nacional Autónoma de México, Buenos Aires, 2007. Es necesario recordar que los individuos no tienen acceso directo a la CorteIDH (como sí es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y se requiere que primero realicen el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

los cuales no se les proporciona el derecho a ser informados sobre la asistencia consular que deben proveerles los agentes consulares de su nacionalidad contenido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) y las consecuencias jurídicas para el Estado respecto de la ejecución de dicha pena ante la falta de notificación a que se refiere dicho artículo de la CVRC.

La Opinión Consultiva OC-16/99 *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* fue emitida el 1º de octubre de 1999.

La Corte IDH estimó que “... para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables...(párrafo 117) el proceso debe de reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia... así se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales... y la correlativa prohibición de discriminación (párrafo 119).”

La Corte IDH, distinguió entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y derecho a la asistencia consular. El primero es el “derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, sin dilación, que tiene (sic) los siguientes derechos: 1) el derecho a la notificación consular; y, 2) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora (art. 36.1.b Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)”. Y el derecho a la asistencia consular “es el derecho de los funcionarios consulares del Estado que envía a proveer asistencia a su nacional (arts. 5 y 36.1.c Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)”.⁵¹

La Corte IDH opinó:

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1º de octubre de 1999, párrafo 5, en *Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2001, pp. 32 y 33.

corresponden *deberes correlativos a cargo del Estado receptor*. 2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos. 3. Que la expresión “sin dilación” utilizada por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad... 6. *Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia*, en los casos concretos, el *derecho al debido proceso legal* consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... 7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, *afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”*...8. Que las disposiciones internacionales...deben ser respetadas por los Estados de su estructura federal o unitaria.⁵²

Conviene mencionar que en otro foro se plantearon problemas similares. Ante la CIJ se interpusieron demandas sobre la misma problemática,⁵³ las cuales fueron emitidas en fecha posterior a la OC-16/99.

52 *Cfr.* Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 6 de mayo de 1998” en *Temas selectos de derecho internacional*, UNAM, México, 2003, pp. 561-613.

53 Sobre los casos ventilados ante la CIJ en materia de asistencia consular (Casos Breard, LaGrand y Avena), véase mi trabajo “Protección de los derechos humanos de migrantes irregulares por la jurisdicción nacional e internacional. Retos y Perspectivas”, en Morales Sánchez, Julieta, *et. al.* (coords.), *Migración en perspectiva: Fronteras, educación y derecho*, Universidad Pedagógica Nacional, Fundación Académica Guerrerense y Colegio de Guerrero, México, 2008, pp. 316-323.

1.2. Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos de migrantes irregulares

La Opinión Consultiva OC-18/03 *Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* fue solicitada por los Estados Unidos Mexicanos el 10 de mayo de 2002 y emitida el 17 de septiembre de 2003. Esta opinión constituye una interpretación pionera e innovadora frente a los criterios sostenidos domésticamente por algunos de los países de nuestro continente.

Día a día se constatan extremos dramáticos que conmueven, indignan y desafían a la conciencia de la humanidad la cual, en múltiples ocasiones y lamentablemente, permanece impávida. Es ofensivo ver, presenciar, escuchar o vivir las sistemáticas violaciones de los derechos de los migrantes.

La OC-18/03 tuvo una amplia participación tanto de Estados Parte como de *amici curiae*. En la opinión consultiva de referencia se analizan temas como: la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, aplicación de dicho principio a los migrantes, derechos de los trabajadores migrantes indocumentados y obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Como ya se mencionó, la CorteIDH ha establecido el carácter no vinculante de sus opiniones consultivas, pero en la OC-18/03 también determinó que “todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos” (párrafo 60). Dicha especificación es relevante, ya que aclara el ámbito de aplicación de esta OC, sobre Estados americanos que, a pesar de no haber ratificado la Convención Americana (como es el caso de EUA), están obligados a observar los principios establecidos en la opinión y las normas de *jus cogens* reconocidas por la comunidad internacional.

En sentido contrario a lo expresado en la resolución de la Corte Suprema de EUA en el caso *Hoffman Plastic Compounds* a la que más adelante se hará referencia, la CorteIDH precisó que:

...el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular (párrafo 135). Sin embargo, *si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular* (párrafo 136).

Se considera que en este párrafo la CorteIDH responde, quizás indirectamente, a un argumento sostenido por algunos sectores en EUA, en el cual se establece que el maltrato y abuso que sufren los migrantes es parte inherente a su estancia irregular y que si no están dispuestos a soportarlo deben de regresar a sus países de origen. Quienes afirman esto omiten mencionar que los empleadores norteamericanos no tienen ninguna obligación de contratar a migrantes irregulares y sin embargo, lo hacen; y no lo hacen por humanidad, ni por compasión, ni porque la ley se los imponga; lo hacen porque les conviene hacerlo, porque es redituable, además de que dichos trabajadores no están protegidos por la ley norteamericana incluso, después del caso Hoffman, se negaron derechos laborales a las personas por su condición migratoria irregular. Así, la migración irregular responde a una necesidad de la economía de EUA (y de otros países desarrollados). Si los trabajadores migrantes incursionan “ilegalmente”, si se quiere llamar así, al mercado estadounidense es porque dicho mercado los demanda, los requiere y los contrata. Aunque esta situación se haya modificado debido a la recesión existente hoy día.

Dentro de las conclusiones más relevantes de la Opinión Consultiva OC-18/03, para la finalidad de este estudio, se encuentran:

- a) El *principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, tiene el carácter de jus cogens* (párrafo 101).
- b) Los Estados están obligados a *adoptar medidas* positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades (párrafo 104).

- c) *El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado,...* Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas (párrafo 109).
- d) *La situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación.* Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, *los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia* (párrafo 118).
- e) Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana (párrafo 119).
- f) Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Como posición opuesta a la sostenida en la OC-18/03 se encuentra la resolución de la Corte Suprema de EUA en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. Nacional Labor Relations Board* (NLRB) de 27 de marzo de 2002, en la que se sostuvo que no era procedente el pago de salarios caídos (*back pay*) al trabajador despedido por querer formar un sindicato debido a que era migrante irregular,⁵⁴ es decir, no impuso multa

54 La compañía *Hoffman Plastic Compounds* contrató al señor José Castro en mayo de 1988; en diciembre de ese año el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la compañía despidió al señor Castro. En enero de 1992 la NLRB ordenó a la compañía que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos que habría recibido de no haber sido despedido. La empresa se negó a pagar debido a que el señor Castro admitió que no tenía permiso de trabajo. En septiembre de 1998 la NLRB decidió que la compañía debía pagarle los salarios caídos correspondientes al periodo que había entre su despido y la fecha en la

alguna al empleador que violó los derechos laborales de un migrante indocumentado ni ordenó indemnización o compensación alguna a favor del trabajador. En la resolución se afirmó que la prohibición de la ley de inmigración de entrar a su territorio sin autorización prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato. Así, la mayoría de miembros de la Corte Suprema, indicó que permitir a la NLRB reconocer el pago de salarios caídos a extranjeros ilegales perjudicaría la política federal de inmigración, mientras que la opinión de la minoría estableció que la decisión adoptada debilitaría la legislación laboral y estimularía a los empleadores a contratar trabajadores indocumentados. Esta decisión niega un conjunto de derechos que son inherentes a los trabajadores y que han sido reconocidos por la comunidad internacional.

Frente a resoluciones como la anterior, resalta la necesidad de que la jurisprudencia de la Corte IDH tenga un papel primordial y rector al interior de los Estados americanos tanto en su actividad judicial como legislativa y administrativa.

Sin embargo, de forma complementaria a la recepción de la OC-18/03, es necesario asegurar que los migrantes irregulares tengan un efectivo acceso a la justicia. García Ramírez afirma que “los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo se derivan de factores culturales

que admitió que no tenía permiso de trabajo. La compañía se negó a pagar y presentó una apelación. En 2001 la Corte Federal de apelaciones confirmó lo ordenado por la NLRB, y entonces, la compañía presentó una apelación ante la Corte Suprema. La mencionada decisión fue adoptada por una mayoría de 5 a 4; el Juez Breyer, autor del voto disidente de la minoría, estableció que no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de los EUA, que prohíba a la NLRB admitir que los trabajadores en situación irregular interponga recurso o acción cuando sus derechos sean violados. Cfr. “Capítulo II Procedimiento ante la Corte, Intervención de *Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y otros*”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03...*, *op. cit.*, pp. 97-103. Además dicha resolución es contraria a la CPTMF que establece en su preámbulo que: “...la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios...” y violenta el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cfr. Brooks, Tekila, “Últimos avances sobre los derechos de trabajadores agrícolas migratorios en América del Norte”, en *Expediente Cívico*, año 8, número 20 y 21, Procuraduría de Derechos Humanos de Guanajuato, León, 2000, p. 38.

y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarlas, *sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado*".⁵⁵ Es importante prestar atención a este rubro y buscar los mecanismos que garanticen el acceso a la justicia a los migrantes irregulares. Es necesario que la denuncia o querrela exista y llegue al juzgador, para que éste pueda interpretar y aplicar el derecho siguiendo las directrices establecidas en la Opinión Consultiva OC-18/03.

2. Función Contenciosa

A continuación se analizarán algunos casos vinculados a derechos de migrantes.

2.1. Caso Yean y Bosico

En este caso el Estado, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución estatal establece el principio del *ius soli* para determinar quienes son ciudadanos dominicanos. El Estado obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una dimensión más grave cuando se trata de menores, toda vez que el Estado negó a las niñas Yean y Bosico su derecho a la nacionalidad y las mantuvo como apátridas.

La CorteIDH retomó los criterios asentados en la OC-18/03 en el caso de las niñas Yean y Bosico, sentencia de 8 de septiembre de 2005, y señaló "*que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado*" (párrafo 155).

También determinó que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del derecho a la

55 García Ramírez, Sergio, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, Universidad Iberoamericana Puebla, Universidad Iberoamericana Ciudad de México, ITESO, Universidad de Guanajuato, México, 2005, p. 55.

nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos. Además afirmó que el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos.

Y resolvió que el Estado violó los derechos a la nacionalidad, al nombre, al reconocimiento de la personalidad e igualdad ante la ley,⁵⁶ en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

2.2. Caso Vélez Loor

Este caso se relaciona con la alegada detención en Panamá de Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, y su posterior procesamiento por delitos relacionados con su situación migratoria --irregular--, sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa; la falta de investigación de las denuncias de tortura presentadas por Vélez Loor ante autoridades panameñas, así como las condiciones inhumanas de detención a las cuales habría estado sometido en diferentes centros penitenciarios panameños desde el momento de su privación de libertad el 11 de noviembre de 2002, hasta su deportación a la República del Ecuador el 10 de septiembre de 2003.

La CorteIDH retomó criterios asentados en la OC-18/03 y reiteró que “el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.⁵⁷ La CorteIDH observó “que los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas,

⁵⁶ Consagrados en los artículos 3, 18, 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma.

⁵⁷ *Caso Vélez Loor*, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 143.

y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas”.⁵⁸

Los hechos ocurridos se realizaron mientras Vélez Loor se encontraba bajo la custodia del Estado panameño debido a su situación migratoria irregular, privado de libertad en centros penitenciarios del sistema nacional. Por tanto, la CorteIDH recordó la necesidad de que las personas detenidas por su situación migratoria permanezcan en lugares distintos a los destinados a las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos penales.⁵⁹

La Corte resaltó que la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención. De modo tal que al conocer del fondo del asunto, la Corte “examin(ó) si la conducta del Estado se ajustó o no a la Convención en relación con la legislación vigente al momento de los hechos”.⁶⁰

Y concluyó que “la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En particular, en lo relativo a la notificación a los detenidos extranjeros sobre su derecho a la asistencia consular, así como a asegurar la revisión judicial directa ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto o detención”.⁶¹

La CorteIDH determinó que “el Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que

58 *Ídem*, párr. 152.

59 *Ídem*, párr. 205.

60 *Ídem*, párr. 285.

61 *Ídem*, párr. 286.

ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado”.⁶²

2.3. Caso Nadege Dorzema y Otros

La CorteIDH ha considerado que “es de notar que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, inter alía, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia”.⁶³

En materia migratoria, por tanto, la Corte considera que el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio, ya que “[e]l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”. Lo anterior quiere decir que “el debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio”, con el objetivo de que los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.⁶⁴

Adicionalmente, la Corte ha sostenido, en relación con el acceso a la asistencia consular, que en los casos de migrantes que se enfrentan a un procedimiento de privación de la libertad debe recalcarse que: “[l]os extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un

62 “El Estado debe implementar, en un plazo razonable, un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular”. *Ídem*, resolutive 16.

63 *Caso Nadege Dorzema y otros*, Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 153.

64 *Ibídem*, párr. 159.

verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas”.⁶⁵

En cuanto a las expulsiones colectivas de migrantes indocumentados, el artículo 22.9 de la Convención Americana establece que: “Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

La CorteIDH ha resaltado que garantizar el contenido del artículo 22 “es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”.

En el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte considera que el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad. Asimismo, consonante con lo anterior, el solo número de extranjeros objeto de decisiones de expulsión no es el criterio fundamental para la caracterización de una expulsión colectiva.⁶⁶

En razón de lo anterior, un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas.⁶⁷

Reiterando argumentos vertidos en la Opinión Consultiva 18/03, en este caso la CorteIDH afirmó: “El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en numerosos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia...el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”.⁶⁸

La CorteIDH precisa que “es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales,

65 *Ibidem*, párr. 165.

66 *Ibidem*, párrs. 168-172.

67 *Ibidem*, párr. 175.

68 *Ibidem*, párr. 225.

siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos. Ejemplo de ello puede ser establecer mecanismos de control para la entrada y salida de migrantes, pero siempre asegurando el debido proceso y la dignidad humana independientemente de su condición migratoria”.⁶⁹

Así, “el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria”.⁷⁰

Además, la Corte ha señalado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*”. Los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.⁷¹

IV. RETOS Y PERSPECTIVAS

Difícilmente se podría hablar de “conclusiones” en un tema como el de la migración, es por ello que decidí denominar este apartado como retos y perspectivas. Trataré de sistematizar de la mejor manera posible algunas ideas (nunca acabadas, ni definitivas) sobre la temática en estudio:

1. Los derechos humanos de migrantes irregulares son violentados en diversas partes del mundo, incluyendo a México. Lo anterior muestra una deficiencia en el sistema de protección (judicial, legislativo, administrativo y autónomo) de los derechos humanos. Por lo que se evidencia que no bastan las jurisdicciones internas de los

69 *Ibíd*em, párr. 233.

70 *Ibíd*em, párr. 234.

71 *Ibíd*em, párr. 236.

Estados para asegurar el respeto a los derechos de sus nacionales, y menos de los extranjeros, que se encuentran en su territorio.

2. Los migrantes irregulares no son delincuentes, ni atentan contra la soberanía de los Estados. El goce y ejercicio de los derechos humanos no puede estar condicionado por la nacionalidad, ciudadanía ni estatus migratorio.

3. Entre otros factores, la pobreza impide que los derechos humanos sean universales. La pobreza ha excluido a vastos sectores de población del goce y ejercicio de sus derechos por lo que la migración se erige, en ocasiones, como la única opción. La desintegración familiar por migración y el alto número de niñas y niños migrantes son rubros desatendidos por los Estados y por el Derecho.

4. En virtud de que en este estudio se sostuvo que las opiniones consultivas sí son vinculantes para los países que hicieron la solicitud de opinión y en un ejercicio de congruencia, se reitera que México debe de garantizar a todos los migrantes irregulares su derecho a la información sobre la asistencia consular, con base en los criterios asentados en la OC-16/99 de la CorteIDH.

5. Retomando la Opinión Consultiva OC-18/03 de la CorteIDH, se debe enfatizar que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando sus leyes de inmigración no supone la pérdida de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular y tampoco suprime la obligación del Estado receptor de protegerlos. Se reconoce la potestad de los Estados para regular sus fronteras, determinar los lineamientos de sus políticas de migración y deportar a los migrantes indocumentados; pero también es obligación de ese Estado respetar, tutelar y defender lo más valioso que tiene el individuo: su vida, libertad y dignidad. Hay que censurar las posiciones que, por un lado, censuran la migración irregular y, por el otro, se benefician de ella. Es indispensable que la OC-18/03 de la CorteIDH sea retomada al interior de los Estados americanos, no se puede permitir que dicho esfuerzo internacional quede en el olvido, por el contrario, debe ser difundido y servir como un instrumento en la protección de derechos de los migrantes. Los casos contenciosos resueltos por el Sistema Interamericano retoman estos criterios y asientan nuevas directrices que los Estados deben de cumplir.

6. Es urgente que las naciones diseñen mecanismos más accesibles de denuncia para migrantes irregulares. El que los Estados, en todos los ámbitos y niveles de gobierno, desarrollen una cultura de respeto a los derechos humanos es importante, sin embargo es insuficiente si no se les garantiza a los migrantes el acceso a la justicia. Los poderes públicos deben de garantizar e interpretar en un sentido amplio, progresivo y extensivo los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en los territorios de los países americanos, no sólo por efecto de su derecho interno, sino también por los compromisos internacionales contraídos en ejercicio de su soberanía.

Los derechos humanos no siempre han sido bien entendidos, suficientemente apreciados y oportunamente defendidos. Aún no es tarde para empezar a hacerlo.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A UN PROGRAMA PENAL

Julio César Kala

Doctor en Ciencias Penales con Especialidad en Criminología, Instituto Nacional de Ciencias Penales México; Estancia Doctoral y Posdoctoral en el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero, Friburgo, Alemania; Profesor del Departamento de Derecho, Universidad de Guanajuato.

Juan de Dios Ramírez Márquez

Licenciado en Derecho, con estudios de maestría por la Universidad de Guanajuato; Maestro en derecho por la Universidad Iberoamericana; Alumno del Doctorado Interinstitucional en Derecho y Defensor de Oficio en materia penal de la Secretaría de Gobierno del Estado de Guanajuato.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La justificación del empleo de la violencia y de su incremento constantes como único medio para imponer un orden, fincado en la lógica del poder y del mercado, como lo han evidenciado Ferrajoli y Sousa, en el terreno de la filosofía del derecho y de la sociología -crítica- respectivamente, ejemplifican más la lógica de la pre-modernidad tecnologizada, también llamada modernidad tardía, que de la modernidad.

En la política criminal, lo mismo que en otros espacios de la política pública, los referentes a Derechos humanos constituyen más un discurso vacío que una directriz de Estado. En el terreno penal en el diseño e implementación de la política pública se introducen mecánicamente referentes a los derechos humanos y sin mayor preocupación se incorporan también argumentos contradictorios, por ejemplo discriminación de ciudadanos o habitantes, regímenes penales de excepción de garantías para algunos casos, e intervención penitenciaria con pretensiones instrumentales por citar sólo algunos.

En este escenario, es posible analizar tales inconsistencias como característica propia de la dinámica de un Programa de Política Pública,

en este caso de política criminal: el Programa Penal Constitucional, en términos semejantes a lo que Lakatos empleó para definir los Programa de Investigación Científica (PIC). Es en este contexto en el que presenta una aproximación a la política criminal.¹

2. REFERENTES

En las sociedades occidentales contemporáneas en el ámbito de la política pública y en terreno de la opinión pública, la discusión política criminal/Derechos Humanos se ha centrado preponderantemente en la vulneración de éstos y la falta de escenarios sociales seguros.

Se ha dado por sentado que la vigencia del Estado de derecho está definida por la producción legislativa.² Sin embargo, desde la sociología jurídica crítica³, una parte importante de la reflexión se ha centrado en el análisis de su vigencia fáctica.

En este contexto se apuntan algunas consideraciones al respecto, si bien por un lado en las democracias contemporáneas se han logrado conquistas importantes, por otro, también, se encuentran acotadas por la injerencia de actores económicos y políticos que en muchas de las veces se encuentran por encima de las decisiones de los estados nacionales contemporáneos.

Es necesario recordar que el Estado como formalización jurídica del pacto político, surge para proteger a sus asociados de la violencia, de otros individuos⁴ o grupos y para brindar el mayor bienestar posible,

1 La estructura y contenido de los referentes y de algunas consideraciones entorno a la política criminal se desprenden del *El horizonte de la justicia pena*, escrito incluido en el texto *El horizonte de la justicia penal*, publicado por el Poder Judicial del Estado de Guanajuato en 2010. Por otro lado, se incorporaron algunas ideas en torno a la problemática de la vigencia fáctica del Estado de Derecho, que pese a su gran desarrollo conceptual, en la cotidianidad, tanto en los ámbitos públicos como privados, experimentan interacciones sociales más cercanas a la dinámica de la pre-modernidad –altamente tecnologizada– que a la pretendida modernidad.

2 Identificando al Estado de Derecho únicamente con su primer estadio, el paleoiuspositivista, véase FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, trad. Pilar Allegue, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005.

3 Véase SOUSA DE, SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica*, Trota/ILSA, 2009.

4 Antecedentes remotos del contractualismo se encuentran en Hobbes, en su *Leviatán* expone la necesidad de crear, a través del contrato social, un ente supremo con autoridad –violencia– tal que pueda impedir la violencia entre particulares. HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Losada, Argentina, 2003. Esta concepción fundada en la violencia,

por ello, la disminución de la violencia y de sus efectos es uno de sus cometidos esenciales⁵. Con fundamento en el contrato que lo crea, el Estado asumió el monopolio irrestricto de la creación y la aplicación del derecho, subsumiéndose el mismo en esta dinámica. Por ser una entidad instituida expreso para proteger a sus creadores, requiere que el aparato público que le da vida, en caso de ruptura de la norma actúe ejerciendo la violencia mínima indispensable para reaccionar contra el infractor en el despliegue legítimo de la violencia institucional en el ejercicio del *ius puniendi*.⁶

II.1. ESTADO DE DERECHO

Con la aparición del Estado de derecho⁷ se dio un gran paso en la construcción de la democracia, de Estado ilustrado⁸ a sus configuraciones contemporáneas se ha logrado un avance importante,

institucionaliza la razón de Estado en la que el ejercicio de la violencia posibilitara la vigencia de las norma y de la convivencia social pacífica. En su orientación más radical ha sido una fuente importante de argumentos totalitarios.

5 Frente al criterio de autoridad hobbesiano, Locke subrayó los derechos –naturales– del individuo frente al Estado, por lo que éste se convierte en su garante, supeditando su legitimidad al cumplimiento de este cometido en el marco del reconocimiento de la pluralidad social. Sus ideas sobre la separación de poderes permitirían a Montesquieu elaborar la teoría de la separación de poderes (esferas de ejercicio del poder). LOCKE, John, *Ensayos sobre el gobierno civil*, Porrúa, México, 2005.

6 Véase FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo y derecho penal. Un diálogo con Ferrajoli*, Ubijus, 2010.

7 El Estado kantiano constituye la primera conceptualización de este modelo de Estado:

[...] *Es menester salir del estado natural, en el que cada cual obra según su antojo y convenir con todos los demás (cuyo comercio es inevitable) en someterse a una limitación exterior, públicamente acordada y, por consiguiente entrar en un estado en que todo lo que debe reconocer como lo suyo de cada cual es determinado por la ley y atribuido a cada uno por un poder suficiente, que no es del individuo, sino un poder exterior. En otros términos es menester ante todo entrar en un estado civil [...].* KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, Kant, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestros Clásicos, No. 33, Serie Filosofía, México, 1968, p.141.

8 [...] *el Estado es la respuesta histórica al anhelo de conciliar con fundamento en la razón la libertad del hombre expresado en un contrato [...]* ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad., Andebeng-Abegu Alingue, Panamericana, Santa Fé de Bogotá, 1996, pp. 43, 48. Por ello uno de los cometidos del estado es proporcionar seguridad a los individuos, en sus bienes y en su persona, así como garantizar el más amplio ejercicio de sus derechos.

las expectativas que ofrece este modelo de organización estatal, por el reconocimiento de los derechos humanos y los mecanismos creados para su protección y su ejercicio pleno, para la construcción de escenarios en los que libertad y seguridad sean el soporte de la vida social, lo han promovido como el modelo político-jurídico de los estados occidentales contemporáneos.

El estadio superior de este paradigma: el Estado constitucional⁹ se caracteriza, fundamentalmente, por dos particularidades: i) su vinculación a una constitución rígida y ii) las condiciones de validez normativa trascienden la fuente formal de producción legislativa, dependen, además, sobre todo, de su congruencia con el contenido de los principios constitucionales, los derechos fundamentales. Estas dos características, constituyen el núcleo duro, los irrenunciables de este estadio.

Por esta razón, en este nivel, es posible suponer la existencia de una norma válida, consecuentemente vigente, pero *sustancialmente inválida*, debido a su sentido, a su contenido o a su antagonismo con los principios constitucionales. Por esta circunstancia la interpretación normativa adquiere una gran relevancia, altera la función jurisdiccional debido a que en este nivel, la aplicación de la ley requiere, inicialmente, la evaluación de su consistencia con los principios constitucionales, ya que sólo si es *constitucionalmente válida*, congruente con los derechos fundamentales, es válida su aplicación. Por ello, la interpretación normativa y, en su caso, la solución de antinomias o lagunas ha de estar orientada por las garantías existentes o de la proyección de aquéllas que falten, por lo que constituyen un juicio sobre la ley misma y al mismo tiempo que un ejemplo de heurística positiva desde la perspectiva de un Programa Penal Constitucional.¹⁰

9 En términos de KUHN, T. S., *Estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 12007.

10 Requisito ausente en el modelo anterior, el paleo-iuspositivista que produce al Estado legislativo de Derecho. El Estado legal, primer producto del Estado de Derecho, se caracteriza porque la legitimación de la norma es producto de la autoridad legislativa, de la fuente de producción, de la legalidad y de la formalidad de los actos normativos.

En su momento representó un avance en el fortalecimiento de la democracia, constituyó un ejercicio de heurística positiva objetivado con la consolidación de garantías: certeza y seguridad jurídicas, igualdad ante la ley e independencia del juez, entre otras. Sin embargo, por no subordinar la ley a los fines del contrato social, a los

[...] en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas [...]»¹¹.

Sin embargo, durante las últimas décadas, particularmente en el terreno de la política criminal; este modelo de Estado ha sufrido grandes perturbaciones formales que han repercutido en el diseño y aplicación de la política criminal, evidenciando una fuerte crisis del contrato social¹², por ejemplo, la instauración de una doble orientación del sistema de justicia penal, una dirigida a la delincuencia convencional y otra a la denominada delincuencia organizada en la que se han flexibilizado las garantías y con ello vulnerado derechos

principios constitucionales, a los cometidos del Estado en el escenario contemporáneo representa un retroceso en el fortalecimiento de la democracia, representa un ejemplo de heurística negativa.

Este estadio, previo al Estado Constitucional, ejemplifica claramente cómo en el desarrollo y evolución de un Programa de Política Pública, la producción teórica y su correspondiente implementación representa en su momento un avance y a la postre un retroceso, ambos polos integrantes del cinturón protector del Programa político.

Debido al desarrollo del propio modelo de Estado de Derecho, actualmente esta etapa representa un retroceso en la construcción de democracias sólidas, en su manifestación más extrema, representa una concreción del planteamiento hobbesiano que centra en la autoridad la estructura y organización social. En esta fase, la inflación legislativa afecta el principio de legalidad y la disfunción producida por la jerga jurídica genera grandes márgenes de discrecionalidad para los jueces, con la consecuente pérdida de certeza, de eficiencia y disminución real de derechos.

11 *Op. cit.*, 2.

12 Santos, identifica tres postulados del contrato social: i) un régimen general de valores, ii) un sistema de medidas y, iii) un espacio tiempo privilegiado. [...] *Tal régimen parece hoy en día incapaz de resistir la creciente fragmentación de la sociedad, dividida en muchos <apartheids> polarizada a lo largo de muchos ejes económicos, políticos y culturales [...] op. cit.*, 3, p. 552. La política criminal, como concreción de la orientación política del Estado ha promovido estados de exclusión. Asimismo, Ferrajoli ha dado cuenta de la crisis no sólo del contrato social, sino del paradigma del Estado de Derecho, véase Ferrajoli FERRAJOLI, Luigi, "Criminalidad y globalización", en. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 115, enero-abril 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/115/inf/inf10.htm>, y *op cit.* 2.

del gobernado, circunstancia que ejemplifica un claro y grave retroceso democrático.

La lucha por el bien común, fundamento del pacto social, parece haber perdido su significado primigenio, la polarización promovida por la política criminal obstaculiza la búsqueda de alternativa que enfrenten racionalmente el conflicto penal, con independencia de la categorización establecida actualmente: convencional-organizada.

La política criminal, en un Estado democrático, por ser una política pública no escapa a estas consideraciones, su diseño, implementación y evaluación han de regirse por las directrices emanadas de los fines y cometidos del Estado, entre ellos los de protección de la persona, al margen de cualquier pretensión instrumental referida a la seguridad, en donde las conquistas son antonomasia irretroactivas.

II.2. ESTADO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

El reconocimiento y la efectividad de los mecanismos que hacen valer los Derechos Humanos identifican la orientación del modelo político jurídico de los estados nacionales. En la actualidad, nominalmente el Estado constitucional es el referente occidental, por ello mismo en el terreno penal, el Programa tendría que ser constitucional, debería estar orientado por los principios constitucionales de las democracias contemporáneas.

El programa penal tendría que seguir los principios de de un Estado Constitucional Alexy¹³: i) fundamentales de la dignidad humana, ii) de la libertad, iii) de la igualdad, iv) de la estructura del Estado, v) de los fines del Estado de social y democrático de derecho. En las relaciones tensas, por ejemplo entre los principios fundamentales y los principios

13 Alexy, menciona seis principios contemplados en el modelo alemán, alude a la Ley fundamental referida a la constitución alemana, pero sólo expone cinco: i) Principios fundamentales de la dignidad humana art. 1, ii) de la libertad art. 2, iii) de la igualdad art. 3, iv) de la estructura del Estado art. 20 y v) de los fines del Estado de social y democrático de derecho art 28.1. Un artículo que se encuentra cercano a un principio fundamental es el del 20 a, *Protección de los fundamentos naturales de la vida*. ALEXY, Robert: "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. Alonso García Figueroa, en: *Neoconstitucionalismo (s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005, p. 31.36. Estos principios constituyen el núcleo duro de un Programa Penal Constitucional, representan sus irrenunciables.

relativos a la estructura y fines del Estado, el principio *pro homine* resolverá la tensión.

La subordinación de la ley a los principios constitucionales representa un aporte importante en la construcción permanente de la democracia contemporánea, impone límites a los derechos constitucionales de las mayorías y configuran otras garantías de los derechos de todos. En este esquema el Derecho alcanza su más alto desarrollo:

[...] *por la sujeción a la ley, incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación ya no sólo del ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de <<existencia>>, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de <<validez>> [...]*¹⁴.

Al margen de estas consideraciones, de facto, el papel garantista de la Constitución es afectado entre otras circunstancias por: i) las peculiaridades de la democracia representativa¹⁵, ii) la injerencia de los centros de poder económico en las decisiones de los estados nacionales¹⁶ y iii) [...] *la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja [...]*¹⁷, circunstancias que requieren alinear las respuestas con los principios fundamentales del modelo político-jurídico occidental contemporáneo: el Estado Constitucional.

Asimismo, las democracias constitucionales se caracterizan por la supremacía de los derechos humanos en su ley fundamental, definida ésta, por cuatro tesis: i) máximo rango, ii) máxima fuerza jurídica, iii)

14 *Op. cit.*, 2, p. 19.

15 POLIMENI, Florencia, “¿Democracia representativa vs democracia participativa? La falsa disyuntiva”, en: *Democracia participativa, una utopía en marcha. Reflexiones y experiencias y un análisis del caso porteño*, Ricardo Romero, Comp., Red de Ciencia Política Mariano Moreno, Argentina, 2005, disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/libros/gedep/pdf>, consulta marzo 5 de 2009 y CAMOU, Antonio, *Gobernabilidad y democracia*, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática No. 6, México, 1995.

16 *Op. cit.*, 13.

17 Bobbio identifica tres circunstancias: i) sobrecargo, incremento de las demandas sociales y la capacidad -limitada- de respuesta del sistema político, ii) conflictualidad propia de las democracias, y iii) distribución del poder. BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Trad. José F. Santillana, Fondo de Cultura Económica, Breviarios No. 476, México, 1989, p. 103.

máxima importancia del objeto y iv) máximo grado de indeterminación¹⁸. Éstas características conforman, también, el núcleo duro de un Programa Penal Constitucional, lo distinguen de otro derivado de principios político-jurídicos diversos a las democracias constitucionales, por lo que también forman parte de los irrenunciables.

La primera tesis: máximo rango de los derechos fundamentales en la estructura normativa del Estado se concreta al ser regulada en la Constitución y por ser ésta la ley máxima, por medio del principio: *lex superior derogat legi inferiori*, se establece una relación vinculante del derecho Constitucional con el local, confiriéndole vigencia plena, por ello, cualquier norma jurídica que lo infrinja será inconstitucional y consecuentemente nula por regla general. En este sentido y en la materia, los tratados internacionales signados por el Estado serán norma constitucional, debido a que los derechos humanos, por antonomasia no se enuncian limitativamente sino con pretensiones extensivas, hasta lograr el reconocimiento estatal¹⁹.

Respecto de la segunda tesis, por ser los derechos humanos vinculantes para los ámbitos del ejercicio del poder y para los niveles de gobierno de la administración pública están dotados de la máxima fuerza jurídica. Para el legislativo ya no sólo es necesario reconocer los derechos fundamentales en el marco de las leyes, es imprescindible

18 *op. cit.*, 14.

19 Previsto en el artículo 30 de la Ley Fundamental del Estado Alemán al señalar la prioridad del derecho federal frente a las competencias estatales, *Ibidem*.

Igualmente identificado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala la supremacía constitucional y la jerarquía normativa de Leyes Federales y Tratados Internacionales, así como la sujeción de las Entidades Federativas a dichas disposiciones. Las recientes reformas, del 10 de junio del 2011, constitucionales en materia de derechos humanos en México, puntualizan aún más esto, en el artículo 105 se refiere:

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: [...]

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.[...] D.O.F., Secretaría de Gobernación, México, 10, junio de 2011.

cambiar el paradigma legislativo, es menester enmarcar la ley en los derechos fundamentales²⁰; para el ejecutivo se demandan líneas de actuación consistentes éstos, por ser derecho positivo y vigente; y para el judicial, los principios constitucionales representan la guía de interpretación y aplicación de la ley, desplegando todo su vigor en la relación de los particulares con el Estado, así como entre los propios particulares. Así, el control se ha de encontrar puntualmente observado por todos los tribunales, del inferior al superior; ya que con una sola disposición constitucional no controlable judicialmente se abre la puerta para la pérdida de su obligatoriedad²¹.

Los derechos fundamentales permean al derecho en su totalidad como juicios de valor objetivos y, no obstante las críticas de su constitucionalización, garantizan la realización plena de los fines del Estado.

La tercera tesis, la máxima importancia del objeto, está referida a la estructura básica de las sociedades y al fin del propio Estado, su relevancia estriba en la regulación de derechos específicos considerados como fundamentales, por tanto objeto de protección y reconocimiento constitucional. En este mismo contexto Rawls²² concibe a la justicia como equidad, como un modelo democrático, como un sistema de cooperación social constituido por ciudadanos que se conciben como

20 El propio modelo de Estado constitucional limita la producción legislativa en contra de los derechos fundamentales de todos, por ello, para evitar la tiranía de las mayorías, incluso de las unanimidades, el Tribunal Constitucional se erige como árbitro máximo en los conflictos que atenten contra los derechos humanos.

Respecto al problema de la aparente paradoja que plantea el binomio mayoría-minoría [...] *el control de un poder no-mayoritario, sujeto exclusivamente a la constitución, es imprescindible para dotar de eficacia la subordinación a las disposiciones constitucionales de los poderes mayoritariamente [incluso los unánimemente] legitimados* [...] GÓMEZ ROMERO, Luis, "¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda", en: *Juez*, Cuadernos de investigación sobre la judicatura, Volumen II, No. 4, primavera 2004, Universidad Iberoamericana, México, p.29; véase ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Ética de la función de juzgar*. Ponencia expuesta en el seminario sobre "Ética de las profesiones jurídicas", organizado por la Universidad de Comillas, Madrid, 2001, disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/etica-funcion.pdf> consulta: 30/06/09.

21 El poder vinculatorio para el ejecutivo es evidente desde el Derecho positivo, el problema radica en el control del legislador, *op. cit*, 14, p.33.

22 RAWLS, John, "Justicia como equidad", en: *Revista española de control externo*, Vol. 5, N° 13, 2003, pp. 129-158, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>, consulta 16 de julio de 2010.

libres e iguales; parte de la idea de un acuerdo mutuo entre participantes que interactúan bajo condiciones equitativas de orden constitucional y político que da forma a la estructura básica de la sociedad²³. Con esta definición de justicia Rawls enuncia dos principios: el de la libertad y de la diferencia; el primero, establece que las personas que participan o son afectadas por alguna práctica social tienen el derecho a la más amplia libertad, compatible con una libertad similar para todos²⁴; el segundo, las desigualdades son arbitrarias, a menos que de ella pueda esperarse el beneficio colectivo, siempre y cuando éstas sean igualmente posibles para todos. [...] *Estos principios expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común [...]*²⁵.

La cuarta tesis, el máximo grado de indeterminación constituye una de las características fundamentales de este modelo y de los cometidos del Estado. No es posible identificar los derechos fundamentales sólo en la literalidad del texto de la Carta Magna²⁶; éstos se vislumbran a través de la interpretación. [...] *la interpretación de la ley fundamental no s[ó]lo suscita meditaciones serenas, sino también confrontación en la arena política. En este sentido, cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales [...]*²⁷. Los principios de la norma constitucional no se restringen al texto, son la idea general, no existe un significado único previo a la interpretación²⁸.

23 CACHUMBÉ Holguín, Nelson, "John Rawls: La justicia como equidad", en: *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Colombia, N° 3, pp. 7-33 2003, disponible en: http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf, Consulta, julio 16 de 2010, p. 226.

24 *Op. cit.* 23, p. 131.

25 *Ídem.*

26 [...] *en relación con las estructuras de los catálogos no siempre resulta claro si a las diferencias terminológicas puede vincularse una diversa posición respecto de las garantías o jerarquía en cuanto a los niveles de tutela [...]*"ROLLA, Giancarlo: "La actual problemática de los derechos fundamentales", en: *Investigaciones Jurídicas*, Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, Vols., XXII y XXIII, Nums., 80-81, Enero-Diciembre 2006, México, 2008, p. 32.

27 *Op. cit.*, 14, p.37. En el caso alemán es el Tribunal Constitucional Federal

28 En torno a la interpretación *in abstracto* o *in concreto* Guastini menciona la necesaria la concurrencia de las dos características, ser *in concreto* y estar vinculada con la constitución y no *in abstracto* e inconstitucional, a lo que denomina interpretación *adecuadora* por ser armónica con el ordenamiento supremo, pero requiere un serio y comprometido ejercicio de reflexión y apego a los *principios* constitucionales GUASTINI,

Si bien la democracia se fortalece día a día por medio del reconocimiento de Derechos Humanos y de la creación de condiciones y mecanismos que posibiliten su ejercicio pleno, estas cuatro máximas revelan, de facto, la solides de las pretensiones constitucionales de los estados contemporáneos.

Por otro lado, los derechos humanos son conquistas irretroactivas que pertenecen a las democracias contemporáneas, al modelo de Estado occidental; son su fundamento y límite. Por ello, los estados nacionales que adoptan este modelo político jurídico no pueden apelar a la soberanía, a la supremacía de la autodeterminación estatal para inclinar la balanza a favor de la seguridad en detrimento de los derechos humanos²⁹.

II.3. POLÍTICA CRIMINAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

La política criminal es una política más de Estado y como tal ha de estar dirigida a cumplir los fines del mismo³⁰; está inscrita en el modelo político-jurídico que orienta el sentido de actuación del poder y del aparato público. Esta política pública, referida a lo penal, define las conductas delictivas y los mecanismos de reacción institucional contra ellas a través del Sistema de Justicia Penal.

La política criminal orienta y conforma a un sistema jurídico penal, en el que se integran las tres esferas del poder público y los tres niveles de ejercicio del mismo, en donde la criminología³¹ aparece indisolublemente ligada a ella, particularmente por su análisis, en

Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, España, 2005, pp. 56 y 57.

29 Los derechos humanos ahora constituyen un régimen internacional, constituido alrededor de tres documentos y conjuntos de estándares principales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, vigente desde el 3 de enero de 1976; y el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, vigente desde el 23 de marzo de 1976.

30 Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1994.

31 Al amparo del término criminología coexisten, actualmente en México, diversas concepciones en torno al análisis de la actividad delictiva, algunas de ellas mutuamente excluyentes, por ello, "Decir, en efecto, que la Criminología es aquella parte de la ciencia que se ocupa del estudio empírico de la criminalidad es no decir mucho o casi nada si no se dice antes qué es lo que se entiende por criminalidad. Y aquí es donde empiezan las dificultades de todo

términos del fundamento teórico y operación de las instituciones que conforman este sistema.

[...] *la dogmática está traspasada por la política criminal, pues no es más que la derivación conceptual del instrumento formal de definición. Por eso y en forma más precisa, la dogmática penal no puede pensarse como algo autónomo y válido en sí mismo, sino sólo desde la política criminal. Más aún su sentido desde la política criminal es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso penal, en cuanto el proceso es uno de los ámbitos básicos en que se ejecuta la política criminal. [...]*³².

Los estados con pretensiones constitucionales fincan sus relaciones con las personas en el reconocimiento de éstas como entes autónomos, con derechos y garantías, por ello, su programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios para el ejercicio de la libertad; no puede partir de la premisa del imperativo de la norma penal y de su función motivadora, ya que esto revelaría el fracaso del contrato social y el imperio de la violencia institucionalizada, el precepto jurídico simplemente instruye o informa sobre los modelos de comportamiento y sus consecuencias jurídicas³³. En las democracias constitucionales, la política criminal no puede configurarse para limitar el ejercicio de los derechos de una persona o eliminarlo en cuanto tal³⁴.

tipo." HASSEMER, Wilfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989.

Aunado a esta problemática, tradicionalmente se le ha asignado a la criminología la tarea de examinar las conductas sociales desviadas, incrementando así doblemente la complejidad de su objeto de estudio, en un sentido, por la doble acepción de la definición de caso, GORENC *et al*, "Teoría cum praxis, ensayos sobre la estadística criminal nacional (1987-1992)", en: *Alter*, Revista internacional de teoría, sociología y filosofía del derecho, volumen triple, núms. 7, 8 y 9, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Campeche, México, 1999. Así como el delito/conducta desviada y en otro, por la relatividad propia del referente de ambos significados.

32 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Política criminal y estado", en: *Revista ciencias penales*, disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>, consulta, julio 20 de 2010.

33 Ídem.

34 Ídem., Es por eso que una política criminal referida a la seguridad pública como condición básica de libertad no puede servir para afectarla. BARATTA, Alessandro, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en: *Nuevo Foro Penal*, 1985. La seguridad pública no puede esgrimirse, como en la exposición de motivos de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 en México,

El sistema penal, violento por definición, representa el talón de Aquiles de los estados democráticos, conlleva violencia sobre las personas, por tanto, una contradicción con la finalidad perseguida: libertad libre de violencia, por ello, la violencia que ejerza ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, lo que excluye por supuesto la violencia excesiva como: la pena de muerte, el presidio perpetuo, las penas privativas de libertad largas y la disminución de garantías, por el contrario, hay que privilegiar formas alternativas al control penal, no *prima facie*, sino *ultima ratio*.

Sin embargo de las aportaciones de Rawls³⁵ que han revitalizado el contractualismo como criterio legitimador del orden social y de las contribuciones de Ferrajoli³⁶ al constitucionalismo contemporáneo, en algunas sociedades actuales, entre ellas la mexicana, se han asumido contingentemente sus contenidos, alejándose de los planteamientos kantianos que fundamentaron la teoría clásica del contrato social. Entre los principios rectores de una intervención penal garantista que se han vulnerado en el diseño y aplicación de la política criminal contemporánea, resaltan entre otros: utilidad, intervención mínima, neutralización de la víctima y mínima lesividad.

Por otra parte, con las recientes reformas constitucionales mexicanas en materia de derechos humanos parecía que se abría una posibilidad para que, por lo menos en el terreno de la intervención penitenciaria, los derechos humanos primen sobre la represión y nulificación del responsable penal, que si bien transgredió la norma, sigue siendo persona y por ello titular de derechos humanos. Sin embargo, las pretensiones instrumentales aún están presentes, pues no obstante de los logros obtenidos, el anhelo preventivo readaptatorio subliminalmente está presente, la pretensión penitenciaria continúa centrada en la no reincidencia como criterio evaluador.

para enfrentar situaciones de emergencia y justificar violación a los derechos de los habitantes.

35 *Op. cit.*, 23.

36 FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad., Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995; *El garantismo y la filosofía del Derecho*, trad., Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estada y José Manuel Díaz Martín, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho no. 15, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001 y; "Pasado y futuro del Estado de Derecho", trad. Pilar Allegue, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trotta, 2005.

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROGRAMA PENAL CONSTITUCIONAL

Entorno a la Justicia Popper señala

¿Qué queremos decir, en realidad, cuando hablamos de “Justicia”? No creo que las cuestiones verbales de esta naturaleza sean de particular importancia, o que sea posible responder de forma definida, dado que dichos términos siempre son utilizados con diversos sentidos. Sin embargo, creo no errar al sostener que la mayoría de nosotros, especialmente aquellos que tenemos una formación general humanitaria, entiende por “Justicia” algo semejante a esto: a) una distribución equitativa de la carga de la ciudadanía, es decir, de aquellas limitaciones de la libertad necesarias para la vida social; b) tratamiento igualitario de los ciudadanos ante la ley, siempre que, por supuesto, c) las leyes mismas no favorezcan ni perjudiquen a determinados ciudadanos individuales o grupos o clases; d) imparcialidad de los tribunales de justicia, y, e) una participación igual de las ventajas (y no solo en las cargas) que puede representar para el ciudadano su carácter de miembro del estado.³⁷

También es posible identificar en su pensamiento otros principios garantistas, por ejemplo la evitación del sufrimiento evitables, es tanto un a principio garantistas, por ello constitucional.

Por otro lado, los avances en la materia, fortalecimiento de la democracia, representan los logros de un Programa, en términos de Lakatos, sería por un lado, el avance en la construcción teórica de un *modelo* de organización social, y por otro, en su operacionalización en el diseño e implementación de la política criminal, puesto que el andamiaje teórico se ha construido paulatinamente a través del tiempo.

Ilustrados como Beccaria, en el terreno de la política criminal, refirieron en su momento, que el delito es un mal, que bien puede evitarse, por cierto, no mediante políticas simplistas y demagógicas como lo son las propias que caracterizan el fenómeno de la *huida al derecho penal*, sino con políticas comprometidas:

Luego la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos descansan más sobre las costumbres y circunstancias de un Estado, que sobre las leyes penales: a donde hay buenas costumbres no hay

37 POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós 2010, pp.95-96.

necesidad de leyes crueles; donde aquellas sean malas estas no tendrán fuerza contra el crimen, y en todos los casos siempre son peligrosas. /Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto. / ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada a defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos. / ¿Queréis evitar los delitos? Haced que acompañen las luces a la libertad. Los males que nacen de los conocimientos son en razón inversa de su extensión, y los bienes lo son en la directa. /Finalmente, el más seguro pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación.³⁸

Así, en un Estado con pretensiones constitucionales declaradas resulta incuestionable defender y alinear los principios y los derechos humanos aludidos en la constitución con el derecho penal puesto que el derecho, desde la perspectiva ilustrada, es preponderantemente una institución racional con la que se pretende resolver las tensiones y conflictos sociales a través de un reajuste ordenado y pacífico de las pretensiones razonables de individuos y grupos.

Respecto al Programa Penal Constitucional propio de una democracia es necesario subrayar que su núcleo sólido está constituido, como ya se ha anotado previamente, por los derechos fundamentales. Su actores, en términos de aparato público son verticalmente los ámbitos de gobierno y horizontalmente las esferas de ejercicio del poder público.

Dicho núcleo constitucional supone también un constante ejercicio de análisis académico propio, pues sólo desde la reflexión es posible avanzar en la conformación de teórica y la evaluación empírica de un programa penal con anhelos constitucionales.

Un análisis de la política criminal, o como se ha mencionado aquí de un programa penal está referido en primera instancia a los fundamentos de un Estado y a su consistencia, en términos de

38 BECCARIA, Cesar. Tratado de los Delitos y de las Penas, página 5. Edición facsimilar, Editorial Porrúa, 1998, pp. 140, 193, 195, 204.

coherencia y congruencia con los principios y fenomenología operativa de sistema de justicia penal. En este contexto, el modelo de Programa de Investigación Científica de Lakatos, ofrece una opción comprensiva que permite contextualizar, en términos de desarrollo teórico y político la construcción y dinámica del Sistema Penal contemporáneo.

En el ámbito de la teoría de la ciencia, también aplicable al análisis teórico de la política criminal y al examen empírico de los datos del sistema penal, Lakatos apunta:

[...] he defendido la metodología de los programas de investigación científica que soluciona algunos de los problemas que ni Popper ni Kuhn consiguieron solucionar. [...] En primer lugar, defiende que la unidad descriptiva típica de los grandes logros científicos no es una hipótesis aislada sino más bien un programa de investigación. La ciencia no es sólo ensayos y errores, una serie de conjeturas y refutaciones. "Todos los cisnes son blancos" puede ser falseada por el descubrimiento de un cisne negro. Pero tales casos triviales de ensayo y error no se catalogan como ciencia. La ciencia newtoniana, por ejemplo, no es sólo un conjunto de cuatro conjeturas (las tres leyes de la mecánica y la ley de la gravitación). Esas cuatro leyes sólo constituyen el "núcleo firme" del programa newtoniano. Pero este núcleo firme está tenazmente protegido contra las refutaciones mediante un gran "cinturón protector" de hipótesis auxiliares. Y, lo que es más importante, el programa de investigación tiene una heurística, esto es, una poderosa maquinaria para la solución de problemas que, con la ayuda de técnicas matemáticas sofisticadas, asimila las anomalías e incluso las convierte en evidencia positiva.³⁹

Sobre los avances o retrocesos de teóricos de los programas de investigación refiere que en los progresivos la teoría conduce a descubrir hechos nuevos, hasta entonces desconocidos y en los regresivos las teorías son fabricadas únicamente para acomodar los hechos ya conocidos

En el terreno penal, todo es de gran interés para todos, pues están comprometidas, entre otras la libertad de las personas. Al respecto, Prieto Sanchís en su Justicia Constitucional y Derechos fundamentales, refiere:

39 LAKATOS, Imre. *Escritos filosóficos 1. La metodología de los programas de investigación científica*, Ed. Alianza Editorial, 2007, pp. 13; 65-72, 117.

[...] es un buen colofón para una obra que gira en torno al constitucionalismo y a la limitación del poder, pues tradicionalmente es en el *ius puniendi*, en la definición de los delitos y de las penas, donde con más vigor se han atrincherado las prerrogativas del legislador soberano. Como era de esperar, también en este capítulo se intentan ofrecer razones a favor de la limitación de ese extraordinario poder sobre la libertad y la honra de las personas, cuando no también sobre sus vidas, que, a mi juicio, representa el núcleo central de todo orden jurídico, aquel que nos permite seguir definiendo el Derecho como un sistema de fuerza organizada.

CONSIDERACIÓN FINAL

Un sistema penal, dirigido sólo por pretensiones preventivo generales y de prevención especial negativa, tal como se perfila la política criminal nacional, es un sistema penal de terror, en donde la preocupación se centra en la eficacia, el sometimiento y obediencia ciudadana.

Finalmente, un Estado que se suponga democrático ha de orientar la política criminal hacia el garantismo.

En términos de Ferrajoli:

Las garantías –no sólo penales– son vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad de los derechos subjetivos y más en general a los principios axiológicos sancionados por las leyes, en el derecho penal donde tutelan la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y a las condenas arbitrarias [...] En todos los casos la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho. Se comprende que así entendido el garantismo no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales; los cuales –de la vida a la libertad, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales se subsistencia de los derechos individuales a los colectivos– representan los

valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos que fundan y justifican la existencia de aquéllos ‘artificios’ –como los llamó Hobbes– el derecho y el Estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base fundamental de la democracia⁴⁰

REFERENCIAS

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Ética de la función de juzgar*. Ponencia expuesta en el seminario sobre “Ética de las profesiones jurídicas”, organizado por la Universidad de Comillas, Madrid, 2001, disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/etica-funcion.pdf> consulta: 30/06/09.

ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. Alonso García Figueroa, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005.

BARATTA, Alessandro, “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en: *Nuevo Foro Penal*, 1985.

BECCARIA, Cesar. *Tratado de los Delitos y de las Penas*, página 5. Edición facsimilar, Editorial Porrúa, 1998

BOBBIO, Norberto: *Liberalismo y democracia.*: Trad. José F. Santillana, Fondo de Cultura Económica, Breviarios No. 476, México, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Política criminal y estado”, en: *Revista ciencias penales*, disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>, consulta, julio 20 de 2010.

CACHUMBÉ Holgugín, Nelson: “John Rawls: La justicia como equidad”, en: *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Colombia, N° 3, pp. 7-33 2003, disponible en: http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf, Consulta, julio 16 de 2010.

CAMOU, Antonio: *Gobernabilidad y democracia*, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática No. 6, México, 1995.

40 FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trota, Madrid, 1995, p. 28 y 29.

CÓRDOBA, Arnoldo: "Prólogo", en: *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, Immanuel Kant, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestros Clásicos, No. 33, Serie Filosofía, México, 1968.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.

_____ *El garantismo y la filosofía del Derecho*.: trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estada y José Manuel Díaz Martín, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho no. 15, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.

_____ "Pasado y futuro del Estado de Derecho", trad. Pilar Allegue, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trotta, 2005.

_____ *Garantismo y derecho penal. Un diálogo con Ferrajoli*, Ubijus, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, "Criminalidad y globalización", en. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 115, enero-abril 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/115/inf/inf10.htm>.

GORENC, Klaus-Dieter; KALA, Julio César, PEREDO RIVERA, Sandra y TENORIO TAGLE, Fernando, "Teoría *cum praxis*: ensayos sobre la estadística criminal nacional (1987-1992)", en: *Alter*, Revista internacional de teoría, sociología y filosofía del derecho, volumen triple, núms. 7, 8 y 9, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Campeche, México, 1999.

GÓMEZ ROMERO, Luis, "¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda", en: *Juez*, Cuadernos de investigación sobre la judicatura, Volumen II, No. 4, primavera 2004, Universidad Iberoamericana, México

GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, España, 2005.

HASSEMER, Wilfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Losada, Argentina, 2003.

KALA, Julio César, "El horizonte de la justicia penal", en: *La Justicia en los Estados. Pasado, Presente y Futuro*, compendio de autores, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, México, 2010.

KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, selección, prólogo y notas de Arnoldo Córdoba, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestro Clásicos, no. 33, Serie Filosofía, México, 1968.

KUHN, T. S. *Estructura de las revoluciones científicas*, F.C.E., México, 2007.

LAKATOS, Imre. *Escritos filosóficos 1. La metodología de los programas de investigación científica*, Ed. Alianza Editorial, 2007.

LOCKE, JOHN, *Ensayos sobre el gobierno civil*, Porrúa, México, 2005.

POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós 2010.

RAWLS, John: "Justicia como equidad", en *Revista española de control externo*, Vol. 5, N° 13, 2003, pp. 129-158, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>, consulta 16 de julio de 2010.

ROLLA, Giancarlo: "La actual problemática de los derechos fundamentales", en: *Investigaciones Jurídicas*, Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, Vols., XXII y XXIII, Nums., 80-81, Enero-Diciembre 2006, México, 2008.

ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. Andebeng-Abeu Alingue, Panamericana, Santa Fé de Bogotá, 1996.

SOUSA DE, SANTOS Boaventura, *Sociología jurídica crítica*, Trotta/ILSA.

D.O.F., Secretaría de Gobernación, México, 10, junio de 2011.

UNA NUEVA MIRADA A LA SEGURIDAD PÚBLICA - POLICÍA CIUDADANA Y LA EXPERIENCIA DE LOS CONFLICTOS DE MEDIACIÓN

Lilia Maia de Morais Sales

Post-doctorado en la Universidad de Columbia (Nueva York); Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco, y Máster en Derecho por la Universidad Federal de Ceará; posee formación en mediación de conflictos por la Universidad de Harvard, por el Program on Negotiation (EE.UU.); Profesora Titular de la Universidad de Fortaleza.

Vita Caroline Mota Saraiva

Mediadora de conflictos; Licenciada en Derecho por la Universidad de Fortaleza; Estudiante en Trabajo Social de la Universidad del Estado de Ceará; Profesora de la Disciplina de mediación de conflictos en el proyecto Flores do Bom Jardim; actuó como mediadora de conflictos en el Centro de Mediación de Conflictos de la 3ª Comisaría de Policía Civil de Fortaleza.

INTRODUCCIÓN

Con los cambios de paradigmas que se han producido en la seguridad pública, la aparición de la discusión sobre seguridad ciudadana despertó la necesidad de adoptar nuevas medidas sobre la violencia que no se limiten a las actividades represivas, sino también los mecanismos de gestión de conflictos mediante la prevención y la cooperación entre la policía y la sociedad¹.

Con base en el respeto a los derechos humanos, el reconocimiento de la dignidad y de la ciudadanía, la seguridad ciudadana² se expresa

1 Para más detalles sobre el modelo de seguridad represiva y de lectura de seguridad pública: Bengochea, Jorge Luiz Paz; Guimarães, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz; ABREU, Sérgio Roberto. *A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã*. São Paulo, en perspectiva, Sydney, marzo 2004 Disponible en: [Http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n1/22234.pdf](http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n1/22234.pdf). Acceso el: 10 de abril de 2012.

2 Sobre seguridad ciudadana leer: SAPORI, Luis Flávio. *Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

en el reconocimiento de la figura del ciudadano como persona de derechos y obligaciones y, por tanto, también con una responsabilidad social de mantener el orden público, junto con los agentes de seguridad.

De este modo, a partir de estudios sobre este tema se desarrolló, en el período 2007 a 2010, el proyecto de investigación sobre la mediación de los conflictos como herramienta de inclusión y de pacificación social, y su aplicación en el marco de la seguridad pública como un reto³.

Con base en datos de la Coordinación Integrada de Operaciones de Seguridad (CIOPS) para el período 2005-2007, sobre los tipos de conflictos que llegan a las comisarías de Fortaleza, estado de Ceará / Brasil, se encontró que la mayoría de los conflictos se refirió a las luchas de familia, ebriedad y desorden, y el barrio de Jangurussu apareció de forma consecutiva entre los cuatro barrios que tenían más de tales demandas.

Implementar la mediación de conflictos, una tecnología social basada en el fortalecimiento del diálogo, la promoción de los derechos, el respeto y escucharse unos a otros en el contexto de una comisaría de policía, el objetivo principal era desarrollar, en la población, la idea de que las prácticas de la policía ciudadana y los métodos alternativos y la resolución de conflictos consensual permiten: un entorno con cuidado humano, la conveniencia para los ciudadanos que después de ser atendidos en la comisaría podrían tener acceso al servicio de mediación en el mismo lugar⁴ y cambio de visión del ciudadano⁵ con el fin de darse cuenta de que pasó la comisaría de policía a ser un lugar de ciudadanía, de acceso a la justicia y de proximidad a la población.

3 Ese proyecto fue contemplado con los avisos MCT/CNPq N°15/2007 - Universal - e MCT/CNPq/MEC/CAPES N° 02/2010 - Humanidades, Ciencias Sociales y Sociales Aplicadas. De 2007-2010, encuestas de orden teórico y de campo se llevaron a cabo - con la experiencia de visita del proyecto Mediar en Belo Horizonte - con el objetivo de implementar un método de aplicación de una prevención de la violencia y de pacificación social en colaboración con la policía y la sociedad en Ceará.

4 Antes de la puesta en práctica de NMP, los residentes del barrio Jangurussu / Sao Cristovao que hacían sus quejas en la 30ª CPC y necesitaban el servicio tuvieron que trasladarse al Centro de Mediación de la Comunidad del *Curió** ubicada en este distrito y vinculado a la Fiscalía General del Estado.

5 De acuerdo con los informes que serán analizados en la próxima sección, mucha gente tenía un cierto temor de ir a una comisaría de policía debido a referencia de peligro y la represión que tenían sobre la institución, pero después de tener contacto con NMP revirtieron esa noción.

1. Nueva Percepción de Seguridad Ciudadana - La policía ciudadana

Guiándose por los principios de la democracia y la dignidad de la persona humana, defendidos por la Constitución Federal de Brasil de 1988, el modelo de seguridad ciudadana se refiere a un conjunto de acciones de seguridad pública que se esfuerzan para la protección del ser humano, el valor de las relaciones sociales y la prevención de la violencia a través del diálogo y la participación popular.

En este sentido, en los años noventa, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) pasó a asociar el concepto de seguridad pública a la seguridad ciudadana, basada en el desarrollo humano sostenible. De esta asociación entre el concepto de seguridad pública y el concepto de la seguridad ciudadana, la seguridad llegó a ser vista como un medio necesario para permitir también el respeto a la vida, la dignidad humana, la libertad y la ciudadanía.

La efectucción de este concepto presenta un reto, ya que se inserta en un entorno institucional de la policía marcada históricamente por el uso exclusivo de la fuerza y la represión como el único medio de resolver los conflictos. En este sentido, expone Melo (2008, v 8, 134 p.)

Así, en el contexto de la policía, la institucionalización de ciertas prácticas, por ejemplo, los procesos de reforma no democráticos o fuera de profesionalidad de la policía debido a las normas técnicas y científicas, resultan difíciles. Esto explica el hecho de que, incluso con el cambio de un estado democrático, no se observaron cambios en los medios y formas de trabajo de la policía brasileña. De hecho, muchos policías siguen siendo utilizados y se identifican con los procedimientos (comportamientos) de larga data. En este contexto, hay todavía muchas resistencias internas y sirven como un obstáculo para el establecimiento de nuevas estructuras que tratan de afectar a la organización policial. Eso no quiere decir que no es posible reformar las instituciones policiales, y sí, que este proceso es difícil. En general, por su propia naturaleza, el cambio organizacional es un proceso lento, difícil y a menudo dolorosa, con algunos aspectos que no pueden ser inducidos artificialmente. Los estudios demuestran que se necesitan muchos años para cambiar las actitudes, desarrollar la competencia, el diseño de las filosofías de

operación y obtener apoyo para una nueva forma de tratar con la ejecución de antiguas funciones.

A pesar de los cambios sociales tendientes al cumplimiento de un Estado democrático de derecho y la seguridad democrática, no fácilmente se produjeron cambios en la práctica policial. Entre la resistencia institucional a la reforma interna de la policía, se destaca, por ejemplo, la prevalencia de la cultura heredada y la policía autoritaria, particularmente del período dictatorial, creador de los muchos comportamientos policiales abusivos y violentos hasta hoy día.

En este sentido, sin embargo, es importante destacar que el papel de estos profesionales en la violencia social es fruto tanto de la ideología policial autoritaria de los regímenes anteriores como el deterioro de una crisis histórica y compleja en materia de seguridad pública, en que se constatan malas condiciones de trabajo y de remuneración, así como la inversión estatal limitada en la calificación y apreciación de la policía. Además, para acentuar el contexto anterior, está el aumento de la violencia en que profundizan las desigualdades sociales y la indiferencia de muchos órganos de poder público.

Como resultado, ante consecuencias tales como la distancia, el miedo y la desconfianza de la sociedad a algunos de los miembros de esta institución que expresa el negativo estigma atribuido a la policía, es crucial el logro de la policía ciudadana de referencia para promover cambios significativos en la forma de la acción de la policía, así como el control efectivo y pacífico de la violencia en colaboración con la población.

Para la implementación de una policía ciudadana en una sociedad democrática, sería necesario observar, según Bengochea y otros (2004, v.18, p.119.) que:

[...] La realización de esta posibilidad implica algunos ejes. En primer lugar, los cambios en las políticas de cualificación profesional, para un programa de modernización y los procesos de cambios estructurales y culturales que traten sobre temas clave para la policía: la relación con la comunidad, teniendo en cuenta el espacio de las ciudades; la mediación de los conflictos de la vida cotidiana como el papel principal de sus operaciones; e instrumentos técnicos y de evaluación del empleo de la

fuerza y de armas de fuego. Son piedras angulares en la revisión de la función policial.

De este modo, para provocar cambios en los mecanismos de intervención de la policía son necesarios cambios en el proceso de calificación de la policía, en los equipos técnicos y operativos y en las perspectivas que estos profesionales han construido sobre los conceptos de violencia y conflicto.

Así, contrariamente al modelo tradicional que la policía predica sobre “eliminar al enemigo interno”, negando la existencia de conflictos, en la política de seguridad ciudadana existe la comprensión de que, siendo los conflictos derivados de las relaciones sociales, éstos deben ser vistos como fenómenos naturales, inmanentes a la vida en sociedad. Por el momento en que este enfoque se aplica en la realidad social, la policía no está sólo realizando el mantenimiento del orden público, sino que también garantiza los derechos. (Bengochea et al, 2004, vol. 18a, p. 120).

Considerando que la sociedad es compleja, se percibe que sus actores y conflictos poseen naturalezas distintas que, por supuesto, requieren diferentes y específicas respuestas. Así, se puede decir que el modelo de policía ciudadana no prioriza el uso de normas uniformes en las acciones policiales, a ejemplo de la represión como la única manera de resolver los conflictos, pero que respeta la diversidad y la complejidad de sus causas y se adhiere a mecanismos alternativos y pacíficos para su intervención.

La policía ciudadana que ve resultados positivos en el control de la violencia tiene que abordar adecuadamente cada caso de acuerdo a sus necesidades, valorando las relaciones sociales y la participación de la comunidad a través de la aplicación de medidas alternativas y eficientes para asegurar la colaboración entre la policía y la comunidad para hacer frente a estos conflictos.

2. Una nueva mirada a la Seguridad Pública - la historia de una experiencia

Las políticas de seguridad pública se han desarrollado en las últimas décadas para detener un escenario de inseguridad, el miedo, la impunidad y la normalización de la violencia; sin embargo, las medidas de seguridad aplicadas son casi siempre de naturaleza

represiva, olvidándose la importancia de las acciones preventivas, tratando infructuosamente este contexto.

De este modo, se han tratado de desarrollar medidas alternativas y preventivas para hacer frente de manera democrática e innovadora a este problema, al igual que las políticas de seguridad pública ciudadana.

Esta nueva concepción de la seguridad se puede presentar a través de los modelos de organización de la policía que fueron mejorados en las últimas décadas en las academias de policía en el mundo y en Brasil, con el objetivo de la cooperación entre las organizaciones policiales y de la sociedad civil en la búsqueda de la prevención de la violencia.

A partir de una recopilación de datos estadísticos sobre los índices de *Coordenadoria Integrada de Operações de Segurança* (CIOPS) en la ciudad de Fortaleza / Ceará / Brasil, para el período 2000-2008, se encontró que más de la mitad de los conflictos registrado en las comisarías de la policía civil trataban de conflictos entre vecinos (trastorno o ebriedad) y entre familiares.

Tales conflictos (que implican obligaciones o continuas relaciones) configuran como adecuada para su resolución la mediación de conflictos. La mediación se presenta como mecanismo consensual, inclusivo, pacífico, dialogado y participativo de resolución de conflictos, de acuerdo con el punto de vista teórico y práctico del modelo de seguridad ciudadana.

Así, en el período 2007-2010, se han desarrollado investigaciones científicas bajo la coordinación de la Profesora Dra. Lilia Maia de Moraes a través del proyecto piloto "La mediación de conflictos como herramienta para la inclusión social y el establecimiento de la paz: La propuesta de la Aplicación de Mediación en la Secretaria de Seguridad Pública del Estado de Ceará ", en colaboración con la Universidad de Fortaleza (UNIFOR) de la Secretaria de Seguridad Pública y Defensa Social del Estado de Ceará (SSPDS), Fundación de Ceará de Desarrollo Científico y Tecnológico (FUNCAP) y el Consejo para Desarrollo Científico y Tecnológico Nacional (CNPq).

Entre los objetivos perseguidos por el proyecto piloto, uno de ellos fue la implementación del Núcleo de Mediación de la 30ª Comisaría de Policía Civil de Fortaleza, ubicada en el Barrio *São Cristovão*. La elección de la localidad obedeció a los datos recogidos en los últimos

cinco años por confirmar, aludida comisaría, como una de las cuatro en Fortaleza con mayor cuidado y tipos de demandas que se adecuaban a la Mediación de Conflictos.

Para el presente informe se estudió la experiencia de la implementación del Núcleo de Mediación Policial del 30º CPC de Fortaleza, basándose en cuestionamientos acerca de los resultados obtenidos y si la mediación de conflictos era un medio capaz de contribuir al desarrollo de la seguridad ciudadana y la inclusión efectiva y la pacificación social.

2.1 La experiencia del Núcleo de Mediación Policial de la 30ª CPC - Estudiando la realidad de las personas, conflictos, vínculos y casos mediados

La experiencia de estudio se produjo entre los días 20 de agosto de 2010 hasta 25 de octubre de 2011. Durante este período, los resultados cuantitativos en relación al perfil socioeconómico de la población atendida, número total de visitas, direccionamientos, tipos de conflictos, la existencia de vínculos y relación continua, el número de mediaciones realizadas con y sin compromiso.

Los resultados fueron verificados y analizados ampliamente por la combinación de métodos cuantitativos y cualitativos. Se han utilizado técnicas instrumentales y enfoques en la mediación, notas de atención, cuadernos de bitácora, cuestionarios sobre el perfil socioeconómico de los asistidos, cuestionarios sobre el concepto de los asistidos en la mediación y la seguridad pública, los informes de seguimiento de los acuerdos concluidos y los informes estadísticos semanales.

2.2 Perfil socioeconómico de los asistidos

Según el Informe Estadístico del Núcleo de Mediación Policial de la 30ª Comisaría de Policía Civil - *São Cristovão*⁶, durante un año y dos meses fueron recibidos 579 casos asistiendo a 996 personas.

Basándose en estos datos, se encontró que la mayoría de las personas servidas consistían en mujeres (62%). En cuanto a la edad, el 39% tenían entre 20 y 34 años y otro 39% entre 35 y 49 años. En la

6 UNIVERSIDADE DE FORTALEZA. RELATÓRIO DE ATIVIDADES DO NÚCLEO DE MEDIAÇÃO POLICIAL DO 30º DISTRITO DE POLÍCIA CIVIL DE FORTALEZA. Fortaleza. 2011.

clasificación de la raza / color, 62% reportaron ser mulato, 22% blancos, 10% negro y el resto no respondió. En cuanto al nivel de alfabetización, el 87% dijo ser alfabetizado.

Acercas de la situación de vivienda, el 79% de los beneficiarios informó que la casa donde vivían era de su propiedad. En cuanto a los ingresos, el 39% informó que cobraban un salario mínimo y el 34% recibía de uno a dos salarios mínimos y 13% de dos a tres salarios. En la relación de trabajo, el 30% informó que trabajaba por cuenta propia, 23% de empleados con contrato laboral y el 14% eran amas de casa.

Acercas de su grado de participación en organizaciones de carácter colectivo, el 61% de los beneficiarios dijo que nunca participó en estas organizaciones, el 21% dijo que había actuado en grupos religiosos, instituciones de beneficencia, sindicatos y asociaciones de residentes y el 17% dijo que ya había actuado, pero no actuaba más.

Con respecto a que ya habían buscado a otra institución para solventar la cuestión, el 83% informó que buscó sólo el 30° CPC y 8% a otras comisarías de policía civil. El índice indica que esta unidad de la policía fue la primera agencia estatal buscada por la gente para resolver sus conflictos, lo que demuestra la gran importancia social para el ejercicio de la ciudadanía y el acceso a la justicia mediante la resolución de conflictos o direccionando a otros órganos.

Comparando estos datos con los registrados por el CIOPS se mostró que un promedio de más de la mitad de los incidentes policiales involucra conflictos con vecinos, familiares y conocidos en asuntos de menor potencial ofensivo y se mostró también cuán saludable fue la introducción de la mediación como un mecanismo apropiado de tratamiento de este tipo de conflicto dentro de la comisaría.

2.3 Tipos de conflictos

En el análisis de los 579 casos recibidos, se encontró que 72% de los conflictos era pasible de mediación. Los demás, lo que equivale a 162 casos, eran ajenos a la mediación.

La categoría de los casos ajenos abarcó los casos que no pudieron ir a través de mediación, pues demandaban la asistencia jurídica o psicosocial específica exigida y fueron direccionados a la agencia apropiada, dando orientación a la solución el NMP. Entre los órganos fueron la Comisaría de la Mujer, el Centro de Atención Psicosocial

(CAPS), la Comisaría del Niño y del Adolescente (DCA), Defensa del Consumidor (DECON), Fiscalía General del Estado, Defensoría Pública del Estado y la Oficina de Práctica Jurídica de la Universidad de Fortaleza (EPJ / UNIFOR).

Según las estadísticas, 417 conflictos pasibles de mediación estaban relacionados con los crímenes de amenaza, no delictuosos, la deuda, la calumnia, la difamación, violación de domicilio, injuria, lesiones personales, difamación, daños y perturbación de la paz ajena.

De acuerdo con el Código Penal Brasileño⁷, los cuatro tipos de conflictos más atendidos en el Núcleo se refieren a crímenes con un menor potencial ofensivo en contra la libertad personal, no delictuoso, cobro de deudas y crímenes contra el honor.

El crimen de amenaza tipificado como anuncio o práctica de daño a otra persona mediante la palabra, la escritura, gestos u otros medios simbólicos⁸ surgieron en el Núcleo por conflictos generados por gestos que incitaban a la lucha por la demostración de pistola, un cuchillo u otro instrumento peligroso a la vida, en la pelota del niño que apareció con un cuchillo pegado, en el mensaje por el móvil causando intimidación, la amenaza de muerte por el fuerte sonido en la cercanía, etc.

Ya los conflictos “no delictuosos” fueron aquellos que no se tipificaron legalmente, pero que perturbaron la paz de la gente, causando malentendidos e incluso el intento o la consumación de los delitos previstos en la ley.

Se caracterizaron por conflictos de carácter no delictuoso: la contaminación acústica desde los hierros de la hamaca, el hedor de la ganadería del vecino, las ramas de árbol de la propiedad adyacente ensuciando el patio trasero de la otra, el humo de la hoguera que se enciende cada fin de semana, el ruido de los niños jugando en la calle, la pelota que golpea la pared, vecino que tira sus desechos de aguas residuales a la calle causando daño a otros vecinos, residente que trabaja con camiones y los deja estacionados durante meses frente la casa de otro vecino , entre otros.

7 BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de diciembre de 1940. **Código Penal**. Organização do texto: Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

8 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.

Se observó en este tipo de conflictos que, debido a la falta de calificación jurídica, no fueron tratados y adecuadamente resueltos por la policía. Sin embargo, sólo cuando, debido al excesivo tiempo demorado, se convirtió en delito tipificado, recibió atención por parte de los órganos de seguridad pública que no podían más actuar preventivamente, visto que el delito ya había acontecido.

Las situaciones de cobro de deuda estaban relacionados con la falta de pago de la renta y el suministro de bienes muebles e inmuebles adquiridos por cuenta propia o ajena.

Los crímenes en contra el honor fueron aquellos que han alcanzado la dignidad humana y los atributos morales, físicos e intelectuales que la persona hace de sí misma, así como la reputación que tenían en el entorno social⁹. Entre los conflictos que se recibieron en el NMP estaban los insultos y las palabras de naturaleza negativa dichas contra otra persona, buscando denigrar su integridad personal, social o profesional.

En todos estos conflictos se ha encontrado como la causa principal la falta o deficiencia de diálogo y/o respeto por los demás. Como se verá más adelante, la mayoría de estos conflictos se produjeron principalmente entre las personas que tenían vínculos emocionales o interacción prolongada.

2.4 Vínculos y relaciones continuadas entre los asistidos

La mediación –por ser una herramienta adecuada para la solución de los conflictos que existen en relaciones continuadas o algún vínculo mutuo, ya que la solución es profundamente dialógica, hace posible desenredar y resolver los conflictos reales, no sólo los aparentes–, probada ser extremadamente útil en los espacios de la policía.

Esta comprensión, que ya había sido verificada por el CIOPS como ya se subrayó en líneas anteriores, fue ratificada por los registros de las visitas. A partir de los datos sobre los tipos de conflictos y los vínculos entre las partes interesadas fue posible decir que los conflictos involucraban principalmente vecinos, familiares y conocidos. De acuerdo con los informes de las personas atendidas, en la mayoría de las veces nacieron de discusiones aparentemente “inofensivas”, pero,

⁹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Especial. p. 237. NMP, pues el 94% de los casos involucraban vínculos entre vecinos, familiares y conocidos.

sin embargo, de los sentimientos y las emociones mal administradas, que con el paso del tiempo llegaron a ser agravadas por la práctica de la violencia a nivel físico, el daño moral o psicológico o incluso rompiendo con los lazos existentes.

Por lo tanto, los datos demostraron la pertinencia del uso de la mediación en estos casos, ya que, por tener vinculación emocional o una relación de proximidad, las personas involucradas en estos desacuerdos tuvieron la oportunidad de manejar bien a través de un diálogo facilitado por terceros neutrales. Esto nos permitió entender las verdaderas razones, la posibilidad de restablecer las relaciones rotas o desgastadas, la solución efectiva y la prevención de nuevos desacuerdos.

2.5 Total de mediaciones con y sin acuerdo y casos solucionados

En total, se realizaron 197 mediaciones, por lo que el 86% de ellas estaban cerradas con acuerdo, lo que representó una tasa bastante significativa. Los casos cerrados con acuerdo fueron seguidos por un período de 1 mes, en el que se estableció contacto con los participantes para que ellos informaran sobre el cumplimiento de los acuerdos.

Sin embargo, si hacemos una comparación entre el número total de casos elegibles para la mediación (417) y los que fueron mediados de manera efectiva (197), uno se da cuenta de que un poco menos de la mitad de los conflictos que han pasado a través de la pre-mediación continuaron siendo mediados.

Esto se debió a que se registraron 119 abandonos (en el que el demandante alegó no querer seguir a la reunión de mediación), 26 no aceptaron (situación en el que el demandado no se adhirió al procedimiento de mediación) y 75 archivados (en el que ambas partes no asistieron a la reunión y no se ha podido ponerse en contacto con ellos) por un total de 220 casos.

Sin embargo, al analizar las razones de los abandonos y no aceptación, se encontró que el 66% de los casos de deserción y el 24% de los casos de no aceptación ya se habían resuelto antes del día de la mediación. Las personas involucradas en estas situaciones han informado a los mediadores que poco después de pasar por la pre-mediación han logrado discernir mejor acerca de las verdaderas causas de sus conflictos, así como la importancia de resolver pacíficamente a

través del diálogo con la otra parte. Estos datos demuestran que el uso de las técnicas de mediación tuvo un papel educativo, pues alentó a las partes a desarrollar la autonomía y la capacidad de decidir por sí sólo y en cooperación a sus propios desacuerdos.

En los casos archivados mucho se debe a la dificultad de contactar con las partes invitadas a la mediación, ya sea por carta o por teléfono. Debido al hecho de que es una zona periférica de Fortaleza, el Servicio Postal, a menudo no podía localizar las residencias, y muchas cartas de invitación regresaron.

De este modo, la comprensión de que las mediaciones que se cerraron con acuerdo, los abandonos y sin aceptaciones (resueltas sólo con la primera convocatoria de la mediación) fueron todas formas solución del conflicto, se concluye que el Núcleo obtiene el porcentaje del 61% del total de casos pasibles de mediar que se le han direccionado.

3 Mediación de Conflictos – cambios concretos positivos y vector para una policía ciudadana

En asociación con los números del Informe estadístico del Núcleo de Mediación de la policía del 30º CPC se recogieron datos cualitativos de la observación empírica de las consultas y reuniones de mediación.

El registro del cotidiano y las declaraciones de los profesionales de la seguridad fue un recurso utilizado para expresar los beneficios y los cambios experimentados por ellos con la puesta en práctica de la mediación en la comisaría de policía. A fin de facilitar la recopilación y el análisis de estas hojas de datos para el seguimiento de los casos, se utilizaron libros de bitácora y cuestionarios sobre la mediación y la seguridad pública.

3.1 Espacio de escucha y dialogo y alcance del procedimiento policial adecuado

Con la implementación del proyecto piloto, muchos policías informaron que antes de la existencia del Núcleo poseían gran dificultad en atender adecuadamente los conflictos penales de menor potencial ofensivo y no delictuosos implicando relación continuada y vínculo emocional que llegaban a la comisaría.

De acuerdo con muchos de ellos, esta dificultad sucedía tanto por la falta de calificación específica para actuar apropiadamente como por

la rutina de trabajo que necesitaban cumplir a lo diario. Referente a este aspecto, uno de los escribanos de la comisaría relató lo siguiente:

El trabajo de ustedes va a ser esencial para mejorar las actividades de la comisaría, pues ahora ustedes pueden escuchar a las personas como ellas necesitan. Ahora ellas tendrán la oportunidad de charlar con tranquilidad y de resolver sus problemas, que empiezan sencillos y pueden volverse más graves después. Esto era algo difícil de hacer durante los registros en virtud de tantos crímenes que tenemos de averiguar por día.

(Escribano José 35 años)

Confirmando la comprensión del escribano sobre la dificultad de ejecución de un procedimiento policial adecuado al registrar la denuncia, María, 39 años, después de haber sido recibida por el Núcleo para explicar su caso y Régis, 22 años, expresaron:

Quiero hablar de ello, porque el escribano hizo la denuncia muy rápido, y estaba lleno de gente yendo y viniendo, esto no está bien. (María, 39 años)

Las primeras personas que me hacen caso son ustedes, ni siquiera hay palabras para la comodidad de quién está siendo atendido por ustedes. (Regis, 22 años)

Acoger y escuchar a las personas como necesitaban, dando la oportunidad de un diálogo acompañado de un tercero imparcial y capaz de facilitar la solución de este tipo de conflictos, fue uno de los mayores beneficios señalados en el discurso de los atendidos. El mantenimiento de un ambiente en el que las personas no transitan en cualquier momento, por ejemplo, fue una de las medidas priorizadas por los mediadores para garantizar la privacidad, la confidencialidad y la tranquilidad. Márcio, 40 años, después de pasar por el servicio de mediación, declaró:

Cuando me enviaron al Núcleo, pensé que estaba siendo enviado a otro lugar donde iban a impedir mis derechos, pero ahora entiendo que mis derechos en el Núcleo no van a estar excluidos, aquí siento atención y respeto, me lo han escuchado aquí.

Según el equipo de mediadores, este testimonio era bastante común y dejaba notoria la necesidad de un servicio de policía guiado por el diálogo y la escucha para transmitir a los ciudadanos la sensación de atención, protección y el respeto por sus derechos. A menudo, la falta de una asistencia con esta dimensión ampliaba la sensación de inseguridad, impotencia y rabia que las personas ya estaban sintiendo al llegar a la comisaría en busca de un poco de ayuda, tal como se refleja en el informe de Flavio, de 32 años: “Me pregunto si hay alguien que me ayude, porque si no hay lo hago con mis propias manos.”

Por otra parte, se constató que por la aplicación de técnicas de mediación, las personas eran más propensas a explicar lo que realmente deseaban a través de las denuncias y otros mecanismos que utilizaban. Con esto, ellos pudieron recibir las orientaciones y el apoyo que necesitaban, reflexionando mejor sobre cuál procedimiento más apropiado a adoptar, como se percibe en las declaraciones:

Así era (en referencia a la mediación) lo que yo buscaba, esto de denuncia es demasiado pesado. Este núcleo se quedó demasiado bueno. (Fátima, 25 años)

Hay tantos casos que no vale la pena ir para la denuncia. Una tontería que a veces en una conversación puede ser resuelta. (Rodrigo, 32 años)

Las declaraciones de satisfacción con la atención recibida en el Núcleo también eran acompañadas por otros profesionales de la comisaría, ejemplo de la declaración de la recepcionista:

La mediación ayuda en la comisaría con respecto a la denuncia, ustedes han dado muchos resultados positivos. La gente comenta que es bien atendida y sale con sus conflictos resueltos y no tiene que volver por esta razón (recepcionista de la comisaría).

Según los mediadores, estos logros no sólo eran alcanzados por la gente que pasaba por la mediación y firmaba un acuerdo. También estaba presente en el discurso de las personas direccionadas a otros órganos, de las personas que todavía se encontraban en el momento de pre-mediación e incluso entre aquellos que tenían sus reuniones de mediación terminadas sin acuerdo.

3.2 Inclusión, autonomía y empoderamiento

Por ser un método democrático que fomenta la participación activa de las personas, la mediación también condujo al logro de la inclusión social, cuando apreció el discurso de cada individuo, animándoles a reconocer las diferencias existentes y llamándoles a expresar su propia comprensión, valores y necesidades sobre el conflicto que vivían.

Trabajando por la inclusión y la integración de las personas en el proceso de toma de decisiones, los mediadores expandieron el sentido de la autonomía y de la capacidad de decidir sobre sus propios problemas. Así que la gente comenzó a percibirse a sí mismos como sujetos de derechos y protagonistas de sus historias, animándose a promover cambios decisivos en su vida que ayudan a impedir la continuación de los conflictos en los que estaban involucrados.

Se observó el alcance de la autonomía, por ejemplo, en los informes de mujeres que hace mucho enfrentaban a largas dificultades en el matrimonio debido a que sus maridos no les permitían trabajar fuera del hogar. En algunos casos, las historias de violencia física y psicológica las mantenían inmóviles y con miedo de ejercer y proteger a sus derechos, así como luchar por sus sueños. Sin embargo, según los informes, después de un largo sufrimiento, habían logrado superar la puerta de casa y buscar ayuda en la comisaría. Frente a la atención de la mediación, estas mujeres dijeron que encontraron en este mecanismo de resolución de conflictos una manera de expresar sus angustias, sintiéndose valoradas y alentadas a hablar, hacer cumplir y reclamar sus derechos.

Por otra parte, a través de la mediación también fue posible aumentar el empoderamiento entre las personas, es decir, un proceso a través del cual las personas ven a sí mismos como portadores de derechos, dejando el nivel individual con el fin de movilizarse y hacer valer sus derechos en una dimensión colectiva.

Este proceso se mostró claro en los conflictos de larga duración que se producían entre los vecinos por la falta de atención de los poderes públicos en cuanto a los servicios de salud, seguridad y servicios de vivienda en el barrio, pero que, sin embargo, eran vistos como una falla de uno u otro vecino, generando conflictos individualizados y de cuño personal. Al procurar la comisaría para resolverlos, encontraron

un espacio para el diálogo, construcción de consenso y la conclusión de que los conflictos fueron causados por la omisión del poder público.

Así, lograron comprender la necesidad de concienciación conjunta entre todos los residentes para reivindicación colectiva por las mejoras en el barrio junto a los órganos responsables, remediando, consecuentemente, la estancia y el agravamiento de los conflictos relacionados a estos problemas.

3.3 Identificación de conflictos reales y redefinición de los valores

Con la experiencia de la mediación, se observó que muchas de las causas que motivaron los conflictos no eran fáciles de identificar, ya que casi siempre no eran externadas tan claras al principio. Estos tipos de conflictos llamados “aparentes”, cuando explorados e investigados más a fondo por medio de “una lupa” (metáfora de la lupa)¹⁰ terminaban por presentar su complejidad y los “conflictos reales” que estaban ocultos.

Hay conflictos aparentes y conflictos reales. Los conflictos aparentes son aquellos hablados, pero que no reflejan lo que realmente está causando angustia, descontentamiento, inquietud u otra sensación que cause malestar. Si no hay profundización de la discusión (sobre todo en los casos de relación continuada o con sentimientos afectivos involucrados) y no se puede llegar al conflicto real; la solución superficial, aparente, podrá empeorar la situación, y el conflicto amenaza con ser peor. Por la complejidad del conflicto, la mediación requiere la exploración del problema y la profundización de sus causas.

En el Núcleo de mediación, por lo tanto, fue posible percibir que conflictos que llegaban inicialmente como una amenaza, problema de alcantarillado obstruido que perjudicaba al vecino, aumento de pensión alimenticia, mantenían aspectos ocultos y complejos que requerían de la mediación una mayor exploración sobre sus causas para resolución efectiva.

Al descubrir las razones reales de los problemas, pasaron a comprender no sólo el “qué” quería cada parte, o sea, los deseos y posiciones asumidas, pero sobre todo “los porqués”, es decir, los

10 BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lília Maia de Morais. **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**, p. 156.

valores y significados usados por los participantes para la existencia de las situaciones conflictivas.

De este modo, cuando los conflictos eran examinados más estrechamente se identificaba, por ejemplo, que la denuncia de amenaza provenía de un malentendido causado por un chisme; que el problema de alcantarillado obstruido por el vecino no venía de su negligencia en el mantenimiento del mismo, pero de problema financiero por estar en el paro; que la madre que deseaba aumentar la pensión alimenticia, en realidad, quería del padre ausente el afecto y la atención para los hijos menores. Escuchando y expresando los conflictos reales que mantenían las divergencias, los participantes de la mediación comenzaron a desarrollar nuevas miradas y perspectivas sobre los problemas, convirtiéndolos y redimensionándolos de una manera productiva y positiva.

Esta redefinición de valores se manifestó tanto en los discursos como en los gestos y miradas de los mediados. Personas que adentraban la sala sin mirarse siquiera, en un determinado momento pasaban a respirar con más levedad. Logrando hablar con tranquilidad, miraban directamente a los ojos del otro, reconocían errores, pedían disculpas con espontaneidad, se responsabilizaban a sí mismos e, incluso, reanudaban la relación o antiguos compromisos juntos. Los siguientes informes retrataron un poco de esta dimensión:

La mediación ayudó mucho porque antes yo estaba enojada y ahora no estoy más. Aprendí a perdonar y quiero que ella sea feliz. (Fernanda, 22 años)

La mediación ayudó porque yo me abrí, fui sincero y nunca pensé en hacer eso. (Pedro, 28 años)

Mediación es aplacar el alma. Aquí observamos los errores y ellos terminan sirviendo para el ajuste. (Josivam, 58 años)

3.4 Prevención de la violencia y construcción de una cultura de paz

Teniendo en cuenta los resultados descritos, no fue difícil ver y escuchar entre los mediados y funcionarios de seguridad pública que la mediación fue importante para promover la buena gestión de los conflictos y, consecuentemente, la prevención de otros. Antonio, 30 años y Francisca, de 40 años, después de pasar por el proceso de

mediación compararon con el período en que no había el Núcleo en la comisaría:

Oye, si este servicio hubiera llegado aquí antes, mucha cosa, muchos problemas, incluso muerte por discusión se habrían evitado. Charlando es que nos entendemos. (Antonio, 30 años).

Si las personas buscaran la protección de sus derechos desde el primer momento en espacios como este, esto ayudaría a prevenir los delitos mayores. Esto haría con que la gente se diera cuenta de que pueden resolver sus problemas y que no hay porqué quedarse desacreditada y con miedo de lo que puede suceder. (Francisca, 40 años)

En estos relatos, como en muchos otros, quedó claro que la valorización del diálogo y la protección de los derechos a través de la mediación fueron decisivas para que los “grandes crímenes” pudieran ser evitados. Posibilitar la explicación de sus cuestionamientos cuando aún estaban empezando, es decir, cuando todavía era posible el uso del diálogo y la habilidad de negociación para resolverlos, fue esencial para evitar nuevos conflictos, así como el empeoramiento de los existentes, tales como el cometimiento de lesiones corporales e, incluso, homicidios.

En este sentido, en algunos casos fue presenciado por los mediadores que si las reuniones de mediación no hubieran ocurrido, sin duda, debido al estado de ánimo en el que estaban los involucrados, crímenes aún más graves, con daños irreversibles podrían haber ocurrido. Sumada a este contexto también estaba la cultura de la auto tutela, tan recomendada por la población que, al no ver otra alternativa para resolver su conflicto, muchas veces recurre a este medio de violencia para solucionar la propia agresión sufrida.

Sergio, de 35 años, que ya había sido atendido por el Núcleo en otra ocasión, regresó con un nuevo conflicto, porque su hijo jugando pelota en la calle, sin querer, la golpeó en la pared de la vecina. Esta, muy enojada, llevó el juguete del niño y le clavó un cuchillo. * Sergio dijo que si este evento hubiera tenido lugar antes de haber pasado por la mediación, sin duda lo intentaría resolver a través de la violencia, porque en el momento en que su hijo le contó el hecho, se

vio abrumado por la ira y la indignación. Sin embargo, se acordó del núcleo de mediación de la comisaría y en el otro día procuró la ayuda de los mediadores:

Ese trabajo de ustedes me ha ayudado mucho porque me hace pensar más antes de actuar, además de que me está ayudando a ser más tranquilo. Ayer vine aquí para resolver un problema, pero cuando le di la carta de invitación del Núcleo a mi vecina, ella quiso charlar y resolvimos todo a través de una conversación.

Se observó a través de informes como éste que las personas que pasaban por la mediación comenzaron a evitar acciones impulsivas motivadas por emociones de ataque, defensa y venganza sentidas en el “calor del momento”, que dificultaban la resolución de desentendimientos. Ellas comenzaron a utilizar la reflexión, paciencia y respeto hacia los demás para tratar de resolver los problemas que aparecían en su cotidiano.

La sensación de ganar-ganar entre la gente era tan fuerte que al dejar el Núcleo muchos participantes decían que querían llevar los aprendizajes de la mediación para sí y también para las personas que no podían acceder a ellos. João, de 25 años, motivado por el potencial de la mediación en prevenir conflictos y proponer las buenas relaciones entre las personas, asumió voluntariamente la responsabilidad de ser un multiplicador de esta práctica en su barrio: “Ahora voy a intentar pasar la mediación a otros que no puedan venir”.

El caso de João denotó el papel desempeñado por la mediación en la construcción de una cultura de paz. Al permitir a los mediados la formación para bien manejar los conflictos mediante el diálogo, algunas personas, además de solucionar sus propios problemas, trataron de replicar los aprendizajes logrados en su comunidad.

La generación de un sentimiento de pertenencia e integración con la sociedad entre estas personas fue tan importante que dio lugar a iniciativas de solidaridad y cooperación con la policía y la comunidad para prevención de la violencia y concretización de la paz social. De esta manera, se logró el concepto de seguridad ciudadana, garantizado por la Constitución como un derecho y un deber de todos.

3.5 El desarrollo del modelo de policía ciudadana

Los beneficios alcanzados fueron pertinentes para promover junto a la población un cambio de mirada sobre la imagen de la policía. El entorno de acogida y el trato diferenciado otorgado a los atendidos del NMP a través del diálogo y del respeto fueron fundamentales para establecer confianza y colaboración entre la población y la policía en la prevención de conflictos.

De este modo, mediante la aplicación de cuestionarios que tenían como objetivo verificar cómo los atendidos pasaron a ver la comisaría después de la implementación del núcleo, muchas personas respondieron bajo la siguiente perspectiva:

Antiguamente uno veía la comisaría sólo para detener a personas, ahora se la puede ver ayudándonos en la resolución de conflictos. La antigua comisaría causaba incluso miedo de entrar. (Lúcia, 35)

Se puede ver que ella está mejorando los servicios. Lleno de cambios. (José, 30)

Empecé a ver con mejores ojos. Empecé a creer más en la justicia. (Marlene, 28)

Estas percepciones representaron gran parte de las respuestas de los atendidos. Para muchos, el contacto con las prácticas de la mediación del núcleo modificó positivamente el marco básico de policía que tenían. Reforzando este cambio de paradigma, el comisario principal de la 30ª CPC, Dr. Sylvio Rêgo, dijo:

La mediación de conflictos ha sido una alternativa muy innovadora para la comisaría, ha contribuido a dar un nuevo rostro a la policía civil, el de una policía ciudadana. [...] Hoy, con este nuevo enfoque, los conflictos relacionados con la mediación han tenido un tratamiento diferente, especial y más apropiado. Antes yo pensaba que las personas tendrían muchas dificultades para creer en la mediación de conflictos, ya que la policía ha pasado históricamente la idea de que la seguridad sólo puede garantizarse a través de la forma represiva de manejo de conflictos. Sin embargo, la mediación de conflictos en este recinto ha pasado a la población una nueva imagen de la

policía, una imagen más de acuerdo con la modernidad, de hablar bajo el uno al otro, de respeto, de conversación y de sutileza. Infelizmente, este proyecto sólo está siendo implementado en esta comisaría, hay muchas otras áreas que necesitan de este servicio en sus comisarías, como la Barra do Ceará, última región de Fortaleza en la que trabajé. Allí la cantidad de conflictos de vecinos era muy grande y no había ninguna mediación.

La experiencia del núcleo de mediación de la 30ª CPC pudo, por lo tanto, desarrollar el modelo de policía ciudadana en la medida que fomentó en la población la creencia de que también es posible garantizar la seguridad pública mediante la prevención de los conflictos con el uso de métodos alternativos e innovadores de solución que valoran la dignidad humana y fortalecen el ejercicio de la ciudadanía. Lúcia, de 40 años, declaró:

La comisaría somos nosotros quienes la convertimos en un local de problemas, pero el núcleo de mediación le trajo un gran servicio que ofrece a la comunidad escucha y acogida. Leí con mucha atención este informativo de ustedes y así entendí bien el objetivo de la mediación. Ésta es la segunda vez que me siento bien atendida y veo a ambos lados salir victoriosos del conflicto, porque si sólo hubiera sido yo, me quedaría triste.

Lúcia fue una de las participantes de la mediación que consiguió hacer referencia a la comisaría como un espacio de ciudadanía y resolución de conflictos y no sólo como un “local de problemas”. Por quedarse satisfecha con los resultados obtenidos para ella y para los otros involucrados, terminó regresando para una nueva atención en el Núcleo. Demostró su confianza en la policía y reconoció la importancia de la cooperación con la otra parte y la policía para hacer frente a los conflictos.

Además, la mediación también optimizó la propia labor de la policía al intervenir de manera más efectiva y tranquila sobre estos conflictos, proporcionando un procedimiento policial más adecuado para aquellas demandas, así como la reducción de la cantidad de registros de denuncias en la 30ª CPC.

CONSIDERACIONES FINALES

Teniendo en cuenta el estudio expuesto, la implementación del Núcleo de Mediación Policial en la 30ª CPC de Fortaleza se hizo notable como una experiencia innovadora de práctica de seguridad ciudadana en la Secretaría de Seguridad Pública y Defensa Social de Ceará que contribuyó a la construcción de una cultura de paz.

Fundamentalmente, la seguridad ciudadana prima por la valoración de las personas, el diálogo y la participación democrática de la sociedad en cooperación con la policía para prevenir la violencia. Por ser los mismos objetivos de la mediación, ésta resultó una práctica adecuada para la solución de conflictos en el entorno policial en la medida que se materializó, a través de la experiencia del Núcleo, cada uno de los puntos centrales de la seguridad ciudadana, lo que garantiza que es deber del Estado y responsabilidad compartida, según lo prescrito por la Constitución de 1988.

Con un equipo de mediadores con las calificaciones adecuadas, la comisaría pudo manejar con corrección y eficacia los conflictos recurrentes planteados por los datos de CIOPS e Informe Estadístico del Núcleo de Mediación Policial de la 30ª CPC.

Valorando la capacidad de habla de cada uno de sus participantes, promoviendo el reconocimiento de las diferencias existentes y llamándoles a expresar sus propios entendimientos, valores y necesidades sobre el conflicto, la mediación promovió la inclusión y la participación activa de estas personas, haciendo que reflexionen y busquen, de forma independiente, las mejores soluciones para los problemas.

Pasando por este proceso con la ayuda de los mediadores, muchas causas que motivaban la continuación de la lucha pudieron ser descubiertas, comprendidas y resueltas. Como resultado, los informes señalaron la importancia de la transformación de los conflictos a través del proceso de replanteamiento de valores. Esto proporcionó, en muchos casos, el restablecimiento de los vínculos y de las relaciones continuadas hasta ahora desgastadas o rotas.

Además, se comprendió que la recuperación del diálogo y la protección de los derechos a través de la mediación fueron decisivas para que los “grandes crímenes” pudieran ser evitados. Se constató que si no hay una intervención activa, preventiva y una mayor

preocupación de los órganos de seguridad pública en la resolución de delitos sociales de menor potencial ofensivo, llamados por muchos de conflictos “simples”, estos podrán ser agravados, activando nuevas expresiones de violencia .

Las cifras estadísticas mostraban que el NMP fue eficaz para la resolución efectiva de los conflictos, así como para la ayuda de la labor policial, ya que contribuyó para reducir la cantidad de registros de las denuncias en la 30ª CPC.

Los cambios, beneficios y resultados obtenidos con la inclusión de la mediación en la comisaría, indicaron a partir de los informes presentados que, además de la asistencia prestada a la labor policial, la mediación promovió el acercamiento entre el Núcleo y las personas atendidas por esta institución, por medio de la confianza y el enfoque establecidos. Ha sido impresa una nueva imagen de la policía en la 30ª CPC: “la de policía ciudadana”. Desarrollando esta dimensión, se comprobó que la mediación proporcionó la capacitación de manejar bien los conflictos, tanto a los atendidos, como a la policía, despertando en todos estos actores el compromiso de actuar en la prevención de la violencia y mantenimiento de la paz social.

Después de haber sido comprobado en la práctica que la aplicación de la mediación de conflictos en el contexto policial se presentó como una forma eficaz para la solución de los conflictos, prevención de la violencia y construcción de una cultura de paz, se concluyó por la necesidad de multiplicación de esta experiencia en otras comisarías de la policía civil de Fortaleza.

Se cree que, con la viabilidad de esta propuesta, sin duda, la mediación de conflictos ayudaría a mantener el orden público, un objetivo fundamental de las agencias de seguridad pública, así como fomentaría el fortalecimiento del espíritu de una sociedad mediadora capaz de integrarse y cooperar junto con la policía para garantizar la seguridad pública con ciudadanía orientada para la búsqueda de la paz social mediante el diálogo, el respeto a los derechos y la participación democrática.

REFERENCIAS

BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz; ABREU, Sérgio Roberto. *A transição de uma polícia de controle*

para uma polícia cidadã. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, Mar 2004. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n1/22234.pdf>. Acceso en: 10 de Abril de 2012.

BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lília Maia de Moraes. *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Organización del texto: Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes y Juliana Nicoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FICHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao Sim - A negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro y Ana Luiza Borges. 2. ed. revista y ampliada, Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FREIRE, Paulo. *Educação Como Prática da Liberdade*. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.

MELO, Anderson Alcântara Silva. *A construção de uma polícia democrática no Brasil: Reflexões e desafios*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, año 2008, v. 9, p.131-145. Feb/marzo 2008.

SAPORI, Luis Flávio. *Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

EL ARRAIGO Y SU CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

Luis Felipe Guerrero Agripino

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España; Profesor titular del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México; Rector del Campus Guanajuato, Universidad de Guanajuato, México.

Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

Maestro en Ciencias Jurídico Penales y doctorante en el programa de Doctorado Interinstitucional de Derecho, en el cual colaboran las Universidades: Autónoma de Aguascalientes, de Colima, de Guanajuato, Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y de Nayarit.

INTRODUCCIÓN

La violencia que ha experimentado México desde finales del siglo pasado y que se ha recrudecido a principios de este nuevo milenio incitó una declaración de “guerra contra el crimen organizado” en diciembre de 2006 por el entonces titular del Poder Ejecutivo Federal. Esta declaratoria se tradujo en la concreción de una serie de estrategias político criminales caracterizadas por privilegiar la intensificación del aparato punitivo del Estado, en perjuicio de los derechos fundamentales de los gobernados. Si la tradición liberal dejó como herencia entender al Derecho Penal como la *ultima ratio* de la política criminal, en la actualidad se suele apreciar su recurrente utilización para pretender resolver determinados problemas sociales antes de utilizar otros mecanismos menos drásticos y lesivos. Y es que ante los esfuerzos del Estado para combatir a una criminalidad indómita -tradicional y organizada-, las demandas ciudadanas de criminalización han aumentado, lo cual suele propiciar reacciones desmedidas del legislador penal que, por ejemplo, se traduce en la agravación de las penas ya existentes, el incremento de los catálogos de las figuras típicas en los ordenamientos penales y la conformación

de un derecho penal de excepción caracterizado por la restricción de los derechos fundamentales a los destinatarios de ese derecho.

Esto genera un círculo vicioso: el recrudecimiento de la violencia institucional propicia el de la violencia social. Sin embargo, los resultados de esta estrategia han sido poco favorecedores. Persiste el sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, mientras que la impunidad es la música de fondo del grave problema.

Ante este estado de cosas, una institución jurídica que ha propiciado un debate importante en el foro mexicano es el arraigo. Se trata de una medida cautelar cuyas características tocan fibras sensibles del sistema democrático mexicano, sin dejar de lado posturas que los justifican bajo el cobijo del pragmatismo jurídico penal.

A continuación nos referiremos a esa figura. Veremos algunos rasgos de su marco conceptual y un panorama de su transcurrir legislativo en México, hasta llegar a la situación controvertida actual.

I. PRIMERA APROXIMACIÓN

Suele ser común que los operadores del sistema penal exijan del orden jurídico mayores herramientas que le permitan combatir eficazmente la criminalidad, aunque muchas de ellas impliquen la flexibilización o negación de los principios garantistas que le dan sustento y legitimidad al Derecho Penal en un Estado Constitucional. Entre estas herramientas destaca, por ejemplo, la prisión preventiva, que se convierte en la medida cautelar por excelencia. En lugar de investigar para detener, se prioriza la posibilidad de detener para investigar.

Los orígenes contemporáneos de esta tendencia, se encuentran principalmente a partir de 1993, año en el que se reformaron diversos artículos constitucionales, con el fin de aumentar el tiempo de detención de los inculpados ante el órgano persecutor, particularmente en los casos de delincuencia organizada. En la exposición de motivos de la reforma al artículo 16 Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, el Constituyente Permanente señaló que en virtud de la elevada gravedad de ese tipo de criminalidad, la violencia que representaba y las enormes dificultades que se presentaban para integrar la averiguación previa, el Ministerio Público requería de mayor tiempo para acreditar los elementos del tipo

penal y la probable responsabilidad del inculpado, que en ese entonces constituían el parámetro de prueba para fundamental el ejercicio de la acción penal.

Esa reforma constitucional marcó el inicio de una particular regulación jurídica para ese tipo de criminalidad, que se vendría a consolidar con otras reformas constitucionales de finales de siglo XX y principios del XXI. Más aún, fue el marco para que en el año de 1996 el Congreso de la Unión aprobara la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 7 de noviembre de ese año.

Entre las muchas críticas que desde la academia se formularon al articulado que conformó la redacción original de la citada legislación de lucha, destacó la realizada al artículo 12 que contempló por primera vez la figura del arraigo penal en nuestro país. Esta medida cautelar fue adoptada posteriormente por diversos códigos de procedimientos penales en nuestro país. Su regulación varió en cada ordenamiento jurídico. Lo que comenzó siendo una medida cautelar *justificada* para la delincuencia organizada, fue adoptándose también para la delincuencia común.

II. REGULACIÓN LEGAL Y CONSTITUCIONAL DEL ARRAIGO PENAL EN MÉXICO

En estricto sentido, el arraigo tiene orígenes diversos al eminentemente penal; es más, quizás en este ámbito resulta forzada su aplicación. En seguida se mencionan brevemente sus antecedentes legislativos en el sistema mexicano.

II.1. Primeros antecedentes

El arraigo es una institución procesal de naturaleza cautelar cuyo propósito es que una persona no salga de un territorio determinado, para que no se sustraiga de la acción de la justicia y esté en aptitud de presentarse ante una autoridad judicial siempre que sea requerido para ello. En México, fue adoptada principalmente por los ordenamientos procesales civiles tanto federal como de los Estados; el Código de Comercio y la Ley Federal del Trabajo, regulándose como una providencia precautoria consistente en el requerimiento judicial

al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar apoderado.

Según lo hemos señalado, en el ámbito penal tuvo su puerta de entrada en la redacción original del artículo 12 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada, a partir del siguiente texto:

“El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo”.

Al llevarse a la práctica esta medida cautelar, los operadores del sistema penal dieron una interpretación a modo a esta disposición legal. Se entendió que el arraigo debía llevarse a cabo en un domicilio determinado del cual no podía salir el indiciado durante la duración del arraigo, pues se encontraría bajo la vigilancia de la propia representación social, de ahí precisamente que se le empezara a denominar arraigo domiciliario. Así, el arraigo empezó a llevarse a cabo en instalaciones destinadas por la representación social para tal fin o en habitaciones de hoteles.

Esta forma de interpretación a la disposición legal en estudio era desde luego inconstitucional, pues preveía la posibilidad de privar de la libertad a una persona hasta por noventa días fuera de los casos previstos por los artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esto es así porque desde el constituyente de 1824, las constituciones políticas de nuestro país han determinado que las detenciones a los gobernados por parte de autoridades administrativas y judiciales duren sólo algunas horas, pues en todo caso la detención sólo puede prolongarse en el tiempo cuando se encuentre sustentada en una resolución judicial en la que se determine que existen elementos suficientes para estimar que el autor es probable responsable de los

hechos que se le imputan y por ende es procedente la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar¹.

En efecto, una de las principales preocupaciones de los diversos constituyentes mexicanos ha sido evitar las detenciones arbitrarias. Sin embargo, con el arraigo domiciliario nos encontramos frente a un acto de molestia: la persona es privada de su libertad por un tiempo considerable sin que aún existan elementos para considerarlo autor de hecho probablemente delictivo.

Sergio García Ramírez ha advertido que esta forma de aplicación del arraigo desvirtúa la naturaleza procesal de la institución y en realidad se trata de una detención encubierta. El referido autor precisa:

“Sin ignorar, por supuesto, la ventaja y utilidad que pudiera prestar un verdadero arraigo domiciliario, realizado en el domicilio del indiciado, durante un breve período, cabe preguntarse: el arraigo que se prolonga sesenta o noventa días, ¿no es ya una detención, o puesto en otros términos, una ‘semidetención’, para emplear la misma palabra que empleó el dictamen del Senado (me refiero al dictamen sobre el proyecto de Ley Federal contra la delincuencia organizada), cuando dijo que no debía de ocurrir eso, pero creó las condiciones para que ocurriera”².

No obstante las críticas que se hicieron a la figura del arraigo domiciliario, no pocas legislaturas de los Estados así como el

1 Esta resolución ha sido denominada de diferente manera por las diversas normas fundamentales que han regido en México. La Constitución de 1836 lo denominó Auto Motivado de Prisión, las Bases de organización política de la República Mexicana lo denominó Auto de bien preso, la Constitución de 1857 volvió a la denominación de la de 1836 y la Constitución de 1917 lo llamó Auto de Formal Prisión.

2 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, segunda edición, Porrúa, México, 2009, pp. 71-72.

Novena Época, Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVII, Enero de 2008, tesis I.9o.P.69 P, p. 2756. Estas razones llevaron al Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito a declarar inconstitucional el artículo en estudio en el año de 2007. Su criterio es consultable bajo la tesis de jurisprudencia cuyo rubro es “ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

legislador penal federal, sucumbieron a la tentación de adoptar en los ordenamientos procesales penales esta medida cautelar con la finalidad de darle mayor tiempo al órgano persecutor para fundamentar adecuadamente sus indagatorias, así como facilitar el cumplimiento de una eventual orden de aprehensión en contra de los arraigados.

II.2. Ordenamientos estatales

Ordenamientos como el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 133 bis); la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes de 2003 (artículo 291); los Códigos de Procedimientos Penales de Michoacán de 1998 (artículo 129), de Zacatecas de 1967 (artículo 127 bis), de Jalisco de 1982 (artículo 102 Bis), de Chihuahua de 1987 (artículo 122 bis), de San Luis Potosí (Artículo 168), entre otros, regularon el arraigo, aunque en términos diversos y varias de estas disposiciones aún son vigentes. En la mayoría de los casos, el tiempo límite de la detención es de treinta días naturales, pudiéndose duplicar dicho término por una sola ocasión. Un caso aún más excesivo lo encontramos en la legislación de Jalisco, en la cual se establece que esta medida cautelar también se puede imponer a los testigos.

Ante esta tendencia regulatoria, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analizando el artículo 122 bis del Código de Procedimientos penales para el Estado de Chihuahua³, determinó que el arraigo domiciliario es inconstitucional, pues no obstante que la averiguación previa no arroja datos para tener por comprobada la probable responsabilidad de una persona, se ordena su privación de la

3 Artículo 122 bis.- Cuando con motivo de una averiguación previa, respecto de delito grave, plenamente demostrado y de aquella resulten datos, indicios o cualesquiera otra circunstancia que conduzca a establecer que en dicho ilícito pudiera tener responsabilidad penal una persona y exista riesgo fundado de que ésta se sustraiga a la acción de la justicia, el ministerio público podrá acudir ante el juez correspondiente y solicitar el arraigo del indiciado especificando el lugar en que habrá de verificarse, el cual se resolverá escuchando a quien haya de arraigarse; ello de ser posible. Corresponde al ministerio público y a sus auxiliares, que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo a que se refiere este precepto no será en cárceles o establecimientos de corporaciones policíacas y su duración no podrá exceder de treinta días naturales.

El arraigado no podrá ser incomunicado.

Cuando el indiciado solicite que cese el arraigo, la autoridad judicial decidirá, escuchando al ministerio público, resolverá en cuarenta y ocho horas si aquél debe o no mantenerse.

libertad hasta por treinta días, sin que dicha detención esté justificada con un auto de formal prisión en el que se le dé a conocer al inculcado el delito que se le imputa ni la oportunidad para ofrecer pruebas de descargo⁴.

II.3. Impactos y reacciones

Aunado a las violaciones que representa al derecho a la libertad personal de los gobernados, el arraigo ha venido a fomentar otras violaciones a los derechos fundamentales. Incomunicaciones y torturas son prácticas a las que no en pocas ocasiones son sometidos día a día los arraigados. Por las modernas técnicas de tortura, psicológicas y físicas, que no dejan huella material en las víctimas, en la práctica ha sido difícil acreditarlas y por lo tanto son comportamientos que han quedado impunes, fomentando con ello el uso excesivo de la fuerza pública.

Como si la problemática fuera de formas y no de contenidos, la inconstitucionalidad del arraigo se resolvió de una manera muy particular: mediante reforma constitucional que en materia penal fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, el constituyente permanente ha elevado a rango constitucional el arraigo. En efecto, el octavo párrafo del artículo 16 constitucional señala que:

“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En

4 Esta tesis de jurisprudencia es consultable bajo el rubro ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (Cfr. Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Pág. 1170).

todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

En la exposición de motivos, el Constituyente Permanente estableció que la gravedad que representaba la delincuencia organizada tenía que ser combatida a través de medidas eficaces tales como el arraigo. Aunque la medida cautelar sólo es admisible para la delincuencia organizada, el artículo décimo primero transitorio de la propia reforma otorgó la posibilidad, en tanto entra en vigor el nuevo sistema acusatorio adversarial, de decretarlo también a indiciados no pertenecientes a este tipo de criminalidad, tratándose de delitos graves y hasta por cuarenta días. Con ello, se autorizó a los legisladores penales ordinarios a adoptar el arraigo para que se aplicara por las autoridades tanto del fuero federal como local en tanto adoptan el nuevo procedimiento penal.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, el hecho de que esta medida cautelar haya sido elevada a rango constitucional no precisamente la hace legítima ni congruente con el sistema de valores y principios que sustentan al estado constitucional. El arraigo representa una violación al principio de presunción de inocencia, pilar de un proceso penal democrático. No obstante que no existen pruebas en contra del arraigado, se le priva de su libertad por cuarenta días, o en algunos casos hasta por ochenta, sin que esté en posibilidades de defenderse, pues aún ni si quiera sabe de qué se le acusa. Eventualmente puede acontecer que una vez levantado el arraigo el inculcado recupere su libertad ante la ausencia de elementos probatorios en su contra. En estos supuestos, la detención habrá sido arbitraria y es muy difícil resarcir la afectación, con todo lo que ello conlleva. Por ello, dicha medida cautelar rompe con la tradición constitucional mexicana de otorgar a los gobernados la garantía de ser detenidos por breves periodos de tiempo tanto en sede administrativa (hasta 96 horas) como en judicial (hasta 144 horas), y a garantizarles que siempre que la detención se prolongue será porque se encuentra sustentada en una resolución judicial en el que se clarifica el hecho que se le imputa y en virtud de que se cuentan con datos de prueba suficientes para tener por comprobada su probable intervención en ese hecho punible que se le atribuye. En aras de una pretendida eficiencia se sacrifica un sustento importante del Estado democrático. En estricto sentido se trata de una privación de libertad; prácticamente de un encarcelamiento, aunque

en lugares de diverso tenor. Al respecto, resulta oportuna la siguiente reflexión de Ferrajoli:

“...todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento del ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años. Es un mísero parasilogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio*... porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal.”⁵

LA DICOTOMÍA CONSTITUCIONAL

Todo ordenamiento jurídico es susceptible de tener antinomias. Por ello no es de extrañar que la Constitución, siendo una norma jurídica, también pueda tenerlas. Surge entonces la necesidad de determinar si dentro del propio ordenamiento constitucional existen normas que son de mayor jerarquía que otras normas también contenidas en la propia Constitución⁶. Desde nuestro punto de vista, existen preceptos constitucionales que contienen principios que sustentan al Estado Constitucional y no pueden ser limitados o contravenidos por otros preceptos aún de tipo constitucional. El reconocimiento y protección de los derechos humanos es precisamente uno de estos principios, por lo que si una disposición constitucional vulnera estos derechos fundamentales, la consecuencia debe ser la derogación o, en su caso, inaplicación de esta última para hacer prevalecer la norma que protege los derechos fundamentales. Por ello, aún y cuando la Constitución haga factible la aplicación del arraigo, por la ilegitimidad que entraña, las autoridades, en estricto sentido, no deberían aplicarlo.

5 FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), Trotta, Madrid, 1995.

6 Cfr. DE LA TORRE TORRES, Rosa María: “Apuntes sobre la posibilidad de inconstitucionalidad de normas constitucionales”, en CHÁVEZ GUTIÉRREZ, Héctor (Coordinador), *Los nuevos horizontes del Derecho: una visión contemporánea*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Doctorado Interinstitucional en Derecho, México, 2012, pp. 17-34.

El 10 de diciembre de 2012, al encabezar el Día Internacional de los Derechos Humanos, el Procurador General de la República, reconoció la necesidad de desaparecer paulatinamente el arraigo, para lo cual, dijo, es necesario dotar a la Procuraduría de los elementos necesarios para realizar su tarea, tales como la capacidad científica, pero sobre todo tienen que utilizar el talento.

Por otro lado, existen posturas doctrinarias que se pronuncian por eliminar el arraigo del texto constitucional, con algunos paliativos transitorios. Por ejemplo, Miguel Ontiveros Alonso sugiere que mientras desaparece tal figura, el legislador secundario podría establecer las siguientes medidas, con el sólo propósito de aminorar los efectos brutales que esta figura causa, sin que ello represente una justificación o legitimación de su parte a esta figura procesal: a) En todo centro de arraigo debe haber una oficina de la subprocuraduría de derechos humanos, cuyo personal tendrá acceso sin restricciones a todas las áreas; b) En todo centro de arraigo habrá una representación permanente de la Comisión de Derechos Humanos, local o nacional; y c) Quedará prohibido realizar el arraigo en lugares indignos⁷.

III.1. Control de convencionalidad: una nueva interpretación al principio de supremacía constitucional

Uno de los grandes temas que ha preocupado a los internacionalistas es determinar la ubicación jerárquica de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. Y es que en no pocas ocasiones, normas de derecho interno controvierten los compromisos asumidos por el Estado Mexicano en estos tratados. La cuestión se complica cuando esas normas son de índole constitucional. Frente a esta problemática, resulta indispensable definir la jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano, lo que no es una tarea sencilla.

No obstante, tal definición resulta indispensable para nuestro estudio, pues el arraigo previsto por nuestra Constitución viola diversas normas contenidas en tratados internacionales suscritos por México, y que son de observancia obligatoria. Particularmente

7 ONTIVEROS ALONSO, Miguel: "Cinco Problemas y soluciones en el proceso penal ordinario" en *El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, pp. 78-79.

transgrede varias disposiciones de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

En diversos criterios jurisprudenciales, la Corte había interpretado el artículo 133 Constitucional concluyendo en todos los casos, que a la cúspide del orden jurídico mexicano se encontraba la Constitución, conteniendo dicho artículo el principio de supremacía constitucional. Debajo de ella se ubicaban tanto los tratados internacionales y las leyes federales, primeramente considerados en el mismo nivel jerárquico⁸. Posteriormente se superó este criterio al estimar que los tratados internacionales se ubicaban jerárquicamente por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución Federal⁹.

Ahora bien, en el año de 2007, al resolver el Amparo en revisión 120/2002, la mayoría del Pleno realizó una nueva interpretación a este artículo constitucional. Concluyó que las leyes del Congreso a que se refiere el artículo 133 Constitucional no son las federales, sino aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos que integran al Estado Mexicano. Por tanto, la ley suprema de la unión está conformada por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes generales. Así, en la cúspide se encuentra la Constitución, por debajo de ella los tratados internacionales, los que a su vez están encima de las leyes generales. Las leyes federales y locales están por debajo de este orden jurídico superior y en el mismo nivel jerárquico, pues se tratan de normas de distinto ámbito competencial. La razón que llevó a la mayoría de los ministros a esta consideración fue que al suscribir un tratado internacional, el Estado Mexicano contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando disposiciones de derecho interno, y cuyo incumplimiento supone una responsabilidad de carácter internacional. Asimismo,

8 Criterio consultable en la tesis de jurisprudencia identificada bajo el rubro LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA (Cfr. Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, número 60, diciembre de 1992, pág. 27).

9 Criterio consultable en la tesis de jurisprudencia identificada bajo el rubro TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (Cfr. Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, pág. 46).

se determinó que la ubicación jerárquica de los tratados en materia de derechos humanos quedaban fuera de la discusión, pues su naturaleza implicaba la eventual posibilidad de que éstos se ubicaran a nivel constitucional, por lo que este tema quedaría reservado a un pronunciamiento posterior¹⁰.

Durante mucho tiempo la Suprema Corte de Justicia de la Nación aplazó esta discusión. Se logró neutralizar cualquier intento que implicara el abandono al cómodo hogar de su principio de supremacía constitucional. Pero varios acontecimientos llevaron a un cambio de paradigma.

Uno ellos se encuentra en la propuesta del ministro Juan N. Silva Meza, denominado: *Líneas Generales hacia la consolidación institucional del Poder Judicial de la Federación*. En dicho documento, se reconoce la necesidad de reorientar el método decisorio en lo referente al

“imperativo de avanzar en la construcción de una línea jurisdiccional uniforme y coherente que, con una visión sistémica, permita que el alto Tribunal defina una matriz constitucional compuesta por directrices decisorias mínimas para la resolución de sus casos. El parámetro fundamental de esta matriz debe ser la categoría jurídica del Estado constitucional, federal, democrático y social de Derecho”. De igual manera, en el apartado relativo a la Consideración e impulso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en las sentencias, reconoció que “es un hecho que no se han articulado adecuadamente los preceptos del derecho internacional con el orden jurídico nacional”, por lo que “es importante que el Tribunal Constitucional enriquezca sus argumentaciones jurídicas con una mayor recurrencia a los instrumentos del derecho internacional en materia de derechos humanos. La interpretación y las decisiones que se tomen en esta vertiente, permearán en el trabajo de los jueces federales y de la propia justicia local, con el consecuente beneficio de los individuos que solicitan acceder a los servicios judiciales en ambos órdenes”.

10 Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación/Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto a la legislación general, federal y local, conforme al artículo 133 constitucional*, serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo 36, México, 2009.

El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia condenatoria en contra del Estado Mexicano en el caso Radilla Pacheco, notificándola el 15 de diciembre de 2009. En cumplimiento de la resolución, la misma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero de 2010. En atención a ello, el 27 de mayo de 2010, el ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, formuló una solicitud al Tribunal Pleno para que ese cuerpo colegiado determinara si había lugar a iniciar algún procedimiento para dar cumplimiento a la sentencia dictada en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, del índice de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la duda que generaba la inexistencia de normas legales expresas que regularan su ejecución y la importancia que dicho caso revestía para el orden jurídico nacional. Se formó el número de expediente Varios 489/2010, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío, mismo que fue discutido el 7 de septiembre de 2010. Después de una discusión en la que varios ministros defendieron una postura nacionalista al estimar que la Corte Interamericana se había excedido en su función, una mayoría de siete ministros resolvió que efectivamente ese Tribunal Pleno debía pronunciarse respecto a la posible participación del Poder Judicial en la ejecución de la sentencia dictada en el Caso Radilla Pacheco, pero con varias salvedades: a) Si bien es cierto se reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, restaba analizar si en el caso concreto se configuraba alguna de las salvedades a las cuales se condicionó el reconocimiento de la competencia contenciosa de ese órgano jurisdiccional, así como el alcance de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló el Estado Mexicano, tanto al adherirse a la Convención Americana de Derechos Humanos, como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dada la repercusión que tales salvedades podrían tener en el caso concreto, y las que podrían tener en otros litigios internacionales en los que en un futuro los Estados Unidos Mexicanos también pudieran llegar a ser parte; b) Debería también definirse qué obligaciones concretas le resultaban al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas. Por lo anterior, se ordenó la apertura de un nuevo expediente para discutir estas cuestiones.

Como se puede apreciar, la mayoría del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pretendía analizar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y condicionar su cumplimiento sólo en el caso en que la misma no hubiera contravenido las reservas y salvedades que había hecho el Estado Mexicano al adherirse tanto a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, como a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹.

III.1.1. La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma constitucional en materia de derechos humanos que vino a consolidar el Estado Constitucional en nuestro país. Para el presente estudio destaca el contenido de los párrafos segundo y tercero de la nueva redacción del artículo 1 de la Constitución:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Resultado de esta nueva redacción, en cuanto a la aplicación a los casos concretos, es de destacarse la sistematización de dos técnicas de interpretación: de un lado, *la interpretación conforme*, de acuerdo

11 Es ilustrativa la postura que durante el debate tomó el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, para quien la Corte Interamericana desbordó su estatuto, considerando excesivas las diversas condenas hechas al Estado Mexicano. Véase SERNA DE LA GARZA, José Ma.: “‘Internacionalistas’ vs. ‘nacionalistas’: reseña del debate actual sobre la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno en México”, en GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y otro (coordinadores): *Derechos Humanos. Actualidad y desafíos II*, Fontamara, Universidad de Guanajuato, México, 2012, pp. 16-20.

con la cual las normas en materia de derechos fundamentales, se deben interpretar asumiendo como marco de referencia infranqueable la Constitución y los tratados internacionales, suscritos con base en aquella. Por otra parte, bajo la interpretación *pro personae*, cuando exista la posibilidad de encontrar diversas interpretaciones a las normas jurídicas se deberá optar por aquella que más proteja al titular de los derechos fundamentales¹².

Más aún, se impuso a todas las autoridades, en sus respectivos ámbitos competenciales, la obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad, entendiendo como tal, el examen de confrontación de actos o normas del derecho interno con normas internacionales en materia de derechos humanos, y en caso de incompatibilidad, llevar a cabo los actos tendientes para hacer prevalecer el derecho internacional protector de los derechos fundamentales.

La reforma constitucional antes aludida vino a dar un respiro a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en Julio de 2011 y dentro de los autos del expediente Varios 912/2010 resolvió que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debía ser acatada en su totalidad, en cuanto a las obligaciones que correspondían cumplimentar al Poder Judicial de la Federación. En esa sentencia del tribunal internacional se determinó que “El poder judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes”. Por ello, el Pleno de la Suprema Corte emitió las siguientes tesis sobre la obligatoriedad de practicar un control difuso de convencionalidad: a) Pasos para seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos¹³; y b) Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos¹⁴.

12 GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, segunda edición, Ubijus, Universidad de Guanajuato, México, 2012, pp. 52-53.

13 Décima Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo I, Tesis P. LXIX/2011, pág. 552.

14 Décima Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo I, Tesis P. LXVIII, pág. 551.

Con estos criterios y con la nueva redacción del artículo 1 Constitucional, la Supremacía Constitucional debe entenderse en términos diversos a como tradicionalmente la ha venido concibiendo la teoría constitucional. Ya su fundamento no se encuentra solamente en el artículo 133 constitucional, sino también en el propio artículo 1. Ahora, y de acuerdo con la propia constitución, la norma suprema es aquella que otorgue una protección más amplia a los derechos fundamentales de la persona. Por ello, cualquier disposición, aún una de carácter constitucional, que implique una violación a los derechos fundamentales de fuente nacional o internacional de los gobernados, debe ser inaplicada. De esta forma se cumpliría el mandato constitucional contenido en el párrafo tercero del multireferido artículo 1 y por ende se haría valer la Supremacía Constitucional.

IV. ÚLTIMA CONSIDERACIÓN

El análisis de los apartados anteriores nos hace concluir que el arraigo previsto en el artículo 16 Constitucional, así como en el artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional que en materia penal fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, es inconveniente, pues resulta incompatible con los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que contienen el derecho a la libertad personal, a la presunción de inocencia y el derecho de circulación y de residencia.

En este sentido, cobra trascendencia la sentencia de fecha tres de octubre de dos mil once, dictada por el Juez Tercero de Distrito en el Estado de San Luis Potosí dentro de los autos del Juicio de Amparo 908/2011 formado con motivo de una demanda de amparo indirecto promovida por un particular en contra de una orden de arraigo decretado en su contra, fundamentado por la responsable en el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí.

En la parte medular de la resolución, el juzgador decretó que el arraigo previsto en el código procesal penal de esa entidad federativa, resultaba inconveniente al contravenir los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, pues el indiciado no es llevado inmediatamente y sin demora ante un juez para que resuelva su situación jurídica, tampoco se le da un tratamiento de inocente, ya que es detenido arbitrariamente para ser

investigado, y finalmente porque con esa medida precautoria se le impide que salga de un determinado domicilio .

Es claro que esta resolución hace referencia al arraigo previsto en una norma secundaria, pero las consideraciones vertidas también son válidamente aplicables para estimar inconvencional al arraigo constitucional, máxime porque, según lo hemos referido, también las normas constitucionales deben ser sometidas a un control de convencionalidad, de conformidad con el propio texto constitucional.

Al respecto, resulta elocuente la posición de García Ramírez y Morales Sánchez, en relación a la trascendencia del principio *pro o mine* o *pro persona*:

“...incumbe a los órganos jurisdiccionales el papel más relevante en materia de interpretación de los derechos humanos: la interpretación jurídica que finalmente prevalecerá corre a cargo de las instancias judiciales, que cumplen su cometido conforme a diversos métodos o enfoques y se pliegan –o deberán hacerlo ahora, a la luz de la reforma constitucional– al principio *pro homine* o *pro persona*, que rige tanto la interpretación como la creación y aplicación de normas, en general...”¹⁵

Y es que, el Estado Mexicano, al suscribir tratados internacionales se obliga a cumplimentarlos, de tal manera que todos sus órganos de gobierno deben ajustar su comportamiento a lo preceptuado en ellos.

Desde luego que esto no es un dato menor, porque México, en el ejercicio de su soberanía, voluntariamente se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al hacer la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, aprobada por el senado el 1º de diciembre de 1998, publicada por el Diario Oficial de la Federación el 8 del mismo mes y año y cuya entrada en vigor fue a partir del propio 16 de diciembre de 1998.

El Estado Constitucional de Derecho es el que se construye sobre dos pilares que lo sustentan: los derechos fundamentales y la garantía de su protección (la justicia constitucional). Un Estado en el que sólo

15 GARCÍA Ramírez, Sergio y MORALES Sánchez, Julieta: *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, UNAM, México, 2011, p.90

se reconozcan los derechos fundamentales pero no sea posible acudir a un medio que garantice su efectiva protección no puede preciarse de ser verdaderamente Constitucional. A decir de Diego Valadez “¿Cómo podría explicarse la expansión de los derechos sin su correspondiente garantía? Si esto sucediera, si el sistema consintiera la existencia de derechos sin garantía, solo nominalmente podría hablarse de Estado Constitucional; se trataría de una apariencia. La esencia de los derechos fundamentales no está en su enunciado sino en su defensa efectiva. La positividad de los derechos reside en su aplicabilidad”¹⁶.

Con ello, la protección efectiva de los derechos fundamentales debe garantizarse por el propio Estado Mexicano a través de sus tribunales competentes, aún frente a normas contenidas en la propia Constitución.

FUENTES CONSULTADAS

DE LA TORRE TORRES, Rosa María: “Apuntes sobre la posibilidad de inconstitucionalidad de normas constitucionales”, en CHÁVEZ GUTIÉRREZ, Héctor (Coordinador), *Los nuevos horizontes del Derecho: una visión contemporánea*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Doctorado Interinstitucional en Derecho, México, 2012.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), Trotta, Madrid, 1995.

GARCÍA Ramírez, Sergio y MORALES Sánchez, Julieta: *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, UNAM, México, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, segunda edición, Porrúa, México, 2009.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, segunda edición, Ubijus, Universidad de Guanajuato, México, 2012.

16 VALADÉZ, Diego: *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, Colección 10 Años de la Novena Época. Discursos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 35.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel: “Cinco Problemas y soluciones en el proceso penal ordinario” en *El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

SERNA DE LA GARZA, José Ma.: “‘Internacionalistas’ vs. ‘nacionalistas’: reseña del debate actual sobre la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno en México”, en GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis y otro (coordinadores), *Derechos Humanos. Actualidad y desafíos II*, Fontamara, Universidad de Guanajuato, México, 2012.

VALADÉZ, Diego: *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, Colección 10 Años de la Novena Época. Discursos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

CRITERIOS JUDICIALES

Décima Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, Tesis P. LXIX/2011.

Décima Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, Tesis P. LXVIII.

Novena Época, Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVII, Enero de 2008, tesis I.9o.P.69 P.

Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto a la legislación general, federal y local, conforme al artículo 133 constitucional*, serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tomo 36, México, 2009.

Tesis de jurisprudencia identificada bajo el rubro LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA (Cfr. Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, número 60, diciembre de 1992).

Tesis de jurisprudencia identificada bajo el rubro TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO

RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (Cfr. Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, pág. 46).

DERECHOS HUMANOS E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: UNA EXPERIENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL

Luis González Placencia

Doctor en Ciencias Penales con mención honorífica en el Instituto Nacional de Ciencias Penales y Master in Law, con especialidad en Sociología del Derecho, con distinción *Magna Cum Laude Aprobatur*, en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica; ex Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México).

Mariana Lojo Solórzano

Licenciada en Filosofía por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestría del Programa en Políticas Públicas del Instituto Tecnológico Autónomo de México; Exasesora de la Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México).

El movimiento feminista surge ante la asimetría social y cultural en que se establecieron, a lo largo de la historia, las relaciones entre mujeres y hombres. En la medida en la que las mujeres han logrado empoderarse en el trayecto de esta lucha por sus derechos, surgió la necesidad de que el marco paradigmático de esta causa se trascendiera a sí mismo y se amplió la problemática que enfrentan las mujeres en el ejercicio de sus derechos, hacia la conceptualización de la perspectiva de género.

Por género se entienden las diferencias que se establecen entre hombres y mujeres, a partir de su anatomía y biología sexual, pero en el contexto de ciertas prácticas sociales y prescripciones morales que les son atribuidas en razón de ello; diferencias que se construyen a través de las costumbres, los paradigmas conceptuales, la educación y el imaginario de valores que conforman una cultura.

En este sentido, la conceptualización de la perspectiva de género es una visión de conjunto de todos los factores implicados en la preservación de prácticas inequitativas entre mujeres y hombres, como un fenómeno histórico y multivariado. De esta manera, si se busca una transformación de tales prácticas, es importante tener una visión, igualmente, integral del problema.

Ante los cambios sociales que hemos presenciado, cada vez es más evidente el cambio cultural en los roles de género, lo cual conlleva un impacto en la forma de vivir tanto en la mujer como en el hombre. Sin embargo, prevalecen imaginarios sociales que no se han podido reconstruir en aras de esta nueva cultura, en la que prive la equidad entre mujeres y hombres más allá de su sexo y de su género.

Los derechos humanos han tomado esta causa en el marco de un modelo que suma la diversidad a la vez que es garante de la dignidad de los seres humanos, congregando esfuerzos para fortalecer el ejercicio de los derechos humanos y la cultura de paz.

Con este propósito, enfrentamos el reto de llevar a la práctica los estándares internacionales -en acciones concretas que den contenido a las políticas públicas con enfoque de derechos humanos y con perspectiva de género- y de que esto se traduzca en un cambio efectivo de prácticas vitales, en el marco de la exigibilidad y y de la jurisdiccionalización de los derechos; prácticas que garanticen el desarrollo integral de las personas, a la vez que consoliden los hábitos de participación ciudadana y democrática, el sistema de justicia y el disfrute de todos los derechos, sin discriminación.

La transversalización de la perspectiva de género es una herramienta que se desarrolla desde el ámbito de la política pública con el fin de generar condiciones estructurales que propicien cambios paradigmáticos que erradiquen las prácticas discriminatorias contra las mujeres. Este enfoque reconoce, primero, en donde radican las diferencias entre los distintos grupos de población para, entonces, diseñar estrategias y tomar acciones en procura de condiciones equitativas para el ejercicio de los derechos de las personas, sin importar su condición de género.

En particular, cuando se aplica esta metodología a la ingeniería institucional, se denomina institucionalización de la perspectiva de género (IPEG) y se ocupa de los procesos que concretan la

transversalización de la perspectiva de género en el ámbito de las instituciones.

Concebida de este modo, la transversalización involucra las siguientes premisas:

- a) La erradicación de la desigualdad requiere un proceso de reflexión interno, en espacios de capacitación y formación, por parte de los agentes institucionales.
- b) Las instituciones tienen que dedicar un esfuerzo importante en términos de recursos humanos, de capital y de tiempo, para llevar a cabo un trabajo específico que concuerde con sus propias necesidades y con su estructura interna.
- c) La perspectiva de género debe incorporarse en el proceso mismo de planeación y programación vigente en la administración pública; para lo cual es imprescindible una asignación presupuestal *ex profeso* y la elaboración de programas colaterales.
- d) La transversalización es un proceso en construcción y de largo plazo, cuyos tiempos se adaptan a los ritmos institucionales, siempre y cuando se cuente con un impulso sistemático y constante. (Pérez y Reyes: 2009; 19-21).

En la ciudad de México, la instancia responsable de coordinar y facilitar la IPEG al interior de las diferentes dependencias de gobierno del Distrito Federal es el Instituto de las mujeres del Distrito Federal, en el marco de la Ley de Igualdad Sustantiva entre mujeres y hombres en el Distrito Federal, el Decálogo por la Equidad de Género y la Ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia del Distrito Federal, cuyos resultados han consolidado un sistema informático de evaluación y seguimiento en todos los niveles de la administración pública local, el cual incluye indicadores específicos con perspectiva de género en el proceso presupuestal del Gobierno del Distrito Federal.

De acuerdo con el *Diagnóstico de la situación de los Derechos Humanos en el Distrito Federal*, se suman muchas recomendaciones sobre la importancia de diseñar e implementar políticas públicas integrales con enfoque de derechos humanos y, en su caso, con perspectiva de género. Estas recomendaciones y conclusiones toman forma en el *Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal* (PDHDF), a través de líneas de acción específicas. El trabajo aquí descrito refleja

el esfuerzo para la consecución de estos fines, tanto en los temas en que la Comisión de derechos humanos del Distrito Federal (CDHDF) tiene una responsabilidad o una corresponsabilidad directa, como en aquellos en que los insumos por ella generados pueden enriquecer el impacto de dichas acciones. De esta forma, es necesario seguir trabajando de manera coordinada con instancias gubernamentales, con organizaciones de la sociedad civil y con la ciudadanía, para enfrentar los retos que nos impone la transversalización de la perspectiva de equidad de género.

La estrategia transversal del PDHDF, que se refiere a la perspectiva de género, consiste en “garantizar la inclusión del enfoque de género... en el diseño, instrumentación, seguimiento y evaluación de las políticas y programas públicos del Distrito Federal” (2009; 72)

Las líneas de acción que acompañan esta estrategia son: eliminar los estereotipos de género, a través de campañas de sensibilización e información; incorporar el enfoque de género, en las políticas, los programas, los presupuestos y la gestión de las entidades de todos los órdenes y niveles de gobierno; fortalecer los mecanismos públicos responsables de promover la igualdad de género; fomentar condiciones que posibiliten la igualdad de oportunidades e igual trato en el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres y los hombres; proteger el derecho a una vida libre de violencia; sensibilizar y capacitar a las y los servidores públicos en materia de derechos humanos, con especial énfasis en la equidad y la igualdad de género.

EXPERIENCIA DE LA CDHDF

La CDHDF, desde 2002 y hasta 2013, implementó distintas acciones con el fin de institucionalizar la perspectiva de género. En una primera instancia se creó el Programa de Equidad Género (PROEG), al cabo del 2003, se recibieron distintas asesorías externas; se realizaron actividades de sensibilización y capacitación con el personal de la CDHDF; se introdujeron contenidos específicos en los planes y programas de formación de quienes son parte del servicio profesional en derechos humanos; y se levantó una encuesta para contar con un diagnóstico sobre cómo se percibía el tema entre los miembros del equipo de trabajo de la CDHDF.

En 2004, se abrió espacio a una fase subsecuente, gracias a la información diagnóstica obtenida con los ejercicios previos. De acuerdo con el objetivo general del PROEG -impulsar el proceso de IPEG a través de una política transversal interna y externa, que formara parte de todos los aspectos diarios de la institución, así como de la promoción y defensa de los derechos humanos en el Distrito Federal- se establecieron acciones afirmativas concretas al interior de la CDHDF. Entre éstas, resaltan los cambios en la normativa interna que garantizan paridad de género entre los miembros del Consejo Consultivo y la elaboración de un informe anual dedicado exclusivamente a la atención que se brinda a las mujeres que acuden a la CDHDF, la revisión de manuales de procedimientos en distintas áreas en busca de un cambio de roles de género en funciones específicas de trabajo (como por ejemplo, la contratación de choferes mujeres). Se dio asimismo una reforma importante a los lineamientos generales de trabajo para incluir el “permiso de paternidad” (dando 15 días de licencia con goce de sueldo a los padres varones con hijos recién nacidos), y se desagregaron por género las bases estadísticas del monitoreo y seguimiento de las y los peticionarios que acuden a la Comisión.

A partir del 2005, arrancó una campaña interna de sensibilización, que incluye una visibilización de las acciones del PROEG en el portal electrónico de la CDHDF, sumado a otras acciones de sensibilización y capacitación, cada vez más especializadas, con el fin de consolidar la IPEG. Se estableció un órgano para apoyar la operación del PROEG, constituido por un Comité de Apoyo integrado por los titulares del cuerpo directivo de la institución, con lo cual se encauzaron acciones de coordinación los años subsecuentes.

De esta manera, del 2006 al 2008, entraron en colaboración con el PROEG áreas específicas de la CDHDF para consolidar algunas de las acciones, como es el caso de la Dirección General de Quejas y Orientación y las cuatro Visitadurías, incluido el proceso de concentrar en una visitaduría específica, y de manera especializada, los casos de violaciones de derechos humanos a mujeres por condición de género. Por otro lado, a través de acciones de planeación y evaluación se coordinó la inclusión del aporte de la perspectiva de equidad de género al Programa Operativo Anual (POA), haciendo enlace con todas las áreas de la CDHDF, incluidas acciones de capacitación al personal de la Comisión en su conjunto y de manera focalizada, por ejemplo, al

cuerpo directivo. Se avanzó en la homologación de criterios de atención y en el uso de un lenguaje común e institucional incluyente. Del mismo modo, se logró comprender el carácter gradual y paulatino de la IPEG como parte del trabajo de planeación.

Durante el 2009, se procuró profundizar en la sistematización de esta experiencia en aras de diseñar las acciones a futuro del PROEG y que el proceso de consolidación IPEG no se interrumpiera o mermara. Para esto, se consideraron fundamentales tres ejes de acción en coordinación: 1) la capacitación, la profesionalización y el desarrollo institucional; 2) la investigación y el diseño de indicadores, y 3) la colaboración interinstitucional y las actividades externas.

En un balance general, se observó que la etapa de sensibilización estratificada implicó un proceso de diálogo constante con las resistencias instaladas en hombres y mujeres que trabajan en la CDHDF, lo cual conlleva procesos complejos de confrontación personal a los cuales las personas no nos abrimos con facilidad e incluso, deliberadamente, nos negamos. Una vez logrado que estas primeras etapas estén bien cimentadas, fue factible aspirar a un andamiaje más fuerte y sólido hacia el robustecimiento de las acciones del PROEG

De acuerdo con los objetivos del PROEG, para el año 2010 se establecieron líneas estratégicas a corto, largo y mediano plazo, y se implementó una política integral para la IPEG en la CDHDF. Con el fin de encauzar los esfuerzos ya realizados y posicionar al PROEG como herramienta fundamental para el desarrollo institucional de la Comisión, la intención fue incidir en los procesos de institucionalización de la perspectiva de equidad de género en dependencias y órganos locales de gobierno, retroalimentar los procesos de la comunidad, tanto de organizaciones de la sociedad civil y órganos de gobierno, como de quienes habitan y transitan el Distrito Federal, para fortalecer el ejercicio de los derechos humanos con perspectiva de equidad de género, y generar insumos para el análisis, diseño e implementación de políticas públicas en derechos humanos con perspectiva de equidad de género.

ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA DE LA CDHDF

Ante la complejidad de la IPEG, el problema parece no ser sólo cómo transversalizar la perspectiva de equidad de género sino también

cómo medir el impacto de dicha transversalización. Con este propósito, “Equidad de Género, Ciudadanía, trabajo y familia A.C.” se dio a la tarea de sistematizar una propuesta metodológica en cuyo proceso la participación de la CDHDF fue fundamental. Esta experiencia está ahora documentada en el informe *Transversalización de la Perspectiva de Equidad de Género. Propuesta metodológica y experiencias*. Esta metodología propone cuatro pilares básicos del proceso de transversalización:

| Pilar básico | | Acciones PROEG/CDHDF |
|--------------|--|--|
| 1 | Un órgano interno que garantice la transversalidad. | Secretaría ejecutiva, en específico: Subdirección de ejes transversales; Comité PROEG. |
| 2 | Reformas y adecuación de la normatividad para garantía y sostenibilidad de la equidad de género. | Reformas; proceso en continua revisión y actualización. |
| 3 | Programación y presupuestación con perspectiva de equidad de género. | Programa Operativo Anual (POA) |
| 4 | Procedimientos precisos en cada dirección y área. | Acciones específicas e iniciativas en proceso; Comité PROEG. |

Además de los pilares básicos, la propuesta metodológica de *Equidad de Género A.C.* incluye 5 movimientos generales, 6 escalas de gradación para medir impacto en la transversalización y 2 marcos de herramientas para la comprensión del proceso de IPEG. Como se puede analizar en la tabla siguiente, es un marco exhaustivo para abordar la complejidad implicada en estos procesos institucionales y un referente valioso, tanto para la toma de decisiones, como para el monitoreo de los resultados y nuevas necesidades de mejora.

| Movimientos generales | | Escalas de gradación y Herramientas |
|-----------------------|--|--|
| 1 | <p>1. Lo específico (un órgano que garantiza de manera sistemática la implementación de las acciones con perspectiva de equidad de género vía acciones transversales en coordinación y vinculación con todas las áreas). y</p> <p>2. Lo transversal (asumir como propio en cada proceso de la vida institucional el principio de equidad de género vía procesos específicos al interior de cada área).</p> | <p>Dos vías posibles, complementarias y recomendables, para la consolidación de la IPEG.</p> <p>(Herramientas para la ejecución del proceso)</p> |
| 2 | Políticas al exterior y políticas al interior de la institución. | A mayor intervención en la estructura interna de la institución (frente a la externa) mayor será la transversalización. |
| 3 | <p>1. Incorporación de la perspectiva de género como contenido (premisas conceptuales y herramientas metodológicas).</p> <p>2. Incorporación de la perspectiva de género como eje de acciones (guía para la estrategia de acciones).</p> | <p>3.1. A mayor implicación transversal temática en los contenidos (frente a un abordaje aislado), mayor es el nivel de transversalización.</p> <p>3.2. A mayor nivel de incorporación de la perspectiva de equidad de género como eje de acciones (frente a la incorporación de contenidos), mayor nivel de transversalización.</p> |
| 4 | <p>Procesos: Verticales (por funciones jerárquicas y capacidad de toma de decisión; incluye normatividad y práctica organizacional).</p> <p>Horizontales (especificidades por área, ya sea compartimentado por área o por enlace y vinculación entre varias áreas).</p> | <p>4.1. A mayor intervención en la estructura vertical (frente a la horizontal), mayor será el grado de transversalización.</p> <p>4.2. A mayor vinculación entre áreas o departamentos (frente a trabajo aislado de cada una de ellas) mayor será el grado de transversalización.</p> |

(continúa)

| | Movimientos generales | Escalas de gradación y Herramientas |
|---|---|--|
| | Complejos (multidimensionales: conjugan movimientos verticales y horizontales). | 4.3. A mayor incorporación de procesos multidimensionales implicados en la vida institucional (frente a procesos sencillos) mayor es el grado de transversalización. |
| 5 | 1. Diacronía (procesos que se siguen a lo largo del tiempo) y 2. Sincronía (procesos que conviven en un mismo tiempo). | Flujo sistémico en el proceso de todas las acciones en conjunto. (Herramientas para la planeación del proceso) |

Si tomamos en cuenta esta escala de gradación, uno de los pasos para avanzar hacia la IPEG es concentrar esfuerzos en las siguientes direcciones:

- Intervención en la estructura interna.
- Implicación transversal temática en los contenidos.
- Incorporación de la perspectiva de equidad de género como eje de acciones.
- Intervención en la estructura vertical.
- Vinculación entre áreas o departamentos.
- Incorporación de procesos multidimensionales implicados en la vida institucional.

A partir de estos parámetros, lo que se detecta en el caso de la CDHDF es que se avanzó, de manera importante, en la intervención en la estructura interna y en la intervención en la estructura vertical; en menor medida, en la incorporación de la perspectiva de equidad de género como eje de acciones y en la vinculación entre áreas y oficinas; y con menos impacto en la implicación transversal temática en los contenidos y la incorporación de procesos multidimensionales implicados en la vida institucional.

Aunado a esto, y para reforzar este último argumento, la CDHDF propuso la siguiente escala para su autoevaluación:

| Valor | Etapas |
|-------|---|
| 5 | Institucionalización: <ul style="list-style-type: none"> - Integralidad - Interdependencia - Indivisibilidad Variables medidas en función de las tareas y sus resultados en cuanto a su materia sustantiva, así como en función de las prácticas vitales predominantes en el ambiente laboral. [indicadores de resultado] |
| 4 | Acciones transversales: <ul style="list-style-type: none"> - Integralidad - Interdependencia - Indivisibilidad Variables medidas en función de las acciones operativas (de gestión y conducción) implicadas para llevar a cabo la acción final de institucionalización. [indicadores de proceso] |
| 3 | Acciones específicas (de flujo constante a lo largo del proceso) |
| 2 | Acciones afirmativas (de flujo constante a lo largo del proceso) |
| 1 | Recursos de cimentación: <ul style="list-style-type: none"> - Sensibilización - Voluntad política - Consultorías especializadas - Consultas - Capacitación - Proyectos piloto - Asesoría personalizada |

Al elaborar una escala del 1 al 5 se quiere medir el impacto progresivo en el tiempo de cada una de las etapas en función de la integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos

humanos. En un esquema dinámico que trata de atajar la dificultad de pasar de las acciones transversales desde el ámbito de la toma de decisiones hacia las prácticas interiorizadas e institucionalizadas entre los miembros de una institución, con el reto, en este caso, de hacer del ejercicio de los derechos humanos un hábito social. Es por ello que analizamos que una vez cumplidas las variables de gestión y conducción que integran la IPEG, el siguiente paso era medir las mismas variables pero ya no desde el ámbito estructural, sino a partir de los resultados que desde las prácticas impulsadas por el mismo proceso de transversalización se empezaron a generar. Esto, sin dejar de mantener el flujo de las acciones afirmativas y específicas, que impactan constantemente el proceso institucional en su fortalecimiento. Todo esto es posible a partir del trabajo de cimentación, al cual se dedicaron los primeros años del PROEG y que, por cierto, requiere mantenerse de modo permanente.

ENSEÑANZAS

Es importante no perder de vista el carácter estratégico de la transversalización, en cualquiera de las especificidades temáticas que trabaja la CDHDF (equidad de género, medio ambiente, discapacidad y no discriminación). La transversalización es una apuesta de largo plazo que busca impactar a nivel estructural y de manera integral, en hábitos y conductas; de ahí que el impacto de las acciones transversales tenga varios momentos, la focalización de acciones de cimentación que permitan después enlaces que, a su vez, permitan sinergias que, conforme avanza la línea del tiempo, se institucionalizan, a manera de un sistema de circuitos que una vez sincronizados se activan al unísono.

Asimismo, es importante resaltar el carácter estratégico de la perspectiva de equidad de género, vinculada con el derecho a una vida libre de violencia y el derecho a la paz, como herramienta de transversalización y como detonador de conductas que no sólo se modifican en función de la introyección de la perspectiva de género. Es decir, al mismo tiempo que se transversaliza la perspectiva de género, una vez que se institucionaliza el proceso, inevitablemente, la coherencia en la integralidad de las nuevas conductas obliga a la reflexión sobre otras conductas (como puede ser la relación con el

medio ambiente, el ejercicio de las libertades democráticas, el rol social en función de la historia de vida particular, etc.)

Entre las enseñanzas de este proceso, es importante resaltar que para consolidar la IPEG se requiere ante todo un proceso de creatividad, dado que nos enfrentamos a la dificultad de generar no sólo nuevas conductas, sino nuevos paradigmas simbólicos, por lo que es fundamental que sean quienes habitan las instituciones, en conjunto, piensen y reflexionen sistemáticamente sobre la forma en que su actuar afecta –ya sea contribuyendo o impidiendo- la IPEG.

A medida que se interioricen estas conductas, el ejercicio se vuelve inmediato y casi involuntario ante la ejecución de las tareas (e incluso en otros ámbitos de la vida de la persona). De ahí que el tiempo antes necesitado para la interiorización de la toma de conciencia como una disciplina rutinaria se restituya en otras funciones, y el ritmo de trabajo (que invirtió tiempo en este proceso aunado a las responsabilidades cotidianas) se restaure con nuevas motivaciones.

De esta manera, hacer de lo soñable... algo posible.

REFERENCIAS

Brunori, A. (2009) “Hacia la construcción de una política de Estado en derechos humanos y género” en Memorias del Encuentro Internacional *Hacia una Política de Estado con Enfoque de Derechos Humanos y Género*, CDHDF, México DF.

Lamas, M. (2009) “El enfoque de género en las políticas públicas” en Memorias del Encuentro Internacional *Hacia una Política de Estado con Enfoque de Derechos Humanos y Género*, CDHDF, México DF.

Comisión de Derechos Humanos DEL DISTRITO Federal

- Materiales producidos por y para el PROEG.
- Informes Anuales 2002-2009.
- Informe de Gestión 2001-2009.
- Programas Operativos Anuales 2008 y 2009.
- Normatividad Interna
- Minutas del Comité PROEG

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / Gobierno de la Ciudad de México / Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (2008). *Diagnóstico de Derechos Humanos del Distrito Federal*. México. CDHDF.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / Gobierno de la Ciudad de México / Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. (2009) *Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal*. México. CDHDF.

Pérez L. y E. Reyes (2008) *Transversalización de la Perspectiva de Equidad de Género. Propuesta metodológica y experiencias*, Equidad de Género [...] A.C. / Unión Europea, México DF.

POLÍTICA CRIMINAL, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Manuel Vidaurri Aréchiga

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla; Profesor Investigador del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato; Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores (Nivel II) y cuenta con perfil PROMEP.

Fátima Rostro Hernández

Maestra en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Lasalle Bajío; Doctorante en Derecho en el Programa Interinstitucional de las Universidades de la Región Centro Occidente de ANUIES.

1. NOTA INTRODUCTORIA

Se presentan en este texto algunas reflexiones en torno a la política criminal, la administración de justicia y los derechos humanos. De alguna manera, estas consideraciones derivan del impacto que, en nuestra opinión, tendrá la más reciente reforma constitucional mediante la cual se establece, por decirlo de alguna forma, un nuevo paradigma constitucional que habrá de verse reflejado en el actuar de los jueces y demás operadores del sistema de justicia penal. El renovado orden constitucional perfilará, a no dudar, una política criminal más acorde con los contenidos programáticos propios de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Más que ideas acabadas, son tópicos que demandarán mayor profundidad, lo que es de reconocerse desde este momento. Sin embargo, siendo notas emergentes, hemos querido aprovechar la oportunidad de ponerlas a disposición del eventual lector.

/

2. POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHOS HUMANOS

2.1. Hacia una Política criminal garantista

Una de las más importantes responsabilidades del Estado consiste en garantizar la convivencia social -el espacio común-¹ en un clima de paz y tranquilidad, donde los derechos humanos de las personas sean protegidos y respetados frente a eventuales ataques o lesiones a los mismos. De modo particular, corresponde al Estado -a sus agencias específicas- enfrentar con el instrumental legal de que dispone aquellos ataques que lesionan intereses jurídicos de la mayor importancia. Tales intereses han alcanzado, por virtud de la intervención legislativa, la máxima protección legal que se puede ofrecer, tal es la protección jurídico-penal. La ley penal, por consecuencia, es el recinto donde se contienen todas aquellas conductas que, de concretarse en el mundo de los hechos, pueden lesionar o poner en peligro aquellos bienes o intereses que tanto representan para la sociedad en su conjunto. El consabido poder de selección o de definición² propio del poder legislativo cobra en materia penal su más alta cuota. El legislador al seleccionar (tipificar) una conducta determinada y amenazarla con aplicarle una pena en caso de ser cometida, representa, ni más ni menos, que el mejor ejemplo del poder intervencionista y sancionador de que es capaz el Estado. Por lo demás, téngase presente que el Estado es la única organización que puede (siempre por mediación de sus agencias específicas), seleccionar conductas, tipificarlas, amenazarlas con la aplicación de una sanción, reprimirlas, etc.

La protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal pasa por la superación de una serie de filtros (por llamarlos de alguna manera) que son denominados principios limitadores. El Estado, sobre todo el de corte democrático y constitucional de derecho, ejerce su poder punitivo atendiendo una serie de principios que regulan o limitan esa facultad o poder. Si bien es cierto, el poder penal del Estado es tan amplio ello no quiere decir, ni mucho menos, que se trate de un poder omnímodo. Por el contrario, se trata de un poder acotado, restringido, por medio de una serie de limitaciones (principios) que acotan en beneficio del acusado y la víctima el tan mencionado poder

1 Binder, Alberto, *Política criminal: De la formulación a la praxis*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 54.

2 Ídem., p. 30.

estatal. Definir (comportamientos) y sancionarlos (con una pena o medida de seguridad), son las expresiones más concretas del poder penal. La tipificación de una conducta determinada representa, ni más ni menos, que una de las más acabadas formas de manifestación del poder penal y consiste en describir mediante dos elementos una conducta inconveniente y el establecimiento de la respuesta o reacción concreta: la pena o la medida de seguridad.

El legislador determina qué conductas deben ser desaprobadas penalmente. Lo hace después de observar un proceso de selección más bien complejo. En ocasiones, la base de esta “selección” viene dada por el interés mayoritario. Pero en otras, surge del interés particular de un grupo de poder. Sea como fuere, el caso es que a la ley penal llegan una serie de comportamientos penalmente relevantes. Es, pues, la ley penal la manifestación formal más intensa con la que cuenta una sociedad políticamente organizada para enfrentar la criminalidad. Ahora bien, si las leyes son el resultado de la discusión entre diversas fuerzas políticas, cabe considerar al código penal como el instrumento legal portador de una determinada política jurídico-legislativa en materia penal. Con independencia de cuál haya sido el ambiente generador de la norma penal, al final el producto legislativo determinará si tal o cual comportamiento merece o no una sanción y de qué tipo y extensión habrá de ser ésta.

La tipificación de un comportamiento exige el cumplimiento de una serie de reglas o principios a los que, indefectiblemente, debe ajustarse el legislador penal³. Son reglas inherentes a la lógica propia de la ciencia penal, de la dogmática jurídico-penal propiamente dicha, por un lado, pero, por otro, también obedecen a criterios garantistas orientados a la protección de la dignidad humana. Así, por ejemplo, corresponde al legislador observar sin excusa que valga el principio de legalidad determinando, con precisión y anticipadamente, las características del hecho prohibido, además de que, del mismo modo, deberán precisarse *ex ante* los tipos de sanción y su extensión. Son bien conocidos los contenidos de otros principios limitadores del *jus puniendi*, tales como el de culpabilidad (entendida ésta como fundamento y límite de la pena), el de exclusiva protección de bienes jurídicos (que deja fuera los intereses puramente morales o religiosos),

3 Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Compendio temático de Derecho penal*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 99 y siguientes.

el de proporcionalidad (que ajusta la pena a la culpabilidad), o los de humanidad de las penas y de dignidad de la persona humana. Estos dos últimos de tan apreciada significación en el ámbito de los derechos humanos.

2.2. Consideraciones sobre la relación entre política criminal y derechos humanos

Dentro de las funciones del Estado, como creador del Derecho, sus agentes específicos deben originar todas aquellas expresiones que garanticen la protección más amplia de los bienes jurídicos de la persona; así como estructurar los instrumentos para su debida intervención en el caso de que la dignidad humana se vea en peligro de sufrir lesiones.

Para tales casos, la política criminal hace su aparición, no como una estrategia improvisada, sino tal y como lo señala Heinz Zipff⁴, objetivamente delimitada por la política en general, esto es, dentro de la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal; acorde con ello, recordemos que dicha política jurídica permite instrumentar los ideales políticos o bien sirve como crítica política o ideológica de las instituciones jurídicas vigentes⁵. En este tenor, Claus Roxin refiere a la política criminal como una estrategia social que, como toda regulación jurídica, se desarrolla en el marco de un determinado sistema y está a su servicio⁶.

Ahora bien, el conocimiento de la política criminal, implica identificar algunos de los elementos mínimos que dan pie a su contenido, función y propósitos. Según Jescheck la política criminal:

“se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la sociedad. La política criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la

4 Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Introducción al derecho penal*, 1ª ed., Oxford, México, 2012, p. 34.

5 Berumen, Arturo. “Política Jurídica”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, 2012, p. 634.

6 Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito*. PPU. Barcelona. 1992, p. 22, en Bolaños González, Mireya, “Política criminal y reforma penal”. Consulta en línea: http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/31745/1/politicacriminal_reformapenal.pdf, Fecha de consulta: 15 de febrero de 2013.

eficacia de las sanciones empleadas por el derecho penal, pondera los límites de hasta dónde puede el legislador extender el derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito de la libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el derecho penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser realizado en el proceso penal”⁷.

El fundamento que consideramos más apropiado para la política criminal de un Estado de corte democrático lo constituyen, a no dudar, los derechos humanos. Acorde con esto, Norberto Bobbio señala que al referirse al Estado democrático, Estado liberal y Estado de Derecho se quiere significar que el Estado no sólo ejerce el poder *sub lege*, sino que lo ejerce dentro de los límites derivado del reconocimiento constitucional de los llamados derechos inviolables del individuo⁸. En tal sentido, reafirmamos por nuestra parte, que para los efectos de prevenir, juzgar y sancionar la criminalidad se debe ponderar en todo momento y de manera inexcusable el respeto a la dignidad humana, a partir de los postulados anclados en el nuevo orden constitucional del que hablaremos más adelante, y que tiene que ver fundamentalmente con la reforma constitucional al capítulo primero de la Constitución federal en materia de derechos humanos del mes de junio de 2011.

Luigi Ferrajoli⁹ nos recuerda que el Estado de Derecho es aquel que nace de las modernas constituciones y se caracteriza en lo formal por el principio de legalidad y en lo sustancial por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En congruencia con estas ideas, entendemos que consolidar una política en materia de criminalidad dentro de un Estado democrático, implica, insoslayablemente, tomar en cuenta los contenidos de esos derechos fundamentales y que ahora

7 Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Introducción al derecho penal...*, *Op. Cit.*, p. 33.

8 Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José Fernández Santillán, 3ª ed., México, 2001, p. 25-26. Consulta en línea: <http://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=nTmpDkEpWNsC&oi=fnd&pg=PP1&dq=democracia&ots=YAbjiRifqv&sig=Mnl4UPHBNA9pdzTNCGP8P6kvzeg#v=onepage&q=democracia&f=false>. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2013.

9 Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito*. PPU. Barcelona. 1992, en Bolaños González, Mireya, *Op. Cit.* p. 3.

buscan concretarse de mejor manera en nuestro país con base en el nuevo orden del *ius constitucionalismo*. Sobre este último concepto, Paolo Comanducci señala que el modelo del sistema jurídico estará caracterizado por “una constitución invasora, por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley”¹⁰. Los derechos fundamentales, en suma, vienen a legitimar las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática¹¹.

La norma jurídica fundamental mexicana, contiene diversas prescripciones que orientan el diseño e implementación de una política criminal, la cuales se ven reflejadas en el reconocimiento y protección de los derechos para la persona (imputada y víctima u ofendido) implicada en un delito. Del mismo modo en la Constitución se establecen una serie de principios que estructuran un esquema legal respetuoso de la dignidad de la persona, entre estos el principio de legalidad, de inocencia, del derecho a una defensa adecuada, y a que las penas tengan un objetivo acorde también con esa pregonada dignidad. En mayor o menor medida, diversas disposiciones contenidas en instrumentos internacionales cercanos al derecho penal, se ven reflejados en el texto constitucional, aunque, por desgracia, no siempre sucede igual con la legislación secundaria.

2.3. El papel del juez frente a la política criminal y los derechos humanos

Teniendo en cuenta que una política criminal propia del Estado democrático y constitucional de Derecho requiere de la participación de todos los agentes específicos, en los siguientes apartados nos ocuparemos de hacer breves comentarios en torno a los jueces que definitivamente son los auténticos garantes de los derechos humanos, afirmación que cobra especial sentido ahora que así los posiciona el nuevo orden constitucional.

10 Comanducci, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, p. 83.

11 Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 21.

La función jurisdiccional -según Tamayo y Salmorán¹²-, es factible identificarla en tres momentos: determinación del Derecho aplicable, determinación de los hechos que condicionan su aplicación y los actos de decisión por los cuales se ordena la ejecución de las consecuencias jurídicas. Para Carmona Tinoco¹³, a este ejercicio judicial debe agregarse la interpretación normativa y la creatividad judicial la cual debe inscribirse en el momento actual en nuevos parámetros relativos a la protección de los derechos humanos.

A los jueces es posible observarles desde una triple dimensión: como la de empleados o servidores públicos, como representantes de un poder público y, finalmente, como peritos o técnicos altamente especializados en alguna rama del Derecho¹⁴. Básicamente, ahora nos parece importante tenerles en cuenta como miembros de un poder público y peritos en Derecho. Con base en esta visión, el juzgador habrá de construir sus discursos jurídicos y sustentar sus dictámenes o resoluciones considerando el espíritu y teleología del artículo 133 de la Constitución, en consonancia con el artículo 1 constitucional, sobre todo en lo concerniente al reconocimiento de los derechos humanos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales. No cabe más hablar de provincianismo judicial, entendiendo por tal aquel modelo jurisdiccional que sólo se valía del marco jurídico vigente en su entidad federativa, sin hacer mayor referencia, ni valerse por tanto, del orden jurídico internacional que forma parte del Derecho nacional según el citado artículo 133. Los jueces, de acuerdo al nuevo orden constitucional, habrán de utilizar en su labor interpretativa los principios pro persona, de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, basamento inmovible de los derechos humanos.

Cabe recordar que uno de los compromisos asumidos por México ante la comunidad internacional ha sido el de ampliar su marco de protección de los derechos humanos mediante la firma y ratificación de tratados internacionales. De algún modo, esto tiene -o debe tener-

12 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría del Derecho*, (introducción al estudio de la Ciencia Jurídica), México, Themis, 1996, p. 172, en Kala, Julio César, "Ser Juez en la democracia", *Ser Juez, Op., Cit.*, p. 371.

13 Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación Judicial Constitucional*, 1ª Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y CNDH, 1996, p. 36-37, en Kala, Julio César, "Ser Juez en la democracia", *Op., Cit.*, p. 371.

14 Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Introducción al derecho penal...*, *Op. Cit.*, p. 344.

como consecuencia que la política criminal sea fundamentada en el respeto a los principios orientadores de los derechos humanos y a estos mismos. En este tenor, como es sabido, diversos instrumentos se pronuncian en materia de legalidad y debido proceso, tales como los enunciados en la Declaración universal de los derechos humanos (artículo 10), Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (artículo 18), Pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículo 14 y 15), Convención Americana sobre derechos humanos (artículo 8, 9, 24 y 24), Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (principios 1, 2, 3 y 4), Convención de los derechos del niño (artículo 40), Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (artículo 17), entre otros.

Derivado de los instrumentos internacionales en comento, se desprenden una serie de medidas mínimas y deberes que corresponden atender al Estado en materia de legalidad y debido proceso, y que fungen como criterios de orientación para la política criminal, entre otras medidas están las de:

- Respetar derechos de igualdad para ser oído y tratado con justicia por un tribunal.
- Establecer condiciones de competencia, independencia e imparcialidad, para que los tribunales puedan resolver.
- Señalar las características del procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.
- Respetar las garantías judiciales como: que la persona sea informada sin demora en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; ser juzgado sin dilaciones indebidas; hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; ser asistida

gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable; comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, entre otras.

Otro aspecto que conviene tomar en cuenta es el criterio de la Corte Interamericana de derechos humanos en la opinión consultiva OC 9/87¹⁵, sobre las garantías judiciales en Estados de emergencia, en el que de manera unánime señaló:

“Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (Art. 29. c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos”.

Por lo que corresponde a la función de las y los jueces, sostenemos que su actuar no solo implica tener presente el conocimiento del marco jurídico al cual se circunscriben, ni tampoco el de la simple aplicación de la norma de forma mecánica e insensible. Su labor tendrá que ir más allá, haciendo gala de su impronta creativa y desarrollando plenamente sus habilidades analíticas del universo de normas vigentes, interpretándolas y aplicándolas con los mejores argumentos al caso concreto. Creemos coincidentemente con Manuel Atienza

15 Opinión Consultiva OC 9/87, de fecha de 6 de octubre de 1987. Consulta en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf. Fecha de consulta: 17 de febrero de 2013. Se recomienda consultar también la Opinión consultiva OC 8/87 en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf.

que el acto de juzgar implica siempre decidir, por lo que el juez debe explicar y justificar su decisión; de ahí que el juez este llamado a la labor interpretativa del derecho, a la construcción del valor probatorio, a la construcción de conceptos y de instituciones jurídicas¹⁶; pero no sólo eso, el juez es garante de la legalidad, del respeto a los derechos humanos y, en suma, es responsable de que la dignidad de la persona (víctima y delincuente) no sea vulnerada.

Ahora bien, para que las conductas y productos de los jueces sean inobjetables en cuanto a objetividad, racionalidad y eficacia, de acuerdo con Daniel E. Herrendorf¹⁷ deberán ajustarse a determinadas características que son, entre otras: desarrollar un modo peculiar de pensamiento que se dirija a una interpretación de conductas en la cual es necesario des-ocultar el valor que ellas muestren como su sentido; utilizar indistinta y discrecionalmente la mediación de la ley, doctrina, la costumbre judicial y social; su conciencia de juez ha de estar incardinada con el proyecto de vida que la sociedad eligió, para cuya preservación esa sociedad lo ha investido; y finalmente respecto a las sentencias, -que muestran al derecho en su modo de ser más entrañable y principal- tener en cuenta que deben tener una estructura lógica específica e inalterable.

En este tenor, quienes se desempeñan como jueces deben conducirse científicamente, esto es, partiendo del conocimiento de las leyes, tomando en cuenta los esfuerzos y aportaciones de la doctrina, teniendo presente las interpretaciones de otros juzgadores de mayor jerarquía y que les resultan vinculantes; y con el desarrollo de sus funciones de forma sistémica y metódica, ajenas a la improvisación o las buenas intenciones en el marco de un trabajo de razones y argumentos. Con todo ello, el juzgador en el cumplimiento de la más elevada responsabilidad que le ha sido conferida, asume un complejo rol que el Estado de Derecho y más aún, el Estado Constitucional de Derecho le imponen: constituirse en un garante de los derechos humanos atendiendo el nuevo orden jurídico constitucional que a continuación revisaremos brevemente.

16 Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Fontamara, México, 2001, pp. 9-21, en Guerrero Agripino, Luis Felipe, "El perfil del juzgador. Una perspectiva integral, *Ser Juez, Op. Cit.*, p. 216.

17 Herrendorf, Daniel E., *El poder de los Jueces*, 1ª ed., UV, México, 1992, p. 59.

3. POLÍTICA CRIMINAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ANTE EL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. Sobre el nuevo orden constitucional de los derechos humanos

La historia reciente de los derechos humanos, al menos desde la perspectiva jurídica, ha mostrado diversos avances importantes que se han concretado en modificaciones a criterios jurisdiccionales, y por supuesto a textos legales, incluyendo a las Constituciones.

No omitimos manifestar que aunque el desarrollo teórico y normativo de “derechos”, es precisamente uno de los puntos torales del derecho constitucional, y que incluso nuestra Constitución vigente fue en su momento elogiada por su contenido garantista, la teoría de los derechos humanos ha desarrollado progresivamente nuevos conceptos y contenidos, fundamentalmente a partir del término de la segunda guerra mundial, cuando se establece la primera carta internacional de derechos, denominada “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (1948), lo que trajo como consecuencia entre otras cuestiones, primero que los derechos humanos se internacionalizaran fundamentalmente mediante la firma y ratificación de tratados internacionales y segundo, el surgimiento de sistemas específicos de protección de estos derechos. Estos dos últimos elementos han provocado entre otras cosas, la incorporación de nuevos y mejores estándares a los sistemas jurídicos nacionales que han sido, en términos generales, rígidos en la incorporación de referencia.

En este orden de ideas, en el mes de mayo de 2011, se aprobó una de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos más importantes de todos los tiempos en nuestro país, la cual fue publicada en el diario oficial de la federación el 10 de junio de 2011, y que entre otros temas fundamentales, desarrolla los siguientes¹⁸:

- De las garantías a los derechos: la modificación de la denominación del primer capítulo de la Constitución.
- La referencia preeminente de los tratados internacionales.

18 Véase: Vidaurri Aréchiga, Manuel, Soriano Flores José Jesús, “El Contenido de la Reforma Constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos: 10 Temas Fundamentales”, en *Revista Penal*, Núm. 30, Universidad de Huelva, España, 2012.

- Incorporación expresa del principio pro persona o pro homine.
- El Estado, como principal sujeto obligado.
- Hacia un desarrollo más garantista del derecho a la no discriminación.
- Los derechos humanos en la educación pública.
- Un nuevo orden respecto de la restricción o suspensión de derechos.
- Elementos para el fortalecimiento de los organismos públicos de derechos humanos.
- La obligatoriedad de legislar sobre determinadas materias¹⁹.

Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, han pasado por momentos emblemáticos, y como en la historia universal, estas prerrogativas generalmente han atravesado por un camino muchas veces accidentado, a pesar de que desde la Constitución de Cádiz de 1812, promulgada primero en España y posteriormente en la Nueva España, reconoció algunos derechos, cuando en su artículo 4 estableció que “la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”.

Pues bien, después de otros textos constitucionales en México²⁰, la Constitución federal vigente representó un avance claro en esta materia, situación que colocó a ese texto constitucional como un referente internacional, fundamentalmente en la elevación de los derechos sociales al rango constitucional. En este sentido, en 1917 la Constitución denominó a su primer capítulo: “De las Garantías Individuales”, pues como se aprecia en el diario de los debates de aquellos tiempos, influyeron ideas como las de José N. Macías, quien apuntaba que “las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y

19 Ley sobre Reparación del Daño por Violaciones a Derechos Humanos, Ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el Asilo, Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de Suspensión del ejercicio de los Derechos y las Garantías, y la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de Expulsión de Extranjeros.

20 Es importante hacer notar que la Constitución de 1857 incorporó la noción “Derechos del Hombre”.

más absoluta todas las manifestaciones de la libertad; por eso deben otorgarse las garantías individuales”²¹.

El texto constitucional entonces, hasta antes de la reforma de 2011, incorporó un apartado específico con derechos individuales y colectivos, sin embargo, la historia reciente de los derechos humanos, fundamentalmente a partir de la internacionalización de los mismos en la década de los cuarentas, ha planteado una visión mucho más completa, integral y progresista, en donde la acepción “derechos humanos”, distinta a la de garantías individuales, derechos del hombre o derechos naturales por ejemplo, establece un discurso jurídico y político coherente, más garantista y democrático en el que por ejemplo, los instrumentos internacionales en la materia, se convierten en un referente obligado.

En este orden de ideas, la reforma de mérito, representa un avance sustancial en la asignatura que nos ocupa, pues no estamos ante cambios “formales”, sino más bien “sustanciales”, que nos sitúan frente a un nuevo paradigma en la interpretación y aplicación de los derechos humanos, paradigma del que no escapa la política criminal, como verificaremos a continuación.

3.2. Política criminal y administración de justicia: elementos de referencia desde un nuevo paradigma constitucional

Hay varias razones para afirmar que nos encontramos ante un nuevo paradigma constitucional de los derechos humanos²², modelo que repercute necesariamente en el diseño e instrumentación de la política criminal que debe tener una vinculación ineludible, como se ha reiterado en el desarrollo del texto, con los derechos humanos. En este tenor, a continuación estableceremos, sin ser de ninguna manera exhaustivos, algunos elementos que como decíamos sitúan a las y los juzgadores en ese nuevo modelo, elementos que como se observará, deben formar parte de la instrumentación de una política criminal garantista dentro de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

21 Diario de Debates, t. I, pp. 1048 y 1050, citado por Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Sociales en el Constitucionalismo Mexicano*, 4ª ed., Porrúa, México, 2007, p. 138.

22 Se sugiere consultar: De la Torre Torres Rosa María, “Ponencia: El nuevo paradigma de los derechos humanos en México”, *V Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, UNAM, México, D.F., Octubre de 2012.

En el marco de la reforma constitucional de 2011, la SCJN, “deja de tener el monopolio en la interpretación de los derechos humanos, al existir una pluralidad de intérpretes del texto constitucional”²³, por lo que como lo señala Ferrer Mac Gregor, “el diálogo jurisprudencial se traslada al ámbito nacional entre la SCJN, el TRIFE, los tribunales superiores de las entidades federativas, y en general entre todos los jueces del país. (federales y locales)”²⁴. Además, en este sentido, como lo ha mencionado la ministra Olga Sánchez Cordero respecto a la hermenéutica de los derechos fundamentales, “mucho se ha escrito sobre la interpretación de las leyes ordinarias; sin embargo esas aportaciones no resultan del todo aplicables a la interpretación constitucional y, menos, a la de derechos fundamentales ya que ésta requiere de pautas hermenéuticas diversas”²⁵, donde fundamentalmente las y los jueces juegan un papel determinante.

El protagonismo de las y los jueces penales en la instrumentación de las políticas públicas en el marco de la protección de los derechos humanos, es entonces sin duda central desde la perspectiva de este orden constitucional, que posiciona a las y los administradores de justicia como los operadores del Estado que interpretan y aplican finalmente todo un modelo de política criminal, sin importar la estructura jerárquica o competencial a la que pertenecen.

A pesar de que el artículo 133 constitucional ya establecía la obligatoriedad de los tratados internacionales como lo mencionamos con antelación, las y los jueces generalmente, en una práctica consuetudinaria avalada por el sistema jurídico, no solían incorporar en

23 Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 9, No 2, 2011, pp. 531 - 622.

24 *Ibidem*.

25 Sánchez Cordero, Olga, *La interpretación de los derechos fundamentales por la Suprema Corte de Justicia de México*, en línea: <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/01junio-conferencia-derechos-fundamentales.pdf>, fecha de consulta: 1 de enero de 2013.

En el texto citado, la ministra, señala que “el problema sobre la determinación de la técnica idónea para la interpretación de los Derechos Fundamentales, representa en la actualidad un tema que pertenece, no sólo al ámbito de lo académico, sino también una cuestión con profundas implicaciones prácticas que, según mi experiencia, llegan a ser muy frecuentes en materia de justicia constitucional; y a pesar de ello, la bibliografía especializada, tanto nacional como extranjera, es escasa”.

la argumentación y fundamentación de sus resoluciones normas relativas a tratados internacionales de derechos humanos y mucho menos a otros instrumentos internacionales²⁶, no obstante, la reforma constitucional que hemos comentado, no solamente clarifica la obligatoriedad de dichos instrumentos, sino más aun, los eleva al rango constitucional, cuyos efectos de interpretación incluyen ahora incluso como criterios orientadores la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, como se afirmó en el expediente varios 912/2010, derivado del caso Radilla Pacheco resuelto por la SCJN.

La pluralidad de intérpretes del texto constitucional a la que nos referimos, entonces, por ejemplo obliga a la totalidad de los juzgadores a revisar en la construcción de una sentencia cuyo objeto de estudio sea el tipo penal de “tortura”, además de las disposiciones relativas y aplicables del código penal, la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura del sistema interamericano, y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del sistema universal, atendiendo a la “interpretación conforme”, que textualmente refiere el texto constitucional.

Otro tópico de primer orden que nos sitúa ante el paradigma constitucional en comento, es precisamente la incorporación expresa del principio “pro persona” cuando el texto constitucional refiere en el artículo primero que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”²⁷. En este sentido, la tesis jurisprudencial 107/2012, denominada “Principio Pro persona. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable”, establece que de conformidad con el artículo constitucional, existen dos fuentes primigenias, por un lado los derechos reconocidos en la propia Constitución; y por otro, los establecidos en tratados internacionales, entendiendo a ambas fuentes, como normas supremas de nuestro ordenamiento jurídico.

26 Tales como declaraciones internacionales, jurisprudencia de tribunales internacionales, y observaciones generales de algunos de los pactos de Naciones Unidas.

27 Además este principio debe operar conjuntamente con los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

La tesis jurisprudencial de referencia, señala que la supremacía a la que alude, “implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación”, y que “en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en esas dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico (...), la elección de la norma que será aplicable –en materia de derechos humanos–, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona”. Finalmente indica que “en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquélla que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción”.

Por ejemplo, tratándose de personas indígenas, es ineludible la referencia al Convenio número 169 de la OIT, -tratado internacional más importante en la materia- cuando el juzgador penal materializa la política criminal mediante la emisión de una sentencia. La interpretación de acuerdo con el principio “pro persona”, implica –entre otras cuestiones- a que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre tópicos penales, tengan en cuenta las costumbres de los pueblos, así como sus características económicas, sociales y culturales. Incluso señala el tratado internacional en comentario que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”, afirmación normativa de aplicación obligatoria.

Estamos pues, frente a la instrumentación de una política criminal que imperativamente debe constituirse con los derechos humanos en un binomio indisoluble, ya no únicamente como un auténtica y legítima aspiración democrática, sino como un mandamiento constitucional ineludible.

4. REFLEXIONES FINALES

Nunca antes la materialización de las actividades del Estado a través de la política criminal había estado sujeta a tantas y cada vez más precisas prescripciones éticas y fundamentalmente constitucionales que protegen la dignidad de las personas mediante la garantía de los derechos humanos. Esta es una tendencia que se explica bien en el tránsito del Estado legal al Estado constitucional de Derecho, donde los

derechos fundamentales forman parte del centro y razón de cualquier comunidad política que sea o pretenda ser democrática.

Dichas prescripciones sugieren (o mejor dicho, imponen) el trabajo colegiado de académicos que además de describirlas y hacerlas evidentes, delimiten sus contenidos y alcances, esta labor en todo caso, ha sido la motivación de este texto. El derecho penal y su instrumentación práctica por medio de la política criminal, es tal vez uno de los espacios en el Derecho que más atenciones requieren en el desarrollo de los límites al poder punitivo del Estado donde aparecen las prescripciones de referencia. Por lo anterior, en este trabajo, en principio y de manera introductoria referimos algunas ideas alrededor de las nociones “política criminal y derecho penal” acorde con un modelo de Estado garantista, para posteriormente especificar algunos tópicos que las y los operadores jurídicos en la administración de justicia deben tomar en cuenta ineludiblemente en la materialización de una política criminal donde los derechos humanos forman uno de los ejes rectores de su confección, si es que la entendemos como la actividad estatal que permite instrumentar los ideales políticos de una comunidad democrática.

La política criminal, en consonancia con las reflexiones establecidas, encuentra sus “necesarios” fundamentos normativos en la constitucionalización de los derechos humanos, en este tenor, la reforma constitucional de 2011 es un referente obligado, cuyas implicaciones aún se encuentran en construcción, pero que claramente inciden por ejemplo en el principio de legalidad, las detenciones, políticas sobre delincuencia organizada, organización del sistema penitenciario, y la seguridad pública entre otras.

La instrumentación de la política criminal por medio de las y los jueces, debe atender estrictamente las normas relativas a derechos humanos de las personas imputadas así como de las víctimas u ofendidos, por lo que en el desarrollo del texto, incluimos algunos de esas prerrogativas que las y los jueces deben interpretar acorde con un modelo de política criminal respetuosa y garante de los derechos humanos de manera especial con referencia a la legalidad y debido proceso.

Hemos señalado que el juez contemporáneo debe ejercer una función creativa que le permita profundizar en el análisis del universo de las normas vigentes y fundamentalmente interpretarlas mediante

argumentos y principios, todo ello en el marco de una serie de características que denoten las conductas y productos de los jueces como inobjetables en cuanto a objetividad, racionalidad y eficacia.

El nuevo orden constitucional de los derechos humanos para nosotros representa en buena medida un nuevo paradigma constitucional, cuyas implicaciones también se observan para la política criminal y la actuación de las y los jueces, pues además de lo relativo a la especificidad de la interpretación constitucional, dicho nuevo orden ha propiciado que la Corte deje de tener el monopolio de dicha interpretación, y donde además el protagonismo de todas y todos los jueces penales en la instrumentación de la política criminal, adquiere un papel central, en el que los mismos ahora se ven obligados, por ejemplo a tener como criterios orientadores los derivados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, y el principio “pro persona”, entre otros, los cuales definen las pautas de interpretación que deben seguir las y los jueces, donde establecimos el ejemplo de las personas y pueblos indígenas frente a la aplicación de la norma penal.

LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINALIA. MEDIO SIGLO EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL MEXICANO (UNA APROXIMACIÓN)¹

Sergio García Ramírez

Miembro de número, expresidente (1975-1976) y actual presidente (2010) de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México e Investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI); fue juez (1998-2009) y presidente (2004-2008) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CONSIDERACIÓN PREVIA

Con el mayor agrado correspondo a la invitación que me hicieron los doctores César Barros Leal y Julieta Morales para aportar un artículo al volumen que reúne varios trabajos en homenaje al maestro Antonio Sánchez Galindo, amigo y colega de muchos años, compañero en lides penitenciarias bien atendidas. Celebro la iniciativa de los coordinadores de esta obra colectiva, que permite hacer homenaje, con plena justicia, a un cultivador esclarecido de la ciencia y la práctica penitenciaria en México y en otros espacios de nuestro mundo americano.

Puesto que se me ha permitido aportar un texto ya publicado, elegí el que ahora entrego, en el que doy cuenta –un tanto detallada– de la vida y milagros de una institución eminente a la que también

¹ Este trabajo corresponde a la invitación que se me hizo para participar en el Coloquio “Los abogados en la formación del Estado Mexicano. Siglos XIX y XX”, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM, y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados (México, 6 de octubre de 2009), del que se halla en prensa la memoria correspondiente, en la que aparecerán las versiones completas –como la presente– de los trabajos presentados a dicho encuentro. Para la exposición en el Coloquio elaboré una síntesis muy reducida de este panorama, que recogerá la revista *Criminalia*.

pertenece Sánchez Galindo desde hace varios años: la Academia Mexicana de Ciencias Penales, y de una publicación perseverante y valiosa que ha recibido colaboraciones del mismo maestro mexicano: *Criminalia*. Más de setenta años contemplan a una y a otra, que se conservan vivas y activas. Este artículo fue publicado inicialmente en la Revista *Criminogénesis* (año 2, número 7, octubre de 2010). Si Sánchez Galindo recorre estas páginas, hallará la huella de maestros queridos y respetados, que influyeron profundamente en su formación profesional, como en la mía.

SINOPSIS

Me referiré a la presencia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales en el desarrollo del “penalismo” en México. Aquélla y sus integrantes –que actuaron, a menudo, en nombre o con motivo de su calidad de miembros de la Academia–, intervinieron en la formulación de ordenamientos, la creación de instituciones y el examen de temas relacionados con esta materia entre la década de los 30 del siglo XX (el Código Penal que cubrió la mayor parte del siglo XX fue expedido en 1931) y los primeros años de este siglo. El órgano de difusión de la Academia ha sido la revista *Criminalia*, una de las más antiguas publicaciones especializadas con que cuenta nuestro país.

No pretendo abarcar todos los años corridos desde la promulgación del Código Penal de 1931, la aparición de *Criminalia* y la fundación de la Academia, ni podría omitir necesarias –pero sucintas– referencias a la circunstancia histórica que precedió y determinó estos hechos. Me contraigo al período 1931-1987: poco más de medio siglo. Haré referencia –igualmente concisa– a movimientos penales posteriores a 1989, cuya orientación proviene de aquel largo período o que representan una ruptura o un giro con respecto a las ideas que predominaron en ese medio siglo.

El horizonte del presente trabajo explica, pues, la extensa alusión a algunos académicos y la breve referencia a otros, que han actuado, sobre todo, en períodos que desbordan los límites temporales de aquél. Debo explicarlo puntualmente y reiterar el testimonio de mi aprecio hacia los colegas académicos que han trabajado y trabajan con maestría en el cultivo y la aplicación de las ciencias penales, como integrantes de la Academia.

En suma, este panorama se concentra en la legislación de 1931, la referencia a sus autores y sostenedores (y a sus adversarios), la creación y la función de *Criminalia*, el establecimiento y los objetivos de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, la personalidad y obra de sus fundadores y sucesores y el desarrollo de las instituciones penales en las que han influido o predominado los miembros de la Academia. No deja de llamar la atención, por supuesto, que un número tan reducido de personas –como adelante se verá, con detalle²–, haya cumplido tan relevantes tareas y conseguido tan apreciable trascendencia en la marcha del sistema jurídico penal mexicano.

Obviamente, el examen profundo de los temas que abordo en este artículo requeriría mayor tiempo y espacio. La bibliohemerografía disponible es muy abundante y los personajes que desfilan en el texto –y que transitaron con paso firme en el penalismo mexicano durante la etapa que abarca este trabajo– han suscitado numerosos comentarios y múltiples referencias. Ceñido a las características y objetivos de este panorama he procurado concentrar el relato y las reflexiones y acudir con preferencia a las fuentes que suministran la propia revista *Criminalia* y diversas obras y artículos de integrantes de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, especialmente los fundadores y varios académicos que llegaron pocos años después.

1. IMPORTANCIA DEL SISTEMA PENAL: INSTRUMENTO DE LA REPÚBLICA

Como marco general, reitero algunas consideraciones expuestas en otros trabajos. Lo hago para destacar la función del orden penal en la vida colectiva y el nexo que guarda con las grandes opciones políticas de signo democrático o autoritario y, por lo tanto, con la construcción de la república. Se halla en el cruce de muchos vientos y anima no pocas esperanzas y temores.

En el sistema penal destaca el encuentro entre el poder del Estado, que se despliega en su máxima potencia, y el desvalimiento del individuo, al que se caracteriza como “enemigo social” a título de imputado: Leviathán y el ser humano. Dijo César Beccaria: “en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía

² *Infra*, esp., sub. 4, 8 y 9.

y de libertad y del fondo de humanidad, o de malicia, de todas las naciones”³. Y Manuel de Lardizábal y Uribe, el ilustre hispano-mexicano, observó: “Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran medida la buena constitución y seguridad del Estado”⁴. Entre nuestros más notables compatriotas, Mariano Otero hizo ver, atento al drama penal del siglo XIX, que “la legislación criminal (...) es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales”⁵.

En fin, Luigi Ferrajoli –un autor que gravita sobre las mejores corrientes del penalismo contemporáneo– advierte con razón que “el Derecho y el proceso penal constituyen instrumentos o condiciones de la democracia”. Esta afirmación no mira tanto hacia la “dimensión política de la democracia, la cual se expresa en el principio de las mayorías, sino a aquella sustancial que se expresa en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de sus intereses materiales primarios”⁶.

2. ETAPAS DEL DESARROLLO PENAL MEXICANO

Desde la perspectiva que ahora interesa, en el desarrollo penal mexicano –de filiación europea, que abrumó al derecho indígena⁷–

3 *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, con estudio introductorio de Sergio García Ramírez (“Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra”), México, Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed., 2006, p. 226.

4 *Discurso sobre las penas*, México, Ed. Porrúa, 1ª. ed. facsimilar, 1982, p. III. El nombre completo de la obra es *Discurso sobre las penas contraído a las Leyes Criminales de España, para facilitar su reforma*.

5 “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, en *Obras*, México, Ed. Porrúa, 1967, t. II, pp. 653-654.

6 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 24. Asimismo, “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”, en *Capítulo Criminológico*, 16, 1988, p. 3.

7 Cfr. Macedo, Miguel, *Apuntes para la historia del Derecho penal mexicano*, México, Ed. “Cultura”, 1931, pp. 11 y ss. En otra oportunidad he procurado entender el legado jurídico indígena, como presencia cultural y factor de la conducta: “Más que ingresar el mundo de los indios al mundo de los preceptos, intervino en el gobierno de la conducta. Para ello siguió un camino sinuoso, diferente, a largo plazo. Optó, porque no pudo otra cosa, por esparcir suavemente en el espíritu lo que no quedó recogido en el precepto”. García Ramírez, “Sobre la obra jurídica mexicana. Presentación”, en *Varios, Obra jurídica mexicana*, México, Procuraduría General de la República, 1985, t. I, p. 18.

distingo dos largas etapas, sin contar la que corre ahora mismo. La primera inicia cuando se consuma la Independencia, surgen algunos movimientos legislativos autónomos, débiles y circunstanciales, y se perfila la agenda del futuro. Concluye, convencionalmente, al final de la sexta década del siglo pasado. En esa primera etapa hay por lo menos dos períodos.

En el período inicial de los dos que identifiqué dentro de la primera etapa, se carece de un *corpus juris* penal sistemático y trascendente. Se hallaba en vigor el orden colonial⁸. El proyectista mexiquense de 1831 hizo ver que “por todas partes se eleva un clamor general y sostenido contra los defectos de la ley que nos rige, y forma un caos de tinieblas y confusiones, el que el juez y el ciudadano se afanan inútilmente por hallar la norma segura de su conducta, y la firme garantía de sus derechos”⁹. “Nosotros por desgracia –expresó Valdés a la mitad del siglo XIX– no tenemos aún código alguno, y nos regimos por (las) leyes (españolas), con algunas variantes (...) mientras llega el día feliz en que se consume esa gran obra”¹⁰.

La legislación penal era “la más incompleta y defectuosa, y la que en mayor desacuerdo está con nuestra civilización, con nuestras costumbres y con nuestras prácticas”¹¹. Ricardo Rodríguez cita la *Curia Filípica Mexicana*: “Sin exageración puede decirse que nuestra jurisprudencia criminal, es una mezcla informe y monstruosa”¹², expresión que hace recordar, por cierto, el sombrío panorama de la

8 Cfr. Macedo, *Apuntes para la historia...*, op. cit., pp. 202-203 y 258. En los primeros tiempos de la vida independiente sólo se expedían “leyes aisladas, sin plan ni sistema de conjunto”; predominaba y se anteponía a todo “las necesidades y las consideraciones políticas”. Sin embargo, el mismo autor observa que “las disposiciones dictadas (en materia de prevención de los delitos), aunque aisladas e independientes entre sí, constituyen un conjunto bastante completo”. *Id.*, p. 251.

9 Así, en “El Conservador”, Toluca, no. 4, junio de 1831, cit. Porte Petit, Celestino, *Evolución legislativa penal en México*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1965, p. 7.

10 Valdés, Ramón Francisco, *Diccionario de jurisprudencia criminal mexicana: común; militar y naval; mercantil y canónica; con todas las leyes especiales que rigen en la República en materia de delitos y penas*, México, Tipografía de V. G. Torres, 1850, p. 127.

11 *Novísimo Sala Mexicano, o ilustración al Derecho real de España*, con las notas del Sr. Lic. D.J.M. de Lacunza, corregida y aumentada por los señores Don Manuel Dublán y Don Luis Méndez, México, Imprenta del Comercio, de N. Chávez, a cargo de J. Moreno, 1870, t. II, p. 6.

12 *El procedimiento penal en México*, México, Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, 1900, pp. 197-198).

legislación europea en los términos de César Beccaria: “Algunos restos de la legislación de un antiguo pueblo conquistador (...)”¹³. En síntesis, México hereda de España “un sistema de legislación anárquico, de leyes aisladas y no de Códigos completos, unas inaplicables y otras de difícil aplicación, pues propias para un gobierno monárquico no lo eran para un sistema republicano”¹⁴.

El primer Código penal fue el veracruzano, de 1835¹⁵; empero, se ha mencionado un ordenamiento jalisciense de fecha anterior: proyecto de Código Criminal de Jalisco, presentado al Congreso de ese Estado por el presbítero Francisco Delgadillo, el 6 de abril de 1831¹⁶. Pese a estos esfuerzos y a un buen número de disposiciones aisladas y circunstanciales, México carecía de un verdadero ordenamiento penal que disciplinara el sistema punitivo, cuyas bases provendrían de la ley fundamental de 1857¹⁷. Esa situación se prolongó durante medio siglo y culminó en la más notable codificación de aquellos años, cuyo principal autor fue Fernando J. Corona, “prototipo de modestia y sabiduría”¹⁸. El período siguiente –aún dentro de la primera etapa–, va desde esta codificación veracruzana hasta el primer tercio del siglo XX: las figuras principales son Antonio Martínez de Castro y Miguel Macedo.

Martínez de Castro, un personaje de primera fila, que mereció el respeto de sus contemporáneos y cuya memoria llega con prestancia

13 *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 207.

14 Ceniceros, José Angel, y Garrido, Luis, *La ley penal mexicana*, México, Ed. Botas, 1934, p. 11.

15 Cfr. Porte Petit, *Evolución legislativa penal en México*, México, Ed. Jurídica Mexicana, 1965, p. 11. Comisión redactora: Bernardo Couto, Manuel Fernández Leal, José Julián Tornel y Antonio María Solorio.

16 El doctor Guillermo Zepeda Lecuona, investigador en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO, Guadalajara), me ha proporcionado la información que conozco sobre este texto, que no figura en las reseñas históricas que brindan las obras de Derecho penal mexicano y al que me refiero en mi *Derecho penal*, México, Ed. Porrúa, 3ª. ed., 2007, p. 4.

17 “Son los constituyentes liberales de 1857 –afirma Jorge Vera Estañol–, los que en forma sistemática establecen las bases fundamentales del derecho penal, propiamente mexicano”. *México. Su evolución social. Parte novena. La evolución jurídica*, México, 1902, t. I, vol. 2, p. 764

18 González Bustramante, Juan José, “Conceptos”, en Domínguez Loyo, Miguel, *Fernando de J. Corona, distinguido jurisconsulto y liberal veracruzano autor de los “Códigos Corona”*, Veracruz, publicación del gobierno del Estado de Veracruz, 1970, p. 18.

a nuestros días¹⁹, llevó a cabo una estupenda obra cifrada en el código de 1871²⁰. En su hora, observó la necesidad de superar la anarquía que prevalecía en el orden penal y establecer un sistema fundado en la justicia y la utilidad social. La pena tendría fines objetivos y ejemplares, sin incurrir en soluciones ilusorias. Por supuesto, reconoció puntualmente las malas condiciones de seguridad y el desarrollo de la criminalidad, frente a las severas deficiencias de las instituciones encargadas de elevar la seguridad y combatir la delincuencia²¹.

Juárez hizo notar al Congreso la inminente vigencia del nuevo código, largamente elaborado²², y poco después celebró su expedición como progreso notable para el avance de la legislación mexicana y el imperio de la justicia: “una gran mejora en el orden moral”. Agregó, anticipando el proceso de unificación en torno al ordenamiento central,

19 Piña y Palacios sostiene que Martínez de Castro fue “el más ilustre de los Ministros de Justicia e Instrucción Pública que haya tenido México”. “Martínez de Castro, hombre de Estado”, en García Ramírez, Sergio, Piña y Palacios, Javier, Cárdenas, Raúl F., y Malo Camacho, Gustavo, *Martínez de Castro, Ministro del Presidente Juárez*, México, Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, 1972, p. 15. Según Raúl F. Cárdenas, Martínez de Castro integra, con Lardizábal, “la pareja más brillante de nuestros penalistas”. “Martínez de Castro, jurista”, en *idem*, p. 90. Garrido señala que aquél figura con propiedad entre los reformadores de 1857, cuya obra “se nos presenta no sólo como el florecimiento de ideales liberales, sino como la tarea coordinada y fecunda de hombres puros por su vida pública y privada”. “Antonio Martínez de Castro”, en *Notas de un penalista. Derecho-Semblanzas-Ideas*, México, Ed. Botas, 1947, p. 87.

20 En 1861, el ministro de Justicia Jesús Terán, por acuerdo del presidente Juárez, designó la comisión redactora del código penal: Urbano Fonseca –que había formado parte, con Teodosio Lares y Juan B. Herrera, de la comisión a cargo del proyecto del Código penal del Imperio–, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra (Porte Petit menciona: Fonseca, Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Zamacona y Martínez de Castro. Saavedra sustituyó a Montes. Cfr. *Evolución legislativa...*, op. cit., p. 22. Esta comisión trabajó hasta 1863). El 28 de septiembre de 1868, el ministro de Justicia Ignacio Mariscal, también por acuerdo del presidente Juárez, mandó se integrase y reorganizase la comisión: Antonio Martínez de Castro (presidente), Manuel M. Zamacona, José Ma. Lafragua, Eulalio Ma. Ortega e Indalecio Sánchez Gavito (secretario) (1. p. 269). En la exp. mot., Martínez de Castro dice que la comisión se formó el 6 de octubre de 1862. Cfr. “Exposición de motivos”, en *Leyes penales mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, vol. 1, p. 332.

21 Cfr. “Exposición de motivos”, en *Leyes penales...*, op. cit., pp. 313, 332-333 y 337.

22 “El Sr. Juárez, en la apertura del primer período de sesiones del primer año del 6o Congreso Constitucional, en 16 de septiembre de 1871”, en *Los Presidentes de México ante la Nación*, México, LII Legislatura de la Cámara de Diputados, 2ª. ed., 1985, t. I, p. 497.

que presidió el desarrollo de la ley penal en México: “De esperar es que esos nuevos cuerpos de legislación para el Distrito sean imitados o adoptados íntegramente por diversos Estados de la Federación, como ha sucedido ya con el Código Civil, y entonces, la mejora a que tan cuerdamente habéis dado vuestra sanción, vendrá a ser de un interés general para la República. Aunque no fuera más que por ese acto legislativo, el buen nombre del Sexto Congreso Constitucional estaría ya asegurado en nuestros anales parlamentarios”²³. Obviamente, el código clásico no se halló al abrigo de toda crítica²⁴.

En su momento, Macedo encabezó los trabajos de revisión de la ley de 71²⁵ y se propuso avanzar dentro de la línea de 1871. No era conveniente –aseguró– llevar adelante una modificación sustancial. Lo era, en cambio, recoger disposiciones consecuentes con las circunstancias y no perder de vista el mal estado de las prisiones y la policía, y la condición sombría de la seguridad y la criminalidad, más las deficiencias institucionales. La tarea desenvuelta por aquella

23 “El Sr. Juárez, en la clausura del primer período de sesiones del 6º Congreso Constitucional, el 15 de diciembre de 1871”, en *Los Presidentes de México...*, op. cit., t. I, p. 504

24 Con ironía, Demetrio Sodi observa –muchos años después de la emisión del código– que ese ordenamiento “se ha reconocido como una verdadera maravilla, como una obra perfecta que estaba prohibido tocar y que se ensalzaba en todos los tonos (...)”; empero, las sugerencias de reforma suscitadas por una convocatoria de la Secretaría de Justicia “han venido a demostrar la necesidad que de una reforma radical tiene urgencia nuestro Código, que ha dejado de ser el monumento inatacable y perfecto”. *Nuestra ley penal. Estudios prácticos y comentarios sobre el Código del Distrito Federal de 1º de abril de 1972*, México, A. Carranza y Comp. Impresores, 1905, pp. 28-29.

25 En septiembre de 1903, la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública, a cargo de Justino Fernández, designó a Miguel S. Macedo, Manuel Olivera Toro y Victoriano Pimentel para revisar el código penal. Durante un tiempo, Joaquín Clausel fue adjunto; luego, Jesús M. Aguilar. En julio de 1905 se reanudaron las sesiones con Jesús M. Aguilar, Macedo, Olivera Toro, Pimentel y Aguilar. En algunas sesiones participó el subsecretario Novoa. En 1908 se incorporó como secretario, temporalmente, Gilberto Trujillo. El 15 de febrero de 1909 llegaron Julio García y Juan Pérez de León, y el 19 de julio, Manuel A. Mercado. Algunas veces asistieron los exsecretarios Sodi y Calero. En 1911 salieron Pérez de León y Aguilar. El 13 octubre de 1911 comenzaron a concurrir como miembros de la comisión: Manuel Castelazo Fuentes, procurador de la República, y Carlos Trejo y Lerdo de Tejada, procurador del DF. El 30 de octubre se agregó Emilio Monroy. Concluyó la elaboración el 11 de junio de 1912. Cfr. Porte Petit, *Evolución legislativa penal...*, op. cit., pp. 28-29.

comisión, reunida en una obra amplia y sustanciosa²⁶, mereció el elogio de los juristas: “obra maestra que honra a sus autores y al foro mexicano”²⁷.

Habían pasado cuarenta años desde que Martínez de Castro denunció una situación semejante, y en el curso de esas décadas había gobernado una dictadura laboriosa. León de la Barra, Madero y hasta Victoriano Huerta anunciaron la inminente conclusión del proyecto²⁸. En todo caso, ya existía un *corpus juris poenalis* y sobre esa base, firme o movediza y siempre controvertida, se alzó el quehacer de los tribunales y de los centros de educación superior. Hubo una jurisprudencia y se construyó una doctrina, asentada en el pensamiento de tratadistas distantes y en los ideales de sociedades lejanas, que parecieron –unos y otras– ejemplares.

La segunda gran etapa principia con la legislación de 1929. Ya en 1926 el Ejecutivo había anunciado una amplia reforma civil, penal, mercantil y procesal. Acentuó la penal, que sería “síntesis o transición” entre la teoría antropológica positiva o italiana y la sociológica, “para que las innovaciones, aunque se aparten en algo del criterio de simples ideólogos, se llevan a cabo con el mejor sentido práctico”²⁹.

Al referirse a la ley penal en ciernes, el presidente Portes Gil aludió a una “una reforma integral de la Legislación Mexicana”, y revisó ante el Congreso de la Unión los extremos destacados del ordenamiento, expedido en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas al Ejecutivo. Las grandes innovaciones planteadas “corresponden a un método rigurosamente científico, (y con ellas) se logrará una sensible disminución de la delincuencia: *desideratum* de toda una buena

26 Secretaría de Justicia, *Trabajos de revisión del Código Penal*, México, Tip. de la Oficina Impresora de Estampillas, 1912.

27 Machorro Narváez, Paulino, “Estudio general sobre el Código Penal”, en *Memoria del Primer Congreso Jurídico Nacional*, México, Imp. M. León Sánchez, 1922, p. 176.

28 Cfr. “El Lic. Francisco León de la Barra, al abrir las sesiones ordinarias el Congreso, el 16 de septiembre de 1911”, en *Los presidentes de México...*, op. cit., t. II, p. 867; “El Sr. Francisco I. Madero, al abrir las sesiones ordinarias el Congreso, el 1º de abril de 1912”, en *ídem*, t. III, p. 5; y “El Presidente Interino, Gral. Victoriano Huerta, al abrir las sesiones ordinarias el Congreso, el 1º de abril de 1913”, en *ídem*, t. III, p. 58.

29 “El Gral. Plutarco Elías Calles, al abrir las sesiones ordinarias el Congreso, el 1º de septiembre de 1926”, en *Los presidentes de México...*, op. cit., t. III, p. 766.

legislación penal”³⁰. También puso acento en la filiación revolucionaria de ésta: la tendencia del gobierno es “llevar a cabo la reforma de nuestra legislación positiva, para hacerla concordar con la ideología de la revolución social mexicana y muy especialmente con las doctrinas científicas en que se inspira el nuevo Código Penal en proyecto”³¹.

La figura principal de este nuevo ímpetu reformador fue José Almaraz, que puso manos a la obra sobre textos previamente sugeridos³² y trabajó en una comisión cuyos integrantes no siempre coincidieron con las ideas y propuestas de Almaraz³³. Este relevante actor del penalismo mexicano expresó necesidades e intenciones que debían alojarse en la nueva norma: superar el envejecimiento de orientaciones de la escuela clásica y adoptar principios científicos y racionales que hicieran eficaz la lucha contra la delincuencia. Se propuso acoger nuevas tendencias penales, de raíz positivista. Adoptaría el concepto de estado peligroso como criterio de responsabilidad penal³⁴.

Esa etapa segunda toma vuelo y fuerza con la legislación de 1931, sus autores y defensores –que son una generación de juristas penalistas, pero también hombres de Estado–, y prosigue a lo largo de numerosos proyectos de reforma y cambios consumados, hasta el desembarco en

30 “Discurso del Lic. Emilio Portes Gil, al abrir las sesiones ordinarias el Congreso, el 1º de septiembre de 1929”, en *Los Presidentes de México...*, op. cit., t. III, pp. 935-936.

31 “El Lic. Emilio Portes Gil, al abrir las sesiones ordinarias del Congreso el 1º de septiembre de 1929”, en *Los Presidentes de México...*, op. cit., t. III, p. 1004. En cambio, Raúl Zaffaroni observa que paradójicamente el primer código penal posterior a la Revolución Mexicana se propuso plasmar la ideología penal correspondiente a la filosofía de los científicos porfiristas. Cfr. “La ideología de la legislación penal mexicana”, en *Revista Mexicana de Justicia*, vol. III, no. 2, 1985, p. 54.

32 En 1925 se formó una primera comisión redactora del proyecto: Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y Castañeda. En 1926 Almaraz sustituyó a Castañeda y la comisión quedó así: Ramírez Arriaga, Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz. Cfr. Porte Petit, *Evolución legislativa penal...*, op. cit., p. 30. Almaraz también reconoce la intervención de numerosas personas y corporaciones; entre aquéllas, los licenciados García Peña, Ruíz, García Téllez, Canales, de las Muñecas Zimavilla, Guerrero, Lavalle, Chico Goerne y Mainero. Cfr. *Exposición de motivos del Código penal promulgado el 15 de diciembre de 1929 (Parte general)*, México, 1931, p. 25.

33 Este mismo se reconoció autor del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Sociales y del sistema de multas (dos ideas fecundas, ciertamente); de lo demás –dijo– “creo que nada hay en el proyecto cuya paternidad pueda atribuírseme”. *Exposición de motivos...*, op. cit., p. 9.

34 Cfr. *idem*, esp. pp. 9, 19, 25, 49

el anteproyecto de Código Penal de 1931. El presidente Ortiz Rubio informó al Congreso sobre el inicio de los trabajos preparatorios del código, una vez observadas las “dificultades de adaptación y aplicación” del ordenamiento de 1929. “Las bases generales de la obra consisten: en aprovechar las reformas establecidas en todo aquello que fuere compatible con nuestro medio y recursos, simplificando la redacción y estructura de los Códigos e implantando, en ciertos puntos, reformas que se imponen para modernizar y hacer más amplios nuestros sistemas anticuados de legislación, sin perder de vista la realidad social; en procurar la mayor claridad, brevedad y sencillez de las leyes, siguiendo una tendencia práctica, nacional y ecléctica”³⁵.

La comisión que forjaría la ley de 1931 quedó integrada, en su mayoría, por los futuros fundadores de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y redactores de “Criminalia”: por la secretaría de Gobernación: José Ángel Ceniceros; por la procuraduría general de la República: José López Lira; por la procuraduría general de justicia del Distrito y Territorios Federales: Luis Garrido, y por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal: Alfonso Teja Zabre. Por los Tribunales Penales participó Ernesto G. Garza. Hubo otros participantes en estos trabajos³⁶: Carlos L. Ángeles, José Ma. Ortiz Tirado, Alberto R. Vela, Rafael Matos Escobedo, Francisco González de la Vega, Emilio Pardo Aspe y Luis Chico Goerne.

Los autores de la ley de 1931 fijaron el rumbo adoptado, por voz de Teja Zabre: “La tarea principal tenía que consistir en la selección de guías y en la adaptación de los principios a nuestra realidad social, constitucional y económica”³⁷. “Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea, práctica y realizable”³⁸. Las

35 “El Ing. Pascual Ortiz Rubio, al abrir las sesiones ordinarias el Congreso, el 1º de septiembre de 1930”, en *Los presidentes de México...*, op. cit., t. III, pp. 1022-1023.

36 Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, t. I, p. 1253.

37 “Exposición de motivos”, en *Leyes penales...*, cit., vol. 3, p. 293. Hay que observar, sin embargo, que el ordenamiento de 1931 careció de exposición de motivos, propiamente; este vacío se colmó en el documento elaborado por Teja Zabre, del que Ignacio Villalobos dijo: es “un hermoso estudio (...) que en mucha parte sólo expresa la opinión y el propósito, no realizado, de su autor”. *Derecho penal mexicano*, México, Ed. Porrúa, 5ª. ed., 1990, p. 116.

38 “Exposición de motivos”, en *Leyes penales...*, cit., vol. 3, p. 289. En la elaboración del proyecto surgió una diferencia entre Chico Goerne, que pretendía se hiciera una toma

bases generales serían: “a) Aplicación racional del arbitrio judicial³⁹, sujetándose a las restricciones constitucionales; -b) Disminución del casuismo;- c) Simplificación de las sanciones; -d) Efectividad de la reparación del daño;- e) Simplificación del procedimiento;- f) Organización del trabajo de los presos; -g) Establecimiento de un sistema de responsabilidades, fácilmente exigibles, a los funcionarios que violen la ley;- h) Dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa, e- i) Completar la función de las sanciones, por medio de la readaptación a la vida social de los infractores”⁴⁰.

Abundaron los ensayos de reforma en los siguientes lustros. Si prescindimos de algunos que no alcanzaron mayor vuelo, habrá que mencionar el proyecto de 1949, compuesto por académicos⁴¹ (la comisión haría, se dijo, “una labor de coordinación y aseo de nuestra Legislación Criminal, poniendo al día para que responda en todos sus aspectos a la defensa de la sociedad mexicana”⁴²) y los proyectos de 1958, en los que también estuvo la mano de integrantes de la

de posición filosófica sobre delito, delincuente y pena, contrariamente al parecer de los comisionados Ceniceros, Teja Zabre, Ángeles y Garrido, cuya opinión prevaleció. Cfr. Ceniceros y Garrido, *La ley penal...*, op. cit., pp. 19-20.

39 Los autores o defensores del código y fundadores de la Academia cargaron el acento sobre las bondades de la individualización y el arbitrio judicial. La individualización de la pena es el alma de la doctrina penal contemporáneos”, sostuvo González de la Vega; agregó: el arbitrio constituye una de las más elocuentes proyecciones del nuevo orden jurídico, derivado de la Revolución Mexicana, sobre la normativa penal. Cfr. *La reforma de las leyes penales en México*. Extracto de obras y ensayos de José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Francisco González de la Vega y Raúl Carrancá Trujillo, México, Imp. De la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1935, pp. 42 y 77. Carrancá y Trujillo asegura que el artículo 52 del código (acerca de individualización judicial y arbitrio) “es vertebral, es central en el sistema de la legislación penal de 1931. Es su quicio”. “Teoría del juez penal mexicano”, en *Tres ensayos*, México, 1944, pp. 15-16.

40 “Exposición de motivos”, en *Leyes penales...*, op. cit., vol. 3. p. 290.

41 Comisión redactora: Luis Garrido, Francisco Argüelles, Celestino Porte Petit y Raúl Carrancá y Trujillo. Inicialmente se dispuso que sólo figurasen en ella tres personas, “para que su labor sea más eficaz y homogénea”: Garrido, Argüelles y Porte Petit. Cfr. *Criminalia*, año XIV, no. 6, junio de 1948, p. 221.

42 Fue la expresión del subsecretario de Gobernación, encargado del Despacho, Ernesto P. Uruchurtu. Cfr. *Ibidem*. Para un amplio examen del proyecto, a través de artículos de numerosos tratadistas, mexicanos y extranjeros, cfr. Varios, *La reforma penal mexicana. Proyecto de 1949*, México, Ed. Ruta, 1951.

Academia⁴³. Tiempo después llegó el proyecto de legislación-tipo, favorecida por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y elaborada conforme a la recomendación del II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia⁴⁴. Protagonistas de este proyecto fueron, una vez más, varios miembros de la Academia –en ejercicio o futuros integrantes de la corporación–⁴⁵, que también suscitó la severa crítica de un distinguido académico⁴⁶. Entre las diversas reformas parciales –de signo progresista– incorporadas entre la fallida reforma amplia de 1963 y el gran giro del ordenamiento penal en 1983, figura la estimable

43 En uno de ellos, llamado proyecto Chico Goerne, intervinieron Enrique Padilla C., Francisco H. Pavón Vasconcelos –futuro académico–, Jorge Reyes Tayabas y Manuel del Río Govea. Porte Petit señala que la comisión quedó presidida por el procurador José Aguilar y Maya, con quien colaboraron Jorge Reyes Tayabas, Rubén Montes de Oca, Enrique Padilla C. y Fernando Castellanos –asimismo, futuro académico. Fue reintegrada por Padilla, Reyes Tayabas, Pavón Vasconcelos y Del Río Govea. Cfr. Porte Petit, *Evolución legislativa penal...*, op. cit., p. 148. En otro proyecto de 1958, integraron la comisión: Pavón Vasconcelos, Porte Petit, Del Río Govea y Ricardo Franco Guzmán, y se contó con la cooperación de Reyes Tayabas. Cfr. *ídem*, p. 149.

44 Cfr. *Memoria. 1958-1964, Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales*, México, 1964, pp. 131 y ss. Los proyectos de ley (Ley tipo del Ministerio Público, Código procesal penal tipo, Código penal tipo y Ley de justicia de paz) aparecen en *id.*, pp. 136 y ss.

45 Comisión redactora: Fernando Román Lugo, Celestino Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González Mariscal y Luis Porte Petit Moreno. Asesor: Luis Garrido.

46 Carrancá y Trujillo rescató el *desiderátum* del Código Penal Federal –como uno “de los más sólidos cimientos del edificio de (la) política criminal”–, y repudia “las iniciativas que desemboquen en nuevos códigos penales locales”. *Un nuevo Código Penal Local a la vista y urgencia de un Código Penal Federal*, México, 1963, p. 5. En otra obra, volvió a la carga: “Por atender a propósitos más inmediatos e interesados que político-criminales y científicos, el anteproyecto (de código penal) en cuestión peca de precipitación en su factura y de desajuste en su articulado, así como de desacierto en general, en sus innovaciones. Por ello lo combatimos y fue archivado en espera de un trabajo mejor”. *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Ed. Porrúa, 11^a. ed., 1976, p. 132. Carrancá instó al presidente de la Academia, Garrido, en carta del 9 de octubre de 1963, a solicitar la opinión de los académicos en tornos a los planteamientos del mencionado folleto, a fin de obtener un pronunciamiento de la Academia, que debería ser remitido al Presidente de la República, el Congreso de la Unión, la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Superior del Distrito Federal, los Gobernadores y Cámaras Legislativas de los Estados, las Facultades de Derecho de la República, las asociaciones de abogados, “etc. etc.”. Cfr. Correa García, *Historia de la Academia...*, op. cit., pp. 389-390.

renovación de 1971⁴⁷, a la que René González de la Vega califica como “memorable”⁴⁸ y que recibió corrientes novedosas provenientes del “interior” especialmente la reforma penitenciaria del Estado de México.

Poco después se presentaría la más progresista e influyente reforma penal del último cuarto del siglo XX, en la que fue descollante la tarea de miembros de la Academia⁴⁹, como también de aquí surgieron algunas resistencias. Tuvo un antecedente insólito: la Consulta Nacional sobre Impartición de Justicia y Seguridad Pública, dispuesta por el presidente de la República y realizada por el procurador general de la República. Con este motivo quedaron constituidas varias comisiones de preparación legislativa, en las que figuraron académicos; varios de éstos, las presidieron, como sucedió en el caso de la comisión de justicia penal, encabezada por Celestino Porte Petit⁵⁰.

El proyecto de código penal de 1983, que no alcanzó vigencia íntegra, constituyó la “fuente” de la que provendrían varios cambios relevantes en ese mismo año y en ejercicios posteriores: en dicho proyecto se localiza el sello renovador de la ley penal mexicana. Es justa la calificación que muchos analistas hicieron de aquella obra progresista. Islas de González Mariscal, por ejemplo, considera que “este anteproyecto, a diferencia de los anteriores, sí constituye una verdadera innovación en todos los sentidos (...). Cambian los fundamentos ideológicos y los de política criminal. Se sustenta en las teorías jurídico-penales más actuales y erradica muchos rasgos positivistas. Hay precisión técnica y de lenguaje y, en general, puede decirse que la transformación es total en relación con la legislación hasta ese momento vigente”. La reforma iniciada en 83 y continuada

47 También hubo académicos en la reducida comisión de entonces, integrada por Raúl F. Cárdenas, Julio Sánchez Vargas y Sergio García Ramírez. Cfr., en torno a estas modificaciones, ampliamente, mi libro *La reforma penal de 1971*, México, Ed. Botas, 1971.

48 “De cómo se perdió nuestro Código Penal en el Distrito Federal”, en *Criminalia*, año LXV, no. 3, septiembre-diciembre, 1999, p. 125.

49 En la comisión participaron: Celestino Porte Petit, Sergio García Ramírez, Victoria Adato Green, Gustavo Malo Camacho y Luis Porte Petit.

50 Román Lugo presidió la comisión de policía y buen gobierno, y Vela Treviño, la de seguridad pública. El itinerario de la consulta, con inclusión de estos datos, y un buen conjunto de artículos sobre las primeras modificaciones normativas en materia penal originadas en este proceso, puede verse en Alba Leyva, Samuel, “Consulta Nacional sobre Administración de Justicia (1983)”, en Varios, *La reforma de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984, pp. 1 y ss.

en 84 y 85 es, “como ya se ha dicho- la más extensa y profunda que hasta ahora se ha llevado a cabo”⁵¹.

En sentido semejante se pronunciaron otros penalistas, miembros de la Academia. Así, Malo Camacho: las modificaciones “implican la más vigorosa reforma operada al Código Penal, desde que iniciara su vigencia hace más de cincuenta años”⁵²; Vela Treviño: “se ha ido a fondo para vigorizar nuestra ley penal, dándole ideas, concepciones y alcances mejores que los que antes tenía”⁵³; y Moreno Hernández: “no se plantea una simple reforma parcial y circunstancias (...) sino una reforma general y substancial; un cambio que importa aspectos esenciales, vitales de la legislación penal vigente, que trastoca tanto aspectos filosóficos, como aspectos político criminales y dogmáticos, y que implican transformaciones profundas a la ciencia jurídico penal y a la jurisprudencia, y, lo que es más importante, renovación benéfica en el sistema de la justicia práctica”⁵⁴.

En suma, el anteproyecto de 1983 abre, con novedades de fondo, una genuina renovación depuradora y creativa. Se halla en la base de reformas que se harían en años posteriores: así, 1991⁵⁵ y 1994⁵⁶. De esta forma concluye un ciclo en la historia de las ideas y las instituciones penales mexicanas. Queda fuera de este itinerario la reforma que se

51 “El desarrollo del Derecho penal mexicano en el siglo XX”, en Varios, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, pp. 789 y ss.

52 “La reforma de 1984 al Código Penal, Parte General. Algunos comentarios”, en Varios, *La reforma jurídica de 1983...*, op. cit., p. 282

53 “Algunas consideraciones sobre la reforma penal de 1984”, en *idem*, p. 373.

54 “Algunas consideraciones sobre las reformas a la parte especial del Código Penal”, en *idem*, p. 377.

55 Sobre las reformas de 1991, cfr. *Criminalia*, año LVIII, no. 1, 1992; y acerca de reformas posteriores, cfr. los comentarios de los académicos en las “Jornadas de discusión y debate de las iniciativas de reforma penal 97-98”, con intervenciones de García Ramírez, Plasencia, González de la Vega, Moreno Hernández, Díaz de León y Zamora Pierce, citados por Correa García, en *Historia de la Academia...*, op. cit., pp. 562-563.

56 Esta, “por sus propósitos y su extensión, se orienta en la línea de reformas anteriores, principalmente en la de la muy significativa efectuada en el lapso de 1983 a 1985”. Bunster, Alvaro, “La evolución legislativa penal mexicana”, *Criminalia*, año LX, no. 3, noviembre-diciembre 1994, p. 19. Cfr., asimismo, Ramírez, Elpidio: la transformación del CP entre 1984 y 1994 “ha sido de tal magnitud que no es aventurada la afirmación de que el Código Penal de 1931 ha sido sustituido por uno nuevo: el de 1984-1994”. “La reforma penal de 1994, en *idem*, año LX, no. 3, noviembre-diciembre 1994, p. 115.

realiza en años posteriores, con doble signo: uno, consecuente con las ideas y los derroteros establecidos en 1983; otro, adverso, como se observa en la Ley federal contra la delincuencia organizada.

Esa ley sobre delincuencia organizada inicia, a mi juicio, la tercera etapa, la contemporánea –y por ahora incierta– y excede los linderos cronológicos del presente panorama y del marco ideológico del penalismo mexicano, que había enfilado hacia la justicia penal democrática. Luego llegaría la “reforma penal ambigua”, con rango constitucional y doble significado. Por una parte, es una transacción entre las corrientes del Derecho penal democrático –que prevalecieron en el paso de casi sesenta años– y las del orden penal autoritario, filtrado en el cimiento del derecho nacional a partir de la reforma constitucional de 2008. Por otra parte, implica un “Derecho de transición” con destino incierto⁵⁷.

3. LOS HOMBRES Y LOS GRUPOS

En México han proliferado dirigentes o caudillos y grupos vigorosos que se propusieron y desarrollaron una obra colectiva más o menos deliberada. Esta situación, que expreso en términos muy generales, también se observa en el itinerario de las instituciones penales y sus forjadores y sostenedores. Ese tránsito se manifiesta en la sucesión de protagonistas –legisladores, aplicadores y doctrinarios–, normas, ideas, proyectos, organismos y prácticas. Desde luego, la realidad ha sido indócil a las mejores pretensiones, aquí como dondequiera.

Generalmente, los proyectos de códigos penales y procesales fueron elaborados por comisiones de juristas, reducidas o numerosas. Ya me he referido a varias. A menudo sobresalió algún comisionado: en virtud de su talento o competencia, de su entrega y laboriosidad, o de otros motivos que le otorgaban determinado ascendiente entre sus colegas de comisión. No es frecuente que un solo individuo redacte el proyecto de código, aunque luego se conozca el producto

57 Abundan los comentarios en torno a la reforma constitucional en materia penal preparada en 2007 y publicada en 2008. Generalmente examinan el régimen acusatorio y enarbolan la bandera –plausible, por cierto– de la oralidad procesal. No siempre quedan a la luz los “otros” aspectos de la modificación constitucional. Para el examen de esta materia, me remito a mi libro *La reforma penal constitucional. 2007-2008. ¿Democracia o autoritarismo?*, Ed. Porrúa, 2ª. ed., México, 2009 (ed. especial, también en 2009, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal/Anales de Jurisprudencia/Ed. Porrúa).

con su nombre. Se dio el caso de que un autor –desatendido por sus mandantes– defendiese con ejemplos históricos la encomienda de proyectos a una sola persona. Así consta en el dolido mensaje que José Julián Tornel, autor de un proyecto para Veracruz, dirigió el 19 de julio a su hermano José María Tornel, Ministro de la Guerra⁵⁸.

En el siglo XIX descuellan dos grandes legisladores –en el sentido de autores de normas, no de miembros de cuerpos legislativos–, con diversa influencia en el penalismo mexicano. Estos constructores de instituciones penales –que actuaron asociados a otros, pero sobresalieron entre ellos y dieron su nombre a los ordenamientos en cuya redacción participaron– fueron el mencionado Fernando J. Corona, estrictamente para Veracruz –que compuso una obra monumental: códigos penal y civil, y sus correspondientes procesales⁵⁹–, y Antonio Martínez de Castro, para la Federación y el Distrito Federal, pero también, indirectamente, para las entidades que tomaron lección del Código federal y distrital de 1871.

En la primera parte del siglo XX destacan, con muy diferentes perfiles, Miguel Macedo –que había sobresalido en el tercio final del XIX, pero lo reivindicó para el siguiente por la fecha de los trabajos de revisión que presidió–, y José Almaraz. Ambos fueron, en cierto modo, “legisladores frustrados”, pero ejercieron una poderosa influencia sobre el penalismo que vendría: sea por recepción de sus ideas; sea por resistencia y cambio de rumbo. En todo caso, circularon en el parteaguas.

58 A quienes dudaron de las ventajas del trabajo de un solo proyectista, “pudiera responder –escribió Tornel– que Noma, y no una comisión, dio leyes a los romanos; Solón a los atenienses; Licurgo a los lacedemonios; Locke a los de Pensilvania; Rousseau a los de Polonia; Livingston a los de su Estado natal, y el Sr. Villela a los mexicanos. Pudiera alegar también que redactado un Código por un solo individuo, es de esperarse más fundadamente la unidad del plan, la concatenación de sus partes, y la consecuencia de ideas”. Cit. Porte Petit, Celestino, *Evolución legislativa penal...*, op. cit., p. 16.

59 Los cuatro ordenamientos fueron expedidos por decreto del gobernador Francisco H. y Hernández, del 18 de diciembre de 1868. Se dispuso que comenzaran a “observarse en la sustanciación y decisión de los negocios judiciales el 5 de mayo de 1869”. Cfr. Domínguez Loyo, *Fernando de J. Corona...*, op. cit., pp. 205 y ss. Corona reconoció las aportaciones a los proyectos hechas por muchas personas, entre ellas juristas, jueces y diputados. Cfr. “Carta del Lic. Fernando de Jesús Corona”, en *Leyes penales...*, op. cit., vol. 1, p. 188.

El profesor Macedo –oficiante con numerosa feligresía– fue ampliamente celebrado por sus contemporáneos y por sus numerosos alumnos, hasta bien entrado el siglo XX. Su condición de “científico” porfiriano no alteró el aprecio intelectual que le profesaron los juristas. Ganó –al cabo de una larga trayectoria– la admiración de sus compatriotas: según Pardo Aspe, “no formaba discípulos, sino que lograba, sin proponérselo, fervientes devotos”⁶⁰. Cuando llegó el momento de romper lanzas con ideas que no compartía, supo hacerlo lisa y llanamente: se retiró de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, motivado por la decisión del gobierno de excluir a quienes “no se hallen absolutamente identificados con el programa de la Revolución y con los procedimientos seguidos para su realización”. Precisó sus diferencias y sus convicciones: “nunca he manifestado abjurar de mis ideas públicamente conocidas y que no están de acuerdo con algunos de los actuales postulados revolucionarios: lo cual no obsta para que yo sea ardiente progresista y a nadie cedo la primacía de amor a la patria”⁶¹.

José Almaraz es un personaje de diverso cuño. Ilustrado y polémico, combatió en el seno de la comisión redactora del ordenamiento y a la luz pública. Sus ideas no siempre prevalecieron en aquélla, quedaron bajo el fuego de los penalistas de la nueva hora y fueron luego recogidas en exposiciones de motivos, alegatos y textos académicos que acreditan su preparación rigurosa. Convocó y obtuvo –pero no para ganar la batalla que finalmente perdería– los conceptos favorables de no pocos juristas y criminólogos⁶² para el código –llamado “Almaraz”– que hacía agua y zozobraba. No era –hasta donde conozco– hombre de “equipo”, como sus principales críticos. El abanderado del positivismo tardío que México recibió literalmente en 1929 recorrió en soledad su camino.

60 Cit. Medina, Ignacio, “El maestro don Miguel S. Macedo y su tiempo”, en *Criminalia*, año XXII, no. 8, agosto de 1956, p. 565.

61 Así lo hizo saber a Aquiles Elorduy, director de la Escuela. Cfr. Ceniceros, “Homenaje al maestro don Miguel S. Macedo”, en *Criminalia*, año XXII, no. 8, agosto de 1956, p. 530

62 Al final de la exposición de motivos del Código Penal, Almaraz transcribe “Opiniones de penalistas extranjeros acerca del Código Penal Mexicano de 1929” (pp. 189 y ss.). Muchas de ellas son de criminólogos, de psiquiatras y de periódicos. Hay figuras sobresalientes: Sheldon Glueck, Karl A. Menninger, J. A. Roux, Wolfgang Mittermaier, Federico Castrejón, Mario Carrara, Hans von Hentig. En el gran conjunto tal vez predomina el número de los criminólogos. Cfr. *Exposición de Motivos...*, op. cit., pp. 189 y ss.

Sin embargo, Almaraz no careció de reconocimiento entre discrepaban de sus ideas. Garrido advirtió “el peligro que encerraba para él, su querer legislar en forma dogmática, lógica y abstracta (...) no conocía, suficientemente, el medio judicial mexicano”. Y agregó con aprecio para el combatiente: “En el curso de diez y siete años no abdicó de su posición de Aristarco frente a los legisladores de 1931. En un principio para defender la obra de 29 y más tarde para obtener la desaparición de la ley actual. Esto da la medida del carácter de Almaraz; enérgico, perseverante”. Es “un raro ejemplo en México como individuo de convicciones firmes, batallador y apasionado por una causa científica”⁶³.

Llegó luego la primera y más compacta, significativa y duradera generación, sucesora de trabajos previos e impulsora, por acción o por reacción, del penalismo en el siglo XX. Esta generación exitosa predominó en el código de 1931, encarnó orgánicamente en la Academia Mexicana de Ciencias Penales y se valió, para promover y asegurar sus ideas, de la revista *Criminalia*. Sus integrantes ejercieron la cátedra y generaron la nueva bibliografía penal mexicana, que transitaría con buena fortuna una parte del siglo. Uno de ellos, Luis Garrido, aseguró que el florecimiento de aquella había sido producto de la reforma penal iniciada en 1929 y consolidada en 1931⁶⁴.

Ya no había, pues, figuras solitarias, sino figuras solidarias: algunas muy vigorosas e imperiosas, articuladas como generación combatiente y exitosa; activistas de la reforma penal y del sitio que ésta conseguiría en la historia. Los hombres de la legislación penal de 1931, de la Academia y de *Criminalia* eran juristas y, dentro de esta dimensión vocacional y profesional, penalistas. Pero no sólo eso: también eran hombres de Estado y de cultura. Lo probaron en el curso de sus vidas, que discurrieron en sabia alianza, como lo mostró la frecuente y laudatoria alusión que cada uno solía hacer de sus compañeros de tarea y de proyecto. Cercanos a los círculos del poder –o de plano figurantes en éstos– pudieron llevar adelante muchas de sus propuestas sin hostilidad política ni reproche sectario.

Si miramos hacia atrás y desde luego hacia esa generación del 31, veremos que muchos grandes legisladores penales de México fueron

63 “José Almaraz”, en *Ensayos penales*, México, Ed. Botas, 1952, pp. 28-31.

64 Cfr. Garrido, Luis, “La literatura penal en México”, en *Notas de un penalista...*, op. cit., p. 119.

hombres cercanos al poder, que expresaron las condiciones de éste y de la sociedad en la época en la que legislaron para preparar las horas del futuro, a la imagen y semejanza de sus percepciones y convicciones. Llevaron a la obra legislativa cierto proyecto y procuraron sostenerlo con firmeza. No eran solamente académicos o profesionales del Derecho sustraídos a los apremios de la corriente ideológica en turno, sea que dominara sin oposición, sea que emergiera para dominar.

Los primeros integrantes de la Academia constituían “un grupo indivisible” –dijo Piña y Palacios– del que sus miembros “se han separado sólo por la muerte”⁶⁵. A eso mismo se refirió Garrido: “la vida y el esfuerzo de un hombre, por más capaz que sea, tiene límites al estudiar las cuestiones más complejas; por eso, creíamos, necesita ligar sus trabajos a los de aquellos que comparten sus preocupaciones e ideales. Era esto lo que acontecía en la Academia Mexicana de Ciencias Penales”⁶⁶.

Los autores del código de 31 reivindicaron la filiación revolucionaria –Revolución Mexicana, se entiende– de esa legislación. Algunos miembros del grupo creador o defensor del código estimaron que éste refleja la “nueva coordinación de valores colectivos, lejos del dominio de un grupo social privilegiado por su riqueza o su filiación política”. La “Reforma Penal en México –aseguraron– es un producto genuino de la Revolución, obedece a sus anhelos e inquietudes, atiende a sus imperativos y, como realidad lograda que es ya, aunque modesta, se cree justamente hija legítima de la Revolución y de su tiempo”⁶⁷. Esta apreciación no fue unánimemente compartida por algunos analistas que después estudiaron la ley penal. Zaffaroni se pregunta “por qué la legislación penal mexicana no receptó la ‘antropología revolucionaria’ mexicana, por que prefirió receptar en forma espuria la filosofía del grupo ‘científico’ y por qué aún hoy se insiste en ella perdiendo de vista su origen”⁶⁸.

La cohesión enérgica de los redactores de la ley de 31, de sus seguidores y de las organizaciones y publicaciones en las que

65 “La Academia Mexicana de Ciencias Penales cumple veinticinco años de vida”, en *Criminalia*, año XXXII, no. 2, 1966, p. 59.

66 *El tiempo de mi vida. Memorias*, México, Ed. Porrúa, 1974, p... 235.

67 La frase está tomada de un texto de Carrancá y Trujillo. Cfr. González de la Vega, Francisco, *La reforma de las leyes...*, op. cit., pp. 77-78.

68 “La ideología de la legislación penal mexicana”, en *Revista Mexicana...*, cit., p. 49.

participaron –centralmente, la Academia y *Criminalia*–, contribuye a explicar la extraordinaria vitalidad de aquel ordenamiento, no obstante sus deficiencias y las críticas que se enderezaron para forzar su reforma o su relevo. Los penalistas de aquel grupo –esencialmente, uno solo, con ramificaciones y seguimiento– cerraron filas y resistieron los embates. Quienes discrepaban del código, en general o en algunas de las soluciones que adoptó, discrepantes que al cabo del tiempo serían mayoría y lograrían (principalmente en los Estados, primero, y en el Distrito Federal, después; en el ordenamiento federal la persistencia del código de 31 ha sido más vigorosa) la sustitución largamente perseguida, no dejaron de observar, con acritud, la empeñosa resistencia a la crítica, que trajo consigo cierta inmovilidad legislativa⁶⁹. No dejaré de observar que algunas críticas, severas y frontales, provinieron de miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; tal fue, muy claramente, el caso de Celestino Porte Petit⁷⁰.

4. LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

Me referiré a los académicos –y a la Academia misma– tomando en cuenta a quienes en algún momento ingresaron a esta corporación, permanecieron en ella, actuaron en su marco, coincidieron o discreparon y dejaron huella de su paso, asociado a la corporación y a los hombres –y las mujeres, mucho más tarde– que la fundaron, sostuvieron y continuaron.

No haré distinciones, que serían prolijas, a propósito de la condición de los protagonistas como académicos en ejercicio o futuros

69 Así, cfr. la crítica que formula Villalobos en su *Derecho penal...*, op. cit., pp. 116 y ss. Dice, por ejemplo: “Acostumbrados como estamos a oír elogios de esta Ley de 31, algunos merecidos y otros como resultado indudablemente de un entusiasmo sincero y bien intencionado, así como a ver que invariablemente son silenciados todos sus defectos, parece ya un desacato el aventurarse a decir una sola palabra en *interés por la legislación* y no por *esta legislación* (subrayado en el original); sin embargo, es evidente que el confucionismo penal hizo crisis entre nosotros en el Código de 1929 y que todavía el de 31 conserva brotes eruptivos cuya naturaleza se ha de comprobar y admitir más tarde o más temprano, máxime cuando toda obra humana es perfectible y no se podrá pretender que ésta sea una excepción”. *Id.*, p. 127.

70 Sólo por ejemplo, recordaré que al examinar la reforma de 1983-1984, Porte Petit reiteró la crítica severa y vehemente, citando a otros autores en la misma línea (Palacios Vargas, Almaraz, Villalobos). Concluyó: “Estamos obligados (...) a intervenir en esta cruzada de renovación penal”. “Reformas penales de 1984. Parte general (El delito)”, en Varios, *La reforma jurídica de 1983...*, op. cit., p. 231.

académicos en el tiempo en el que se desarrollan los sucesos o se realizan los trabajos que menciono en este panorama. Lo que importa para este fin es que fueron miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y que su nombre y sus tareas pueden figurar, por lo mismo, en los haberes históricos de aquélla, como animadora del penalismo mexicano.

Hay organismos que asocian –o colegian– a profesionales de la abogacía, como de otras dedicaciones jurídicas, con el propósito de representar o defender intereses gremiales. Otras corporaciones asumen, o así lo manifiestan, un proyecto académico: desarrollo de la ciencia y asistencia al Estado en el ejercicio de sus competencias, a través de opiniones y promociones calificadas, atentas a la situación que guardan las respectivas disciplinas, a las necesidades de la sociedad y a las tareas que aquél tiene a su cargo. Esta es la misión natural de las academias, sea que se hallen enclavadas en corporaciones de más amplio espectro, sea que naveguen por su cuenta, generadoras de su diseño y de sus compromisos. Entre éstas figura la Academia Mexicana de Ciencias Penales, con características especiales y vitalidad acreditada.

Cuando la Academia se plantó en la vida institucional, México dejaba atrás la etapa violenta de la Revolución e invocaba el legado social y las implicaciones culturales de este profundo movimiento, el que más hondamente agitó a la sociedad mexicana y contribuyó a establecer las líneas fundamentales de la república contemporánea. Fue, en efecto, “una súbita inmersión de México en su propio ser. De su fondo y entraña extrae, casi a ciegas, los fundamentos del nuevo Estado”⁷¹.

Entonces surgieron, a partir de los caudillos de diverso signo, las agrupaciones políticas, avanzó la reconstrucción en la ciudad y el campo, afianzaron su autoridad y ensancharon su estructura los gobiernos “emanados de la Revolución Mexicana”, expresión consabida; ganó terreno el denominado “nacionalismo revolucionario”–, se “arregló” el conflicto frontal entre la Iglesia católica y el Estado, se reclamó la autonomía en la más importante universidad pública, inició el renacimiento –o nacimiento, con fuerza– de las clases medias, asumió la dirigencia –en diversos ámbitos– una nueva generación, integrada principalmente por profesionales que llegaron al final de la Revolución

71 Paz, Octavio, El laberinto de la soledad. Postdata. Vuelta a El laberinto de la soledad, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed., (Col. Popular), 1993, p. 162.

y se formaron íntegramente –o casi– en los planteles nacionales: ni en los campos de batalla ni en instituciones extranjeras.

En esta circunstancia, México proseguía la revisión, cada vez más detallada, de la legislación que provino del antiguo régimen: sea la normativa liberal decimonónica, sea la regulación de la dictadura acumulada en la frontera entre dos siglos. Los hombres de 1931 –menciono la fecha por fijar un punto de llegada y de partida– todavía enfrentaron esa doble presencia en el Derecho mexicano, y debieron advertir que el porfirismo y su legislación, administración y orientación “no es un descendiente legítimo del liberalismo –como señaló, años después, Jesús Reyes Heróles–. Si cronológicamente lo sucede, históricamente lo suplanta”⁷². Nada de esto fue ajeno –aunque en ciertos ámbitos, como pudo ser el penal, se reflejase con matices– a los juristas en trance de revisar la ley de ayer y formar la ley de mañana.

Los nuevos tiempos requerían definiciones y codificaciones igualmente nuevas, puestas en manos –sólo parcialmente– de las generaciones emergentes, más oriundas de la universidad y de los tribunales que de la contienda violenta. Había fracasado el último intento reeleccionista y se pasaba, como quiso cierta proclamación política, de una etapa de hombres a otra de instituciones⁷³. Por supuesto, el puente se cruzaba difícilmente: a la sombra de un jefe máximo.

En la coyuntura que presidió la nueva codificación mexicana, el jefe era Plutarco Elías Calles y se sucedían presidentes con mayor o menor calado, que siguieron denunciando las tribulaciones de la justicia y auspiciaron la aparición del Derecho penal mexicano, llamado a enfrentar, desde su propia perspectiva, esos avatares. Obregón se refirió al “clamor público (que) ha señalado males profundos en la administración de justicia que hoy en día está únicamente inscripta

⁷² Es que “nuevos móviles económicos y un objetivo político distinto –sigue diciendo el tratadista– dan fisonomía bien diversa a ambas etapas históricas de México. Los liberales fueron un movimiento persiguiendo una ideología, venciendo enemigos que se resistían. El porfirismo aglutinó a los enemigos de ayer mediante intereses para mantener un orden que se creía perpetuo”. *El liberalismo mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México, 1961, t. III (*La integración de las ideas*), p. XVII.

⁷³ Cfr. “El General Plutarco Elías Calles, al abrir las sesiones ordinarias del Congreso, el 1º de septiembre de 1928”, en *Los Presidentes de México...*, op. cit., t. III, p. 853.

en nuestras leyes, pero carece en absoluto de efectividad (...)”⁷⁴. Poco después se instaló con firmeza la jerarquía presidencial mexicana: Lázaro Cárdenas afirmó un presidencialismo a la luz, no un poder en la sombra. Comenzó luego la afanosa procuración de equilibrios, con Manuel Avila Camacho. Agreguemos un dato mayor: la Segunda Guerra y los apremios que ésta y su circunstancia trajeron para México. En la Academia se elevaron voces contra el totalitarismo⁷⁵, que entrañaba una profunda contradicción con las ideas democráticas de quienes formaban filas en ese grupo.

Los artífices de la Academia eran hombres del poder político o aspiraban a serlo. Finalmente, todos lo serían en diversa medida y a lo largo de varias décadas. Ideológica y prácticamente, fueron los sucesores de los diputados que redactaron –forzando resistencias, derrotando inercias– la porción más novedosa y genuina de la Constitución del 17. No se hallaban cautivados o dominados por la explosión popular, como muchos diputados del Congreso reunido en Querétaro, pero la recogían e invocaban el desarrollo de la ciencia y los cuidados de la seguridad conciliada con la justicia, para organizar sus ideas y formalizar su propia aportación a la institucionalidad republicana de un siglo que transitaba en medio de notorias limitaciones, inquietantes promesas y graves riesgos.

Cronológicamente, primero fue *Criminalia*: 1933, tras el derrumbe del Código de 1929. Luego, la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en 1940, cumplidas las jornadas iniciales del Código de 1931 y establecida la jerarquía de sus autores. El académico que se ha ocupado en hacer la historia general de esta corporación, Sergio Correa García –quien trabajó con ahínco, reuniendo información dispersa y a menudo escasa o insuficiente–, señala que las fundaciones de la revista y del organismo “no fueron hechos fortuitos o aislados, sino resultado de la necesidad de edificar un espacio profesional, técnico-científico, crítico, apolítico y pragmático que se tradujese en un saber profundo

74 “El Gral. Alvaro Obregón, al abrir las sesiones extraordinarias el Congreso, el 7 de febrero de 1921”, en *Los Presidentes de México...*, op. cit., t. III, p. 447.

75 A este respecto, mencionaré la obra de Carlos Franco Sodi, *Racismo, antirracismo y justicia penal. El tribunal de Nüremberg*, México, Ed. Botas, 1946.

e independiente relativo al sistema penal y a la política criminal nacientes en nuestro medio”⁷⁶.

Para los fines de mi exposición y en beneficio del panorama que deseo presentar a los lectores, invertiré los tiempos: me ocuparé primero de la Academia y después de *Criminalia*⁷⁷, que debieron aparecer en ese orden, pero lo hicieron a la inversa.

Uno de los fundadores, Javier Piña y Palacios, ha referido los detalles del establecimiento. La idea y el proyecto se debieron a Luis Garrido. Acaso por esa iniciativa –pero también, desde luego, por sus cualidades personales– éste sería quien ejerciera la presidencia de la corporación por más tiempo, con beneplácito de sus colegas. La iniciativa se produjo en una reunión en la casa de Emilio Pardo Aspe. Los fundadores se reunieron posteriormente en la casa de Francisco González de la Vega, el 21 de diciembre de 1940, para acordar el establecimiento del organismo, cuya escritura constitutiva y estatutos fueron suscritos el 25 de enero de 1941 ante el notario Luis Chávez Hayhoe⁷⁸.

En la constitución participaron los juristas Francisco González de la Vega, José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Raúl Carrancá y Trujillo, Luis Garrido, Emilio Pardo Aspe, Carlos Franco Sodi, José Ortiz Tirado, Francisco Argüelles y Javier Piña y Palacios y los médicos José Gómez Robleda y José Torres Torija. Es decir, los protagonistas de la ley penal de 1931, de la futura *Criminalia*, de la criminología incipiente y de la medicina legal de aquella hora: los constructores de normas, impulsores de rumbos y curadores de un creciente número de instituciones. La primera directiva de la Academia dio fe del núcleo fundador y su conducción futura: presidente, José Angel Ceniceros; vicepresidentes,

76 *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 3. Cfr. mi comentario “Sobre la historia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales”, en *Criminalia*, año LXVII, no. 2, mayo-agosto 2001, pp. 707 y ss.

77 Esta revista ha perdurado y constituye una voz distintiva de la Academia Mexicana; posee, en ésta, un significado tan emblemático y apreciable como el que tiene, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, que apareció en 1948, hoy *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Cfr. *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sexagésimo aniversario*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 40 y 385.

78 Cfr. “La Academia Mexicana de Ciencias Penales cumple 25 años de vida”, en *Criminalia*, año XXXII, no. 2, 1966, p. 59, y “XXV Aniversario de la fundación de la Academia de Ciencias Penales”, en *Criminalia*, año XXXIII, no. 1, 1967, pp. 1 y ss. Asimismo, Garrido, *El tiempo de mi vida...*, op. cit., p. 233.

Francisco González de la Vega y Alfonso Teja Zabre; secretario, Raúl Carrancá y Trujillo, y tesorero: Javier Piña y Palacios⁷⁹, todos ellos en el origen y el acompañamiento inmediato de la ley del 31⁸⁰.

De los diez juristas fundadores de la corporación, seis habían nacido en la última década –o poco antes– del siglo XIX; y cuatro, en la primera del XX. En el conjunto, serían cerca de veinte los académicos –juristas o no– que vieron la luz en aquella centuria. De los diez fundadores, seis eran oriundos de entidades de la Federación y cuatro del Distrito Federal, proporción semejante a la que prevalecía en la ciudad de México. La gran presencia de la Universidad Nacional –autónoma bajo la ley de 1929, o a punto de serlo– era notoria: ocho se habían licenciado en esa institución mayor, uno en la Escuela Libre de Derecho –a su vez, vástago de la Nacional– y uno más en el extranjero. También ocho se desempeñaban como profesores en el nivel universitario, sin perjuicio de haber ocupado la cátedra en planteles diferentes. Todos los fundadores tenían experiencia como funcionarios del Ministerio Público o el Poder Judicial, tareas que, como carreras, se hallaban entonces estrechamente comunicadas; mayor aún sería su experiencia judicial años adelante.

También conviene mencionar que en 1931, año de la codificación penal y procesal penal –ésta, del Distrito y Territorios– la mayoría de los juristas penalistas que elaboraron el proyecto sustantivo o se mantuvieron cercanos a sus autores, se hallaban apenas en la tercera década de su vida: entre 31 y 34 años. El de mayor edad era Teja Zabre, presidente de la comisión redactora: poco más de 40; el más joven, Ceniceros, con 31. Cuando se instaló la Academia, casi diez

79 Cfr. Correa García, *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 133.

80 Los datos sobre un buen número de miembros de la Academia, y desde luego los fundadores y los siguientes asociados, figuran en la obra de Correa García, que deja constancia de las primeras horas y recoge las hojas de vida de los académicos. Cfr. *Historia de la Academia...*, op. cit, esp. 579 y ss. Asimismo, es muy valiosa fuente de conocimiento en esta materia la tesis profesional de Santa Ana Solano, Rafael, *El Derecho penal mexicano y Criminalia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1987. Por la prominencia que alcanzaron no pocos académicos, sus fichas biográficas se hallan en obras de información general, como la *Enciclopedia de México* (director: José Rogelio Álvarez) y el *Diccionario Porrúa. Historia, biografía y geografía de México* (directores, sucesivamente: Angel María Garibay K., Felipe Teixidor y Miguel León Portilla). Adelante citaré otras fuentes, relativas a funcionarios de la procuración y administración de justicia o de la Universidad Nacional Autónoma de México.

años después de la aprobación del código y ocho del establecimiento de *Criminalia*, la mayoría de los fundadores de la corporación habían superado, escasamente, los 40 años⁸¹. Muy pocos no habían alcanzado esa edad. Paso a paso hicieron lo que estimaron correspondía a su generación: ley, revista y corporación; sobre las tres proseguiría el proyecto penal colectivo.

La intención científica y política de la Academia –que caracterizaría el desempeño de los académicos, individual y colectivamente– se resumía en el objeto de aquélla, que iba más allá de ser un “centro de estudios”, como se proclamó en algún momento. Los fundadores querían: “a) Cultivar el estudio del Derecho Punitivo y de las ciencias que se relacionen con el mismo, en la investigación del delincuente y del problema de la criminalidad; b) Colaborar con los órganos de la Administración Pública, para adaptar la ley penal a las necesidades de la lucha contra la delincuencia, y – c) El fomento de la política del Estado para disminuir la criminalidad de los menores y proteger a los moralmente abandonados”⁸².

Raúl Carrancá y Trujillo se refirió a la Academia en términos que expresan y ponderan el proyecto de sus creadores y la apertura con que se acogía el pensamiento de los penalistas. Ese organismo está al servicio de la cultura y del progreso; en el “se congregan, libre y abiertamente, los penalistas mexicanos y extranjeros”, bajo el doble título de numerarios o correspondientes, “sin prejuicio alguno partidista o de capilla ni aun de escuela (...) el horizonte de la Academia no tiene otro confín que el de México, el de nuestro pueblo al que nos debemos, como una forma de debernos a todos los hombres del mundo; no tiene otro confín que el de las Ciencias Penales en toda su complejidad y extensión, tanto en la rama jurídica como en la biológica, sociológica, penológica, criminalística y de los menores infractores”⁸³. La Academia –observó Garrido– “alejada totalmente de la política y sin más aliento que el científico tenía sólo un reducido número de miembros de

81 Datos tomados o calculados a partir de la escritura constitutiva. Cfr. *Escritura constitutiva y estatutos de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, México, 1960.

82 *Escritura Constitutiva y Estatutos...*, op. cit.; asimismo, con algunas variantes, *Criminalia*, año VII, no. 6, 1º de febrero de 1941, p. 326.

83 “Jiménez de Asúa en la Academia Mexicana de Ciencias Penales”, en *Tres ensayos...*, op. cit., p. 85.

excelente prestigio técnico, y al correr del tiempo llegaría a ser una de las agrupaciones más respetables en nuestro medio cultural”⁸⁴.

La organización de la Academia, a través de comisiones, refleja algunas de las inquietudes fundamentales de los autores, problemas de siempre o de esa hora, con el énfasis que les correspondía. En el inicio hubo seis comisiones: Derecho penal, Procedimientos penales y organización judicial punitiva, Penología y ciencias penitenciarias, Biología criminal, Medicina legal y criminalística, y Delincuencia infantil. Así comenzaba o se articulaba, en todo caso, la consolidación y defensa de la tarea –o mejor dicho, obra– emprendida en la década anterior: primero, demolición; luego, construcción. Una y otra con la mirada puesta en el nuevo sistema penal mexicano.

Los años posteriores traerían confirmaciones y rectificaciones, reiteraciones y novedades. Para el gran balance, hoy puedo reiterar lo que expresé hace cerca de cuarenta años: a la Academia “se ha debido, en una medida abrumadora, el desenvolvimiento de nuestro penalismo. Este es, sin injustos, impracticables regateos, el saldo favorable de la corporación, que al través de sus asociados ha desplegado el doble quehacer de la teoría (...) y de la práctica”⁸⁵.

Ya es extensa la relación de integrantes de la Academia, que ocupan –por lo que respecta a los miembros numerarios– los treinta sillones de ésta⁸⁶. No sería practicable proporcionar en un trabajo de este carácter la noticia sobre la presencia y las aportaciones de todos

84 Cfr. *El tiempo de mi vida...*, op. cit., p.232.

85 “Discurso pronunciado por el doctor Sergio García Ramírez, Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, ante la Academia Mexicana de Ciencias Penales”, en *Criminalia*, año XXXVIII, nos. 7-8, julio-agosto de 1972, p. 207. Este discurso fue considerado, asimismo, como documento de ingreso de los académicos Antonio Rocha Cordero y Guillermo Colín Sánchez. A este respecto, cfr. Garrido, “Bienvenida a tres nuevos académicos”, en *idem*, pp. 203 y ss.

86 Con treinta socios numerarios, conforme a los estatutos, los sillones respectivos han sido ocupados, en el primer momento –luego habría, obviamente, nuevos ocupantes de sillones que vacaron por fallecimiento del titular inicial–, por Carrancá y Trujillo (1), Ceniceros (2), Garrido (3), González de la Vega (4), Arguelles (5), Franco Sodi (6), Gómez Robleda (7), Ortiz Tirado (8), Pardo Aspe (9), Piña y Palacios (10), Teja Zabre (11), Torres Torija (12), Ruíz Funes (13), González Bustamante (14), A. González de la Vega (15), Bernaldo de Quirós (16), Porte Petit (17), Matos Escobedo (18), Olea y Leyva (19), Román Lugo (20), Salazar Viniegra (21), Trueba Urbina (22), Millán (23), González Enríquez (24), Palacios Vargas (25), Chico Goerne (26), Sánchez Cortés (27), Graue (28), Moreno González (29). Cfr. “Sillones de Académicos de la Academia Mexicana

ellos. Ya me he referido –y volveré sobre esta materia– a los creadores de la corporación y a muchos de los académicos que participaron en su “vida y milagros”⁸⁷. Sin embargo, es indispensable traer aquí esa relación de integrantes –para hacer honor a quien honor merezca–, y para ello me valdré de la lista que figura en el último número de *Criminalia* que he tenido a mi alcance al elaborar este artículo⁸⁸.

En este momento omito la invocación de fundadores –a los que me he referido y sobre los que volveré *infra*– y tampoco ofrezco, porque no aparece en la relación de la revista, la de miembros correspondientes en México y en otros países, que han sido muchos y muy notables. Me limito, pues, a citar en nota a pie de página a quienes son, hoy día, socios de número: 29⁸⁹; a quienes lo fueron y han fallecido: 27⁹⁰, y a quienes se menciona como supernumerarios: 6⁹¹, aunque en un caso –Elisa Speckman Guerra– la asamblea ya ha votado y aprobado su incorporación al grupo de numerarios.

de Ciencias Penales”, documento de Piña y Palacios, reproducido por Correa García, en *Historia de la Academia...*, op. cit., pp. 981 y ss...

87 Utilizo la expresión con la que Alcalá-Zamora aludió a la historia del Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Cfr. “Vida y milagros del Instituto Mexicano de Derecho Procesal”, en Instituto Mexicano..., (Memorias del) *Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, 1967, pp. 319 y ss.

88 *Criminalia*, año LXXV, no. 2, mayo-agosto, 2009, pp. V-VI. Agrego datos posteriores suministrados por el secretario de la Academia, doctor Sergio Correa García.

89 Adato Green, Aguilar Ruíz, Alva Rodríguez, Azzolini Bincaz, Carranca y Rivas, Correa García, De la Barreda Solórzano, Díaz Aranda, Díaz de León, Fernández Doblado, Franco Guzmán, García Cordero, García Ramírez, F. González de la Vega, Islas de González Mariscal, Mancera Espinosa, González Salas Campos, Lima Malvido de Rodríguez, Márquez Piñero, Moreno González, Moreno Hernández, Pavón Vasconcelos, Plascencia Villanueva, Rodríguez Manzanera, Sánchez Galindo, Silva Meza, Villanueva Castilleja y Zamora Pierce.

90 Barreto Rangel, Bernaldo de Quirós, Buentello y Villa, Cárdenas, Castellanos Tena, Colín Sánchez, Corona Uhink, Chico Goerne, González Bustamante, A. Gonzáles de la Vega, R. González de la Vega, González Enríquez, Graue, Jiménez Huerta, Malo Camacho, Matos Escobedo, Mendieta y Núñez, Millán, Olea y Leyva, Porte Petit Candaudap, Quiroz Cuarón, Rocha, Román Lugo, Ruíz Funes, Salazar Viniestra, Sánchez Cortés, Trueba Urbina y Vela Treviño. Excluyo de este número a Argüelles –citado en la relación de *Criminalia* como socio de número fallecido–, porque figura entre los fundadores de la corporación.

91 Félix Cárdenas, Carmona Sánchez, Carrillo Prieto, Leguizamón Ferrer, Hernández Pliego, Medina Alegría, Nader Kuri, Ojeda Bohórquez, Ojeda Velásquez, Ontiveros Alonso, Peláez Ferrusca y Speckman Guerra. .

Es posible ensayar una identificación de generaciones en la Academia Mexicana de Ciencias Penales⁹², a condición de que sean flexibles –relativos y convencionales, pues– los deslindes entre sus integrantes y las ideas que, en términos generales, sostuvieron. En realidad, existen frecuentes y notorios vasos comunicantes entre las etapas y las personas que figuran, preferentemente, en cada una de aquéllas. Las fronteras son movedizas. Las evoluciones y las transferencias, notorias, sobre todo cuando cede la hegemonía de la generación fundadora y crecen, con posibilidades dominantes, los proyectos o las tentaciones de reforma.

Las edades, por sí mismas, tampoco dan certeza. Es factible –e incluso frecuente– que hombres de la misma edad individual –estricta o relativamente contemporáneos– participen en edades diferentes de la Academia que todos integran. Es natural. Esta no se halla construida por capas monolíticas, ni organizada en compartimientos estancos. Su vitalidad –alimentada por el cambio social y el desarrollo jurídico– trae consigo constantes movimientos en la escena, cabezas de playa que avanzan, entendimientos y transacciones

Con la cautela que imponen las consideraciones anteriores, cabe identificar un primer capítulo a cargo de la generación fundadora de la Academia, con larga vigencia: desde el establecimiento hasta la década de los sesenta. Ha sido el capítulo más prolongado, el mejor construido, por deliberado y armonioso, como tema y compromiso de origen. La ley de 1931 se mantuvo en pie, sin graves tropiezos, no obstante los cuestionamientos de sus críticos, que nunca fueron pocos ni permanecieron silenciosos. Entre éstos también figuraban, por supuesto, algunos académicos de la generación emergente⁹³. Empero, los proyectos de reforma quedaron, uno a uno, a la vera del camino.

92 Correa García señala dos períodos en la vida de la Academia: primero, una “etapa de fortalecimiento caracterizada por el esfuerzo de sus fundadores y de la primera generación de académicos (...) Es la etapa de las generaciones pioneras con formación prácticamente enciclopédica”; y segundo, una “etapa de consolidación y especialización”, que se desarrolla a partir de la década de los 80, en manos de una nueva generación de asociados, “ya no con aquella formación universitaria de los iniciadores, pero en cambio altamente especializados que buscan consolidar el trabajo realizado por la Academia durante sus primeras décadas”. *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 131.

93 Ya mencioné, *supra*, la crítica severa y persistente de Porte Petit, que la resume en una exhortación a favor del nuevo código propuesto en 1983 “Estamos obligados (...)

En un segundo capítulo –entrelazado, desde luego, con el primero y con el que luego llegaría– se halla otra generación de penalistas y criminalistas. En ella figuran muchos nombres. Si nos atenemos a la virtud formadora de sus integrantes, que renovaron el panorama nacional de las ciencias penales, habría que mencionar por lo menos a dos maestros: Alfonso Quiroz Cuarón, en criminología, y Celestino Porte Petit, en Derecho penal, con numerosos discípulos, no sólo alumnos, sobre todo en la etapa que corre de los años sesenta a los noventa. Es notoria la voluntad de cambio y progreso, a la que también concurren algunos profesores de la primera hora.

En el siguiente capítulo nos encontramos quienes habíamos seguido la enseñanza y observado el ejemplo de los fundadores, pero también escuchado la lección y asumido el ímpetu de los nuevos maestros. En el tiempo de esta generación de relevo se consuma, lentamente, la retirada de los viejos profesores. Ingresan o avanzan quienes ocuparían la trinchera –o las trincheras, coincidentes o enfrentadas– de la reforma penal, en la que se han concentrado muchos afanes, desde razonables hasta obsesivos. Para ellos, la ley de 31, su técnica, sus instituciones, no sólo son perfectibles –obviamente–, sino también destronables. Comienza el gran giro del ordenamiento penal, sacudido por procesos reformadores frecuentes y vigorosos. Esta generación todavía tiene una fuerte presencia en la composición de la Academia.

Se halla activa una cuarta generación, que comienza su propio capítulo de la revisión penal en una coyuntura difícil para el país y, dentro de éste, para el penalismo. Navega en olas encrespadas y deberá enfrentar los problemas que propone el nuevo orden penal, empujado por una profunda crisis en la seguridad y en la justicia, y nativo de una política criminal zigzagueante, imprecisa, que acoge complejas transacciones entre propuestas democráticas y autoritarias, acosada por el auge de la criminalidad y la ausencia de instrumentos adecuados –desde luego, los penales debieran ser apenas la última opción del control– para enfrentarla. Por lo demás, éste no es apenas un problema mexicano. Ha cundido en gran parte del mundo y ha

a intervenir en esta cruzada de renovación penal". "Reformas penales de 1984", en Varios, *La reforma jurídica de 1983...*, op. cit., p. 231.

sido frecuentemente denunciado por muchas voces, entre ellas las de algunos académicos⁹⁴.

No siempre ha corrido el agua bajo el puente en son de paz y con dirección unívoca. Las ideas y las personalidades –pero este no es un estudio de psicología– han producido algunos sobresaltos. Hay ejemplos de mayor o menor importancia. Hubo “diferencias” –digamos, con eufemismo– entre personajes de las que he llamado, con la licencia que ya confesé, primera y segunda generaciones. La batalla entre proyectos de codificación encendió algunos ánimos y produjo polémicas, no menores que las que se habían suscitado entre los autores de la ley del 29 –Almaraz, centralmente– y los redactores de la de 31, aspirantes al relevo histórico. Si se quiere encontrar un año de referencia, diré 1963, cuando pareció prosperar el primer esfuerzo importante a favor de un código penal tipo, no apenas de la natural –y ya entonces decreciente– uniformación en torno al código de 1931. Nuevamente hubo tensiones en 1983, cuando entraron en contacto la gran reforma proyectada –y al cabo realizada, paso a paso– y la oposición en pie de guerra, con argumentos cuya objetividad parecía discutible, por lo menos.

Quizás no se perdonaría que en una revisión de esta naturaleza omitiese la “cuestión de género”, relevante en los desvelos individuales y en los espacios corporativos. Este asunto complejo –e incluso “crítico”– no ha sido ajeno a la Academia. No hubo mujeres penalistas en las etapas previas a la fundación de ésta, ni en sus orígenes, ni en sus primeros pasos, ni en las comisiones redactoras de los códigos que alcanzaron vigencia y en las comisiones revisoras. Llegaron a la Academia cuando ésta había recorrido una buena parte del camino. La presencia de las mujeres había crecido notablemente en la población estudiantil de la Facultad de Derecho, y se había afirmado en el Ministerio Público, en la judicatura y en el ejercicio de la abogacía. La participación de mujeres en la cátedra penal universitaria y en cargos públicos de procuración y administración de justicia favoreció además, naturalmente, su intervención en procesos de formación de leyes.

94 Aludo, por ejemplo, a mi propia posición frente a ciertos aspectos de las reformas en los últimos años, expuesta en mi libro *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, op. cit., México, Porrúa, 2ª. ed., 2009 (asimismo, edición especial del Tribunal Superior de Justicia/Anales de Jurisprudencia/Ed. Porrúa, 2009).

Por lo que toca a asociadas titulares, la primera mujer que ingresó a la Academia –1975–, con méritos sobrados para ello, fue Olga Islas de González Mariscal⁹⁵: no sólo la primera penalista que figura en la Academia, sino también la primera presidenta mujer de esta corporación. Se le debe –al igual que a algunos colegas varones: especialmente el profesor Elpidio Ramírez– un nuevo enfoque para el estudio del derecho penal, con aplicación de la lógica matemática, novedad que hace muchos años provocó asperezas y que hoy cuenta con seguidores cada vez más numerosos, fuera y dentro de la Academia. Poco después –1977– llegó Victoria Adato Green, quien contaba con una notable trayectoria como catedrática, tratadista y funcionaria de la procuración y administración de justicia⁹⁶. El número es académicas es creciente, como también el catálogo de las disciplinas cubiertas por ellas: desde criminalística hasta historia; no se diga materias jurídicas⁹⁷.

La Academia fue simiente de corporaciones –o lo han sido los académicos–, con antigüedad y prestigio en sus respectivos campos, que sistemáticamente realizan tareas en comunicación y solidaridad con aquélla. Este movimiento –particularmente evidente en las dos últimas décadas– refleja el auge que adquirieron en México las llamadas disciplinas auxiliares, muy alentadas por los ordenamientos de 1929 –con su manifiesta afiliación peligrosista– y de 1931. Los practicantes –o representantes– de las disciplinas auxiliares acudieron a integrar la Academia desde la fundación y, sobre todo, en los años siguientes⁹⁸. En el grupo de las instituciones pro hijadas por la Academia o por sus integrantes –y, en definitiva, generadas por el impulso que aquélla

95 Discurso de ingreso: “Nueva teoría general del derecho penal”, en *Criminalia*, año XLIV, nos. 1-3, 1978, p. 43. Dio respuesta Fernando Román Lugo.

96 Adato Green ingresó en 1980, con el discurso “La situación actual del régimen de reclusión de mujeres en el Distrito Federal”.

97 La relación de académicas que figura en *Criminalia*, año LXXV, no. 2, mayo-agosto, 2009, pp. V-VI, comprende, como socias de número, a Adato Green, Azzolini Bíncaz, Islas de González Mariscal, Lima Malvido de Rodríguez y Villanueva Castilleja. Agregaré a Elisa Speckman Guerra, historiadora, electa como miembro de número. En calidad de supernumerarias, en ese número de *Criminalia* aparecen Medina Alegría y Peláez Ferrusca.

98 Gómez Robleda (médico), Torres Torija (médico forense), Millán (médico psiquiatra), González Enríquez (médico psiquiatra), Buentello (médico psiquiatra), Quiroz Cuarón (criminólogo), Moreno González (médico criminalista), Tornero (médico psiquiatra), Corona Uhink (médico psiquiatra), Alva (médico forense), Aguilar (ingeniero mecánico electricista-criminalista).

significa-, mencionemos a la Sociedad Mexicana de Criminología⁹⁹, la Academia Mexicana de Criminalística¹⁰⁰ y la Asociación de Funcionarios y Exfuncionarios de Instituciones para Menores Infractores¹⁰¹.

La Academia ha estado presidida por juristas penalistas y un médico criminalista. Todos ellos, vinculados a la cátedra universitaria y autores de obras de su especialidad, han actuado principalmente en la administración de justicia, generalmente como juzgadores y funcionarios del Ministerio Público, pero también en la defensa penal. La gran mayoría ha participado en proyectos de reforma legislativa -a los que antes me referí-, sea en el plano federal, sea en el orden local: orgánicos, penales, procesales penales, penitenciarios, de menores infractores. Han sido presidentes, en orden cronológico: Ceniceros, F. González de la Vega, Garrido, Porte Petit, García Ramírez¹⁰², Román Lugo¹⁰³, Piña y Palacios, Moreno González¹⁰⁴ -médico criminalista-, Islas de González Mariscal, Zamora Pierce¹⁰⁵ y Moreno Hernández¹⁰⁶. Como ya dije, la gestión más prolongada correspondió a Garrido, que ejerció la presidencia por más de un cuarto de siglo: 1947-1973. Posteriormente los desempeños fueron, en general, muy breves; volvieron a ser más o menos prolongados -varios períodos- en las etapas que corren a partir de 1982.

En la Academia militaron y en *Criminalia* escribieron personajes que ocuparían funciones públicas de primer orden. Desde ellas podrían cumplir, acompañar o alentar el desarrollo del penalismo a lo largo de varias décadas, coincidiendo o discrepando, pero siempre actuando y a menudo combatiendo. En estas filas aparecen dieciséis

99 Impulsada por Luis Rodríguez Manzanera.

100 Encabezada por Rafael Moreno González, presidente honorario vitalicio de esta corporación.

101 Auspiciada por Ruth Villanueva Castilleja.

102 El trabajo de ingreso figura como "Discurso pronunciado por el doctor Sergio García Ramírez, procurador general de justicia del Distrito Federal, ante la Academia Mexicana de Ciencias Penales", *Criminalia*, año XXXVIII, nos. 7-8, julio-agosto 1972, pp. 207 y ss. (loc. cit.) Ingresé a la Academia en 1968...

103 Discurso de ingreso: "Estudios sobre la justicia penal", *Criminalia*, año LVII, pp. 195-196.

104 Discurso de ingreso: "Aplicación de la física nuclear en la investigación criminalística", en *Criminalia*, año XXXIII, no. 11, noviembre de 1967, pp. 556 y ss.

105 Discurso de ingreso: "La presunción de inocencia", *Criminalia*, año LIV, nos. 1-12, enero-diciembre 1988, pp. 242 y ss.

106 Cfr. Correa García, *Historia de la Academia...*, op. cit., pp. 117 y ss.

ministros -inclusive un presidente- de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁰⁷. Hubo magistrados -y también algunos presidentes- del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal -y, en su hora, Territorios Federales-¹⁰⁸ y de tribunales equivalentes de las entidades federativas o en la propia Federación, en competencias penales o no penales¹⁰⁹. Fueron miembros de la Academia cuatro procuradores generales de la República¹¹⁰, varios subprocuradores y funcionarios de esa Procuraduría; seis procuradores generales del Distrito Federal -y Territorios-¹¹¹, diversos subprocuradores y funcionarios de esta dependencia; y procuradores en Estados de la República¹¹².

En las filas de la Academia figuraron tres secretarios de Estado y funcionarios de rango semejante¹¹³; diputados federales y senadores¹¹⁴; tres gobernadores de Estados de la República. Por supuesto, la

107 Así: Ortiz Tirado -que presidió ese tribunal-, Chico Goerne, Carlos Ángeles (cfr. incluido por Carrancá, "Elogio de los académicos desaparecidos", en *Criminalia*, año XXXIII, 1, enero 1967, pp. 10 y ss.), Franco Sodi, Olea y Leyva (quien formó parte del grupo de los "Siete Sabios", con Alfonso Caso, Vicente Lombardo Toledano, Manuel Gómez Morín, Jesús Moreno Baca, Alberto Vázquez del Mercado y Antonio Castro Leal. Cfr. Krauze, *Caudillos culturales en la Revolución Mexicana*, México, Secretaría de Educación Pública/Siglo Veintiuno Editores, 1985, pp. 74 y ss.), A. González de la Vega, Pardo Aspe, Rocha Cordero, González Bustamante, Pavón Vasconcelos, Palacios Vargas, Fernández Doblado, Castellanos Tena, Matos Escobedo, Adato Green, Silva Meza. Mencionaré que Alberto R. Vela, que también sería miembro de la Suprema Corte, apareció en la relación de redactores propietarios de *Criminalia* en abril de 1936 (Cfr. Correa García, *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 16). La noticia biográfica de los ministros se puede ver en diversas obras generales o especializadas en el Poder Judicial de la Federación; así, *Retratos vivos. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1825-1910*, México, SCJN, 2006, t. I, e *idem*, 1912-2006, t. II.

108 Carrancá y Trujillo, F. González de la Vega, Ortiz Tirado, Barreto Rangel, Malo Camacho.

109 En entidades federativas: Román Lugo, Palacios Vargas, Malo Camacho; en órganos federales: García Ramírez, Villanueva.

110 Franco Sodi, F. González de la Vega, Rocha Cordero, García Ramírez. Cfr. *Apuntes y documentos para la historia de la Procuraduría General de la República*, México, PGR, 1987, pp. 724 y ss., 728 y ss. y 733 y ss.

111 Franco Sodi, Román Lugo, García Ramírez, Adato Green, Félix Cárdenas, Mancera.

112 Palacios Vargas, R. González de la Vega.

113 Ceniceros, en Educación Pública; González de la Vega, en Turismo; García Ramírez, en Trabajo y Previsión Social.

114 González de la Vega, Matos Escobedo, González Bustamante, Rocha Cordero, Lima Malvido.

Academia ha incorporado abogados postulantes¹¹⁵. Participaron en esta corporación siete directores de grandes prisiones mexicanas, en la ciudad capital y en entidades federativas¹¹⁶.

Añadamos que varios académicos han ocupado cargos diplomáticos, alguno ha formado parte de un tribunal internacional, que presidió¹¹⁷, y otros figuran como asociados o tienen o tuvieron funciones directivas en las mayores instituciones penalistas internacionales: Asociación Internacional de Derecho Penal, Sociedad Internacional de Defensa Social, Sociedad Internacional de Criminología, Sociedad Mundial de Victimología y Fundación Internacional Penal y Penitenciaria.

Recordaré de nuevo que un importante número de miembros de la Academia han presidido o formado parte de comisiones encargadas de elaborar proyectos legislativos en materia penal (y en otras varias ramas del ordenamiento). Esto ha sido frecuente, si no constante, y a menudo muy significativo –hasta determinante– para el desarrollo penal. He reiterado que la raíz de la Academia se halla en la comisión redactora de la ley penal sustantiva de 1931; académicos fueron, en su mayoría, los miembros de las más importantes comisiones revisoras de esa legislación en 1949¹¹⁸, 1958¹¹⁹, 1963¹²⁰, 1983¹²¹.

También fueron académicos los autores de proyectos sustantivos y procesales para diversos Estados de la República, convertidos en

115 Pardo Aspe, Cárdenas, Jiménez Huerta, Franco Guzmán, García Cordero, Vela Treviño, Zamora Pierce, González Salas. En la época de la fundación –dijo uno de ellos, Vela Treviño– los abogados penalistas “eran más oradores y poetas que juristas”; fue Raúl F. Cárdenas, entre otros, “quien quitó a los oradores el cetro del penalismo, quien dejó de acudir a la retórica, a la frase bella y emocionada, para ocuparse del concepto jurídico y del argumento sólido”. “Palabras pronunciadas en honor del Lic. Raúl F. Cárdenas”, en *Criminalia*, año LVII, nums. 1-12, enero-diciembre 1991, pp. 21 y ss.

116 Franco Sodi, Piña y Palacios, Villanueva, García Ramírez, García Cordero, Sánchez Galindo, Tornero.

117 García Ramírez: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr., de este autor, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, 2007, Ed. Porrúa.

118 Comisión: Luis Garrido, Francisco Argüelles, Celestino Porte Petit y Raúl Carrancá y Trujillo.

119 Comisión: Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit, Manuel del Río Govea. Cooperó Jorge Reyes Tayabas.

120 Comisión: Fernando Román Lugo, Celestino Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González Mariscal y Luis Porte Petit Moreno. Asesor: Luis Garrido.

121 Comisión: Celestino Porte Petit, Sergio García Ramírez, Victoria Adato Green, Gustavo Malo Camacho, Luis Porte Petit Moreno.

ley positiva; sólo por ejemplo: Veracruz, Nuevo León, Baja California, Guerrero, Querétaro, Morelos, Tabasco. Igualmente, los académicos elaboraron por lo menos dos proyectos –que debieron ser uno solo– conducentes al Código Penal vigente en el Distrito Federal, de 2002¹²², cuando se habían presentado –situación que subsiste– algunas vicisitudes en el tránsito de competencias legislativas entre la Federación y el Distrito¹²³.

5. LA ACADEMIA Y LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Es pertinente mencionar algunos datos de pertenencia y vinculación que ilustran sobre la Academia. Ya señalé que no todos sus integrantes fueron o son oriundos de la ciudad de México (aun cuando la titularidad de un sillón académico sólo se entrega a quienes residen aquí, manifestación tenaz del centralismo que todavía prevalece en el país), ni todos han sido o son egresados, investigadores o profesores de la Universidad Nacional Autónoma de México. Sin embargo, la gran mayoría se halla vinculada a esa singular institución mexicana, por diversos medios y con gran convicción y consistencia. En consecuencia, la Academia comparte el lugar prominente de la Universidad no sólo en el espacio de la educación superior informativa, sino en el de la educación formativa (ya observó Vasconcelos el descollante papel de la Universidad Nacional: le “corresponde definir –dijo, en la circunstancia de 1921– los caracteres de la cultura mexicana”¹²⁴) y en el conjunto de la historia moderna de México.

La vinculación que estoy mencionando ha corrido por diversas vías. Ante todo, estudios y docencia en la Escuela Nacional de

122 Cfr. Adato Green, García Ramírez e Islas de González Mariscal, *Código Penal y Código de Procedimientos Penales modelo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004. Asimismo, Varios, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado* (coords. García Ramírez, Islas de González Mariscal y Leticia A. Vargas Casillas), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Ed. Porrúa, t. I, esp. pp. XXI y ss.

123 Cfr. González de la Vega, René, “De cómo se perdió nuestro Código Penal en el Distrito Federal”, en *Criminalia*, año LXV, no. 3, sept-dic. 1999, p. 125. Para una crítica severa (que abarca el conjunto de las reformas al código de 1931), cfr. igualmente, Ruíz Harrell, Rafael, *Código Penal histórico*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, pp. 6-7.

124 “El nuevo escudo de la Universidad Nacional”, en Vasconcelos, José, *Discursos*, México, Ed. Botas, 1950, p. 13.

Jurisprudencia o, en su hora, en la Facultad de Derecho. Los académicos de la Mexicana de Ciencias Penales que han sido profesores de derecho penal, derecho procesal penal, criminología y medicina forense de la UNAM, cumplieron su magisterio en favor de millares de alumnos, que formaron sus primeras armas profesionales en los textos de aquéllos. Vale citar, entre los tratadistas de más antigua fecha a Carrancá y Trujillo y González de la Vega, en derecho penal sustantivo, y a Franco Sodi, González Bustamante¹²⁵ y Piña y Palacios, en derecho penal adjetivo. Todos ellos explicaron y sostuvieron la legislación penal material y procesal del 31, relevando los pocos tratados y comentarios –con méritos, sin duda– atenedos a las leyes precedentes. Son muy abundantes las obras posteriores de estas disciplinas, debidas a integrantes de la Academia.

Hubo académicos rectores de la UNAM: Luis Chico Goerne¹²⁶ y Luis Garrido. También, miembros de la Junta de Gobierno de esta Universidad¹²⁷. En la Dirección de la Facultad de Derecho, Pardo Aspe y el mismo Chico Goerne¹²⁸. Este suscitó el comentario sugerente de Aspe: “una mañana, en cátedra, (Chico Goerne) logró que sus alumnos oyeran, materialmente, como un andar que se apoya en muletas, el lento

125 Al referirme a los fundadores, *infra*, aludiré a las fechas de publicación de las obras de más antigua fecha, que en este sentido abrieron una nueva época en la bibliografía jurídica mexicana. Por lo que toca a Juan José González Bustamante, que no formó parte del grupo de fundadores de la Academia, la primera edición de su libro *Principios de Derecho procesal penal mexicano* vio la luz en 1940.

126 Chico Goerne fue rector de la Universidad Nacional entre 1935 y 1938. Mendieta y Núñez lo califica como “una de las egregias figuras universitarias”. *Historia de la Facultad de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, 1975, p. 338. Ingresó en la Academia con el discurso “El imperativo penal de nuestro tiempo. La ley del crimen y la cultura”, en *Criminalia*, año XX, no. 9, septiembre 1 de 1954, pp. 482 y ss. Contestó Olea y Leyva: el discurso de Chico Goerne es “defensa y protección de nuestros ideales occidentales, de las tradiciones cristianas, en la crisis del pensamiento contemporáneo”. “Discurso en la recepción del Ministro Dr. Luis Chico Goerne”, en *idem*, p. 500. En cuanto a Garrido, *cfr.*, *infra*, la referencia específica que hago en “8. Semblanza de los fundadores”.

127 Torres Torija, García Ramírez.

128 *Cfr.* Mendieta y Núñez, Lucio, *Historia de la Facultad...*, *op. cit.*, pp. 333 y ss. y 339 y ss. En su reseña, Mendieta señala que Chico Goerne “se caracterizó por la decidida tendencia a dar a la Facultad de Derecho sentido social”; “traspuso los límites (de la Facultad) e influyó brillantemente en otros aspectos de la vida universitaria”

paso del Derecho Penal, 'que siempre llega a la zaga'"¹²⁹. Invoquemos, también, la presencia de profesores eméritos: Porte Petit, Castellanos Tena. El doctorado en Derecho se estableció durante la gestión rectoral de Garrido. Fueron acreditados como doctores *ex officio*, entre otros juristas, el propio Garrido, González Bustamante, F. González de la Vega, Trueba Urbina, Ruíz Funes, Ceniceros y Franco Sodi, y quedaron incorporados como profesores en el nuevo doctorado los penalistas Carrancá y Trujillo y González Bustamante¹³⁰.

Durante largos períodos, el Seminario de Derecho Penal de la Facultad estuvo encomendado a miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales: tales, Carrancá y Trujillo, Porte Petit, Carrancá y Rivas, Fernández Doblado; lo mismo, la revista *Derecho Penal Contemporáneo*¹³¹, promovida por este Seminario. Otros estuvieron a cargo de la *Revista de la Facultad de Derecho*¹³². Igualmente, figuran académicos de la Mexicana de Ciencias Penales entre los directores de escuelas, facultades e institutos de la UNAM u otros organismos de nivel superior, además de la Facultad de Derecho: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Derecho Comparado e Instituto de Investigaciones Sociales¹³³. Agreguemos, fuera de la UNAM, a la Escuela Libre de Derecho¹³⁴.

Fue importante la vinculación de los académicos con el Instituto de Derecho Comparado, luego de Investigaciones Jurídicas, desde la gestión de Sánchez Román, primer director, que actuó acompañado por un consejo directivo integrado por tres catedráticos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia en el que figuraba Carrancá y Trujillo¹³⁵. Este sustituyó a Sánchez Román, en marzo de 1941, interinamente y

129 Pardo Aspe, "Prólogo de la primera edición de la primera parte", en González de la Vega, *Derecho penal mexicano. Los delitos*, México, Ed. Porrúa, 12ª. ed., 1973, p. XV.

130 Cfr. Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad...*, op. cit., pp. 386 y ss.

131 Islas de González Mariscal.

132 García Ramírez e Islas de González Mariscal.

133 Carrancá y Trujillo -Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Derecho Comparado-, Mendieta y Núñez -Instituto de Investigaciones Sociales-, Raúl F. Cárdenas -Escuela Libre de Derecho-.

134 Cárdenas fue Rector de la Escuela Libre de Derecho.

135 Felipe Sánchez Román dirigió el Instituto entre 1940 y 1941. Lo acompañaron en el Consejo Directivo Carrancá y Trujillo, Antonio Gómez Robledo y Celso Ledesma Labastida. Cfr. *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sexagésimo aniversario*, op. cit., p. 22.

por muy breve tiempo¹³⁶. De entonces data la reflexión del Instituto de Derecho Comparado, compartida con algunos académicos, en favor de la unificación o la unidad penal¹³⁷. Actualmente, todos los investigadores del área penal del IJ son miembros numerarios de la Academia¹³⁸.

En lo que respecta a lo que solemos denominar, con expresión curiosa, el “interior”, de la República, hay varios méritos en la cuenta de la Academia y sus integrantes. Quizás el más notable –aunque efímero, por obra de la “política de campanario”– fue el doctorado en ciencias penales instituido en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana en 1943, mucho antes, pues, que el doctorado en derecho de la UNAM. El discurso de apertura corrió a cargo de Garrido, quien destacó los méritos de este esfuerzo académico, comprometido con la verdad y la libertad, y señaló que “al iniciarse estos cursos debe estar presente, como madrina de ellos, la Academia Mexicana de Ciencias Penales”¹³⁹. Mencionemos, asimismo, que F. González de la Vega fundó la Universidad Autónoma de Durango, entidad de la que fue gobernador, recordado y apreciado por su labor universitaria, entre otras razones¹⁴⁰.

136 Cfr. *ídem*, op. 22, y Elola Fernández, Javier, “Veinticinco años del Instituto de Derecho Comparado de México”, en Varios, *XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1945)*. *Historia, actividades, crónicas de las bodas de plata*, vol. dirigido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, México, UNAM, 1965, p. 7.

137 Cfr. el “Prólogo de Felipe Sánchez Román” a Carrancá y Trujillo, *Las causas que excluyen la incriminación. Derecho mexicano y extranjero*, México, 1944, pp. 7 y ss. En la p. 3, Sánchez Román califica esta obra como “la más valiosa justificación del paso de su autor por (el Instituto de Derecho Comparado)”; “no se trata, en verdad, de un mero ensayo, sino de algo mejor y más definitivo: un estudio de derecho comparado con vista a la unificación interna de las leyes penales mexicanas”.

138 García Ramírez, Islas de González Mariscal, Márquez Piñero, Díaz Aranda.

139 “El Doctorado en Derecho Penal”, en *Notas de un penalista...*, op. cit., p. 31. Fueron catedráticos en este doctorado Carrancá y Trujillo, Gómez Robleda, Torres Torija, Ruíz Funes, Jiménez Huerta, F. González de la Vega y Quiroz Cuarón. Fueron alumnos, sobresalientes por su empeño dinámico a favor del doctorado, Hernández Palacios, Sánchez Cortés, Porte Petit y Romás Lugo. Cfr. Garrido, *El tiempo de mi vida...*, op. cit., pp. 251-152.

140 Cfr. Arrieta Silva, Enrique, *Francisco González de la Vega: la pasión por el Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2004. Asimismo, cfr. *infra*, la nota sobre González de la Vega, “8. Semblanza de los fundadores”.

6. LA ACADEMIA Y LOS PROFESORES ESPAÑOLES

En los años de fundación de la Academia y de “Criminalia” no había, como hay ahora, un caudaloso flujo de estudiantes mexicanos hacia universidades europeas y norteamericanas. En los grandes nombres del derecho mexicano existen, sin embargo, excepciones conocidas: por ejemplo, García Máynez y De la Cueva, en Alemania, y Carrancá y Trujillo, en España. Este fue alumno de Luis Jiménez de Asúa en años previos a la dictadura. Los jóvenes penalistas que reaccionaron frente a la legislación de 1929 acogieron ideas y fórmulas del penalismo español. Confesaron –en palabras de Carrancá y Trujillo– la influencia de Quintiliano Saldaña, Cuello Calón y Jiménez de Asúa. Este formuló alguna reflexión sentenciosa, en la que examinaba esas influencias y el carácter ecléctico del ordenamiento de 31: “su eclecticismo no puede ser más fuerte –dijo–, ya que las doctrinas de los tres españoles citados son harto dispares”¹⁴¹.

Sea lo que fuere, el puente se hallaba establecido, con firmeza y simpatía, entre los juristas penalistas de ambos países. Se cruzó varias veces, en un solo sentido, al cabo del golpe en España. Si alguna vez los españoles migraron hacia México en condición de conquistadores, colonizadores, gobernantes, en esta ocasión vinieron por otro motivo. La novedad, dolorosa para quienes dejaron atrás familias, tareas e ilusiones, generó una relación distinta entre mexicanos y españoles. Cicatrizaron antiguas heridas y surgieron causas comunes, fraternas. Durarían muchos años. Aún se prolongan en el torrente de una doble descendencia: de la sangre y de las ideas.

México abrió los brazos y se benefició de esa migración de notables, que hicieron aportaciones de mayor cuantía a diversas disciplinas y contribuyeron al desarrollo de ciencias y artes. Tuvieron varios destinos institucionales. Entre ellos figuró, de manera sobresaliente, la Universidad Nacional Autónoma de México, y en ésta, la Facultad de Derecho. Con el tiempo, algunos profesores españoles intervinieron en la creación y la animación del Instituto de Derecho Comparado. La Academia no sería excepción. Joven todavía,

141 *Tratado...*, op. cit., t. I, p. 1254.

recibió como académicos a grandes maestros: Ruíz Funes¹⁴², Bernaldo de Quirós¹⁴³ y Jiménez de Asúa¹⁴⁴.

Cuando llegó la hora de hacer homenaje, *post mortem*, a aquellos dos criminólogos, Carrancá y Trujillo, a cargo del elogio merecido, recordó cómo “vinieron de su fecunda patria española dos preclaros maestros y pensadores, rota la quilla de sus naves por la tragedia que acababa de vivir su pueblo”. Ruíz Funes, “espíritu iluminado, palabra de fuego (...)”; y Bernaldo de Quirós, “cuya devoción heroica al trabajo constituyó su religión”¹⁴⁵. Correa García considera que Ruíz Funes y Bernaldo de Quirós representan –con otros maestros, mexicanos– “los cimientos de la criminología mexicana en las primeras décadas del siglo XX”¹⁴⁶, y acaso mucho más allá –o más acá– de esa fracción del siglo.

Tan importante para la Academia como el ingreso de Ruíz Funes fue la presencia de Constancio Bernaldo de Quirós, también penalista y criminólogo de enorme prestigio, que primero llegó a República Dominicana y después arraigó en México. “Los penalistas mexicanos –declara Garrido– estiman y respetan a nuestro ilustre visitante”. Refiriéndose a la elegancia de su pluma en la exposición del Derecho penal y la criminología, señala que “en materias que parecen tan divorciadas del arte, Bernaldo de Quirós ha realizado el milagro de vestirlas con la galanura de un estilo florido”¹⁴⁷.

Añádase la recepción de Jiménez de Asúa, de quien muchos penalistas académicos se proclamaban alumnos, recepción que tuvo

142 La primera sesión formal de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, el 27 de marzo de 1941, se destinó a la recepción de Ruíz Funes como académico. Respondieron al nuevo asociado los vicepresidentes de la corporación Francisco González de la Vega y Alfonso Teja Zabre.

143 Se dispensó a Bernaldo de Quirós la presentación de trabajo de ingreso a la Academia. Cfr. Correa García, *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 224.

144 Cfr. García Ramírez, “Maestros españoles: Niceto Alcalá-Zamora y los penalistas”, en *Cincuenta años del exilio español en la UNAM*, México, Coordinación de Difusión Cultural, 1991, pp. 73 y ss. Acerca de estos profesores, cfr. Serrano Figueroa, Rafael, “Vida y obra de don Constancio Bernaldo de Quirós”, en Varios, *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 55 y ss.; Díaz Aranda, Enrique, “El extraordinario Luis Jiménez de Asúa”, en *idem*, pp. 189 y ss.; y Fernández Ruíz, Jorge, “La obra de don Mariano Ruíz-Funes García”, en *idem*, pp. 329 y ss.

145 “Elogio de los académicos desaparecidos”, en *Criminalia*, año XXXIII, no. 1, enero 1967, pp. 10 y ss.

146 *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 6.

147 “Constancio Bernaldo de Quirós”, en *Ensayos...*, op. cit., p. 16.

lugar en el anfiteatro “Bolívar” de la Universidad Nacional, el 9 de febrero de 1943. En un extenso, emocionado relato, Carrancá evoca los años juveniles que pasó en España y las lecciones del ilustre catedrático, que recogió en sus notas¹⁴⁸. En un viaje del maestro a México, el doctor Garrido lo recibió con admiración y solidaridad: figura entre aquellos –dijo– que “representan lo mejor de la cultura jurídica contemporánea y el espíritu de un pueblo cuyas vicisitudes y heridas sentimos como propias”¹⁴⁹.

También es preciso mencionar la vigorosa participación académica, que duraría muchos años, de Mariano Jiménez Huerta¹⁵⁰, autor de un tratado de méritos notables¹⁵¹. A Jiménez Huerta se debe, entre otras cosas, la argumentación que acogió la Academia en el tema de los delitos de disolución social y que condujo a la mayoría a pronunciarse por la derogación de esa fórmula persecutoria de la libertad¹⁵². En sesión del 4

148 “Jiménez de Asúa en la Academia de Ciencias Penales”, en *Tres ensayos*, op. cit., pp. 65 y ss. Al profesor español se deben estudios y meditaciones sobre el Derecho penal, los proyectos legislativos, las leyes que tuvieron vigencia y la obra de los académicos mexicanos. Por lo demás, la obra de Jiménez de Asúa “en México es consultada por profesores y estudiantes –sigue diciendo Carrancá–, por abogados y funcionarios judiciales”. *Ídem*, p. 75.

149 “Luis Jiménez de Asúa”, en *Notas de un penalista*, op. cit., pp. 35 y 42.

150 Cfr. Amuchategui Requena, Griselda, “Ensayo sobre la vida y obra del maestro Mariano Jiménez Huerta”, en Varios, *Los maestros del exilio...*, op. cit., pp. 203 y ss., y Urosa Ramírez, Gerardo Armando, “Mariano Jiménez Huerta”, en *Rostros y personajes...*, op. cit., pp. 147 y ss.

151 *Derecho penal mexicano*, en cinco tomos. La primera edición del que sería t. I, *Introducción al estudio de las figuras típicas*, apareció bajo la Editorial Porrúa, en 1972; lo precedió el que sería t. II, *La tutela penal de la vida e integridad humana*, de la misma editorial, en 1958.

152 Se dedicó al tema un número de *Criminalia* –que daría lugar a un libro autónomo–: año XXXIV, no. 11, noviembre de 1968, pp. 623 y ss. En 1941, el Presidente de la República propuso, en las circunstancias específicas entonces prevalecientes, la reforma del Código Penal y la incorporación de un capítulo sobre “Delitos de disolución social”. El Presidente de la Academia, José Angel Cenicerros, promovió el examen de esta iniciativa, en el que participaron Teja Zabre, Garrido, González de la Vega, Carrancá y Trujillo y Piña y Palacios. Las opiniones vertidas destacaron puntos cuestionables en la iniciativa presidencial (“Antecedentes del artículo 145 del Código Penal”, en *ídem*, pp. 623 y ss.). En 1951 fue reformado el precepto, en forma que suscitara nuevas críticas. Años después, la Academia reemprendió el examen, de nuevo a propuesta de Cenicerros. En la discusión del tema se oyeron diversas opiniones, desde cautelosas y favorables a la permanencia de estas figuras delictivas, hasta muy desfavorables y severas, que urgieron su derogación inmediata. En las deliberaciones jugó un importante papel

de septiembre de 1968 presentó una ponencia sustanciosa que abogaba, con amplio despliegue jurídico, por la supresión de la figura penal¹⁵³. Sostuvo que los delitos de disolución social, “a pretexto de sancionar conductas antijurídicas nuevas” –que ya se hallaban previstas, sin embargo, en las fórmulas tradicionales de traición, rebelión, sedición, asonada o motín y conspiración– reprimen “anticonstitucionalmente la difusión de las ideas, programas o normas políticas, económicas y sociales materia de libre y ecuménica discusión”¹⁵⁴.

7. “CRIMINALIA”

La Academia y *Criminalia* han marchado de la mano durante la vida de aquélla, precedida en algunos años por ésta¹⁵⁵. No es posible separarlas, como no lo sería deslindar la voz del cuerpo que la emite. Obedientes a un solo designio, a una sola generación creadora, transeúntes en los mismos espacios y vicisitudes, han construido capítulos estupendos del penalismo mexicano. Alguna vez solitaria, *Criminalia* corre paralela, hoy día, a otras publicaciones periódicas¹⁵⁶.

El nombre de la revista se debió a Carrancá y Trujillo¹⁵⁷. En el caso de quienes libraron dura batalla contra la legislación de 29 y erigieron la de 31, primero fue la voz depositada en esa publicación perseverante, y luego la corporación: es decir, el cuerpo íntegro al que aquélla correspondería durante décadas. Así se tuvo y se sostiene la más antigua publicación periódica de una historia que inicia al cabo del primer tercio del siglo XX y prosigue en los años iniciales del XXI.

el académico Mariano Jiménez Huerta, crítico de las fórmulas contenidas en el artículo 145 del Código Penal. En sesión del 4 de septiembre de 1968 presentó una ponencia sustanciosa que abogaba, con amplio despliegue jurídico, por la supresión de la figura penal (*ídem.*, pp. 641-644). De nueva cuenta surgieron diversas opiniones en la Academia, ventiladas en sesiones internas y en los medios periodísticos. Opinaron Cárdenas, Ceniceros, Franco Guzmán, García Ramírez, Garrido, González Bustamante, Jiménez Huerta, Piña y Palacios, Quiroz Cuarón y Román Lugo (*ídem.*, pp. 645 y ss.).

153 Cfr. el estudio de Jiménez Huerta en *Criminalia*, cit. en la n. anterior, pp. 641-644.

154 “El llamado delito de disolución social”, *ídem.*, p. 693.

155 Para un detallado panorama sobre la revista *Criminalia*, sus colaboradores y artículos, cfr. la tesis de Santa Ana Solano, *El Derecho penal mexicano...*, op. cit.

156 Entre ellas citaré solamente *Iter Criminis*, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. La menciono porque se halla bajo la tutela del organismo generado por la Academia, el INACIPE. Cfr. *infra*, “10. Instituto Nacional de Ciencias Penales”.

157 Cfr. Garrido, *El tiempo de mi vida...*, op. cit., p. 193.

Ha cumplido su misión. En ésta destacó, en su hora, la defensa de la legislación penal de 1931, que se halla en la raíz de *Criminalia*.

Los creadores de la revista hicieron ver –retrospectivamente– que “con motivo de las reformas a las leyes penales en México, diversos profesores y entusiastas por las ciencias penales, fundaron (...) *Criminalia*, para ser distribuida gratuitamente”¹⁵⁸. La revista se hallaba abanderada y en pie de guerra. Almaraz, enfrentado a los hombres del 31 y a sus razones cuando arremetió contra la ley de ese año, percibió el objetivo de la revista, y dijo: “los libros que se han publicado y los años que lleva de vida la revista *Criminalia*, de ninguna manera y por ningún concepto hacen perfecta esa legislación ni borran los errores que contiene”¹⁵⁹.

Quienes se han comprometido en tareas editoriales, saben los problemas que entraña una empresa de este carácter y los obstáculos que es preciso vencer para sacarla adelante. La periodicidad de la revista, que se buscó fuera mensual, y ahora cuatrimestral –pero segura y oportuna, como en efecto ha ocurrido en manos del director García Cordero– ha experimentado no pocos avatares. Hubo tiempo en que fue de veras mensual, contra viento y marea, así tuviese que “adelgazar” hasta la mínima expresión; y lo hubo en que se debió reunir en un solo cuaderno los números correspondientes a varios meses; un año entero, inclusive.

En el número 1 de la revista, de septiembre de 1933, sólo figuran los nombres de sus fundadores: Ceniceros, Garrido, González de la Vega y Carrancá y Trujillo. Pronto acudieron como redactores Ortiz Tirado, Pardo Aspe y Teja Zabre; en 1936 llegó Piña y Palacios. En “unos cuantos renglones” –dijo Carrancá–, *Criminalia* recogió “el pregón de nuestros propósitos”¹⁶⁰. Fue, por supuesto, mucho más que una revista. Garrido midió con propiedad su función unitiva y formadora: “Nada liga a los hombres tanto como los mismos ideales y los esfuerzos comunes en pro de ellos (A *Criminalia*) se debe, entre otras

158 (Editorial de la revista) *Criminalia*, año I, nos. 1 a 12, septiembre de 1933-agosto de 1934 (Reimpresión).

159 *Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1929*, México, 1941, p. 139.

160 “Alfonso Teja Zabre”, en *Criminalia*, año XXVIII, no. 7, julio de 1962, p. 425.

cosas, la formación de un cuerpo distinguido y selecto de profesionales en materia penal”¹⁶¹.

Sigue lo que Carrancá llama pregón: “*Criminalia* no tiene compromisos con nada ni con nadie. Es obra modesta y de acendrada buena fe”. La independencia de la revista persiste; gracias a ella ha recogido el parecer de tirios y troyanos, enfrentados, y ha dicho a las instancias del Estado –que producen el material al que los penalistas aplican la mirada y la tarea– lo que ha querido. La selección humanista y la disposición criminológica de la Academia, sus penalistas y el órgano que difundía sus reflexiones compartidas quedaron a la vista en una confirmación editorial: “*Cum studio et sine ira*, creyendo con cabal buena fe y plena esperanza que si comprenderlo todo no puede ser siempre perdonarlo todo, cuando menos pone en el camino de defenderse sabiamente de los males sociales de origen moral, atacándolos con eficacia en sus causas profundas”¹⁶².

Alguna vez –o quizás muchas– se tildó de “románticos” a los redactores de *Criminalia*. Sus ideas, se dijo, son sentimentales o fantásticas; conducirían a ejercer una menor represión. Aquéllos reaccionaron por voz de Garrido, con vehemencia. Si se quiso hacer mofa de los redactores “por haber emprendido una cruzada científica sin más bagaje que su amor al estudio y a su patria –cuando sólo podía esperarse en un ambiente de incompreensión un sonado fracaso–, entonces sí son ‘románticos’, pero ‘románticos’ que han sabido triunfar porque han logrado mantener durante diecisiete años (que era, entonces, el tiempo de vida de la revista), una producción criminológica de primer orden, que ha contribuido a la perfección de varias instituciones jurídicas por lo cual han merecido los elogios de la más severa crítica extranjera”¹⁶³.

En diversos momentos, la revista identificó los asuntos de su preferencia: eran los temas que surgían al paso del penalismo, según

161 “La revista de la Academia de Ciencias Penales”, en *Criminalia*, año XXXIII, no. 1, enero 1967, p. 14.

162 “*Criminalia* aspira a ser un espejo, un altavoz, una antena, un instrumento tan perfecto como sea posible ambicionar, que recoja fielmente el pensamiento y el sentimiento mundiales –del mundo civilizado a que pertenecemos– en cuanto al conocimiento exhaustivo del delito en sus causas, en sus formas y en sus efectos, y en cuanto a la estimación y tratamiento del mismo mediante la pena”. *Criminalia*, año XIII, no. 11, noviembre de 1947, p. 443.

163 “*Criminalia*”, en *Ensayos penales...*, op. cit., p. 162

ocurría el movimiento de la sociedad y se presentaban sus exigencias a la consideración y la acción del Estado. Imposible, por cierto, que una publicación con filiación ética y compromiso nacional prescindiera de las grandes y graves preocupaciones de la nación. Lo reconoce Correa García cuando menciona “la naturaleza eminentemente práctica e integral” que tuvo *Criminalia* desde la hora de su fundación, para el “análisis y discusión de la diversa problemática de justicia penal y prevención del delito; espíritu práctico, de análisis completo y altamente calificado que ha logrado mantener la revista al paso del tiempo”¹⁶⁴.

Por supuesto, la celebración de *Criminalia* debe abarcar a las casas editoriales que hicieron posible su publicación a lo largo de muchos años, que no han concluido: inicialmente, Ediciones Botas; actualmente, Editorial Porrúa¹⁶⁵. Hubo tareas apreciables encaminadas a concentrar en volúmenes auspiciados por la Academia y *Criminalia* los índices de la revista¹⁶⁶. Con esos antecedentes, en el año 2000 culminó el proyecto, promovido por el académico Jesús Zamora Pierce, entonces presidente de la corporación, de reunir todo el material publicado durante casi setenta años en un solo documento bien integrado y accesible: un disco óptico en cuya producción intervino decisivamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, dirigido a la sazón por Diego Valadés.

De esta manera se hizo el rescate de un valioso acervo de investigaciones, noticias, polémicas, comentarios en torno a las disciplinas penales, todo ello fuente para documentar los avatares de la justicia penal, los programas emprendidos en esta materia, los grandes debates, los avances y retrocesos, los aciertos y desaciertos, las

164 *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 11.

165 Ediciones Botas, cuyo director, Gabriel Botas y Díaz –relevado en este empresa por su hijo Andrés Botas–, originario de Cuba, brindó sustento a la revista durante treinta y cuatro años (*Criminalia*, año XXXIV, no. 10, 31 de octubre de 1968); y actualmente, Editorial Porrúa, bajo la dirección de José Antonio Pérez Porrúa.

166 Así, *Bibliografía de Ciencias Penales*, formada con los trabajos publicados en *Criminalia*, años I a IX, septiembre de 1933 a agosto de 1943 (*Criminalia*, año X, no. 4, 1 de febrero de 1944), *Bibliografía de Ciencias Penales* correspondiente a los años I a XXIII, septiembre de 1933 a diciembre de 1957 (Cuadernos *Criminalia*, México, 1958) y *Criminalia. Bibliografía de Ciencias Penales* (Porrúa, 1988), que se refiere a los trabajos publicados “en los primeros cincuenta años de la revista”. Tómese en cuenta, igualmente, el detallado trabajo de recopilación y clasificación hemerográfica, que abarca los artículos de aquella revista correspondientes al período 1933-1983 (años I a L) contenido en la tesis de Santa Ana Solano, *El Derecho penal...*, op. cit., pp. 223 y ss.

expectativas y los obstáculos en ese extenso período. Zamora dijo con razón: “Hemos rescatado y hemos hecho accesible a los interesados el patrimonio intelectual de la Academia”¹⁶⁷.

Criminalia ha sido, además, un tronco fecundo para múltiples publicaciones, sobre todo en las primeras décadas de la revista. En efecto, fue matriz de lo que se conoció, en un conjunto excelente, como “Publicaciones de *Criminalia*”¹⁶⁸, dirigida por Ceniceros. Abarcaba la “Biblioteca *Criminalia*”, cuyo primer volumen, de 1940, fue una *Vida de Lombroso*, escrita por Gina Lombroso –pulcramente reeditada en 2009 por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, con nuevo prólogo de Moreno González–; los “Cuadernos *Criminalia*”, que acogieron numerosos temas desarrollados por académicos; los “Cuadernos de Política” y los “Cuadernos de Letras”, éstos últimos publicados bajo la dirección de Teja Zabre¹⁶⁹.

8. SEMBLANZA DE LOS FUNDADORES

Abro aquí dos breves capítulos. Debieran ser muy amplios, pero si lo fueran excedería los propósitos y la extensión asignados a este trabajo. Primero me referiré en muy breves notas a los fundadores: no todos, sino algunos entre los juristas más prominentes y diligentes, sin menoscabo de otros, médicos sobresalientes, que también concurren –como

167 Es relevante la crónica de este esfuerzo insólito. Zamora Pierce da cuenta de que una vez “logrado el consentimiento del editor de la revista, Editorial Porrúa, y obtenido el apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, nos enfrentamos a dos problemas graves, el primero fue la huelga de la UNAM, que nos hizo perder un tiempo precioso. El segundo fue el hecho de que, al parecer, ninguna biblioteca posee una colección completa de “*Criminalia*”, por lo que fue difícil localizar algunos números. Para lograrlo contamos con la ayuda de la biblioteca ‘Celestino Porte Petit Candaudap’ del Instituto Nacional de Ciencias Penales, de la biblioteca de la Universidad Panamericana, de la biblioteca Antonio Caso de la Facultad de Derecho de la UNAM, de la Dirección de Bibliotecas de la UNAM y del Centro Cultural Isidro Fabela, a más, desde luego, del acervo del Instituto de Investigaciones Jurídicas”. “Informe que rinde el Dr. Jesús Zamora Pierce sobre las actividades de la Academia Mexicana de Ciencias Penales durante el año 2000”, en *Criminalia*, año LXVI, no. 3, septiembre-diciembre, 2000, pp. 317-318.

168 Cfr. Correa García, *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 171.

169 No omitiré mencionar que mi primer libro sobre materias jurídico-criminológicas (*Asistencia a reos liberados*, prólogo de Alfonso Quiroz Cuarón, México, Ed. Botas, 1966), se editó a partir de su publicación íntegra en *Criminalia*, año XXXI, no. 9, 30 de septiembre de 1965, pp. 510 y ss.

señalé, *supra*- a la fundación de la Academia: José Torres Torija¹⁷⁰ y José Gómez Robleda¹⁷¹. En seguida, aludiré a un organismo que proviene de la Academia y que recogió en su origen la tradición, el impulso y el designio de aquélla: el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Alfonso Teja Zabre fue uno de los protagonistas en el advenimiento del Código de 1931. De él dijo Garrido: “Como penalista Teja Zabre se formó en la mejor de las escuelas: en los Tribunales de lo criminal, ya como Fiscal, ya como Magistrado”¹⁷². Lo conoció en “los años del auge del jurado en México”. En la barra del Ministerio Público -refiere Salvador Azuela-, Teja Zabre, formado en la escuela literaria de Jesús Urueta, “destacó por su elocuencia”: “joven abogado de hablar fácil, de ademán elocuente, de acento persuasivo”¹⁷³.

Llama la atención el papel central de Teja Zabre en la comisión redactora del código, porque era, quizás, el menos penalista entre quienes concurren a la elaboración del proyecto, aunque ciertamente no quedaba por debajo de aquéllos en saber y gobierno. Poseía una amplia cultura general, de la que dio prueba, y tenía en su haber una sólida preparación histórica, sociológica, filosófica, literaria y diplomática, que sus compañeros de comisión reconocían, y que le permitía desenvolverse con autoridad. Era “poeta, historiador y ameno narrador literario”¹⁷⁴. Carrancá y Trujillo reseñó: “Asombra pensar en la tan vasta como dispar labor realizada a través de su vida por Teja Zabre (...); labor debida sólo a su enérgica voluntad creadora”¹⁷⁵. Autor de obras históricas muy apreciables, también dejó algunos textos de juventud como testimonio de sus aficiones literarias¹⁷⁶.

170 Cfr. la reseña sobre su vida y obra en Perera Castillo, Fernando, “Palabras expresadas con motivo de la inauguración del aula ‘Dr. José Torres Torija’ en la Escuela Nacional Preparatoria”, en *Criminalia*, año XIX, no. 12, diciembre de 1953, pp. 657 y ss. Igualmente, cfr. Correa García, *Historia de la Academia...*, op. cit., pp. 619 y ss.

171 Cfr. Correa García, *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 645.

172 “Alfonso Teja Zabre”, en *Criminalia*, año XXVIII, no. 7, julio de 1962, p. 424.

173 “Alfonso Teja Zabre, penalista”, en *Ensayos penales...*, op. cit., p. 32.

174 “Alfonso Teja Zabre”, en *Criminalia*, año XXVIII, no. 7, julio de 1962, pp. 426-428.

175 “Alfonso Teja Zabre”, en *idem*, p. 426.

176 Cfr. Ceniceros, “Alfonso Teja Zabre, digno mexicano”, en *Criminalia*, año XXVIII, no. 3, 31 de marzo de 1962, pp. 122. Las letras eran -señaló Andrés Henestrosa- “el fundamental de sus amores”. “Alfonso Teja Zabre”, en *Criminalia*, año XXVIII, no. 7, julio de 1962, p. 446.

Seguramente gravitó en las reflexiones de don Alfonso el peso que debiera inclinar la balanza del legislador, responsable y prudente, para convertir al jurista en estadista: no apenas redactor de leyes, sino constructor del Estado que las emite y aplica. Aquí me atengo a la calificación que hizo Arnáiz y Freg: Teja “fue uno de los hombres que más han contribuido, en lo que va del siglo, a la elaboración de la idea que varios millones de mexicanos han tenido y tienen sobre la significación histórica de su propio país”¹⁷⁷.

José Angel Ceniceros, fundador y director de *Criminalia*, como fundador y presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, intervino en la comisión redactora de 1931. En ella representó a la Secretaría de Gobernación, con cuanto significaba la representación de la dependencia convocante y animadora del proyecto, por disposición presidencial. A diferencia de la mayoría de sus colegas, Ceniceros tuvo más vinculación con la Escuela Libre de Derecho que con la Universidad Nacional. Entre los penalistas fue, quizás, el que tuvo más encargos públicos de alto rango y de diversa naturaleza, aunque no jurisdiccionales. Distinguido hombre de leyes, fue también hombre de Estado, y en todo caso de gobierno: procurador de Justicia Militar, subprocurador de la República, subsecretario de Relaciones Exteriores, secretario de Educación Pública, además de embajador en distintos destinos.

Quienes elogian su trayectoria, han destacado el difícil, azaroso curso de su vida: “hombre hecho a la intemperie –dice un biógrafo–, entre penalidades y combates (...) hijo del pueblo, estudiante normalista que deja las aulas para transfigurarse en capitán de una revolución; maestro rural que vuelve a ser revolucionario y ve la cara de la muerte cuando cae prisionero y el gobierno de Carranza le condena a perecer”¹⁷⁸. Jiménez Huerta describe con entusiasmo su valía como persona y su desempeño rector en las filas del penalismo: “Quizá (es) aquel a quien el ordenamiento punitivo de México deba sus más logrados frutos, pues con devoción y ahínco se esforzó siempre,

177 “Don Alfonso Teja Zabre, el historiador”, en *Criminalia*, año XXVIII, no. 7, julio de 1962, p. 431.

178 Nelson García Serrato, cit. por Mariano Jiménez Huerta, “Penalistas de México: José Angel Ceniceros”, en *Criminalia*, año XIII, no. 11, noviembre de 1947, p. 506.

por todos los medios tenidos a su alcance, en impulsar su desarrollo erigiéndose en cerebro rector del vigente Código Penal”¹⁷⁹.

Raúl Carrancá y Trujillo fue uno de los personajes esenciales de la generación que despuntó en los años treinta y siguió en el centro de la escena durante varias décadas. No integró el grupo nuclear de la comisión redactora de 1931, pero acudió al nacimiento de la nueva ley –él mismo recuerda sus intervenciones en los trabajos preparatorios– con interés y solidaridad. Había cursado estudios doctorales en España, alumno de Luis Jiménez de Asúa, quien le consideraría, “sin disputa, el mejor penalista de México”¹⁸⁰. El joven jurista se aplicó a la elaboración de un tratado de Derecho penal, cuya primera edición apareció en 1937¹⁸¹. “Tiene –cito de nuevo a Jiménez de Asúa– el insuperable mérito de haber sido el primer Tratado en Iberoamérica que, con sistema moderno, expone la Dogmática Penal”¹⁸².

Carrancá salió a la defensa del nuevo ordenamiento, sin el ánimo de “acumular defectos –destacó– sobre el que va a quedar derogado”¹⁸³. Marchó en la vanguardia de los juristas de su especialidad al ponderar los aciertos del código emergente, y más tarde contribuyó a estudiarlo, difundirlo y aplicarlo a través de una obra muy estimable que estuvo en las manos de todos los estudiantes de Derecho penal y que mereció elogios de mexicanos y extranjeros. Puso su ciencia al servicio de la reforma penal de 1931, que miró, sin embargo, con cautela: se trataría de un capítulo en la marcha para dotar al país de un Código penal para los Estados Unidos Mexicanos¹⁸⁴. Fue uno de los pocos que calificó a la legislación penal de la reforma como “hija legítima de la revolución y de su tiempo”¹⁸⁵. En la cátedra –reconoció Garrido– “contribuyó a la alta formación de los cuadros que han servido en las Procuradurías y

179 “Penalistas de México...”, en *ídem*, p. 505.

180 *Tratado...*, op. cit., t. I, p. 1272.

181 *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, 1937.

182 Cit. Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano...*, op. cit., p. 766.

183 *Derecho penal mexicano...*, op. cit., p. 130, donde cita un artículo en “El Nacional”, de 19 de agosto de 1931.

184 La ley de 1931 –escribió– “es un código que ha permitido cómodamente ir acopiando experiencias y datos para la elaboración final del Código que se impone para lo porvenir: el Código Penal para los Estados Unidos Mexicanos, instrumento jurídico adecuado de una moderna Política Criminal aplicada a todo el país”. *Derecho penal mexicano*, op. cit., p. 130.

185 Cfr. *supra*, n.....OJO

Juzgados penales, y también (...) a la creación de un clima propicio a las reformas de la legislación punitiva de 1931 (...)"¹⁸⁶.

Carrancá fue juez y magistrado; ocupó la presidencia del Tribunal Superior de Justicia. En sus preocupaciones pesaban diversos intereses principales: la unificación penal¹⁸⁷; la formación del juez penal; la individualización judicial, de la que se ocupó a menudo. Por ella tuvo palabras de elogio para el Código de 1929. Y ha sido, en efecto, uno de los datos cruciales del Derecho penal moderno, explayado en los ordenamientos sustantivos, adjetivos y ejecutivos, mucho más que en la realidad, absolutamente reacia. Carrancá tuvo, quizás antes que nadie, la posibilidad de aplicar al estudio del delincuente –en concreto, no en el manual de criminología– las técnicas de la investigación psicoanalítica, que Sigmund Freud comentó positivamente¹⁸⁸. No dejaré de mencionar la dedicación del jurista a la literatura. Fue autor de diversas obras de esta naturaleza¹⁸⁹.

Luis Garrido Díaz figuró en el grupo fundador de *Criminalia* y de la Academia. De él provinieron –lo recuerda Piña y Palacios, como antes dije– la idea y el proyecto de esta corporación. Juzgador y catedrático, hombre de leyes y de letras, intervino con devoción en los trabajos conducentes al código de 1931, como se acredita en la obra

186 "Raúl Carrancá y Trujillo", en *Criminalia*, año XXVIII, no. 6, 30 de julio de 1962, p. 357. Cfr., igualmente, "Homenaje a Raúl Carrancá y Trujillo. Discurso del Dr. Luis Garrido", en *Criminalia*, año XXVII, no. 7, 31 de julio de 1961, pp. 412 y ss.

187 Su obra *Las causas que excluyen la incriminación...*, op. cit., publicada en 1944, ostenta una enfática dedicatoria: "Este libro está dedicado a la unificación legislativa penal en la República Mexicana", p. 14. Asimismo, cfr. García Ramírez, "Dos temas constantes en Carrancá y Trujillo: la unificación penal y la especialización del juez del crimen" (que constituye el discurso pronunciado en la ceremonia de homenaje a Carrancá, el 27 de mayo de 1969, en el Ateneo Español de México), en *Manual de prisiones*, México, Ed. Porrúa, 4ª. ed., esp. pp. 927 y ss. Sánchez Román, en el prólogo a la obra de Carrancá, criticó la multiplicidad penal: "Ninguna buena razón de política criminal ampara en nuestro tiempo esta distribución de competencias constitucionales". *Las causas que excluyen...*, p. 9.

188 Cfr. Carrancá y Trujillo, "Un ensayo judicial de la psicotécnica", en *Criminalia*, año I, no. 6, febrero 1934, p. 45 y ss... Sigmund Freud comentó en una carta a Carrancá (*Criminalia*, año I, no. 8, abril 1934): "Ha sido siempre un deseo ideal del analítico el ganar dos personas para nuestro modo de pensar: el profesor y el juez". Cfr., asimismo, las referencias que hace este autor en *Derecho penal mexicano...*, op. cit., pp. 45-46.

189 Pérez, México, Ed. "Gráfico", 1932; *Estampas del pueblo*, México, 1933; *Camaradas*, México, Ed. Botas, 1938; *Pretil. Prosas intrascendentales*, México, 1944; *Meridianos del mundo*, México, 1960, y *Odiseo*, 1964, México, 1965.

que redactó conjuntamente con Ceniceros: *La Ley Penal Mexicana*¹⁹⁰. En la comisión redactora representó a la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales. Jamás arremetió contra los autores de la legislación precedente, de la que discrepaba. Más bien procuró atraer al gran protagonista de aquella, José Almaraz¹⁹¹, asediado por la crítica severa en la que al cabo naufragó el ordenamiento del 29 y a quien Garrido admiraba por su entereza y sabiduría. Durante mucho tiempo, la Academia tuvo sus oficinas en el edificio de Seguros de México, donde Garrido tenía las suyas –Avenida San Juan de Letrán 9, despacho 202–, que se ofrecía hospitalariamente a la corporación como domicilio y sede de reuniones.

Isidro Fabela caracteriza a don Luis como “hombre bueno de íntegra bondad”; “al par justo y activo, afable y moderado en su energía, alerta y sagaz como jefe, inmejorable como amigo”¹⁹². En homenaje filial, Luis Javier Garrido sostuvo que “en una generación que veía el ejercicio de su profesión como una vía para escalar puestos públicos a toda costa, Luis Garrido fue un hombre excepcional que dedicó parte de su vida a la teoría jurídica, a darle fuerza independiente a la Academia Mexicana de Ciencias Penales que él y otros maestros universitarios crearon y a impulsar la revista *Criminalia*: a defender la idea de que México debía ser un país de leyes y no de costumbres políticas”¹⁹³.

Esta vocación dispuesta en favor de la Academia permitió que Garrido ejerciera con fortuna la presidencia de la corporación durante muchos años. Fue el único de los autores del código penal de 1931 que figuró en comisiones de reforma de ese ordenamiento: en 1949 y en 1963, sin conflicto con sus colegas de los años 30 y 31.

Es debido recordar la tarea universitaria de Garrido. Por muchos años fue profesor en la Escuela Nacional de Altos Estudios, donde había cursado la maestría en filosofía, y en la Facultad de Derecho de la UNAM. En circunstancias de grave alteración de la paz universitaria –que culminaron en el retiro del rector Salvador Zubirán–, fue designado rector de esta Casa, cargo que desempeñó entre 1948 y 1953. Al cabo

190 México, Ed. Botas, 1934

191 Cfr. Garrido, *El tiempo de mi vida...*, op. cit., p. 189, y “José Almaraz”, en *Ensayos penales...*, op. cit., pp. 30-31.

192 Cit. Puga, Cristina, “Luis Garrido y el desarrollo de las ciencias sociales”, en *Criminalia*, año LXIV, no. 3, septiembre-diciembre 1998, p. 247.

193 Garrido, Luis Javier, “Luis Garrido, el maestro”, en *ídem*, p. 239.

del período rectoral que concluyó en 1952, pudo escribir: “por primera vez en la historia de la UNAM terminaba un rector su cometido por el tiempo estatutario”¹⁹⁴. En sus memorias evoca: “Había llegado a la Rectoría de la Universidad en medio de protestas y de desórdenes y la dejaba en un ambiente de tranquilidad y de estima”¹⁹⁵. Su rectoría, respaldada “por una personalidad serena y conciliadora (...) –señala Cristina Puga– probó ser excepcionalmente favorable para las ciencias sociales”. Reconoce el legado del penalista rector: “la conjunción fecunda de la investigación y la docencia; la búsqueda de la verdad, el espíritu latinoamericanista y la responsabilidad social”¹⁹⁶. En su etapa al frente de la Universidad surgieron el doctorado en Derecho y la escuela para personal penitenciario, bajo la dirección de la española Victoria Kent¹⁹⁷.

Carlos Franco Sodi –uno de los más jóvenes en la generación fundadora, como temprano fue su fallecimiento: antes de los sesenta años de edad–, no fue miembro de la comisión redactora del Código de 1931, pero sostuvo con inteligencia y energía la obra reformadora en los órdenes penal y procesal penal. A éste destinó –en 1937¹⁹⁸– uno de los primeros manuales con que contaron docentes y estudiantes para conocer la legislación distrital de aquel año y la federal de 1934¹⁹⁹. Exploró y difundió diversos temas de estas disciplinas y de espacios aledaños. No era un jurista de gabinete: libró arduas batallas en diversas trincheras: desde la agencia del Ministerio Público hasta la jurisdicción del más alto tribunal de la República²⁰⁰. En fin –ha escrito un colega fundador de la Academia–: Franco Sodi, con “enciclopédico bagaje”

194 *El tiempo de mi vida...*, op. cit., pp. 336-337.

195 *Ídem*, p. 360.

196 “Luis Garrido...” en *Criminalia*, cit., pp. 244 y 249).

197 Sobre esta notable funcionaria penitenciaria de la República Española, cfr. Sánchez Galindo, Antonio, “Victoria Kent (Una española universal)”, en Varios, *Los maestros del exilio español...*, op. cit., pp. 229 y ss.

198 Cfr. Argüelles, “Una nueva obra procesal”, en *Criminalia*, año IV, no. 3, 1º de noviembre de 1937, p. 192.

199 *El procedimiento penal mexicano*, México, 1937.

200 *Criminalia*, en un número especial, recogió buen número de artículos debidos a Franco Sodi, a manera de homenaje al distinguido jurista, entonces recién fallecido. Cfr. *Criminalia*, año XXVIII, no. 4, 30 de abril de 1962.

y “dueño de una vasta cultura se dedicó a recorrerlo todo: la cátedra, el libro, el ejercicio profesional y la agotadora tarea de funcionario”²⁰¹.

Franco Sodi ejerció varios cargos de elevado rango: procurador del Distrito Federal, procurador de la República, ministro de la Suprema Corte de Justicia. Antes había sido director de la Penitenciaría del Distrito Federal, función que asumió en plena juventud. Designado en enero de 1937, tomó posesión del cargo un mes más tarde, cuando amainaron los “tropiezos burocráticos” que se opusieron a su desempeño. Esta tarea dejó una huella perdurable en su ánimo crítico y combativo. Como testimonio, Franco Sodi ha legado páginas elocuentes en obras que todavía se leen con provecho, porque subsisten no pocas de las lacras que enfrentó en su práctica y denunció en sus obras²⁰². Se dolió del “año y medio que permanecí al frente de aquel penal (donde) hoy como ayer continúan sucumbiendo los espíritus víctimas de su funesto maleficio”²⁰³.

En el elogio que hizo Garrido de Franco Sodi, destacó que el exprocurador “no reconocía desfallecimientos ni claudicaciones”, no obstante su salud precaria y el asedio que le imponían las tareas que sirvió con esmero. “Tuvo el acierto –advierde en ese elogio– de consagrar su vida a los empeños de la justicia, para los que tenía cabales aptitudes (...) Cautivaba por los conocimientos que tenía y por el desinterés personal con que estudiaba las más arduas cuestiones”²⁰⁴.

Francisco González de la Vega, jurista, político, diplomático, escritor de buena prosa, con la que sirvió a las ciencias penales, fue una figura clave para la formación de la Academia y el establecimiento y el desarrollo de *Criminalia*. No figuró en el núcleo constitutivo de la comisión redactora del Código Penal de 1931, a la que llegó posteriormente, pero entregó su talento y su pluma a la causa representada por ese ordenamiento. Reunió y dio a la estampa el haz de trabajos propios y ajenos con el que su generación de penalistas

201 Argüelles, Francisco, “Evocación de Carlos Franco Sodi”, en *Criminalia*, año XXVIII, no. 6, 31 de mayo de 1962, p. 292.

202 Cfr. “Carne de presidio”, “Explosivos del hampa”, “Los intereses creados”, “¿Por qué fracasó en la Penitenciaría?”, en *Don Juan delincuente y otros ensayos*, México, Ed. Botas, 1951, pp. 146 y ss., y *El problema de las prisiones en la República*, México, Cuadernos Criminalia, 1941.

203 “La Penitenciaría del Distrito Federal”, en *Criminalia*, año V, no. 2, octubre 1º de 1938, pp. 113 y 116.

204 “Franco Sodi”, en *Criminalia*, año XXVII, no. 5, 31 de mayo de 1961, pp. 296-298.

presentó en foros internacionales el trabajo que habían acometido: *La reforma de las leyes penales en México*²⁰⁵.

Como catedrático universitario –que lo fue de la Nacional Autónoma de México, entre otras instituciones– se dio tempranamente a la tarea de contribuir a la formación de generaciones de abogados a través de la explicación en las aulas –que se recuerda por su competencia y elegancia– y de la aportación bibliográfica. Se ocupó preferentemente en la parte especial del Código Penal, por medio de una obra que sería clásica en las escuelas y facultades de la República, acerca de la parte especial del Derecho penal, cuya primera edición data de 1935²⁰⁶, cuando el autor contaba con poco más de treinta años de edad. Antecedió, pues, a las obras de sus colegas, pues el *Derecho penal* de Carrancá, la más conocida, apareció en 1937.

En un bello prólogo redactado en aquel año 1935, el profesor Pardo Aspe señala que Francisco González de la Vega “retrata fielmente su fisonomía mental, cuyos perfiles son múltiples. Aquí, sin reserva, se pertenecen el libro al autor y el autor al libro; y el secreto de esta íntima fusión reside en que el escritor, mientras construía la obra, la llevaba consigo, en germen, tanto al pulcro ejercicio de la actividad civil como a la cátedra, en la Facultad y en la Escuela Libre”. No “olvida un instante al hombre que está tras de la reja. Por el contrario, a cada línea se manifiesta el escrúpulo del joven penalista por identificar, con el pretexto que le ofrece la imputación, a la persona del imputado”²⁰⁷.

Don Francisco, a cuya estirpe han pertenecido otros miembros de la Academia –entre los antiguos, Angel González de la Vega; entre los actuales, René González de la Vega–, tuvo una larga carrera en el servicio público, además de haberla tenido en la docencia superior. Fue juez, subprocurador del Distrito Federal, magistrado del Tribunal Superior de Justicia, procurador de la República, jefe del departamento de Turismo del Gobierno federal, gobernador de Durango –donde fundó, en 1957, la Universidad Juárez, antes Instituto Juárez– y

205 González de la Vega, Francisco, *La reforma de las leyes penales en México*. Extracto de obras y ensayos de José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Francisco González de la Vega y Raúl Carrancá Trujillo, México, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1935.

206 *Derecho penal mexicano. Los delitos*, México, 1935.

207 “Prólogo de la primera edición de la primera parte”, en González de la Vega, *Derecho penal...*, 1973, pp. XIII-XIV.

embajador en diversos destinos. Presidió la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Dijo de sí mismo: “Soy universitario que toda la vida he luchado por saber más; maestro universitario que ha luchado por ayudar a saber más (...)”²⁰⁸.

Emilio Pardo Aspe fue uno de los juristas más apreciados y respetados en la época a la que correspondió su vida laboriosa. Formado en Europa –Bélgica y Francia– y México, distribuyó sus tareas entre el ejercicio profesional de abogado y la meditación académica, en la que destacó por el rigor de su pensamiento y la pulcritud de sus exposiciones, más que por la abundancia de su obra escrita. Agréguese el ejercicio judicial en el más alto tribunal de la República. Dueño de gran cultura, que le permitía desenvolverse con maestría, dejó constancia en un apreciable número de trabajos.

Pardo Aspe figuró entre los comisionados que activamente colaboraron con el núcleo de redactores de la ley de 1931. Profesó en la Universidad Nacional y fue catedrático descollante en la Escuela Libre de Derecho. A la salida de Chico Goerne de la rectoría de la Universidad, Pardo renunció al cargo de director de la Facultad de Derecho. “Cuando los ánimos se serenaron, la Escuela de Leyes volvió a contar con los inapreciables servicios de este distinguido penalista”²⁰⁹. El tratadista Antonio de P. Moreno identifica a Pardo Aspe como “continuador del ilustre historial de la cátedra que profesaron don Miguel S. Macedo, don Manuel F. de la Hoz, don Demetrio Sodi, don Ricardo R. Guzmán”²¹⁰. Lo llama “maestro ejemplar y el más eminente de los penalistas mexicanos de las últimas épocas”²¹¹.

José María Ortiz Tirado figuró entre los juristas que contribuyeron a la legislación penal de 1931, aunque no fuese miembro de la comisión redactora que encabezó Teja Zabre. Actuó en las tareas iniciales del

208 “Discurso del doctor Francisco González de la Vega”, en Arrieta Silva, *Francisco González de la Vega...*, op. cit., p. 133. Añadiré mi propio homenaje, cuando ocupé el sillón de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia que había pertenecido a González de la Vega –“eminente hombre de leyes y hombre de Estado, catedrático ilustre”– y pude recordar, con gratitud, que fue él quien me propuso para presidir la Academia Mexicana de Ciencias Penales. “El Estado y la pena”, en García Ramírez, *Justicia penal*, México, Porrúa, 1982, pp. 35-37.

209 Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad...*, op. cit., p. 343.

210 “Advertencia preliminar de la primera edición”, *Curso de Derecho penal mexicano. Parte especial. De los delitos en particular*, México, Ed. Porrúa, 1968, p. 9.

211 “Prólogo a la primera edición. La escuela, el autor, el libro”, en *ídem*, p. 11.

núcleo penalista de los años 30 y 40. Figuró entre los redactores de *Criminalia* y participó en la fundación de la Academia Mexicana. Nacido en 1894, era uno de los académicos de mayor edad. Como muchos de sus colegas, cursó la carrera de Derecho en la Universidad Nacional, donde sería joven profesor de Derecho penal. Fue defensor de oficio y se desempeñó en el Ministerio Público y en la judicatura del Distrito Federal, antes de hacerlo en la federal.

Ortiz Tirado ocupó las más altas responsabilidades en el Poder Judicial: magistrado del Tribunal Superior y presidente de éste. Igualmente, ministro de la Suprema Corte de Justicia –tarea que cumplió durante más de dos décadas– y presidente de la misma Corte. Ha sido el único académico que presidió ambos tribunales.

Francisco Argüelles, el más joven entre los fundadores de la Academia –nacido en 1908–, sobrevivió varios años a sus colegas de generación. Egresado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, obtuvo título de licenciado en Derecho cuando comenzaba la vigencia del código de 1931. Pudo concentrar su trabajo recepcional en un tema que atraía la atención de los legisladores del 31, como del 29: la delincuencia juvenil y los tribunales para menores, cuestión a la que Ceniceros y Garrido dedicarían una obra valiosa²¹².

Argüelles tuvo un importante desempeño en actividades vinculadas con la procuración y la impartición de justicia. Fue secretario judicial en materia penal en el fuero común, así como en la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia. Fungió como juez federal y local, y como subprocurador de Justicia del Distrito Federal, al lado del procurador Franco Sodi. En esta etapa formó parte de la comisión redactora del proyecto de reformas de 1949, con Garrido y Porte Petit. Aunque siempre estuvo vinculado a la Academia, de cuyas actividades regulares era asiduo participante, una buena parte de su vida quedó en otra labor profesional: la banca y el litigio.

El recordado maestro Javier Piña y Palacios²¹³, procesalista, miembro fundador de la Academia, llegó a *Criminalia* poco después del establecimiento de la revista, a la que se sumó con insólito entusiasmo

212 *La delincuencia infantil*, México, Ed. Botas, 1936.

213 En homenaje a Piña y Palacios se publicó una obra colectiva: Barreda Solórzano, Luis de la, y Fellini Gandulfo, Zulita (coord.), *Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, México, Ed. Porrúa, 1985.

y diligencia a toda prueba. Así lo reconocería el propio Ceniceros, con quien colaboró con gran cercanía²¹⁴, conduciendo la publicación cuando ésta tenía periodicidad mensual, que era casi heroica²¹⁵. En 1942, Ceniceros designó a Piña director “huésped” de *Criminalia*²¹⁶.

En los desvelos penitenciarios de la Academia y los académicos, Piña tuvo un lugar destacado. Sucedió a Franco Sodi en la dura encomienda de dirigir Lecumberri, y antecedió a otros integrantes de la corporación que han batallado por mejorar la vida en las prisiones. Ahora recordaré el tributo que le hizo Garrido por este desempeño: “en la Penitenciaría del Distrito –un verdadero bochorno para la cultura de la ciudad– el apóstol don Javier Piña y Palacios, con medios raquíticos, inicia la gigantesca tarea de que el habitante del penal se regenere por medio del trabajo como lo manda la Constitución”²¹⁷.

Piña tuvo un largo ejercicio en la cátedra, tanto de la Escuela Libre de Derecho, de la que era egresado, como en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, en la que profesó con generosidad y constancia. La vocación docente de Piña se proyectó hacia diversos extremos de la tarea penal del Estado. Aceptó –lo agradezco ahora de nuevo, como lo hice en 1970– dirigir el instituto dedicado a la formación de integrantes de la policía judicial del Distrito Federal, en el que le secundó, como subdirectora, la académica Adato Green, y conducir el plantel que tendría a su cargo la formación del personal de custodia de las prisiones de la capital. De esta suerte reverdecía la Escuela de Policía Judicial de la Procuraduría del Distrito Federal, instalada en 1941, en cuya línea genealógica se halla el actual Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría, dirigido, en diversos

214 Dedicó una de sus obras a la memoria de sus padres y a “José Angel Ceniceros, mi amigo, a quien le suplico permita que, formando un todo, ponga su nombre con el de mis padres, por tanto que debo a unos y otro”. *Recursos e incidentes en materia procesal penal y la legislación mexicana*, México, Ed. Botas, 1958, p. 5.

215 Piña tuvo la deferencia de acreditar este empeño al editor y a quienes “con entusiasmo” colaboran en las páginas de *Criminalia*, “XXXIV Aniversario”, en *Criminalia*, año XXXIV, no. 1, 31 de enero de 1968, p. 1. Al respecto, cfr. Rodríguez Manzanera, “Editorial”, en *Criminalia*, año XLIX, nos. 1-12, enero-diciembre 1983, p. 5.

216 *Criminalia*, año VIII, no. 11, 1º septiembre 1942. En su despedida como director titular, el mismo Ceniceros señaló: “especialmente agradecemos la valiosa y leal colaboración permanente en la vida de la revista de Javier Piña y Palacios”. Cfr. Correa García, quien en este punto cita a Santa Ana Solano, *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 462.

217 “Un código nuevo”, en *Ensayos penales...*, op. cit., p. 58.

momentos recientes, por miembros de la Academia²¹⁸. También fue director del Centro de Adiestramiento del Personal de Reclusorios²¹⁹.

Piña presidió la Academia Mexicana de Ciencias Penales, que había contribuido a fundar y engrandecer, y figuró en la preparación y el desarrollo del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Conviene subrayar la estimulante recepción que brindó a las inquietudes profesionales juveniles de quienes serían, andando los años, miembros de la Academia y cultivadores de las letras penales. Ejerció este magisterio benévolo hasta el final de sus días, que llegó cuando se desempeñaba como investigador, ampliamente apreciado, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

9. DOS ACADÉMICOS RENOVADORES

Incorporo en esta noticia individual sobre miembros de la Academia a Alfonso Quiroz Cuarón y a Celestino Porte Petit, que no figuraron entre los fundadores de la corporación y de *Criminalia*, pero pueden ser mencionados –en mi concepto– como los académicos más representativos de lo que he llamado la segunda generación. Se trata, en efecto, de personajes extraordinariamente influyentes en el desarrollo del penalismo mexicano, que compartieron afanes con los fundadores –coincidiendo o difiriendo–, atrajeron nuevos afiliados –entre el amplio universo de los alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM– y renovaron el cimiento del esfuerzo histórico iniciado por *Criminalia* en 1933 y la Academia en 1940.

Diferentes en su formación y especialidad –uno criminólogo, el otro jurista–, coincidieron en el tiempo –nacieron el mismo año: 1910–, asumieron tradiciones a título de herederos naturales, iniciaron otras y fueron, sin disputa, los catedráticos con mayor trascendencia entre criminólogos, penalistas y penitenciarios; apoyaron el desempeño de todos ellos y concurrieron a la construcción de las nuevas instituciones del penalismo nacional. Por supuesto, hago esta referencia destacada sin detrimento del alto rango que alcanzaron otros penalistas de la misma etapa. Los hubo excelentes, pero Porte Petit caló con mayor profundidad en la formación de discípulos y la generación de futuros

218 R. González de la Vega, Ontiveros.

219 Cfr. Malo Camacho, “Don Javier Piña y Palacios”, en *Criminalia*, año XLIX, nos. 1-12, 1983, pp. 7 y ss.

maestros. Por su parte, Quiroz Cuarón fue, durante mucho tiempo, una figura solitaria en la naciente criminología mexicana.

Quiroz Cuarón²²⁰ cursó la carrera de medicina y resolvió ser criminólogo, atendiendo a una profunda vocación. Fue el primer perito en criminología graduado en la UNAM –conforme a un programa de estudios aprobado por las instancias competentes, pero no aplicado en la práctica, ni entonces ni después–, y enriqueció a la Academia con una nueva e indispensable representación disciplinaria. Había médicos forenses y psiquiatras, pero no criminólogos, hasta la llegada de Quiroz Cuarón²²¹.

Don Alfonso emprendió un itinerario que le haría destacar entre sus contemporáneos y dejar profunda huella en los quehaceres de la Academia. Investigador nato, estuvo a cargo, durante muchos años, del Departamento de Investigaciones Especiales del Banco de México, donde conoció los laberintos de la criminalidad fraudulenta. Participó en las investigaciones de delitos y delincuentes notorios²²²: así, la identificación del asesino de León Trotsky (Jacques Mornard, o mejor dicho, Ramón Mercader del Río, después de las precisiones aportadas por Quiroz), el descubrimiento y la captura del falsificador Enrico Sampietro, el estudio de los restos óseos de Cuauhtemoc, hallados en Ixcateopan, Guerrero –estudio en el que coincidió, con pasión y devoción, con su maestro José Gómez Robleda y con la antropóloga Eulalia Guzmán–, el examen médico-psiquiátrico del “estrangulador de mujeres”, Gregorio Cárdenas²²³, entre otros casos que llamaron la atención de la opinión pública y de los expertos.

220 Sobre este ilustre maestro, cfr. mis artículos “Quiroz Cuarón, la gran ausencia” (inicialmente publicado en “Diorama de la Cultura”, de *Excelsior*, 26 de noviembre de 1978, y en la *Revista Interamericana de Sociología*, año 6, vol. VII, no. 23, 1978) y “Testimonio sobre Alfonso Quiroz Cuarón”, en mi *Manual de prisiones*, México, Porrúa, 4ª. ed., 1998, pp. 735 y ss. y 741 y ss., respectivamente. Asimismo, cfr. “Homenaje a un criminólogo ilustre: Alfonso Quiroz Cuarón”, en *Criminalia*, año XLIX, núm. 1-12, enero-diciembre de 1983, pp. 18-20; y en *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, México, nueva época, núm. 2, mayo-agosto de 1998, pp. 167-173.

221 Correa García informa que Quiroz Cuarón ingresó a la Academia en 1940. Cfr. *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 143. Esto implica que Quiroz figuró entre los primeros integrantes de la corporación, el mismo año en el que ésta quedó constituida.

222 Sobre la vida y los “casos” de Quiroz, cfr. Garmabella, José Ramón, Dr. *Alfonso Quiroz Cuarón. Sus mejores casos de criminología*, México, Diana, 4ª. reimp. (hay edición posterior), 1981.

223 A esto dedicó Quiroz su libro *Un estrangulador de mujeres*, México, 1952.

En la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional profesó criminología, como sucesor en la cátedra de Ruíz Funes. Atendió cursos en la licenciatura y en el doctorado y formó, a lo largo de muchos años, una legión de discípulos atraídos por su exposición brillante y aleccionadora. Ampliamente conocido en México, lo fue también en muchos otros países. Se le respetaba y requería en las tareas de prevención del delito y tratamiento del delincuente en Naciones Unidas. Su recomendación franqueaba la puerta de maestros extranjeros a los alumnos mexicanos deseosos de avanzar en su formación académica o profesional. Me consta. Como muestra de generosidad ejemplar, queda el testimonio de su desvelo en la renovación carcelaria. Aportó presencia y conocimientos, constante aquélla y copiosos éstos, al experimento exitoso del Centro Penitenciario del Estado de México²²⁴.

Quiroz hizo aportaciones esenciales a la fundación del Instituto Nacional de Ciencias Penales—para el que prefería otro diseño y diferente denominación: Instituto Nacional de Criminología— y contribuyó en forma decisiva al establecimiento del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José, Costa Rica, que inició tareas, con buen rumbo, en la década de los setenta. En ambos organismo se honra la memoria del ilustre criminólogo con su nombre impuesto a un recinto principal o su efigie en lugar distinguido.

Quiroz Cuarón falleció donde y como había pasado muchos años de su vida: en el desempeño de la cátedra en un aula de la Facultad de Derecho de la UNAM. A la puerta de aquélla, una placa recuerda el suceso doloroso. Al término de su clase le venció una antigua dolencia. Tenía a la mano el material para una nueva edición de su obra más voluminosa: la *Medicina forense*, en la que colaboraron, merced a su convocatoria, algunos compañeros de armas, médicos y juristas²²⁵.

224 Cfr. Su artículo “En el primer aniversario del Centro Penitenciario del Estado de México”, en Varios, *El Centro Penitenciario del Estado de México*, Toluca, Gobierno del Estado de México, 1969, pp. 29 y ss.

225 Entre los colaboradores miembros de la Academia figuró Piña y Palacios; además, colaboraron José Torres Torija, Salvador Iturbide Alvérez, Ramón Fernández Pérez, Arturo Baledón Gil, Marcela Martínez Roaro y Gil Trujillo Nieto. Cfr. *Medicina forense*, México, Ed. Porrúa, 1ª. ed. (hay edición posterior), 1977.

Porte Petit²²⁶, contemporáneo de Quiroz Cuarón, tuvo un desempeño y una trascendencia similares a los de éste, en lo que toca a la materia de su especialidad y dedicación vital: Derecho penal sustantivo. Estudió en la Facultad de Derecho de la UNAM y recibió el doctorado en la Universidad Veracruzana. Fue uno de los principales animadores de la creación del doctorado veracruzano, donde obtuvieron el grado muchos penalistas que luego serían miembros de la Academia, y profesaron catedráticos, mexicanos y españoles, que formaban filas en esa corporación y colaboraban en *Criminalia*²²⁷.

En la abundante obra de Porte Petit hay buen número de libros y artículos de dogmática penal, pero también –hay que subrayarlo– aportaciones valiosas al Derecho penal comparado y a la historia del Derecho penal en la República²²⁸. Pocos juristas han intervenido con tanta frecuencia y maestría en el esfuerzo por sacar adelante la gran reforma penal mexicana que corrigiera los defectos del código de 1931 y abriera nuevos capítulos del Derecho penal positivo, nutridos en una sólida base científica. Esto así, desde el experimento del Código de Defensa Social de Veracruz, frustrado²²⁹. Su gran expectativa –que dio título a su discurso de ingreso en la Academia: “El código penal mexicano del porvenir”²³⁰– era la formación de un ordenamiento penal a la altura de su tiempo y consecuente con las exigencias de la moderna política criminal, designio que no le evitó, sin embargo, algunas incursiones en la corriente positivista, reflejadas en el proyecto de Código Penal para Veracruz, de 1979. Porte sostuvo en su discurso

226 Cfr. mis reflexiones y comentarios sobre la obra del profesor Porte Petit, en “Discurso en la ceremonia de homenaje al Dr. Celestino Porte Petit en la Facultad de Derecho de la UNAM”, en *Revista Michoacana de Derecho Penal*, México, número especial, mayo de 1992, pp. 185-189; y “Presentación” del *Homenaje al maestro Celestino Porte Petit Candaudap*, Moreno Hernández, Moisés (coord.), México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2000, pp. XVII-XXIV.

227 Porte Petit ingresó a la Academia el 20 de noviembre de 1943.

228 De lo primero da cuenta, por ejemplo, su *Legislación penal comparada mexicana*, Jalapa, Ver., 1946, y de lo segundo, su *Evolución legislativa penal...*, op. cit.

229 La comisión redactora, instituida en 1941, se integró con Celestino Porte Petit, como presidente, Fernando Román Lugo y Alfonso M. Echeagaray (Jiménez de Asúa añade: Sánchez Cortés, Víctor G. Piña y Alfonso M. Echeagaray. Cfr. *Tratado de Derecho penal*, op. cit., t. I, p. 1264). Cfr. Porte Petit, *Evolución legislativa...*, op. cit., pp. 101 y ss. El código fue promulgado por el gobernador Jorge Cerdán el 11 de septiembre de 1944 y comenzó a regir el 15 de enero de 1945. Se suspendió su vigencia.

230 *Criminalia*, año X, no. 3, 1º de noviembre de 1943, pp. 136 y ss.

que ese código del futuro se fincaría en los conceptos de peligrosidad pre delictivo y postdelictivo, reflexión que saludó –reconociendo, sin embargo, las complicaciones del tema– el profesor Garrido al dar respuesta al trabajo de ingreso de quien calificó como “verdadero penalista” que “llega a nosotros cargado de méritos intelectuales”²³¹.

Porte Petit, que no intervino en la comisión del 31, participó con Garrido y Argüelles en la comisión reformadora constituida en 1948, de la que derivó un buen anteproyecto. No tuvo problema entonces, ni lo tendría después, para asociar sus tareas a Garrido, notable miembro de la comisión redactora de la ley de 31. Volvió a la carga don Celestino. Participó en las comisiones de 1958 y de 1963, esta última integrada para la elaboración de un proyecto de Código Penal Tipo, que Carrancá impugnó vigorosamente.

Llegarían nuevos empeños de reforma. Porte intervino en la redacción de proyectos para Estados de la República. En la misma línea indeclinable, voluntariosa, a la que destinó muchos años de su vida, participó en la preparación del anteproyecto de Código Penal de 1983. Presidió la comisión de justicia penal constituida al término de 1982 para los fines de la gran Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública, dispuesta por el Presidente de la República. No prosperó el anteproyecto en su integridad, pero fue “cantera” de todas las reformas penales sustantivas realizadas entre 1983 y 1986 –las más importantes desde 1931– y también muchos años después.

Don Celestino presidió la Academia (1974-1975) al término de la prolongada gestión de don Luis Garrido. Así, este cargo recaía en la segunda generación de académicos, después de treinta y cinco años. Cuando llegó el tiempo de designar al director del flamante Instituto Nacional de Ciencias Penales, en 1976, fue casi obligado que se pensara en un penalista de gran prestigio, querido y respetado, poseedor de imbatible espíritu renovador. Se encomendó la dirección general del INACIPE a Porte Petit, con quien colaboró, como director adjunto, Rafael Moreno González. Para el organismo emergente, no era un detalle menor que al cabo de pocos meses cambiase el gobierno de la República: nuevo Presidente y nuevo secretario de Gobernación.

231 “Celestino Porte Petit y el Código Penal de 1931”, en *Notas de un penalista*, op. cit., pp. 55 y 67.

Empero, el vaivén no alteró la vida del Instituto, que había nacido bien en manos de sus dirigentes.

10. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

Alcabo de una enérgica etapa de novedades penales y penitenciarias (1970-1976: el sexenio más activo en esta materia²³²), la Academia se había distinguido por su constante exigencia de una política criminal sustentada en el examen de las condiciones nacionales, la investigación correspondiente y la selección y preparación de quienes tienen a su cargo funciones de prevención y persecución del delito. Era natural que la Academia plantease el establecimiento del órgano de Estado que asumiera esa múltiple labor, con buen fundamento y convergencia institucional. Databa de tiempo atrás, por ejemplo, la sugerencia de Ruíz Funes a favor de un instituto de estudios penales²³³. En esa misma dirección se habían pronunciado Garrido y Piña y Palacios al proponer la creación de una escuela para el personal penitenciario: “sería la base –dijeron– para la fundación de un Instituto de Ciencias Penales al servicio del Gobierno Federal y de los Estados, que serviría para estudiar y resolver las cuestiones penales internas”²³⁴.

Este objetivo de la Academia se atendió desde varias instituciones, en forma relativamente circunstancial o en todo caso constreñida, específicamente, a quehaceres públicos de procuración federal o local de justicia y reforma penitenciaria. Pero no debía naufragar la política criminal, fragmentada o disminuida. Era preciso reconocerle la dimensión que le corresponde y enfilarse el rumbo con la presencia de una entidad competente para asumir la empresa. Por supuesto, se requería ahínco, comprensión, apoyo inteligente y firme, que confiriese al órgano la dimensión para la que se creaba, a fin de que no menguase su tarea ni se retrajera su proyección, como alguna vez ha temido Raúl Zaffaroni²³⁵, observador de la vida y milagros del penalismo mexicano.

232 Cfr. Castañeda, Carmen, *Prevención y readaptación social en México*, México, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, pp. 101 y ss.

233 Cit. Correa García..., *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 137.

234 “La reorganización penitenciaria”, en *Ensayos penales...*, op. cit., p. 102; igualmente, en “Una escuela nueva” se afirmó: “En realidad, México necesita con urgencia un instituto criminológico”. *Ídem*, p. 155.

235 Cfr. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Ed. Temis, 2ª. ed., 1990, pp. 3-4.

En 1976 apareció en la escena el Instituto Nacional de Ciencias Penales -INACIPE, por sus siglas-, resultado de aquella constructiva y reiterada pretensión. Promovido y fundado por miembros de la Academia, vinculado estrechamente a ésta -que participa en su cuerpo de gobierno-, dirigido en diversas etapas por integrantes de la misma corporación, el Instituto ha sido un dato principal del penalismo mexicano auspiciado por la Academia. Su historia constituye, pues, un capítulo necesario en la crónica de las tareas asociadas a esa corporación y a un buen número de académicos, que han sido funcionarios, docentes, investigadores y, en todo caso, aliados de aquella entidad pública, establecida como organismo descentralizado del Estado federal.

Baste recordar que entre los penalistas y criminólogos que trabajaron en la organización del futuro Instituto -que en un primer momento pudo ser de "Criminología", y después llegó a ser, para integrar todas las disciplinas, de "Ciencias Penales"- figuraban García Ramírez (entonces subsecretario de Gobernación, dependencia que asumió la promoción e instalación del organismo), Núñez Chávez, Moreno González, Quiroz Cuarón, Piña y Palacios, Rodríguez Manzanera, Adato Green, Islas de González Mariscal, Malo Camacho, Barreto Rangel.

Este organismo inició sus tareas el 25 de junio de 1976, con base en el "Decreto por el que se crea el Instituto Nacional de Ciencias Penales", promulgado el día 21 de ese mes. No fue casual la coincidencia en la denominación de la Academia y del Instituto, que expresa el cometido común con idénticas palabras. Aquélla se ha mirado en éste, deliberadamente. Correa García hace ver que en los ideales del Instituto "se reflejan los ideales de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de *Criminalia*"²³⁶.

En aquel momento, la casi totalidad del cuerpo directivo estaba constituido por académicos de la Mexicana de Ciencias Penales: García Ramírez, presidente de la Junta de Gobierno; Porte Petit, director general; Moreno González, director adjunto; Vela Treviño, coordinador del Area Jurídica, y Jiménez Navarro, Coordinador del Area Criminalística. Los tres primeros serían, en diversas etapas, presidentes de la Academia. Entre los miembros del cuerpo docente

236 *Historia de la Academia...*, op. cit., p. 479.

de esa hora inicial, figuraban los académicos Malo Camacho y Barreto Rangel, que serían directores del organismo, como también otros miembros de la Academia: Castellanos Tena y Fernández Doblado.

Como presidente de la Junta de Gobierno, señalé en la presentación de la nueva entidad paraestatal: “Un largo camino de necesidades, proyectos y útiles experiencias fue necesario recorrer hasta la final creación del Instituto Nacional de Ciencias Penales (...) El gobierno del país ha entregado el Instituto a la nobleza, a la inteligencia, al esfuerzo de los estudiosos de las ciencias penales”²³⁷. Y Porte Petit reconoció que la apertura del INACIPE venía a “consolidar la obra reformista legislativa e institucional, dirigida a crear un nuevo clima en la respuesta el Estado ante el lacerante problema de la criminalidad”; y que la fundación de este organismo obedecía “a la promoción de un programa orientado por los avances en las Ciencias Penales a dimensión nacional e internacional”²³⁸.

A poco tiempo de su marcha, el Instituto adquirió prestigio nacional e internacional y acreditó su utilidad y su eficacia. Al concluir los primeros dos lustros de trabajo fecundo, fue posible indicar que “hoy el balance del Instituto es altamente favorable. Por ello puede celebrar, alentado, el décimo aniversario de su fundación”²³⁹. Prácticamente desde sus primeros días, el INACIPE alojó importantes encuentros científicos internacionales, que se multiplicaron hasta llegar al punto notable que ahora guardan las tareas de este género. El Instituto cuenta con un impresionante conjunto de publicaciones: libros y opúsculos, cuadernos y folletos.

Lamentablemente, el INACIPE cesó de funcionar durante una breve etapa, entre 1993 y 1996. Al cabo de este oscuro período, fue repuesto en su local y en su misión por decreto de abril de este último año, denominado “Decreto por el que se crea el Instituto Nacional de Ciencias Penales”. De esta manera se rectificó el desacierto. Alguna vez se habló de “instauración” del INACIPE. En rigor, se trató de un

237 “Presentación”, en la *Inauguración del Instituto Nacional de Ciencias Penales*, s.p.i., s.f., pp. 11 y 13.

238 “Discurso pronunciado por el Dr. Celestino Porte Petit en la inauguración del Instituto Nacional de Ciencias Penales”, en *ídem*, p. 29.

239 García Ramírez, “Una década del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Prólogo”, en *Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1976-1986. 10º Aniversario*, México, INACIPE, 1986, t. I, p. 23.

restablecimiento del organismo²⁴⁰, cuya ausencia había lastimado el desarrollo del penalismo mexicano y cuya presencia ha brindado un eminente servicio, antes y ahora, a ese desenvolvimiento, con evidente prestigio, dentro y fuera del país.

Además de la sostenida participación de miembros de la Academia en el claustro de profesores e investigadores del INACIPE, y en muchas actividades de éste, resulta significativo que los doctorados *honoris causa* concedidos por el Instituto a juristas mexicanos, desde que se estableció, en los últimos años, la práctica de conferir estas distinciones, ha recaído en miembros de la Academia²⁴¹, con muy pocas excepciones.

El impulso renovador de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, que subsistía en una circunstancia totalmente distinta de la que presidió su origen, se mostró de nuevo –empero, sin el vigor y la trascendencia del inicio– en el escenario de una profunda crisis que aqueja a la justicia penal y la seguridad pública, como no la conocieron los académicos fundadores. Un miembro de la generación reciente, García Cordero, señala que “durante los últimos doce años el sistema penal mexicano entró en una prolongada crisis cuyo resultado más visible es el desprestigio y la falta de credibilidad en todas las instituciones encargadas de aplicar la ley”. Ese autor localiza en 1992 el tiempo inicial

240 El INACIPE desapareció por obra del artículo segundo transitorio del Reglamento del Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, del 17 de agosto de 1993 (*Diario Oficial* del 18 de agosto). Fue restablecido merced al decreto del 9 de abril de 1996 (*Diario Oficial* del 11 de abril), denominado “Decreto por el que se crea el Instituto Nacional de Ciencias Penales”, según señala, además, el artículo 1º: “Se crea el Instituto Nacional de Ciencias Penales como organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con domicilio en la Ciudad de México”. Alguna vez se habló de “instauración” del INACIPE (así, en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (Coloquio Internacional) con motivo de la instauración del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) del 22 al 26 de enero de 1996*, México, 1998). Esa palabra, instauración, posee diversos significados: establecimiento, fundación, institución, o bien, en acepciones en desuso: renovación, restablecimiento, restauración. En rigor, se trató, evidentemente, de un restablecimiento del organismo.

241 En la relación figuran: Islas de González Mariscal, Adato Green, Moreno González, García Ramírez, Bunster, Franco Guzmán, Castellanos Tena, Rodríguez Manzanera, Márquez Piñero y Fernández Doblado.

de lo que llama “la descomposición del sistema penal mexicano”, que alcanza –señala– “un nivel sin precedentes (y) cifras históricas”²⁴².

Con este panorama a la vista, la Academia procuró reanimar el examen de temas y problemas de la justicia penal. En la asamblea celebrada por los académicos en diciembre de 1999, propuse –y la Academia aceptó– elaborar un programa de política criminal para el nuevo gobierno²⁴³. Entonces corrían los procesos electorales hacia el año 2000. Para justificar este trabajo común se hizo ver el objetivo social de la Academia, los valiosos antecedentes en tareas similares y la necesidad –presupuesto de la iniciativa presentada a la Academia– de “dejar de lado pequeñas diferencias y acometer el trabajo con unidad y solidaridad, más bien que dispersar esfuerzos y multiplicar proyectos. Esto último ha estorbado la presencia de la Academia en el desarrollo de la justicia penal mexicana”²⁴⁴.

Con las aportaciones de un buen número de académicos²⁴⁵, más los resultados de la deliberación habida en varias sesiones de trabajo, quedó redactada la versión final del documento que sería aprobado por los académicos en reunión del 12 de junio de 2000 y entregado oportunamente a sus destinatarios. Este programa, publicado en *Criminalia*²⁴⁶ –que acreditó, periódicamente, los empeños del penalismo

242 “La crisis del sistema penal mexicano”, en *Criminalia*, año LXV, no. 1, enero-abril, 1999, pp. 79 y 81.

243 Cfr. “Una propuesta del académico Sergio García Ramírez”, en *Criminalia*, año LXVI, no. 2, mayo-agosto 2000, pp. 1 y ss.

244 *Ídem*, pp. 1-2.

245 Fueron Alva Rodríguez, Castellanos Tena, Correa García, Lima Malvido, De la Barrera Solórzano, Azzolini, Díaz de León, Fernández Doblado, García Cordero, García Ramírez, (R) González de la Vega, González Salas Campos, Márquez Piñero, Moreno Hernández, Pavón Vasconcelos, Rodríguez Manzanera, Sánchez Galindo, Villanueva Castilleja y Zamora Pierce. Cfr. *ídem*, pp. 35 y ss. El Programa abarcó el diagnóstico de la “Situación actual” y las propuestas en los rubros de prevención del delito y atención a las víctimas, derechos humanos, seguridad pública, legislación penal sustantiva, legislación penal procesal, legislación penal ejecutiva, justicia para menores infractores y estructura, organización y alternativas. Cfr. *ídem*, pp. 21 y ss.

246 El documento fue publicado en la revista *El Mundo del Abogado* (agosto de 2000) y en *Criminalia*, que recogió, en un número especial –el citado *supra*, correspondiente a mayo-agosto de 2000– la propuesta original, el texto de las aportaciones individuales de los académicos, la crónica del debate y el texto de la versión final del programa. Cfr., sobre esta actividad colegiada, “Informe que rinde el Dr. Jesús Zamora Pierce sobre las actividades de la Academia Mexicana de Ciencias Penales durante el año 2000”, en *Criminalia*, LXVI, no. 3, sep-dic. 2000, pp. 315-316. Asimismo, cfr. García Cordero,

en México–, constituye un buen punto de referencia para ponderar el camino andado y el que resta por recorrer, conforme a la tradición liberal y democrática del derecho penal mexicano que campeó en los motivos para el establecimiento de la Academia, en las exhortaciones reiteradas en *Criminalia*, su portavoz, y en el desempeño individual y colectivo de muchos integrantes de la Mexicana de Ciencias Penales. A lo largo de mucho tiempo, ésta ha hecho una parte –su parte, que por momentos fue decisiva– en el desarrollo del penalismo nacional.

“Editorial. Un debate de cara a la Sociedad Mexicana”, en *Criminalia*, cit., pp. XV y ss. Este documento y sus implicaciones fueron considerados en las Segundas Jornadas sobre Justicia Penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Cfr. García Ramírez, S. y Vargas Casillas, Leticia A. (coords.), *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 13 y ss.